

**UNIVERSIDAD DE GRANADA**

**Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

**EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS  
PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Tesis doctoral presentada por Victoria Rodríguez-Rico Roldán, bajo la  
dirección del Profesor Dr. José Luis Monereo Pérez.

Granada, 2015.

Editor: Universidad de Granada.Tesis Doctorales  
Autora: Victoria Rodríguez-Rico Roldán  
ISBN: 978-84-9125-166-8  
URI: <http://hdl.handle.net/10481/40534>

La doctoranda, Victoria Rodríguez-Rico Roldán, y el director de la tesis, José Luis Monereo Pérez, garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por la doctoranda bajo la dirección del director de la tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

Granada, 6 de mayo de 2015.

Director de la Tesis

Doctoranda

Fdo.: José Luis Monereo Pérez

Fdo.: Victoria Rodríguez-Rico Roldán

## **ÍNDICE**

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
--------------------------	----------

### **PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD**

#### **CAPÍTULO I. ANTECEDENTES DE LA ASISTENCIA SANITARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....**

<b>11</b>	
1.- FORMAS COLECTIVAS DE PREVISIÓN VOLUNTARIA: LAS MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL. ESPECIAL REFERENCIA A LAS SOCIEDADES DE SOCORROS MUTUOS. ....	12
2.- EL RÉGIMEN DE IGUALAS DE SERVICIOS MÉDICOS. ....	15
3.- EL SEGURO OBLIGATORIO DE ENFERMEDAD. ....	17
4.- LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LOS SEGUROS SOCIALES EXISTENTES. LA ASISTENCIA SANITARIA COMO PRESTACIÓN ESPECÍFICA DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL. ....	31
5.- LA EVOLUCIÓN EN EL CONTENIDO Y LA GESTIÓN DEL ASEGURAMIENTO SANITARIO PÚBLICO.....	35
5.1.- De la limitación de los riesgos cubiertos al incremento de la cobertura sanitaria. .....	35
5.2.- Desaparición de la exclusiva vinculación con los “económicamente débiles”. .	36
5.3.- La reforma organizativa de la sanidad: el INGESA y el proceso de transferencia de la gestión de las prestaciones sanitarias a las Comunidades Autónomas.....	39

#### **CAPÍTULO II. SIGNIFICACIÓN POLÍTICO-JURÍDICA ACTUAL DE LA ASISTENCIA SANITARIA.....**

<b>43</b>	
1.- CONCEPTUACIÓN ACTUAL EN CUANTO PILAR FUNDAMENTAL DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO. LA ASISTENCIA SANITARIA Y EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COMO ELEMENTOS ESTRUCTURALES BÁSICOS E INESCINDIBLES.....	43
1.1.- La salud: factor de necesidad social. ....	43
1.2.- La lógica de la protección de la salud como cometido del Estado social.....	45
1.3.- El fundamento de la articulación de las prestaciones sanitarias en el sistema de Seguridad Social. ....	49
2.- LA UNIVERSALIZACIÓN DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES SANITARIAS LIGADA AL DESARROLLO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.....	54
2.1.- La universalización como presupuesto ineludible para la materialización de la cohesión social.....	54

2.2.- La progresiva extensión del ámbito de cobertura de la protección, en cumplimiento de los principios de igualdad, solidaridad y dignidad de las personas.55

## **SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA**

<b>CAPÍTULO I. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>59</b>
1.- TÉCNICA DE GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE EFECTIVIDAD.....	59
1.1.- Contenido esencial del derecho a la asistencia sanitaria. ....	59
1.2.- El artículo 43 CE en ineludible conexión con el artículo 41 CE.....	73
1.3.- Inexistencia de un único modelo de organización y provisión.....	86
2.- REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS. TÍTULOS COMPETENCIALES Y SIGNIFICACIÓN JURÍDICA. ....	94
2.1.- Legislación básica sanitaria.....	99
2.2.- Coordinación general.....	104
2.3.- Alta inspección. ....	108
2.4.- Las competencias autonómicas sobre sanidad.....	112
2.4.1.- El derecho a la protección de la salud en los Estatutos de Autonomía. ....	113
2.4.2.- Los títulos competenciales autonómicos en materia sanitaria.....	118
<b>CAPÍTULO II. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL MARCO INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA .....</b>	<b>120</b>
SECCIÓN I. El marco internacional general.....	120
1.- DECLARACIONES UNIVERSALES.....	122
1.1.- La Declaración Universal de los Derechos Humanos. ....	122
1.2.- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. ....	123
2.- CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ...	131
3.- DECLARACIONES DE ÁMBITO REGIONAL EUROPEO.....	132
3.1.- La Carta Social Europea. ....	132
3.2.- El Código Europeo de Seguridad Social. ....	138
3.3.- El Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica .....	139
SECCIÓN II. El Derecho de la Unión Europea.....	141
1.- LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL SISTEMA DE LOS TRATADOS FUNDACIONALES DE LA UNIÓN EUROPEA.....	141
2.- MODELOS DE ASISTENCIA SANITARIA EN EUROPA. ....	146
3.- LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.....	150
4.- LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA EN LA UNIÓN EUROPEA.....	155
4.1.- La movilidad de pacientes en el territorio de la Unión.....	156
4.2.- La asistencia sanitaria transfronteriza sobre la base jurídica de la libre circulación de personas: el sistema de coordinación. ....	159
4.2.1.- La atención médica no programada: la residencia y la estancia temporal. 164	
4.2.2.- La atención médica programada: el documento portátil S2. ....	169
4.2.3.- La articulación del reembolso.....	174

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

A.- Especial referencia al complemento Vanbraekel.....	178
A.1.- Su aplicación en la asistencia sanitaria programada: origen jurisprudencial y consolidación normativa. ....	178
A.2.- Su inaplicación en la asistencia sanitaria no programada.....	182
4.3.- La asistencia sanitaria transfronteriza sobre la base jurídica de la libre prestación de servicios.....	184
4.3.1.- Su génesis en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. ....	184
4.3.2.- La Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.....	192
A.- Objeto y régimen jurídico. ....	192
B.- El reembolso de los gastos médicos.....	198
C.- El régimen de autorización previa. ....	204
D.- El reconocimiento de las recetas.....	208
E.- Información de los pacientes: los Puntos Nacionales de Contacto. ....	210
4.3.3.- La transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico interno: el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero.....	212
4.4.- Notas divergentes en la regulación de ambos sistemas. ....	222
4.5.- La articulación e interacción entre las diferentes vías.....	225

### TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

<b>CAPÍTULO I . LA DINÁMICA DEL DERECHO. ....</b>	<b>230</b>
1.- NACIMIENTO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS RIESGOS PROTEGIDOS. ....	230
2.- RECONOCIMIENTO Y ACREDITACIÓN DEL DERECHO: LA TARJETA SANITARIA INDIVIDUAL Y LA IMPLANTACIÓN DE UN MODELO ÚNICO.....	233
3.- CAUSAS DE EXTINCIÓN. ....	237
<b>CAPÍTULO II . ÁMBITO SUBJETIVO .....</b>	<b>238</b>
1.- SUJETOS BENEFICIARIOS DE LA ASISTENCIA SANITARIA.....	238
1.1.- Títulos de acceso al derecho.....	238
1.1.1.- Condición de asegurado.....	240
1.1.2.- Condición de beneficiario de una persona asegurada.....	243
1.1.3.- Especial referencia a los extranjeros en situación administrativa irregular: La restricción operada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. ....	246
A.- Significación y alcance jurídico.....	246
B.- Valoración jurídico-crítica. ....	250
C.- La desigual aplicación de la reforma en las Comunidades Autónomas.....	257
D.- Una pretendida rectificación: el acceso circunscrito a la atención primaria. .....	260
1.2.- Los derechos de los pacientes.....	260
1.2.1.- Marco regulador. ....	260
1.2.2.- El derecho de información sanitaria. ....	263

1.2.3.- El derecho al consentimiento informado.....	271
1.2.4.- El derecho a la intimidad.....	277
2.- SUJETOS RESPONSABLES DE LA PROVISIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA.....	279
2.1.- El Sistema Nacional de Salud: subsistema protector diferenciado del Sistema de Seguridad Social.....	279
2.1.1.- Aspectos generales sobre su configuración.....	279
2.1.2.- Criterios organizativos.....	281
A.- El principio de unidad y su conjunción con el principio de descentralización. .....	281
B.- El principio de coordinación y su función en un sistema integrado.....	297
C.- La calidad en la configuración del modelo sanitario.....	306
D.- Particular referencia al sistema de información sanitaria.....	309
2.1.3.- La gestión sanitaria.....	311
A.- La dialéctica de lo público y lo privado en la provisión de los servicios sanitarios.....	311
B.- Modalidades de gestión.....	318
B.1.- La gestión directa.....	318
B.2.- La gestión indirecta.....	332
C.- La privatización de la sanidad como tendencia imperante en la actualidad. .....	347
2.1.4.- La financiación de la sanidad.....	354
2.2.- La asistencia sanitaria a través de medios ajenos al Sistema Nacional de Salud. .....	368
2.2.1.- Régimen jurídico general.....	368
2.2.2.- La denegación injustificada de la asistencia sanitaria debida.....	373
2.2.3.- La urgencia vital.....	379
2.2.4.- Procedimiento de solicitud.....	386
2.2.5.- Particular referencia a determinados supuestos.....	388
A.- El error de diagnóstico.....	388
B.- Las listas de espera.....	392
C.- Incidencia del factor religioso o ideológico.....	396
D.- La asistencia sanitaria en el extranjero.....	399
E.- Supuestos excluidos de la técnica del reintegro de gastos.....	401
E.1.- Prestaciones carentes de cobertura pública.....	401
E.2.- El libre abandono del Sistema público sanitario.....	403
E.3.- Las técnicas experimentales y punteras.....	405
 <b>CAPITULO III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA .....</b>	<b>407</b>
1.- CONCEPTO Y CARACTERES GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.....	407
2.- REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.....	412
2.1.- Lesión indemnizable.....	412

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

2.1.1.- Daño antijurídico.....	412
2.1.2.- Daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.....	416
2.2.- Relación de causalidad.....	417
2.2.1.- Imputación.....	417
2.2.2.- Nexo causal.....	419
2.2.3.- El criterio de la lex artis.....	422
A.- Especial referencia al consentimiento informado.....	429
B.- La teoría de la pérdida de oportunidad.....	432
2.3.- Ausencia de fuerza mayor.....	434
3.- EL CONTENIDO DEL DEBER DE INDEMNIZAR.....	436
4.- JURISDICCIÓN COMPETENTE.....	439

### CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

<b>CAPÍTULO I. CONSIDERACIONES GENERALES.....</b>	<b>446</b>
1.- INTRODUCCIÓN.....	446
2.- CARACTERIZACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS EN EL MARCO DEL SISTEMA PÚBLICO.....	455
3.- SISTEMA DE GARANTÍAS.....	461
3.1.- Garantías de accesibilidad.....	463
3.2.- Garantías de movilidad.....	465
3.3.- Garantías de tiempo.....	469
3.4.- Garantías de información.....	472
3.5.- Garantías de seguridad.....	476
3.6.- Garantías de calidad y servicios de referencia.....	479
<b>CAPÍTULO II. LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.....</b>	<b>485</b>
1.- CONCEPTO.....	485
1.1.- Cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud. .....	489
1.2.- Cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud.....	490
1.3.- Cartera común de servicios accesorios.....	491
1.4.- Cartera de servicios complementaria de la Comunidades Autónomas.....	492
2.- DESARROLLO DE LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS.....	497
3.- PROCEDIMIENTO DE ACTUALIZACIÓN.....	500
4.- POSIBLES EXCLUSIONES.....	504
<b>CAPÍTULO III. EL SISTEMA DE PRESTACIONES SANITARIAS EN PARTICULAR: RÉGIMEN JURÍDICO.....</b>	<b>508</b>
1.- PRESTACIONES DE SALUD PÚBLICA.....	508
2.- PRESTACIONES DE ATENCIÓN PRIMARIA.....	515



2.1.- Actuaciones generales.....	517
2.1.1.- Atención sanitaria a demanda, programada y urgente tanto en la consulta como en el domicilio del enfermo.....	517
2.1.2.- Indicación o prescripción y realización, en su caso, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos.....	518
2.1.3.- Actividades en materia de prevención, promoción de la salud, atención familiar y atención comunitaria.....	520
2.1.4.- Actividades de información y vigilancia en la protección de la salud.....	522
2.1.5.- Rehabilitación básica.....	523
2.2.- Prestaciones específicas.....	524
2.2.1.- Atenciones y servicios específicos relativos a la mujer, la infancia, la adolescencia, los adultos, la tercera edad, los grupos de riesgo y los enfermos crónicos.....	525
2.2.2.- Atención paliativa a enfermos terminales.....	530
2.2.3.- Atención a la salud mental en coordinación con los servicios de atención especializada.....	532
2.2.4.- Atención a la salud bucodental.....	534
3.- PRESTACIONES DE ATENCIÓN MÉDICA ESPECIALIZADA.....	536
3.1.- Asistencia especializada en consultas.....	538
3.2.- Asistencia especializada en hospital de día, médico y quirúrgico.....	538
3.3.- Hospitalización en régimen de internamiento.....	539
3.4.- Apoyo a la atención primaria en el alta hospitalaria precoz y, en su caso, hospitalización a domicilio.....	541
3.5.- Indicación o prescripción y realización, en su caso, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos.....	542
3.6.- Atención paliativa a enfermos terminales.....	546
3.7.- Atención a la salud mental.....	547
3.8.- Rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable.....	548
4.- PRESTACIONES DE ATENCIÓN DE URGENCIAS.....	549
5.- PRESTACIONES DE ATENCIÓN SOCIOSANITARIA.....	551
6.- PRESTACIÓN ORTOPROTÉSICA.....	558
7.- PRESTACIÓN DE TRANSPORTE SANITARIO.....	577
8.- PRESTACIÓN DE PRODUCTOS DIETÉTICOS.....	584
9.- EL "SUBSISTEMA" DE PRESTACIONES FARMACÉUTICAS.....	594
9.1.- La autonomía normativa de las prestaciones farmacéuticas y su justificación político-jurídica.....	594
9.2.- Contenido de la prestación: inclusiones y exclusiones.....	601
9.3.- Financiación pública de los medicamentos y productos sanitarios.....	605
9.3.1.- La fijación del precio de los medicamentos y productos sanitarios.....	615
9.3.2.- La revisión del precio de los medicamentos y productos sanitarios.....	622
9.3.3.- El sistema de precios de referencia y el sistema de precios seleccionados.....	623
9.3.4.- La aportación de los usuarios en la prestación farmacéutica ambulatoria.....	631
9.3.5.- Especial referencia al "euro por receta".....	639
9.4.- Indicación y prescripción.....	643

**EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES  
SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

9.4.1.- El principio del uso racional de los medicamentos y sus implicaciones en la prescripción y dispensación de los mismos .....	644
9.4.2.- Los medicamentos genéricos.....	653
10.- BALANCE JURÍDICO-CRÍTICO DE LA CUESTIÓN: EL MODELO PRESTACIONAL Y LAS PRINCIPALES TENSIONES QUE SE PLANTEAN EN SU ARTICULACIÓN.....	657
10.1.- Significación e implicaciones de la descentralización en la articulación del sistema prestacional sanitario. ....	657
10.1.1.- El contenido básico prestacional como nivel óptimo. ....	665
10.2.- El objetivo de la contención del gasto sanitario, en general, y farmacéutico, en particular. Cuestionamiento de su hegemonía en las más recientes reformas. ....	667
<b>CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE "LEGE FERENDA". ....</b>	<b>673</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>697</b>
<b>RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS EN FRANÇAIS. ....</b>	<b>741</b>



# INTRODUCCIÓN.

La salud, necesidad social básica donde las haya, constituye un ineludible presupuesto de toda vida digna y un no menos importante factor de desarrollo, integración y cohesión político-social. En coherencia con ello, el derecho a su protección se inscribe en uno de los pilares fundamentales del Estado del bienestar. Un estudio del mismo, que analice desde el punto de vista técnico y político-jurídico su caracterización y fundamentación, que advierta los principales retos que están por venir y valore críticamente las respuestas dadas frente a los ya materializados, se impone tan sugestivo como necesario.

Si amplio es el bien jurídico-constitucional de la salud, las actuaciones de protección que acometen los poderes públicos no pueden sino articularse en clave igualmente amplia. Entre ellas cabría diferenciar las orientadas a la salud pública y las enfocadas hacia la salud individual. En las primeras se enmarcan las de tipo colectivo y fundamentalmente preventivo que, sin atender al estado de salud de cada persona individualmente considerada, persiguen la promoción y tutela de la salud de la sociedad en su conjunto, en consonancia con los múltiples factores determinantes de aquélla. Se inscribirían en este ámbito las intervenciones públicas en el plano medioambiental o alimentario, a título de ejemplo. Frente a ellas, la protección de la salud puede asimismo articularse en clave individual, mediante actuaciones tendentes a restaurar la salud perdida o mermada, a curar o remediar la enfermedad, a paliar sus efectos. Son éstas las manifestaciones de la asistencia sanitaria como pieza esencial de la política social, esto es, el conjunto de prestaciones que, de tipo preventivo, diagnóstico, terapéutico y rehabilitador, encuentran cobertura en el marco del sistema público. Es precisamente esta última dimensión la que constituye el objeto del trabajo de investigación que se presenta en estas líneas.

En cualquier caso, conviene partir de una premisa fundamental. Y es que resulta a todas luces inasumible garantizar la ausencia de enfermedad. La vida humana, en general, y la salud, en particular, se hallan sometidas a leyes (naturales) cuyo cumplimiento no puede eludirse por ningún medio político-jurídico<sup>1</sup>. Ya se sabe que el Estado social persigue luchar contra las desigualdades fruto de la organización social y económica, pero

---

<sup>1</sup> Todos estamos expuestos a los “resultados del azar natural” aludidos en RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 1985, pág. 29.

## INTRODUCCIÓN

no consigue, por razones obvias, eliminar las desigualdades que obedecen a factores biológicos o genéticos, a factores que escapan, por tanto, de toda previsión. En consecuencia, no es posible asegurar al individuo que no sufrirá alteración alguna de salud, pero sí lo es el garantizar que, si ésta acontece, lejos de quedar desamparado, gozará de los medios necesarios para suprimir o, al menos, paliar sus consecuencias. Es por ello que el Estado, a través de la Seguridad Social, es apto para garantizar un *derecho a la protección de la salud* y no un *derecho a la salud*, estableciendo un sistema que brinda acceso a iguales oportunidades de restauración de la salud perdida. Así, el Estado puede promover, y de hecho promueve, una igualdad sustancial de oportunidades de todos los miembros de la sociedad, pero no una igualdad absoluta de condiciones, y mucho menos de tipo sanitario. Dicho en otros términos, el componente igualitario que trae consigo la articulación del Estado social en el ámbito sanitario no es la garantía de un perfecto estado de salud a todos los individuos, sino la condición subjetiva común de ser titulares del derecho a la protección de la salud, en virtud del cual, aquéllos pueden reclamar frente a los poderes públicos la provisión de la asistencia sanitaria precisa para obtener *el disfrute del más alto nivel posible de salud*, por decirlo en los términos empleados en la expresión que contiene el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pese a la importancia de su función social y de su mismo fundamento, ineludiblemente vinculado a la dignidad humana, no se exagera si se afirma que son las sanitarias las prestaciones más desatendidas en la doctrina de toda la acción protectora de la Seguridad Social, de ahí la necesidad de abordar su tratamiento jurídico y la evolución del mismo, que se desarrolla en paralelo al de la sociedad<sup>2</sup>. Una evolución en la que, desde luego, tiene mucho que ver la fuerte presión a la que se ve sometido el gasto sanitario a consecuencia de los avances científicos y técnicos, así como, desde el punto de vista demográfico, el envejecimiento de la población y, con él, el incremento de las enfermedades crónicas. La creciente demanda pone contra las cuerdas una oferta ineludiblemente limitada, de forma que el equilibrio entre la sostenibilidad del sistema y la provisión de una asistencia sanitaria suficiente y de calidad ha de presidir cualquier aproximación a la materia sanitaria. No en vano, no son escasas las ocasiones en que a lo

---

<sup>2</sup> “Para el derecho no hay un solo instante de reposo. El mismo movimiento, el mismo desenvolvimiento se verifica en él que en cualquiera otra tendencia del pueblo, y semejante desenvolvimiento está bajo la misma ley de intrínseca necesidad, como cualquier otra primitiva manifestación. El Derecho progresa con el pueblo, se perfecciona con él”. SAVIGNY, F.: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, con estudio preliminar, "Savigny y la nostalgia de la jurisprudencia como ciencia hegemónica", de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2008, pág. 15.

largo del presente trabajo es referida la necesidad de ponderar ambos extremos y se advierte de los riesgos de priorizar a toda costa la dimensión económica de la cuestión.

Si de todo lo expuesto se colige el interés de abordar la configuración jurídica de las prestaciones sanitarias como objeto de estudio, procede seguidamente justificar su oportunidad. Lo cierto es que éstas se insertan en un marco normativo y político-jurídico que ha experimentado en los últimos años reformas de gran envergadura. En efecto, en la empeñada pretensión de reducción del gasto público se han inscrito una serie de medidas que, señaladamente desde el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, han puesto en cuestión buena parte de los principios que habían tradicionalmente definido nuestro sistema sanitario y a los que se debía en gran medida su crédito y prestigio. La ruptura con la vocación universalista que había presidido la titularidad del derecho para recuperar la noción de aseguramiento que presidió la génesis del sistema prestacional sanitario, la ampliación de las técnicas de copago, o la exclusión de un largo número de medicamentos de la financiación pública constituyen, a estos efectos, egregios exponentes del retroceso que la protección de la salud, en paralelo a las garantías de los derechos sociales, han experimentado bajo la coartada de un pretendido agotamiento del sistema.

La Organización Mundial de la Salud<sup>3</sup> representa gráficamente el camino hacia la cobertura universal mediante una caja, cuyas tres dimensiones vendrían representadas por la población que tiene derecho de acceso a los servicios sanitarios (el ancho), la cantidad y el tipo de prestaciones cubiertas (el largo), así como la forma de financiación de tales prestaciones, que puede ser pública o inclusiva de técnicas de participación del usuario (el alto). La magnitud de las modificaciones operadas desde 2012 se constata tan pronto se cae en la cuenta de que han incidido en todas y cada una de las tres dimensiones apuntadas, restringiendo gravemente su alcance.

Es, en consecuencia, del todo preciso valorar la significación de estas reformas. Para ello se propone no sólo un recorrido analítico-descriptivo, sino también una amplia

---

<sup>3</sup> Informe sobre la salud en el mundo 2010. *Financiación de los sistemas de salud: el camino hacia la cobertura universal*, pág. XVII.

## INTRODUCCIÓN

revisión en clave reflexiva y crítica a fin de desentrañar su auténtica significación e implicaciones. Y en este aspecto, como en tantos otros, interesa adoptar un enfoque amplio. Advertir en estos cambios meros motivos de queja o desazón es ciertamente limitado. Con mayor ambición, se ha de considerar ésta una oportunidad, del todo valiosa, para insistir en la necesidad de consolidar la construcción dogmática de los derechos sociales, en general, y de la protección de la salud, en particular. El trabajo que estas líneas introducen pretende ser, en este sentido, una apuesta por la protección de la salud como un auténtico derecho social fundamental de la persona. Desde esta afirmación, se plantea un análisis de su contenido material y las técnicas de garantía de que dispone.

El título de esta investigación, "El derecho a la protección de la salud: las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social", es ya una declaración de intenciones, pues aspira a corroborar la vinculación entre la asistencia sanitaria y la Seguridad Social. Afirmar este ligamen nada tendría de particular si no fuese porque viene siendo cuestionado desde hace tiempo por diversos sectores doctrinales. Frente a estas posiciones, valga siquiera anotar por el momento, desde estos breves apuntes apriorísticos, que sólo considerando incluidas las prestaciones sanitarias en el concepto y lógica de la Seguridad Social, puede comprenderse nítidamente el sentido de su realización en el marco de la fórmula socio-jurídica del Estado social como institución orientada a la satisfacción de las necesidades básicas sobre los principios de igualdad, solidaridad y justicia social.

Es la sanitaria una materia eminentemente amplia y compleja, que admite aproximaciones desde muy diversas dimensiones (estrictamente sanitaria, económica, social, ética o jurídica, por poner algunos ejemplos), no siendo infrecuentes las ocasiones en que unas y otras se entremezclan. El presente trabajo de investigación aborda las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social desde una perspectiva jurídica, si bien no rehúsa a referenciar, allí donde es oportuno, aportaciones de otros campos de conocimiento. Capital importancia reviste el análisis de la ordenación jurídica al respecto, en la que concurre un extenso abanico de instrumentos normativos<sup>4</sup>, tanto desde el punto de vista de la fuente de producción (autonómica, estatal y comunitaria), como desde la perspectiva sectorial, siendo a estos efectos paradigmática la legislación farmacéutica.

---

<sup>4</sup> "El Estado, como máquina de hacer leyes, no se contenta con mudarlas, sino que agrega incesantemente leyes nuevas a las leyes antiguas", GÓMEZ JIMÉNEZ DE CISNEROS, J.: *Los hombres frente al derecho*, Comares, Granada, 2010, pág. 40.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como no podía ser de otra forma, el manejo de jurisprudencia también asume una relevancia significativa, fundamentalmente en cuestiones eminentemente casuísticas que hacen del todo necesario el espiguelo jurisprudencial. Así sucede en relación con el reintegro de gastos médicos derivados de la asistencia sanitaria prestada en establecimientos ajenos al Sistema Nacional de Salud, o la configuración de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, así como, en el plano comunitario, las importantes aportaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que llegó a configurar las líneas directrices de una nueva vía de reembolso de los gastos derivados de la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión basada en la libre prestación de servicios. La doctrina del Tribunal Constitucional, si bien restringida prácticamente al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, es asimismo objeto de atención en tantas ocasiones como se revela necesario.

Una vez determinado el objeto, justificación y metodología de este trabajo de investigación, procede ahora precisar su contenido. Éste se halla estructurado en cuatro partes de amplia cobertura temática que pretenden aportar una visión general de la asistencia sanitaria y su contenido prestacional.

La primera parte aborda la evolución histórica de la asistencia sanitaria, asumido que cualquier estudio centrado en analizar las instituciones jurídicas exclusivamente en su configuración actual corre el riesgo de ser limitado. Antes bien, la comprensión y reflexión de esta última necesita de la primera como preludio ineludible. A través de un enfoque evolutivo, en esta parte inicial se acomete un recorrido panorámico de la génesis y desarrollo de la asistencia sanitaria enmarcada en el sistema de Seguridad Social. Un desarrollo que, caracterizado por un constante dinamismo desde una perspectiva sociopolítica, preside la transición de un aseguramiento social obligatorio a nuestro sistema actual, tras sucesivas extensiones tanto en el contenido material como en el ámbito subjetivo de cobertura, hasta alcanzar la protección de la salud una vocación universalista.

Por supuesto que esta proyección histórica no está limitada al repaso de los textos legislativos de la época, pues no deja de reconocerse la relevancia que a estos efectos tiene



## INTRODUCCIÓN

la realidad de los hechos sociales<sup>5</sup>. Atendiendo, pues, no sólo a la dimensión jurídica, sino también a la socioeconómica del fenómeno, se analiza el comienzo del intervencionismo social en el ámbito sanitario. Un intervencionismo que hasta mitad del pasado siglo había quedado reducido a la atención de la salud colectiva (policía sanitaria), para acoger con posterioridad, a través del Seguro Obligatorio de Enfermedad, primero, y del sistema de Seguridad Social, después, la atención a la salud en un enfoque individual como función social.

Concluye esta parte con un estudio sobre la caracterización político-jurídica actual de la institución, lo que lleva a analizar su alcance a la luz del Estado social de Derecho en cuanto escenario de realización de los derechos sociales como derechos fundamentales. Se tiene ocasión, asimismo, de profundizar en la universalización del sistema sanitario como uno de sus principios tradicionalmente definidores del mismo, al menos hasta la reforma sanitaria de 2012, al tiempo que se valora su alcance como expresión de los principios de igualdad, solidaridad y cohesión social.

La segunda parte comienza abordando el reconocimiento del derecho a la protección de la salud, en general, y la asistencia sanitaria, en particular, en la Constitución española, especificando su contenido y diseño institucional. A este respecto, se dedica especial atención al art. 43 CE en el que tiene lugar dicho reconocimiento y a su relación con el art. 41 CE, sede de proclamación del derecho a la Seguridad Social.

Una vez caracterizado el derecho como un derecho social fundamental, y valorado su alcance a la luz del texto constitucional, interesa identificar los poderes públicos a los que el texto constitucional encomienda la tutela de la salud *a través de las prestaciones y servicios necesarios*. A partir del diseño descentralizado del sistema sanitario, se expone el reparto competencial en la materia. Para ello es fundamental, según se ha tenido ocasión de avanzar líneas arriba, recurrir a los diversos pronunciamientos que el Tribunal Constitucional ha dictado al respecto y a través de los cuales ha logrado clarificar aspectos de interés en una distribución que no resultó ser en un principio todo lo apacible que se hubiese deseado.

---

<sup>5</sup> "El Derecho no es, en tanto que objeto del conocimiento científico, algo enteramente independiente. Sólo es reconocible en toda su complejidad -en todas sus dimensiones- en el seno de una doble interacción entre la realidad social y la realidad jurídica: a través del conocimiento de las circunstancias sociales que lo determinan y mediante el conocimiento de su acción retroalimentadora sobre la sociedad". MONEREO PÉREZ, J. L.: "Conocimiento y crítica del derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del derecho, *Revista de Derecho Social*, núm. 37, 2007, pág. 49.

Continuando en un planteamiento multinivel, esta parte dedica asimismo atención específica al reconocimiento de la protección de la salud como un derecho fundamental en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en ineludible conexión con otros igualmente básicos, como la vida o la integridad física o moral. La relevancia que dichos instrumentos adquieren en cuanto canon interpretativo (*ex. art. 10.2 CE*) justifica su utilización en la defensa de la protección de la salud, como derecho social fundamental, y de la universalización como una de los principios que se integran en el mínimo irreductible de dicho derecho.

Cualquier estudio de las prestaciones sanitarias quedaría limitado sin el necesario enfoque de la Unión Europea. Después de valorar el lugar que ocupa la protección de la salud en la política comunitaria en base al Derecho primario, se analiza la articulación de la asistencia sanitaria transfronteriza ante el fenómeno cada vez más común por el que los pacientes deciden recibir prestaciones sanitarias fuera de las fronteras de los Estados en los que están asegurados. Así, se estudian las dos rutas paralelas de reembolso de los gastos dimanados de los servicios sanitarios dispensados en un Estado miembro diferente del competente, tanto la conformada por los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, como la que preside la Directiva 2011/24/UE, que codificó la jurisprudencia del TJUE en el ámbito de la movilidad de pacientes y que ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico interno en virtud del Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero. Las principales notas diferenciadoras entre dichas vías de reembolso y la acción articulada de ambas en el marco de la asistencia sanitaria transfronteriza constituyen objeto de singularizada atención.

En la tercera parte se analiza la dinámica del derecho a las prestaciones sanitarias, con especial incidencia en su reconocimiento y control, así como el ámbito subjetivo, organizativo y financiero de las mismas. En relación al primero, partiendo de las sucesivas ampliaciones del colectivo de beneficiarios con acceso a la asistencia sanitaria, se abordará el resultado de ese proceso de extensión inspirado en la proyección universalista del sistema sanitario. Como se adelantó con anterioridad, la reforma sanitaria de 2012 ha supuesto a este respecto una modificación significativa, al privar del derecho de acceso a los inmigrantes en situación irregular y a los descendientes menores de veintiséis años que no coticen a la Seguridad Social ni sus rentas sean inferiores al límite legal establecido.

## INTRODUCCIÓN

Tales restricciones serán valoradas críticamente, mediante una reflexión acerca de los principales cuestionamientos a que dan lugar. También en el ámbito de los beneficiarios de la asistencia sanitaria, se dedicará una atención específica a los derechos de los pacientes en el contexto sanitario.

La organización sanitaria es asimismo objeto de estudio en esta tercera parte, en la que se tiene oportunidad de estudiar el papel que juegan la coordinación y la cooperación en el logro de un sistema equitativo y cohesionado. A este respecto, interesa adentrarse en los modelos de gestión que se articulan en la lógica de lo público y lo privado, poniendo de relieve las tensiones inherentes a esta dialéctica.

Por su parte, es también objeto de estudio la asistencia sanitaria cuando es dispensada al margen de las estructuras propias del Sistema Nacional de Salud. La normativa vigente únicamente alude de forma expresa a la urgencia vital como supuesto habilitador de la articulación de la técnica del reintegro de gastos médicos. Pero ello no parece que haya resuelto las dudas sobre la procedencia del reembolso cuando son otras las causas que motivan que las prestaciones sanitarias se dispensen fuera del Sistema Nacional de Salud. Según puede advertirse, es éste un tema no exento de complejidad como consecuencia de la gran casuística que incorpora, lo que justifica que la jurisprudencia haya desempeñado una labor crucial al respecto. A la luz de la misma se analizarán las prerrogativas e implicaciones más relevantes de los supuestos, no tan inusuales, en que los servicios sanitarios se dispensan en estructuras ajenas al sistema público.

Es la cuarta parte la dedicada a explorar, con carácter específico, la instrumentación técnico-jurídica del contenido prestacional de la asistencia sanitaria. Para ello, se atienden las dos técnicas empleadas en su ordenación: de un lado, el catálogo prestacional y, de otro, la cartera de servicios que garantiza la efectividad técnica del anterior al integrar un conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y la experimentación científica. Con carácter específico, se examina la dinámica y el desarrollo de dicha cartera, en concreto, el procedimiento de actualización y las posibles exclusiones de determinadas técnicas, tecnologías o procedimientos.

A su vez, se abordan las tres modalidades en que se articula la cartera de servicios, en función de la aportación del usuario, recorriendo detenidamente todas y cada una de las prestaciones incluidas en la Cartera común básica del Sistema Nacional de Salud, así como las comprendidas en la Cartera común suplementaria, con dispensación ambulatoria,

y en la Cartera común de servicios accesorios. Descendiendo al nivel autonómico, también es objeto de atención la Cartera de servicios complementaria de las Comunidades Autónomas.

La regulación jurídica de la prestación farmacéutica ocupa asimismo un papel destacado, fundamentalmente a la luz de las últimas modificaciones introducidas en lo referido a la prescripción de productos farmacéuticos y el establecimiento de criterios acerca de la exclusión de la prestación farmacéutica de medicamentos y productos sanitarios. También resulta objeto de consideración la financiación pública de los medicamentos y de los productos sanitarios, recogiendo los criterios de inclusión y exclusión, sin que queden exentas de atención la fijación de precios, la participación en el pago y la aportación de los beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria.

Cierra esta parte conclusiva con la problemática que incorpora la advertencia de diferencias interterritoriales en el plano prestacional, como consecuencia de la competencia de las Comunidades Autónomas para ampliar el mínimo fijado por el Estado con carácter básico. A lo anterior, se une el análisis de los principales retos que presenta la viabilidad del sistema sanitario, así como las estrategias que se han acogido bajo la pretensión de reducción del gasto público sanitario, valorando su significación e implicaciones

**PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE  
LA PROTECCIÓN DE LA SALUD**

## CAPÍTULO I. ANTECEDENTES DE LA ASISTENCIA SANITARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La protección de la salud, base del desarrollo social y compendio de buena parte de las inquietudes humanas, ha constituido de siempre un elemento preponderante en la agenda institucional y político-jurídica del Estado, si bien las técnicas por las que se ha articulado han evolucionado en el devenir de los tiempos.

Así, a lo largo del siglo XIX, el Estado se preocupaba por la tutela de la salud pública, esto es, de la vertiente colectiva de la salud<sup>6</sup>, de modo que serían las corporaciones locales<sup>7</sup> y las instituciones benéficas públicas y privadas (en manos de organizaciones fundamentalmente religiosas, aunque también filantrópicas, sindicales o políticas) las comprometidas con la asistencia sanitaria de la población carente de recursos, en clave individualizada, capaz de afrontar de modo óptimo la realidad de la ligazón entre pobreza y enfermedad. En efecto, lo limitado de una atención sanitaria individual condicionada a la disposición de suficientes recursos para acceder a los servicios médicos trataría de ser contrarrestado tanto en el ámbito público como privado<sup>8</sup>. Con respecto al primero, los hospitales benéficos desarrollaron un papel capital, sin perjuicio de las deficiencias propias de su articulación en clave de instituciones de asilo, cuando no de represión o corrección<sup>9</sup>. En el marco del segundo, los individuos recurrían a mecanismos colectivos de previsión, señaladamente las mutualidades que, al carecer de un intermediario con ánimo de lucro, escapaban al coste adicional que conllevaba la técnica del seguro privado de enfermedad.

---

<sup>6</sup> La Ley de 28 de noviembre de 1855 sobre el Servicio General de Sanidad constituye el primer texto legal en el que se incide en la vertiente colectiva de la salud, tendente fundamentalmente a evitar el contagio de las enfermedades que azotaban a la población a través de las correspondientes medidas preventivas en que se materializaba la sanidad pública como competencia del Ministerio de la Gobernación.

<sup>7</sup> Los artículos 64 y 65 de la Ley de Sanidad de 1855 establecían la obligación correspondiente a los municipios de prestar asistencia médico-farmacéutica a las familias pobres del lugar.

<sup>8</sup> ALMANSA PASTOR, J. M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 371.

<sup>9</sup> PEMÁN GAVÍN, J.: “Del Seguro Obligatorio de Enfermedad al Sistema Nacional de Salud. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el último cuarto del siglo XX”, en AA.VV.: *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, SOSA WAGNER, F. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 1022.

## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Habría que esperar, pues, al siglo XX para que el Estado, a través del Seguro Obligatorio de Enfermedad, primero, y del Sistema de Seguridad Social, después, asumiera la sanidad en un sentido totalizador. Hasta entonces, los únicos mecanismos de protección existentes (inespecíficos) ante el riesgo de la enfermedad venían representados por el ahorro individual, la solidaridad familiar, la beneficencia y, muy significativamente, las mutualidades.

### **1.- FORMAS COLECTIVAS DE PREVISIÓN VOLUNTARIA: LAS MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL. ESPECIAL REFERENCIA A LAS SOCIEDADES DE SOCORROS MUTUOS.**

La mutualista es una de las principales técnicas históricas surgidas en el auxilio del individuo ante supuestos de enfermedad<sup>10</sup>. Fue la Real Orden de 28 de febrero de 1839 la que autorizó la constitución de estas formas colectivas de previsión, aludiendo a la libre asociación de quienes pretendiesen “auxiliarse mutuamente en sus desgracias, enfermedades, etc.”. A ellas recurría un considerable porcentaje de trabajadores que, a efectos censales, carecían de la consideración de pobres, lo que les excluía del acceso a la asistencia benéfica, pero tampoco contaban con capacidad económica suficiente para recurrir a la alternativa de la atención médica privada. Bajo las notas básicas de autogestión, ausencia de ánimo de lucro, estructura personalista y participativa, se detraía una determinada cantidad de los ingresos de sus miembros, cantidad que era utilizada para proporcionar a cuantos componentes lo precisasen las prestaciones sanitarias acordadas.

Las mutualidades adquirieron diversas formas en un contexto en el que el Estado, rechazando el desarrollo de cualquier institución obligatoria de previsión, atendía las situaciones de necesidad que derivaban de la enfermedad mediante fórmulas meramente benéficas. Junto a las conocidas Sociedades de Socorros Mutuos, máximo exponente de la asociación obrera en el industrialismo, cabe destacar las sociedades filantrópicas, montepíos o agrupaciones mutuales de obreros o empleados, comerciantes, modestos y

---

<sup>10</sup> Con carácter previo, se afianzó en España el régimen gremial (y sus variantes Cofradías, Hermandades, etc.), que quedó suprimido como consecuencia del triunfo de las ideologías liberales propias del siglo XVIII.

artesanos, con participación ocasional de los patronos<sup>11</sup>. Caracterizadas todas estas fórmulas por ser de carácter voluntario, los asegurados asumían, a su vez, las funciones propias de aseguradores, de forma que se socorrían mutuamente ante riesgos a los que todos se encontraban expuestos, siendo uno de los más comúnmente protegidos el de enfermedad. Baste al efecto referirse a la Real Orden de 5 de marzo de 1919, relativa a las Sociedades de Socorros Mutuos para obreros que trabajen en fábricas de material de guerra a cargo del Cuerpo de Artillería, en cuya Exposición de Motivos se incidía específicamente en la inquietud generada por el riesgo de enfermedad. En todo caso, conviene señalar que la técnica mutualista no sólo tenía por objeto atender a una demanda social, expresada, entre otros, en términos de pérdida de salud, pues también se proponían servir de instrumentos de educación y “moralización”, práctica en los valores del ahorro y la previsión<sup>12</sup>.

Mientras que en los núcleos rurales predominó la figura de la iguala, cuyo estudio será objeto de tratamiento en el siguiente epígrafe, por su parte, los obreros de la industria y el comercio contaban, fundamentalmente, con las Sociedades de Socorros Mutuos o Mutualidades y Montepíos de Previsión Social. En concreto, las Sociedades de Socorros Mutuos, superadoras de las Cofradías, Gremios o Hermandades de Socorros, ejercían la previsión social de sus asociados con el único fin de ayudar a los miembros de la agrupación que lo necesitasen<sup>13</sup>, luego constituían entidades sin ánimo de lucro cuyo principio básico era la solidaridad<sup>14</sup>. Aglomeraban un conjunto de individuos que aportaban una determinada cuota a cambio del correspondiente auxilio en caso de enfermedad, invalidez, desempleo o muerte. Por tanto, la financiación se llevaba a cabo mayoritariamente a través de las cotizaciones de sus afiliados además de las contribuciones, en menor cuantía, de socios protectores o patronos. Precisamente, en este

---

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ OCAÑA, E.: “La asistencia médica colectiva en España, hasta 1936”, en AA. VV.: *Historia de la acción social pública en España. Beneficencia y previsión*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pág. 329.

<sup>12</sup> MONTERO, F. Y ESTEBAN DE VEGA, M.: “Aproximación tipológica al mutualismo popular y obrero en España: el mutualismo asistencial”, en AA. VV.: *La historia social en España. Actualidad y perspectivas*, CASTILLO, S. (Coord.), Siglo XXI, Zaragoza, 1991, pág. 460.

<sup>13</sup> En cualquier caso, se imponían estrictos límites de edad, la moralidad de los afiliados, así como un importante control público de las ayudas suministradas ejercido mediante la Comisaría Sanitaria Central, organizada en juntas territoriales, en las que intervenían las mutualidades y empresas, los médicos, farmacéuticos y asociados.

<sup>14</sup> SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *La configuración jurídica del accidente de trabajo*, Laborum, Murcia, 2013, pág. 58.



## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

contexto, tropezaban con el obstáculo de la escasez de recursos de sus integrantes, cuya capacidad ahorrativa se veía fuertemente entorpecida debido a las exiguas remuneraciones que percibían como único medio de subsistencia. En cuanto a las prestaciones suministradas, en la mayoría de las instituciones de Socorros Mutuos predominaba el subsidio metálico por enfermedad, sustitutivo del salario, y en menor medida, la asistencia médica y farmacéutica, debido al elevado coste que éstas traían consigo.

Tal y como reconoció el Instituto Nacional de Previsión (en adelante, INP) en su respuesta enviada al cuestionario remitido por la OIT en 1926, preparatorio de la décima reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, lo cierto es que no se dispone de datos o bases estadísticas de principios de siglo que precisen la extensión de estas sociedades en España<sup>15</sup>, si bien cabe extraer que tuvieron una considerable implantación en todo el territorio nacional<sup>16</sup>. Desde mitad del siglo XIX predominan los socorros por enfermedad o accidente, por defunción y gastos de entierro digno, mientras que a principios del siglo XX es el socorro de enfermedad el más extendido para la generalidad de las sociedades, incluyendo la asistencia sanitaria y los gastos farmacéuticos, si bien el progresivo encarecimiento del costo de ambos llevaba en muchos casos a que estas prestaciones quedasen limitadas a meras funciones de control de la evolución del enfermo<sup>17</sup>.

Parte fundamental del éxito de tales mecanismos mutualistas ha sido adjudicada a su sintonía con el deteriorado poder adquisitivo de los trabajadores a quienes, mediante simbólicas cuotas, se les garantizaban unos niveles mínimos de atención en momentos difíciles, generalmente en situaciones de ausencia de trabajo por enfermedad<sup>18</sup>. En este sentido, según se ha señalado, la existencia de unos salarios bajos que debilitaban el ahorro, la nula incidencia de los seguros libres a consecuencia de lo anterior, así como la

---

<sup>15</sup> *La cuestión del seguro de enfermedad ante la X Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (Ginebra, mayo 1927): antecedentes*, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Publicaciones del INP, núm. 176, Madrid, 1927, pág. 79. Sobre la escasez de estudios en relación a las Sociedades de Socorros Mutuos, véase CASTILLO, S.: “En torno al mutualismo español contemporáneo. Solidaridad desde abajo revisited”, en AA. VV.: *Asociacionismo en la España contemporánea. Vertientes y análisis interdisciplinar*, MAZA ZORRILLA, E. (Coord.), Universidad de Valladolid, Valladolid, 2003, págs. 61-64.

<sup>16</sup> Un análisis de los datos sobre la evolución del número de Sociedades de Socorros Mutuos, sus asociados y tamaño medio teórico en MAZA ZORRILLA, E.: “El mutualismo en España, 1900-1941. Ajustes e interferencias”, en AA. VV.: *La previsión social en la historia*, CASTILLO, S. Y RUZAFÁ, R. (Coords.), Siglo XXI, Madrid, 2009, págs. 342 y ss.

<sup>17</sup> CASTILLO, S.: “En torno al mutualismo español contemporáneo. Solidaridad desde abajo revisited”, en AA. VV.: *Asociacionismo en la España contemporánea. Vertientes y análisis interdisciplinar*, MAZA ZORRILLA, E. (Coord.), Universidad de Valladolid, Valladolid, 2003, pág. 75.

<sup>18</sup> MAZA ZORRILLA, E.: “El mutualismo en España, 1900-1941. Ajustes e interferencias”, en AA. VV.: *La previsión social en la historia*, CASTILLO, S. Y RUZAFÁ, R. (Coords.), Siglo XXI, Madrid, 2009, pág. 340.

inhibición del Estado en la articulación de seguros obligatorios sirvieron de estímulo al recurso a las sociedades de socorros mutuos<sup>19</sup>.

De hecho, la extensión que alcanzaron traería aparejada más tarde la creación de órganos de supervisión y fiscalización de las mutualidades, en forma de Federaciones regionales y provinciales, así como de una Confederación Nacional, incluida la constitución de nuevas e importantes modalidades: mutualidades patronales o cajas de empresa constituidas por las empresas para sus propios trabajadores, mutualidades funcionariales y mutualidades y montepíos laborales.

## **2.- EL RÉGIMEN DE IGUALAS DE SERVICIOS MÉDICOS.**

Si bien en los núcleos urbanos predominaban, como se acaba de advertir, las sociedades mutuales, en los rurales lo hacían las igualas de servicios médicos, caracterizadas por una marcada libertad en el modo de pago y un bajo costo<sup>20</sup>. A ambas formas de previsión colectiva se refería el apartado segundo del art. 12 del Decreto de 26 de mayo de 1943 por el que se aprueba el Reglamento del Régimen de Montepíos y Mutualidades, el cual incluía en la noción de previsión social las “mutualidades e igualatorias que tengan por objeto el seguro de enfermedad” y que proporcionan “a los beneficiarios subsidios económicos o asistencia facultativa, cualquiera que sea su extensión o consista en ambas clases de prestaciones”.

Mediante los seguros médicos libres que constituían las igualas médicas, el asegurado abonaba una cantidad periódica, generalmente mensual, al médico asegurador a cambio de la correspondiente asistencia sanitaria (con exclusión de la prestación económica) en cuantas ocasiones lo precisase. En todo caso, al no poder contar con una clientela libre, los médicos solían aumentar sus ganancias elevando los tipos igualatorios o modificando las condiciones generalmente consuetudinarias del contrato<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> CASTILLO, S., op., cit., pág. 75.

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ OCAÑA, E., op. cit., pág. 335-336.

<sup>21</sup> VILLACORTA BAÑOS, F.: “La opinión médico-rural en 1924: resultados de una encuesta”, *Estudios de Historia Social*, núms. 24-25, 1983, págs. 165-185.

## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

El sistema de igualas representaba una “anticipación rudimentaria del seguro de enfermedad”, aunque su análisis no ha resultado exento de críticas en tanto se le acusa de una notoria falta de enlace con otros servicios, así como de un considerable déficit de especialización e instrumentación para todas las necesidades de la asistencia sanitaria<sup>22</sup>. Lo cierto es que en él predominaba el objetivo del lucro sobre la protección de los estados de necesidad, al tiempo que adolecía de “una anticientífica organización e insuficiencia de recursos financieros”<sup>23</sup>.

En clave de síntesis, los principales inconvenientes aparejados a la figura de la iguala médica fueron enumerados por SEVERINO AZNAR<sup>24</sup>. En primer lugar, el asegurador toleraba ese sistema, pero no lo deseaba, pues resultaba demasiado barato para el asegurado e insuficientemente remunerador para el médico. En segundo lugar, en el cobro concurrían con frecuencia partidas fallidas y "disgustos mortificantes para su dignidad profesional", lo que para este último suponía inseguridad de vida, y por eso muchos preferían los "partidos cerrados", que eran seguros colectivos, mediante los cuales los médicos aseguraban, no individuo por individuo, sino a los vecinos de un pueblo no incluidos en el Censo de Beneficencia o a un considerable grupo de ellos. En tercer lugar, la asistencia médica era marcadamente incompleta. Estaban excluidos los partos, las inyecciones, toda operación quirúrgica, los cuidados dentales, las lesiones, las consultas con otros médicos, enfermedades venéreas y tratamientos de especialización, en general, toda terapéutica hipodérmica e intravenosa, así como toda preocupación preventiva, hospitalaria o de sanatorio. En cuarto lugar, la asistencia era calificada como "insegura", puesto que dependía de un contrato libre que cualquiera de las partes podía rescindir. Asimismo, no existía control oficial para este seguro ni, por tanto, garantía tranquila de que el médico cobraría, ni de que el vecino recibiría la asistencia necesaria y adecuada. Por último, se denunciaba que toda la carga recaía sobre el trabajador, sin dar ocasión a la justa cooperación económica del patrono y del Estado y aun del municipio y la provincia.

---

<sup>22</sup> *La unificación de los seguros sociales*, 3ª edición, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Publicaciones del INP, núm. 476, Madrid, 1936, pág. 58.

<sup>23</sup> “Solución financiera al problema sanitario, en su aspecto privado, mediante el seguro técnico de la salud”, *Conferencia Nacional de Seguros de Enfermedad, Invalidez y Maternidad (Barcelona, noviembre de 1922)*, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Publicaciones del INP, núm. 142, Vol. 2, 1925, pág. 145.

<sup>24</sup> *El Seguro de Enfermedad y los Médicos: Conferencia dada en el Ateneo Científico y Literario de Madrid el día 9 de marzo de 1924*, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Documentos del INP, núm. 415, 1934, págs. 27-28.

### 3.- EL SEGURO OBLIGATORIO DE ENFERMEDAD.

El Seguro Obligatorio de Enfermedad (en adelante, SOE) constituye el origen más inmediato de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Una preocupación generalizada sobre la salud de la población llevó a actuar con mayor ímpetu en el ámbito sanitario, desde el novedoso enfoque de la previsión social obligatoria, lo cual sería de provecho para el desarrollo del país y la satisfacción de las necesidades sanitarias que presentaba la población. Se emprendió, así, la protección de un ámbito que tradicionalmente había constituido objeto de atención por la beneficencia y la previsión privada<sup>25</sup>, llenando, desde otra técnica, un reclamo poderosamente sentido en la sociedad.

Lo cierto es que el tratamiento del origen de la previsión social española lleva aparejado indefectiblemente el de la consolidación del sistema capitalista y la explosión del intemperante conflicto obrero que subyacía en la realidad de la época y que despertó ante la situación político-económica existente<sup>26</sup>. En efecto, la previsión social de comienzos de siglo no puede ser analizada desde una perspectiva exclusivamente jurídico-positiva, mediante el análisis de las diversas disposiciones normativas, sino que, con mayor ambición, se ha de valorar a su vez la construcción social en que se acometió su instauración. Y es que, resulta inasumible interpretar enunciados jurídicos sin escudriñar las raíces sociales y políticas que les sirvieron de base. El Derecho, como siempre, aparece tras una realidad social que le precede, revelando la entramada de conflictos, preocupaciones y necesidades latentes en la misma. A tal efecto, acertadamente se ha señalado que “no es comprensible el fenómeno del Estado Social si se hace abstracción de una serie de datos sociales que, al menos en un pasado reciente, han configurado una sociedad que servía de soporte a tal forma de Estado”<sup>27</sup>. Como seguidamente se expondrá, la situación real de la época obligaba a una nueva lectura a través de la óptica de la previsión social obligatoria.

---

<sup>25</sup> Se ha indicado que “la asistencia médica privada como única alternativa a la beneficencia pública no tenía viabilidad alguna. Comenzaba una tercera vía, un nuevo camino sin que se supiera muy bien hasta dónde conduciría”. ALBERTI LÓPEZ, L.: “La asistencia sanitaria en el conjunto de la previsión social española”, en AA. VV.: *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*, Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales, Madrid, 1988, pág. 309.

<sup>26</sup> Véase PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “La intervención normativa del Estado en la cuestión social en la España del siglo XIX”, *Revista Ayer*, núm. 25, 1997, págs. 103-126.

<sup>27</sup> GARCÍA COTARELO, R.: *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pág. 38.

## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

El último tercio del siglo XIX trajo consigo unos conflictivos años en los que la cuestión social, "dulcificada nomenclatura que iba a servir para designar la explotación sistemática de las clases trabajadoras por obra de la utilización capitalista de la industrialización y el maquinismo"<sup>28</sup>, asume la envergadura de problema estatal. En este sentido, la tensión social propició que la previsión se incorporara a las inquietudes del Estado, el cual, mediante la correspondiente normativa social, comenzó a intervenir en las relaciones socioeconómicas y productivas, adquiriendo una nueva calidad de componedor de las mismas. La previsión social, al igual que cualquier otro instrumento del Derecho social responde, pues, a una llamada de necesidad obrera. En efecto, la instauración del Estado Social no parte de cero, antes al contrario, deriva de una lucha que no hizo sino verificar las palabras de IHERING<sup>29</sup>. En todo caso, conviene tener en cuenta que no se trató en exclusiva de una autónoma conquista por parte de los trabajadores, ni una concesión del poder establecido, sino una suerte de "compromiso político-social"<sup>30</sup>.

Así las cosas, el ímpetu que durante el siglo XVIII y buena parte del XIX animó la lucha de la sociedad contra las limitaciones que el poder político imponía al libre desenvolvimiento de la actividad individual, se dirigía ahora hacia aquellos obstáculos surgidos de la organización socioeconómica y sus efectos, muy señaladamente el binomio de la enfermedad y la miseria, o la miseria y la enfermedad. Conquistados los derechos individuales, la acción pasó a enfocarse hacia los derechos sociales, reclamándose del Estado la provisión de los medios de existencia a través de los seguros sociales. Fue así como la lógica individualista y también la mutualista cedieron paso a la lógica solidarista<sup>31</sup>.

Como resultado de esta nueva conciencia, surge una legislación social que a instancia, en primer lugar, de la Comisión de Reformas Sociales y, con posterioridad, del

---

<sup>28</sup> GÓMEZ RIVERO, R. Y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: "Los inicios de la revolución industrial en España: la fábrica de algodón de Sevilla (1833-1836)", *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 46, 2003, pág. 186.

<sup>29</sup> "La lucha es el trabajo eterno del derecho (...) Desde el momento en que el derecho no está dispuesto a luchar, se sacrifica". VON IHERING, R.: *La lucha por el derecho*, con estudio preliminar "Thering y la lucha por el derecho" de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2008, pág. 85.

<sup>30</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Comares, Granada, 2007, págs. 162 y 163.

<sup>31</sup> El principio de la solidaridad alude al bien común como interacción de aspiraciones y obligaciones de todos los individuos que componen la comunidad, de modo que "se trata de un principio distinto y de mayor amplitud que el mutualista, diferenciándose cualitativamente de éste en que no se caracteriza por la reciprocidad y cuantitativamente en la mayor amplitud subjetiva de cobertura". RODA LÓPEZ, A.: "La relación jurídica de la previsión: su naturaleza y estructura estática", *Revista de Trabajo*, núms. 54-55, 1976, pág. 187.

Instituto de Reformas Sociales<sup>32</sup>, integra las normas legales reguladoras de las condiciones de trabajo, así como de forma innovadora, la previsión social. Tras la remarcable Ley de 30 de enero de 1900 de accidentes de trabajo, en 1919 surge el primer seguro social obligatorio, el Retiro Obrero. Paradójicamente, siendo las principales inquietudes de los obreros los riesgos de enfermedad y muerte, el Estado comenzó su programa social mediante la previsión de la vejez<sup>33</sup>. En todo caso, con carácter paulatino, se va constatando la necesaria ampliación de los riesgos protegidos mediante la articulación de los correspondientes seguros. Las siguientes dimensiones de la vida del individuo dignas de aseguramiento eran fácilmente identificables a la vista de la realidad socioeconómica, destacando con fuerza la enfermedad.

El concienzudo intervencionismo con que despiertan los primeros años de siglo se manifiesta igualmente en el escenario internacional, a la vista de la conflictividad social subyacente y las reivindicaciones reformistas aparejadas, desarrollándose un creciente interés en la previsión social, impulsado en 1919 desde el Tratado de Versalles, la Conferencia de Washington y, seguidamente, por la OIT. A estos efectos, resulta harto significativa la Conferencia Internacional del Trabajo de 1925 en Ginebra, la cual mostró el camino que debía ser emprendido en la materia. Todas aquellas iniciativas supusieron un animado estímulo al progreso de la legislación social de los países implicados, verificándose lo señalado por HELLER, según el cual, “la política social sólo podrá tener éxito si es internacional”<sup>34</sup>. El sentimiento de la solidaridad internacional, por tanto, se fue robusteciendo, fundamentalmente tras el cataclismo de la segunda Guerra Mundial.

Lo cierto es que la salud describe a la perfección un factor de necesidad social, de forma que se evidenciaba la urgencia de articular los mecanismos que, de manera efectiva, lucharan contra el riesgo social de enfermedad, sabido que el mismo se caracteriza por ser intrínsecamente generalizado, amenazando con aparecer en cualquier momento, y, por consiguiente, imposible de escapar a la inquietud humana. En base a lo anterior, no resulta

---

<sup>32</sup> Véase PALACIO MORENA, J. I.: *La institucionalización de la reforma social en España 1883-1924. La Comisión y el Instituto de Reformas Sociales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1998, págs. 23-135.

<sup>33</sup> A esta falta de sintonía se refiere CUESTA BUSTILLO, J.: “Evolución de la previsión social española en el primer tercio del siglo XX”, en AA. VV.: *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*, Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales, Madrid, 1988, pág. 198.

<sup>34</sup> HELLER, H.: *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pág. 329.

## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

costoso reconocer la entidad del Seguro obligatorio de enfermedad en cuanto instrumento para afrontar un riesgo que brotaba con fuerza en la clase obrera de principios del siglo XX. Al tiempo que se pretendía acabar con los altos índices de morbilidad y enfermedades infecciosas<sup>35</sup>, de la mano de un eficaz modelo de ingeniería sanitaria, se aspiraba a lograr una plena igualdad de oportunidades de los diversos grupos sociales ante la situación de necesidad a que deriva la pérdida de salud.

Es fuerte el vínculo entre enfermedad y miseria y así se ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones. En coherencia con ello, el SOE fue ideado como un mecanismo de lucha contra la pérdida de la salud, aunque en el trasfondo residía una ardua batalla contra la pobreza que aquélla lleva indefectiblemente aparejada<sup>36</sup>. Resultaba claro que el azote que representaba la miseria no sería combatido con meras medidas económicas, sino que era preciso articular otras más amplias entre las que destacaba la previsión contra la enfermedad. El SOE, pues, como cualquier instrumento de política social, obedecía a motivos de muy diversa naturaleza, más allá del estrictamente sanitario, testimoniando una encrucijada de intereses y necesidades que coadyuvaban a la emergencia del mismo. De ahí la naturaleza política, social, sanitaria, económica y jurídica del proceso pretendido<sup>37</sup>. Se trataba de evitar, por una parte, que los obreros, ya de por sí con escasos recursos, cayeran en la indigencia. Pero también colaboraban a la causa motivos de índole demográfica y economicista de la mano de obra<sup>38</sup>. En este sentido, se aspiraba a paliar la suspensión de la participación del trabajador en la vida económica y la correspondiente traba a la producción. Existía, en definitiva, un evidente objetivo restaurador de los incidentes sanitarios que supusieran una interrupción en la actividad productiva del

---

<sup>35</sup> La urgencia que exigía la implantación del SOE era observada ya en la época. “En España esta obra es inaplazable, que nuestro estado sanitario ha causado en los primeros veinte años del presente siglo más de dos millones de defunciones por enfermedades infecciosas, llamadas también evitables, por poderlas prevenir la moderna ciencia médica. Cada año hace 50.000 víctimas la tuberculosis (...) es una vergüenza nacional la viruela, enfermedad desterrada de todos los países civilizados; y no digamos nada de la fiebre tifoidea, sarampión, escarlatina, difteria y enfermedades infecciosas del aparato respiratorio”. BONILLA MARÍN, G.: “La política de previsión y los seguros sociales”, *Discurso de apertura Curso Académico 1923-1924, Universidad de Granada*, 1923, pág. 39.

<sup>36</sup> La protección versus miseria es el enfrentamiento constante que subyace al modelo de Estado social. En este sentido se ha afirmado que junto con la asistencia, el seguro social es la más eficaz herramienta “que dispone el Estado para proteger socialmente a los individuos de la miseria y procurar el bienestar de todos los ciudadanos”. GONZÁLEZ POSADA, C.: “Los seguros sociales obligatorios en España”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, pág. 14.

<sup>37</sup> El nacimiento de los seguros sociales sólo se explica eficazmente a la luz de factores sociales, económicos, políticos y culturales. MONEREO PÉREZ, J. L., op. cit., pág. 145 y ss.

<sup>38</sup> “El trabajador y su familia, la economía nacional y la política demográfica salen con ventaja de la implantación del Seguro”, tal y como se sostiene en *Hojas divulgadoras del Seguro de enfermedad. Hoja núm. 1, El seguro de enfermedad desde 1910 a 1944*, Publicaciones del INP, núm. 630, Madrid, 1946.

trabajador. Así, de forma complementaria, la articulación de un seguro social que protegiese ante la pérdida de salud se concebía como una poderosa manera de lograr la recuperación económica y la acumulación de capital de un país arrasado por la contienda civil, dado que se trataba de proteger sanitariamente a la fuerza de trabajo<sup>39</sup>.

Se confirma, en definitiva, la idea de que la protección de la salud es un componente fundamental en el camino hacia el desarrollo social y económico de toda sociedad. Y es que la relación entre salud y desarrollo social implica una suerte de *retroalimentación*, de forma que un índice adecuado de salud depende de un efectivo desarrollo social, y de manera inversa, éste existe, en buena medida, en función de aquél.

Según se acaba de exponer, las técnicas del mutualismo privado, la iguala y la beneficencia<sup>40</sup>, que se hallaban consolidadas aprovechando el terreno libre que la actividad estatal había dejado hasta entonces, se habían evidenciado insuficientes para responder a un problema digno de atención integral. El amplio ámbito sombrío que dejaban tales técnicas propias del Estado liberal no tardaría en ser alumbrado bajo los mecanismos de la previsión social. Ciertamente, la previsión individual materializada en el ahorro se reveló ineficiente para atender a las necesidades sociales que surgían del nuevo modelo de producción industrial<sup>41</sup>. También se predicaba, por su parte, la insuficiencia de la beneficencia, ya que atendía en exclusiva a los efectos de la miseria, sin reparar en sus motivos<sup>42</sup>. El carácter deficiente de la respuesta proporcionada por ambas técnicas se

---

<sup>39</sup> Tras la Guerra Civil, la situación socioeconómica y sanitaria de la población española mostraba un panorama desalentador. A una escasa infraestructura productiva y un notable endeudamiento se le sumaban altos índices de morbilidad y enfermedades infecciosas, todo ello agravado por el hambre y la miseria que llevan aparejados inevitablemente los años de postguerra. Véase ALBERTI LÓPEZ, L., op. cit., págs. 297 y 298.

<sup>40</sup> Se ha denunciado, respecto de la beneficencia provincial, que las instituciones asistenciales eran anticuadas y carentes de condiciones técnicas, al tiempo que se alude a la dificultad de los enfermos pobres de los pueblos en acceder al ingreso en las mismas. RODRÍGUEZ OCAÑA, E., op. cit., pág. 325.

<sup>41</sup> Del acceso a la técnica de seguro privado quedaban excluidos, obviamente, los sectores con menos recursos, incapaces de hacer frente a las cuotas que la protección dispensada a cambio exigía. El problema para el trabajador derivado de la enfermedad era evidente: si la empresa no asumía la responsabilidad del riesgo causante del daño, perdía su salario. Si además, no pertenecía a ninguna Sociedad de Socorro mutuo quedaba igualmente privado de protección. Y si además carecía de ahorros, quedaba abocado a la más absoluta desprotección. HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: *La Ordenación Sanitaria en España*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pág. 32.

<sup>42</sup> MARTÍN SALAZAR, M.: *La Sanidad y los Seguros Sociales*, Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1918, pág. 10. Tal sensación de ineficacia sería común en toda Europa, en la que se evidenciaba, que “desde mediados del siglo XIX por lo menos, la fórmula liberal había dejado ya de ser adecuada, y a medida que fue transcurriendo el tiempo dejó de ser políticamente aceptable”. ASHFORD, D. E.: *La aparición de los Estados de Bienestar*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pág. 357.



## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

manifestó plenamente a finales del siglo XIX, de ahí que la intervención del Estado en materia de previsión no ofreciese dudas, emergiendo como un mecanismo apremiante canalizado a través de los seguros sociales obligatorios.

La superación en el ámbito público de la beneficencia mediante la previsión social obligatoria implicaba mucho más que un tránsito de técnicas, puesto que se pasaba de una loable pero libre acción a una imposición<sup>43</sup>. En cualquier caso, la irrupción de la previsión en la acción social española no supuso en modo alguno la desaparición automática de los mecanismos benéfico-asistenciales, porque eran amplios los estratos sociales no inmersos en el proceso productivo. Ambos se mantendrían paralelos en el tiempo. En cambio, por lo que se refiere al impacto de la eclosión del SOE en el aseguramiento privado, contrariamente a lo sucedido con la beneficencia, a medida que el Estado asume el papel de actor principal en la escenografía social, la iniciativa privada, sin llegar a desaparecer, lo cierto es que se retira notablemente<sup>44</sup>.

Conforme la asistencia sanitaria emerge en tarea social, la protección de la salud deja de estar relegada a una esfera estrictamente individual, al considerarse que su atención y protección no corresponde exclusivamente al individuo. Éste no puede afrontar solo, con sus propios recursos, el riesgo de la enfermedad, por lo que corresponde al Estado poner a disposición del mismo los medios necesarios para recuperar la salud cuando la haya perdido. El Estado se concibe, así, como el único ente en condiciones de crear “con el esfuerzo de todos, la seguridad para todos”<sup>45</sup>. De este modo, los planteamientos individualistas, propios del Estado liberal, fueron progresivamente sustituidos, en el propósito de evitar que situaciones de necesidad cayeran en la desprotección social. Ése es el sentido del Estado social y de la función que lleva a cabo inicialmente mediante la técnica de los seguros sociales. Frente a la tradicional protección de la salud pública (vertiente colectiva), el Estado invade el terreno que hasta entonces habían ocupado la previsión privada organizada y la beneficencia, en aras de atender más

---

<sup>43</sup> En la delimitación conceptual entre previsión social y beneficencia pública, se ha destacado que, si bien las dos eran impulsadas por el Estado y bajo ambas subyacía la solidaridad de la comunidad para con cada uno de sus miembros, la asistencia prestada era en un caso virtud libremente ejercida y en otro obligación de justicia. MARTÍNEZ QUINTEIRO, E.: “El nacimiento de los seguros sociales 1900-1918” en AA. VV.: *Historia de la acción social pública en España. Beneficencia y previsión*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pág. 258. En igual sentido, CUESTA BUSTILLO, J.: *Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración (1918-1931)*. Tomo II de *Los Seguros Sociales en la España del Siglo XX*, Ministerio de Trabajo y Universidad de Salamanca, Madrid, 1988, págs. 447-453.

<sup>44</sup> Para un análisis en detalle de la repercusión que la implantación del SOE tuvo en la profesión médica, así como en la crisis de la medicina privada, consúltase ALBERTI LÓPEZ, L., op. cit., págs. 313-317.

<sup>45</sup> VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995, pág. 770.

eficazmente a determinadas situaciones que precisaban de aseguramiento. Ya no se aspiraba únicamente a erradicar las enfermedades y prevenir su difusión, como otrora había sido el objetivo principal de la tutela de la salud pública, pues ahora se añadía el propósito de articular los medios precisos con el fin de asistir sanitariamente a los individuos.

Sin duda, el principio de obligatoriedad que inspiraba el modelo español de seguros sociales representa la mayor ruptura con el modelo anterior, en tanto que, por primera vez, el Estado intervenía sobre las relaciones sociales y económicas, exentas de su composición bajo el Estado liberal. Obediente a una estricta separación entre sociedad y Estado, el principio de “laissez faire” había desplazado el desarrollo individual a la esfera más íntima de cada individuo, tras lo cual irrumpió con fuerza la idea de la necesaria intervención del Estado en aras de socorrer a los que, por sí mismos, no podían alcanzar dicho desenvolvimiento, pretendiendo materializar la justicia social<sup>46</sup>.

El SOE, a pesar de constituir el centro estructural de la previsión social (no en vano, se le ha calificado como “el gran seguro social”<sup>47</sup>), quedó postergado en el tiempo con respecto a otros seguros, a diferencia de lo ocurrido en el escenario internacional. Precisamente, el Seguro de enfermedad es el primer seguro social obligatorio que nace en Europa, en concreto en Alemania, mediante la Ley de 15 de junio de 1883<sup>48</sup>. En España no se instauraría hasta sesenta años más tarde<sup>49</sup>, desoyendo la fuerte demanda social y de los

---

<sup>46</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George”, *Documentación Laboral*, núm. 83, 2008, pág. 78.

<sup>47</sup> VIDA SORIA, J.: “¿Qué fue eso de la Seguridad Social?”, *Discurso de apertura Curso académico 2001-2002*, Universidad de Granada, 2001, pág. 24.

<sup>48</sup> Tras su pionera instauración en Alemania a cargo del canciller Bismarck, se produjo la expansión de la figura de los seguros sociales por diversos países del contexto europeo, entre los que España no fue una excepción. A la técnica del Seguro de enfermedad se sumaron: Italia en 1886, Austria en 1888, Noruega en 1909, Reino Unido y Suiza en 1911, Rumanía en 1912, Holanda en 1913, Polonia en 1920 y Francia en 1928. HERRANZ LONCÁN, A.: “La difusión internacional de los seguros sociales antes de 1945”, en AA. VV.: *Los orígenes del Estado del Bienestar en España, 1900-1945: los seguros de accidentes, vejez, desempleo y enfermedad*, PONS PONS, J. Y SILVESTRE RODRÍGUEZ, J. (Eds.), Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2010, pág. 63. Sobre el retraso del ejemplo francés al respecto, véase ROSANVALLON, P.: *L’Etat en France: de 1789 à nos jours*, Seuil, Paris, 1992, pág. 166: “la question du progrès social y est en effet constamment rapportée à un problème philosophique –celui de la nature de la démocratie française– dont l’irrésolution paralyse l’action en permanence. Dans ce domaine comme dans d’autres, la société française n’a cessé d’osciller entre l’amour des grandes idées et la réalité des petits arrangements”.

<sup>49</sup> No existe un modelo de previsión social comúnmente implantado en los distintos países. Antes al contrario, cada uno de ellos plantea diverso orden en la aparición de los seguros sociales. Al respecto se ha afirmado que “la característica política fundamental de los Estados de bienestar democráticos fue precisamente que pudieran avanzar hacia los objetivos de la protección social y de la igualdad social por

## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

incentivos que desde la OIT se ofrecían al respecto. Las razones, como en todas las grandes reformas sociales, radican en las peculiares características que presentaba nuestro país a nivel estructural y social<sup>50</sup>. Resulta evidente el esfuerzo económico y organizativo que suponía para España, con una radiografía arrasada por la Guerra Civil, la instauración de la infraestructura sanitaria que llevaba aparejada el aseguramiento social de la enfermedad. No se puede afirmar, por tanto, que el punto de partida fuera fácil, antes al contrario, se hubo de salvar numerosos obstáculos, contrariedades y resistencias<sup>51</sup>, además del temeroso reto que suponía la configuración de una compleja red de instalaciones sanitarias.

Tras la Conferencia de Seguros Sociales de Madrid de 1917, que impulsó el marco en el que articular el SOE, la Conferencia de Barcelona de 1922<sup>52</sup> fue el contexto elegido para el esbozo del concreto modelo de los seguros de salud en España, habiéndose concluido la conveniencia de implantar los seguros sociales de enfermedad, invalidez y maternidad<sup>53</sup>, con plena conciencia de las limitaciones ya aludidas que la realidad española del momento planteaba. El Seguro de enfermedad implicaba de suyo la reorganización de la estructura administrativa atinente a los medios financieros, sistema hospitalario y mecanismos técnicos, lo cual exigía un amplio proceso de reforma

---

camino muy diversos y con marcos institucionales asimismo muy diversos”, ASHFORD, D. E., op. cit., pág. 340.

<sup>50</sup> No son ignoradas en JORDANA DE POZAS, L.: *Características del Seguro español de enfermedad*, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Publicaciones del INP, núm. 587, Madrid, 1944, pág. 6. CUESTA BUSTILLO señala a este respecto que las “dificultades estructurales y resistencias sociales internas dan lugar a un proceso lento, cansino, a veces casi silenciado”, al tiempo que apunta a “una beneficencia descuidada, unas estructuras sanitarias por crear, sus costes y la debilidad y crisis del sistema de iguales como red sanitaria rural” como algunas de las principales dificultades. CUESTA BUSTILLO, J., *Hacia los seguros sociales obligatorios...*, op. cit., pág. 630 y ss.

<sup>51</sup> Sobre los seguros sociales y sus tradicionales oponentes, patronos y compañías de seguros privados, si bien por causas muy diversas unos y otros, véase CUESTA BUSTILLO, J.: “El proceso de expansión de los seguros sociales obligatorios. Las dificultades. 1919-1931”, en AA. VV.: *Historia de la acción social pública en España. Beneficencia y previsión*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, págs. 309-312. Sobre la resistencia de las organizaciones representativas de los médicos consúltase RODRÍGUEZ OCAÑA, E., op. cit., pág. 328-329.

<sup>52</sup> La Conferencia de 1917 planteó por primera vez la obligatoriedad como principio estructural de la previsión social, sentando las bases de la futura evolución de los seguros sociales, haciendo la Conferencia de 1922 lo mismo respecto a la unidad, urgencia, simultaneidad y coordinación de los seguros de enfermedad, maternidad e invalidez.

<sup>53</sup> *Conferencia Nacional de Seguros de Enfermedad, Invalidez y Maternidad (Barcelona, noviembre de 1922)*, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Publicaciones del INP, núm. 142, Vol. 1, Madrid, 1925, pág. 353. La Conferencia de 1922, si bien parte de la proclamación de la unidad, coordinación y simultaneidad de los seguros, lo cierto es que termina concluyendo la extrema complejidad de instauración de un Seguro de enfermedad, quedando finalmente en un boceto que no se llevó a la práctica inmediata. No en vano, al siguiente año el seguro de maternidad sería objeto de regulación autónoma por Orden de 25 de abril.

estructural, que fue abordado en la Conferencia, junto a la urgencia y simultaneidad en la implantación de los seguros de salud, así como la unidad de éstos con los de vejez y paro.

Hasta que este proyecto se convirtiera en realidad, no sin modificaciones, habrían de pasar aún dos décadas. Tras la referida Conferencia, la Junta de Gobierno del INP emprende los trabajos preparatorios del Seguro de enfermedad e invalidez, si bien quedaron postergados en el tiempo<sup>54</sup>. No sería hasta la X Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 1927 en Ginebra, cuando renace el interés público en el Seguro de enfermedad, avivado por la acción internacional de la OIT. Ahora bien, la ratificación por España de los Convenios 24 y 25 relativos al Seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria y del comercio y de los sirvientes domésticos y al Seguro de enfermedad de los trabajadores agrícolas, respectivamente, adoptados en dicha Conferencia, se produjo tiempo después, mediante sendas leyes de 8 de abril de 1932.

Por su parte, el gobierno de la República<sup>55</sup> encomendó al INP, por Orden Ministerial de 10 de mayo de 1932, un proyecto de Seguro de enfermedad y un estudio para la unificación de todos los Seguros de salud, lo que quedó concluido en 1935. Un año más tarde se redactó un proyecto de ley de unificación de los seguros, en la que se incluía el de enfermedad, publicándose el anteproyecto el 28 de mayo de 1936. Sin embargo, la implantación del correspondiente seguro de enfermedad se vio imposibilitada por el inicio de la Guerra Civil.

Transcurridos varios años desde la misma, la aspiración a la unidad perdida se evidenció, entre otros muchos ámbitos, en la previsión social. En concreto, la creación del Seguro Obligatorio de Enfermedad fue acometida por la Ley de 14 de diciembre de 1942 y el Decreto de 11 de noviembre de 1943, materializándose la implantación del Seguro el 1 de septiembre de 1944. El texto legal traía causa de un proyecto de seguro de enfermedad que encargó el Ministerio de Trabajo a una Comisión constituida el 11 de julio de 1941 y formada por representantes de la Dirección General de Sanidad, la Obra sindical 18 de

---

<sup>54</sup> Lo que resulta coherente con la escasa actividad que, en materia de seguros sociales, se constató durante la Dictadura de Primo de Rivera, en la que únicamente se procedió a la reordenación de los accidentes de trabajo y a la estructuración del seguro de enfermedad mediante Decreto de 22 de marzo de 1929. Véase al respecto MONTROYA MELGAR, A.: “La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica”, *Revista del Trabajo*, núm. 54-55, 1976, págs. 17 y 18.

<sup>55</sup> El artículo 46 de la Constitución republicana de 1931 disponía que “la República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte”.

## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

julio, los Colegios profesionales, las entidades mutualistas, el Patronato antituberculoso, el Ministerio de Trabajo y el Instituto Nacional de Previsión. El objetivo no era otro que ofrecer al asegurado una asistencia que, a cambio del pago de las correspondientes cuotas<sup>56</sup>, conllevara la rehabilitación de la salud perdida o mermada. Existía, así, una evidente lógica de interdependencia entre cotización y prestación. En concreto, el régimen de financiación tenía carácter tripartito, mediante el sistema de primas a partes iguales y en proporción al salario satisfechas por el trabajador y el empresario, al que se añadía la contribución del Estado.

Como seguro social, la relación constituida poseía carácter obligatorio, correspondiendo a la Caja Nacional del Seguro de Enfermedad, integrada en el INP, la única simple gestión<sup>57</sup>, articulándose un régimen de colaboración con las Entidades colaboradoras de predominio mercantil y los Servicios Sindicales del Seguro de Enfermedad, de carácter corporativo<sup>58</sup>. La pluralidad de entidades colaboradoras sumadas a la poderosa complejidad de las prestaciones sanitarias hizo preciso que por Decreto de 21 de julio de 1950 se creara la Oficina Nacional del SOE, directamente dependiente de la Dirección General de Previsión. Con carácter general, le correspondía la ordenación sanitaria de todo el Seguro de Enfermedad, la fiscalización administrativa de la actuación de las Entidades Colaboradoras y la ordenación de las prestaciones sanitarias de la totalidad del Seguro, así como la Inspección técnica de previsión social del Seguro de enfermedad.

En cuanto al ámbito subjetivo de cobertura, lo cierto es que existía a comienzos de siglo una conciencia generalizada acerca de la necesaria protección de los individuos frente al riesgo de la enfermedad, como asimismo era generalizada la percepción de la imposibilidad de atender a todos ellos<sup>59</sup>. En concreto, los asegurados eran formalmente los trabajadores (y sus familias<sup>60</sup>), por cuenta ajena o propia<sup>61</sup>, cualquiera que fuese el sector

---

<sup>56</sup> El art. 33 de la Ley concretaba los recursos para atender las cargas del Seguro de enfermedad en la aportación del Estado, las primas abonadas por los trabajadores y empresarios, las subvenciones, los donativos y legados y las rentas de los bienes propios del seguro.

<sup>57</sup> Tal unicidad de gestión, de la que carecían otros modelos comparados, como el inglés, pronto se reveló reconocidamente eficaz.

<sup>58</sup> En la práctica se evidenció una mayor utilización de estos que de la Caja Nacional de Seguros del INP. Consúltase ALBERTI LÓPEZ, L., op. cit., págs. 305 y 306.

<sup>59</sup> La protección de todos los ciudadanos “rebasaba la mentalidad de la época y las posibilidades del sistema español”. CUESTA BUSTILLO, J.: *Hacia los seguros sociales obligatorios...*, op. cit., pág. 643.

<sup>60</sup> El artículo 8 de la Ley precisaba los miembros de la familia que quedaban incluidos en el ámbito de protección: cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos menores de dieciocho años e incapacitados de una manera permanente para el trabajo.

en el que desarrollasen su actividad laboral<sup>62</sup>. El Seguro fue diseñado, pues, con ánimo de socorrer a aquellos que, por pérdida de salud, se vieran impedidos para desempeñar su medio de vida. Por razones obvias, la exclusiva inscripción en la previsión social de los incluidos en las relaciones productivas supuso una criticable diferenciación entre los que integraban el esquema productivo y los que no.

Asimismo, un límite económico modulaba el umbral de la población obrera con derecho a la previsión social. El art. 10 del Decreto limitaba el ámbito de actuación del SOE a aquellos trabajadores cuyos ingresos no superasen las 9.000 pesetas anuales<sup>63</sup>. Por tanto, únicamente gozaban de protección los legalmente denominados “productores económicamente débiles”<sup>64</sup>, entendiendo por productores “todos aquellos que con su trabajo intervengan en España en un ciclo cualquiera de la producción, bien sea por su cuenta o por cuenta ajena, así como los que trabajan en su domicilio y los colocados en servicios domésticos” (art. 4). Como se colige, este seguro carecía de una ambición universal, a diferencia de otros sistemas comparados<sup>65</sup>, ya que quedaban excluidos los que no eran trabajadores aunque careciesen de capacidad económica suficiente y aquellos que, siéndolo, percibieran cuantías salariales superadoras del límite legal.

La Ley reguladora del Seguro de Enfermedad excluía, además, de forma expresa en su art. 9 a los funcionarios públicos o de corporaciones cuando, en virtud de disposiciones legales, debiesen obtener beneficios iguales o superiores a los concedidos por el referido

---

<sup>61</sup> Tal obligatoriedad sólo se aplicaba en relación con los trabajadores asalariados, si bien, el seguro tenía carácter voluntario en relación con los trabajadores no asalariados.

<sup>62</sup> Los artículos 4 y 9 de la Ley incluían en su campo de aplicación a los trabajadores de la industria y el comercio, los trabajadores agrícolas, los empleados del servicio doméstico, los trabajadores a domicilio y los empleados públicos cuya normativa no previese dicha protección. Todos ellos debían reunir una serie de requisitos para ser destinatarios de protección: ser españoles (a los que se consideraban equiparados los hispanoamericanos, portugueses, y andorranos, quedando las restantes nacionalidades condicionadas a la reciprocidad), afiliación al seguro y abono de la correspondiente cuota, que había de ser satisfecha a partes iguales por el trabajador y el empresario.

<sup>63</sup> Este límite de renta, sumamente bajo, fue objeto de modificación en diversas ocasiones, elevándose a 12.000 pesetas anuales en marzo de 1948, 18.000 en diciembre del mismo año, 30.000 en 1954, 40.000 en 1956 y 66.000 en 1963.

<sup>64</sup> Así se indicaba en el artículo 3 del texto legal. En palabras de MUÑOZ MACHADO, se trataba de acoger a los “trabajadores al servicio de la progresivamente más importante industrialización” a los que no les era de aplicación “los auxilios sanitarios individualizados del Estado por no tratarse de pobres y tampoco podían autosatisfacer sus necesidades pues carecían de medios suficientes como para costear la asistencia requerida”. MUÑOZ MACHADO, S.: *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza editorial, Madrid, 1995, pág. 81.

<sup>65</sup> Es el caso del National Health Service inglés, creado en virtud de la National Health Service Act de 1946.

## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

texto legal, tanto en prestaciones sanitarias como económicas, sometiéndose a las disposiciones que a tal efecto se dictasen.

En su vertiente objetiva, el SOE reconocía la asistencia sanitaria por enfermedad y maternidad<sup>66</sup>, así como una indemnización en favor de los trabajadores asegurados y sus familiares a cargo en caso de enfermedad. En particular, las prestaciones se concretaban en las siguientes:

- Asistencia sanitaria<sup>67</sup>: con una duración máxima de veintiséis semanas por año (art. 11), incluía la hospitalización<sup>68</sup>, quirúrgica y obstétrica, pero no la médica ni la atención a las enfermedades psiquiátricas. Se trataba de una asistencia sanitaria exclusivamente reparadora, que dejaba al margen, por tanto, la tan importante esfera preventiva del bien jurídico de la salud. En esta limitada vocación curativa de la enfermedad bien puede apreciarse una de las grandes deficiencias que presentaba el SOE. Y es que, lejos de afrontar la salud con vocación totalizadora, pivotaba exclusivamente sobre una de las vertientes en que ésta puede ser protegida. Dicho de otra forma, se hallaba fundamentado en el concepto de enfermedad, más que en el de salud. No se olvide, a estos efectos, que el aseguramiento obligatorio había sido implantado reproduciendo fielmente los mecanismos propios de los seguros privados, de ahí que adoleciese de buena parte de las insuficiencias de aquéllos, señaladamente, una eficacia meramente reparadora del daño, por lo que a la enfermedad se refiere<sup>69</sup>. Sería, según se verá más adelante, el sistema de Seguridad Social, y su pretendida uniformidad protectora, el encargado de materializar una atención sanitaria fundamentada más ambiciosamente en medidas de tipo preventivo, reparador y rehabilitador<sup>70</sup>.

En todo caso, conviene destacar que el SOE tenía por fin, y así se indicaba desde el art. 1 de su texto legal, la prestación de asistencia sanitaria tanto en caso de enfermedad como de maternidad. De este modo, el Seguro de enfermedad vino a asumir la protección que hasta el momento se había dispensado bajo la cobertura del Seguro de maternidad. No

---

<sup>66</sup> En concreto, el derecho a la asistencia médica en los periodos de gestación, parto y puerperio (art. 15), así como la utilización de las obras de protección a la maternidad y a la infancia vinculadas al Seguro de enfermedad.

<sup>67</sup> El art. 43 del Decreto enunciaba los siguientes servicios: medicina general, cirugía general, maternología, pediatría y puericultura, ginecología, enfermedades de los aparatos respiratorio y circulatorio, enfermedades del aparato digestivo, dermatología, oftalmología, otorrinolaringología, odontología, nutrición y secreciones internas, urología, neuropsiquiatría, electrología y radiología, laboratorio y análisis clínicos.

<sup>68</sup> Hasta que se instaurara el “Plan Nacional de Instalaciones”, la hospitalización en el marco del SOE se efectuaba mediante conciertos con otras instituciones existentes.

<sup>69</sup> ALMANSA PASTOR, J. M., op., cit., pág. 373.

<sup>70</sup> El Libro Blanco de la Seguridad Social de 1977 incidiría en la necesaria superación del criterio exclusivamente asistencial en las prestaciones.

así respecto de las prestaciones sanitarias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que siguieron siendo atendidas de forma diferenciada.

- Asistencia farmacéutica: igualmente dotada del plazo máximo de veintiséis semanas por año para los asegurados, y de trece, para sus familiares, disfrutaba de carácter gratuito, si bien dentro de un petitorio establecido al efecto y revisable periódicamente, siendo el único gasto que por no ser previsible era de hecho incontrolable<sup>71</sup>.

- Prestación económica<sup>72</sup>: su lógica residía en la aspiración a ayudar económicamente al individuo que, por razón de su enfermedad, se veía impedido para trabajar y consecuentemente abocado al cese en la percepción de ingresos. La cuantía de la prestación, también condicionada a un límite máximo de veintiséis semanas, se calculaba mediante la aplicación de un cincuenta por ciento sobre las retribuciones del trabajador, si bien dicha cifra era de un diez por ciento en caso de que el asegurado sin cargas familiares requiriese asistencia hospitalaria. El devengo se producía a partir del quinto día de padecimiento de la enfermedad y siempre que se prolongase en el tiempo más de siete días (art. 18).

En cualquier caso, el referido catálogo de prestaciones carecía de carácter exhaustivo. Antes al contrario, el art. 25 del Decreto ofrecía a las empresas, directamente o a través de Mutualidades formadas por ellas, la posibilidad de ampliar y mejorar, a su costa, la protección dispensada a los asegurados.

La implantación real de las prestaciones se llevó a cabo de manera progresiva y escalonada<sup>73</sup>. Así, el 1 de septiembre de 1944 se pusieron en práctica la asistencia farmacéutica y la médico-generalista. Por su parte, el 1 de enero de 1947 comenzó la implantación efectiva de determinadas especialidades, tales como cirugía general, oftalmología, otorrinolaringología, radiología, hospitalización quirúrgica, laboratorio, análisis clínicos y servicios de practicantes. En una última fase, se puso en funcionamiento

---

<sup>71</sup> ALBERTI LÓPEZ, L., op. cit., pág. 307.

<sup>72</sup> Su percepción quedaba supeditada a una serie de condiciones previas indicadas en el art. 17 de la Ley: “llevar asegurado, por lo menos, seis meses; recibir asistencia sanitaria del Seguro; estar incapacitado para el trabajo y no haber provocado ni mantener intencionadamente la enfermedad”.

<sup>73</sup> Así lo disponía la Disposición Transitoria quinta de la Ley. Dicha implantación paulatina quedaba justificada por la compleja situación previa sobre la que operar, determinada por el escaso desarrollo de especialidades, la falta de especialistas y la insuficiente especialización de la gran mayoría de los especialistas existentes. Véase ALBERTI LÓPEZ, L., op. cit., págs. 310 y 311.



## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

el resto de prestaciones y servicios a partir del 1 de enero de 1948, excepción hecha de la hospitalización médica, supeditada al Plan Nacional de Instalaciones.

Si se tiene en cuenta el diseño de la protección de la salud en el SOE, en sus dimensiones objetiva y subjetiva, se ponen inmediatamente de manifiesto una serie de limitaciones y carencias que no deben quedar carentes de crítica. Con carácter general se ha de denunciar la inaplicación generalizada del sistema asegurador, ya que las prestaciones sólo cubrían a los “productores económicamente débiles”. Por otra parte, y en virtud de la habilitación prevista en la Disposición Transitoria sexta de la Ley<sup>74</sup>, siendo la protección del seguro inicialmente exclusiva de los trabajadores fijos, la incorporación de los trabajadores eventuales y de los productores autónomos agropecuarios quedaba aplazada para fechas futuras<sup>75</sup>. No era escaso, pues, el conjunto de sectores de producción que quedaba al margen de cobertura en el esquema del SOE. Tanto es así, que esa limitada cobertura subjetiva inicial hubo de ser corregida mediante sucesivas normas que ampliaron el abanico de colectivos beneficiarios de las prestaciones propias del Seguro de Enfermedad<sup>76</sup>. En el plano objetivo, según se acaba de analizar, las prestaciones, además de carecer de una vocación integral, dado que sólo se dispensaban con objeto de recuperar la salud perdida, quedaban además limitadas a una duración máxima de veintiséis semanas para el trabajador asegurado por año natural y trece semanas para sus familiares en la asistencia médico-farmacéutica, así como una hospitalización máxima de doce semanas por año y la mitad para los familiares del asegurado.

Ahora bien, las anteriores críticas a la falta de ambición del SOE no reúnen suficiente entidad para enturbiar el hecho de que su implantación supuso un valioso avance en materia de previsión social. Por primera vez, se atendía a la enfermedad desde un prisma diferente, desde una conciencia social que aspiraba a la solidaridad. El SOE se erigió así

---

<sup>74</sup> “El Ministerio de Trabajo, a propuesta del Instituto Nacional de Previsión, podrá disponer que la obligación de afiliar establecida en el artículo séptimo, comience en fechas distintas, según se trate de trabajadores fijos, de eventuales, a domicilio y de los servidores domésticos”.

<sup>75</sup> HIERRO HIERRO, F. J.: “La prestación por asistencia sanitaria: cuestiones sobre su encuadramiento”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 31, 2012, págs. 157-158.

<sup>76</sup> La Orden de 28 de enero de 1950 extendió la aplicación del Seguro de Enfermedad a los obreros ocupados en las actividades de la industria resinera, la Orden de 17 de febrero de 1953 hizo lo mismo respecto a los trabajadores de recolección y manipulación de la naranja, el Decreto-Ley de 23 de julio de 1953 en relación a los trabajadores agrícolas, forestales y pecuarios que tuviesen la condición de fijos, la Orden de 1 de julio de 1954 respecto al Cuerpo de Camineros del Estado, el Decreto de 18 de octubre de 1957 en relación a los trabajadores eventuales del campo, la Orden de 10 de noviembre de 1958 declaró beneficiarios del SOE a los trabajadores que prestasen servicios en la Marina Mercante y, por último, la Orden de 24 de abril de 1959 incluyó en el mismo Seguro de Enfermedad al personal sanitario y de Servicio de Emigración embarcado para el transporte de emigrantes. *Ibidem*, págs. 165-167.

en el inicial instrumento público de protección que asumió la cobertura de la pérdida de salud de un amplio colectivo de población, mediante un abanico de prestaciones directas. Sin duda, podría haber llegado más lejos, pero no cabe infravalorar este primer paso (aunque algo tarde, todo sea dicho) que catalogó la enfermedad como riesgo social digno de cobertura, en cuanto logró despertar una nueva conciencia de derecho hasta entonces desconocida por la sociedad. Ciertamente, el logro más significativo con la inclusión de la asistencia sanitaria en la protección social viene representado por el título jurídico en base al cual es otorgada aquélla<sup>77</sup>.

#### **4.- LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LOS SEGUROS SOCIALES EXISTENTES. LA ASISTENCIA SANITARIA COMO PRESTACIÓN ESPECÍFICA DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.**

No eran escasas las ocasiones en que se había puesto de relieve, tanto en el plano nacional<sup>78</sup> como internacional<sup>79</sup>, la necesidad de avanzar hacia un sistema integrado de Seguridad Social coherente con las transformaciones socioeconómicas protagonistas de la realidad de la época, que diera cobertura a todos los individuos de la sociedad, siendo determinante a estos efectos el *Informe Beveridge*.

La existencia de múltiples seguros inconexos, asistemáticos, obedientes a diversas lógicas y organizados en base a muy diferentes estructuras (lo que propiciaba que un mismo asegurado mantuviese tantas relaciones jurídicas de aseguramiento como normativas reguladoras de esos seguros le fueran aplicables) impedía la unidad de impulso

---

<sup>77</sup> Consúltense al respecto APARICIO TOVAR, J.: “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”, en AA. VV.: *Comentario a la constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2002, págs. 1.559 y 1.560.

<sup>78</sup> Un recorrido por los intentos, tan repetidos como infructíferos, de unificación de los seguros sociales en MONTAYA MELGAR, A., loc. cit., págs. 28-30. De manera sintética, cabe resaltar que la Orden Ministerial de 10 de mayo de 1932 ordenó al INP el estudio de la unificación de los seguros de vejez, muerte, invalidez y los de enfermedad y maternidad; el Fuero del Trabajo previó en 1938 la creación del “seguro total”; el Decreto de 15 de junio del mismo año encomendó al INP la preparación de la unificación de los seguros sociales, al tiempo que el propio Decreto que desarrollaba el SOE había mostrado igualmente una neta tendencia a la unificación de todos los seguros (art. 4).

<sup>79</sup> La Conferencia de Filadelfia de 1944 abogó por la unificación de los sistemas de seguro social. En igual sentido, el primer Congreso Iberoamericano de Seguridad Social de 1951 instó la unificación de los seguros sociales como paso previo a la configuración de un Sistema de Seguridad Social. Sería en 1952 cuando vería la luz el Convenio número 102 de la OIT sobre “Norma mínima de Seguridad Social”.

## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

que se requería para atender más eficazmente los riesgos sociales<sup>80</sup>. Todo ello evidenciaba la necesidad de efectuar el tránsito de un conjunto de dispersos seguros sociales, que habían sido creados de modo aislado e independiente en ausencia de todo plan general previo, a un sistema unificado de Seguridad Social, inicialmente diseñado en la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. Con carácter previo, y como estadio intermedio en el camino hacia un sistema unificado de Seguridad Social, sólo había sido posible alcanzar una modesta coordinación a través de la instauración, mediante Decreto de 29 de diciembre de 1948, de los “Seguros Sociales Unificados”, en los que quedaban englobados los de vejez, invalidez y muerte, enfermedad y subsidios familiares. Si bien con ello aún no se logró la tan ansiada planificación unitaria de la Seguridad Social, lo cierto es que, al menos, se introdujo una cierta uniformidad en materia de afiliación, cotización y documentación, no así en cuanto a gestión<sup>81</sup>.

La recién referida Ley de Bases de la Seguridad Social constituyó el presupuesto indispensable para la efectiva unificación de los diversos seguros sociales existentes hasta el momento en un único sistema congruente. En efecto, desde su misma Exposición de Motivos se anunciaba que parecía “llegado el momento de operar el tránsito de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social”. Se pretendía acabar así con el principal defecto de que adolecía el anterior modelo *bismarckiano*, concretado por ALONSO OLEA en la consideración aislada de cada uno de los riesgos o contingencias<sup>82</sup>, sustituyendo las reiteraciones, la multiplicidad y el coste administrativo innecesario por la coordinación, la sencillez y la economía<sup>83</sup>.

La Base V, en su apartado dieciocho, declaró la inclusión en la acción protectora de la Seguridad Social de “la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad, común o profesional, y de accidentes, sean o no de trabajo”. Por su parte, el siguiente apartado extendió el ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias a los trabajadores por cuenta ajena cuya base de cotización, salvo accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, no excediese del límite reglamentariamente establecido; a los pensionistas

---

<sup>80</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MORENO VIDA, M. N.: “Política social y Seguridad Social”, en AA. VV.: *Política social*, ALEMÁN BRACHO, C. Y GARCÉS FERRER, J. (Coords.), McGraw Hill, Madrid, 1997, págs. 189-192.

<sup>81</sup> MONTOYA MELGAR, A., loc. cit., págs. 30-31. Junto al INP coexistieron el Mutualismo Laboral, las compañías de seguros de accidentes de trabajo, las mutuas patronales de accidentes de trabajo y las entidades colaboradoras del SOE.

<sup>82</sup> ALONSO OLEA, M.: “Cien años de Seguridad Social”, *Papeles de Economía Española*, núms. 12-13, 1982, pág. 111.

<sup>83</sup> BEVERIDGE, S. W.: *Seguro Social y Servicios Afines. Informe de Lord Beveridge (1942)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, pág. 19.

de la Seguridad Social y a los que estuviesen en el goce de prestaciones periódicas; así como a los familiares o asimilados que tuvieren a su cargo las personas mencionadas. Según se advierte, la Ley se abstenía de diseñar una asistencia sanitaria universal, manteniendo desde un principio la lógica que había imperado en el aseguramiento social obligatorio al que sustituyó.

La Base VI, “Asistencia Sanitaria”, referida a la recuperación y defensa de la salud, a la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sin suponer un punto y aparte respecto de la gestión y organización asistencial del SOE, que quedó asentada, lo cierto es que dio pie a significativos avances en el contenido prestacional, además de brindar una detallada regulación de los servicios médicos. En concreto, quedaron proclamados una serie de principios generales en la ordenación de los mismos, muy señaladamente, el cupo de asegurados y la libre elección de médico general, pediatra de familia o tocólogo.

Como se advierte, la política social que el siglo XX estrena supone una evolución desde los seguros sociales obligatorios hasta la consagración de un sistema institucional de Seguridad Social que, con no escasas reformas, llega hasta nuestros días, representando su punto de partida la Ley articulada de Seguridad Social de 1966, aprobada por Decreto 907/1966, de 21 de abril. De este modo, la asistencia sanitaria quedó consolidada como una prestación más de las incluidas en la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, lo que llevó consigo, además de la definitiva socialización de la medicina<sup>84</sup>, la proyección en el ámbito de la salud de todos los principios inspiradores de aquél, entre otros, la universalidad subjetiva, la solidaridad financiera mediante la participación del Estado en el sostenimiento del sistema y la supresión del ánimo de lucro en la gestión. Un año más tarde, el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, se encargaría de definir las prestaciones de asistencia sanitaria y ordenar los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social.

La asistencia sanitaria ya no se encuadraba, en consecuencia, en el marco de un aseguramiento concretamente articulado frente a los supuestos de enfermedad, sino que pasó a inscribirse, en clave prestacional, en el seno de un sistema unificado de Seguridad

---

<sup>84</sup> Véase la desaparición de buena parte de los principios de la medicina tradicional en ALMANSA PASTOR, J. M., op. cit., págs. 370-374.

## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Social. El anterior modelo de los seguros sociales quedó, así, superado y sustituido por la instauración de un sistema de Seguridad Social con vocación integradora y de conjunto que dispensa, entre otras, las prestaciones sanitarias articuladas en correspondencia al derecho subjetivo del individuo<sup>85</sup>, lo cual, como es sabido, brinda acceso, a través del *status* de ciudadanía, a la plena participación en la comunidad social y política. Frente al carácter eminentemente asegurativo de la previsión social obligatoria, la Seguridad Social incorpora una función pública de solidaridad.

En todo caso, conviene señalar que la instauración de un sistema de Seguridad Social no empujó la persistencia en España de diferentes y paralelas redes asistenciales públicas. Y es que junto al mencionado sistema existía, a su vez, un exceso de organismos, no pocas veces denunciado<sup>86</sup>. En efecto, con anterioridad a la implantación de la democracia en España, el sistema sanitario constituía lo que se ha dado en llamar un “sistema mosaico”<sup>87</sup>, correspondiente a la divergencia y disparidad entre técnicas asistenciales, desobedientes a un único planteamiento, que se desarrollaban de manera desigual y que propiciarían una intensa reforma del sistema sanitario público a instancias de la recién promulgada Constitución española, según se verá más adelante.

Con posterioridad llegaría el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, dedicando el Capítulo IV de su Título II a la asistencia sanitaria, si bien reproduciendo en gran parte la regulación que de la asistencia sanitaria contenía la Ley de 1966<sup>88</sup>. La vigencia de determinados preceptos del mismo se han mantenido hasta la actualidad, sin que la Disposición Derogatoria única a) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social supusiese

---

<sup>85</sup> En este sentido, se ha afirmado que “el Estado a través de la Seguridad Social garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación la protección adecuada en las contingencias y situaciones definidas, ahora bien, garantizar la protección supone reconocer la existencia de un derecho ya que es imposible proteger lo que no existe”. RODA LÓPEZ, A., loc. cit., pág. 196.

<sup>86</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P.: *La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, pág. 25. Salvando el sistema de Seguridad Social, el autor denuncia el exceso de “organismos, medios y recursos variados y diferenciados, escasamente relacionados, con presupuesto independientes, indefinición competencial y alto grado de inseguridad jurídica”.

<sup>87</sup> TAMAYO LORENZO, P. A.: *Descentralización y financiación de la asistencia sanitaria pública en España: un estudio desde la perspectiva de la equidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2001, pág. 31, y MOLINA GARRIDO, M. C.: *Análisis del proceso de descentralización de la asistencia sanitaria de las Comunidades Autónomas de régimen común: implicaciones del nuevo modelo de financiación autonómica*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 81.

<sup>88</sup> Muy en particular, conserva la tradicional vinculación entre acceso a la asistencia sanitaria y condición de trabajador, ya que en su art. 98.1 concreta el fin de aquella de prestar los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios “así como su actitud para el trabajo”.

su derogación. En esta última norma se incluyeron formalmente las prestaciones sanitarias en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, “en los casos de maternidad, enfermedad profesional o común, así como de accidente, sea o no de trabajo”<sup>89</sup>.

## **5.- LA EVOLUCIÓN EN EL CONTENIDO Y LA GESTIÓN DEL ASEGURAMIENTO SANITARIO PÚBLICO.**

### **5.1.- De la limitación de los riesgos cubiertos al incremento de la cobertura sanitaria.**

La configuración de la asistencia sanitaria como prestación específica del sistema de Seguridad Social trajo consigo la incorporación de importantes novedades en su contenido material, el cual fue objeto de paulatina ampliación, además de desvincularse de la asistencia sanitaria la prestación económica sustitutiva del salario, pasando ésta a integrarse en la incapacidad laboral transitoria y en invalidez.

En concreto, la Base VI de la Ley 193/1963 incluyó en la prestación sanitaria la hospitalización médica, la rehabilitación y readaptación de los trabajadores inválidos, además del suministro de prótesis quirúrgicas y ortopédicas<sup>90</sup>. La nueva legislación de Seguridad Social nace, pues, albergando un concepto más amplio de salud, dado que incide en la vertiente rehabilitadora, más allá de la exclusivamente curativa que había imperado en el esquema del aseguramiento obligatorio de enfermedad.

Mención especial merece, por su parte, la supresión del petitorio y del catálogo de especialidades farmacéuticas que contenía la relación de medicamentos que podían recetarse y obtenerse por los beneficiarios, consagrándose así la libertad de prescripción, al tiempo que se eliminó la gratuidad de la prestación farmacéutica, con la consiguiente participación de los beneficiarios mediante el pago de “una cantidad fija por receta o, en su caso, por medicamento”. Quedaban exceptuados al respecto cuantos medicamentos se

---

<sup>89</sup> En virtud de la Ley 21/2001, 27 diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, el art. 86.2 LGSS declaró la naturaleza no contributiva de las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria, excepto los derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

<sup>90</sup> “Las prótesis quirúrgicas fijas, así como las ortopédicas permanentes o temporales serán, en todo caso, facilitadas por la Seguridad Social. Las dentarias y las especiales que se determinen podrán dar lugar a la concesión de ayudas económicas en los casos y según los baremos que reglamentariamente se establezcan”.

## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

dispensasen en los hospitales o fuesen precisos en el marco de un tratamiento derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional. En tales casos, continuaron siendo gratuitos.

En la necesaria especificación de las prestaciones farmacéuticas respecto de las restantes, la Ley de 1966 jugó un papel esencial, al proporcionar un tratamiento diferenciado de unas y otras. Ello propició un desarrollo legal bifurcado en dos normas reglamentarias diferentes<sup>91</sup>.

De cualquier forma, y a pesar de las significativas extensiones del ámbito objetivo mediante la inclusión de nuevas patologías en el esquema prestacional, lo cierto es que persistían aspectos críticos presentes en la herencia del SOE, en tanto en cuanto la protección seguía sin abarcar todos los ámbitos esenciales de la salud. En concreto, una de sus principales manifestaciones, la salud mental, no fue objeto de inclusión como prestación sanitaria hasta la apribación del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

Salvando las mencionadas carencias, bien puede afirmarse que el progresivo incremento de la cobertura sanitaria supuso un elemento fundamental en la consecución de niveles más altos de salud, ingrediente esencial de la elevación del nivel de vida y presupuesto de cualquier política de bienestar social. En efecto, como consecuencia de la progresiva expansión del sistema sanitario, España pasó de ser uno de los países con mayor índice de mortalidad años atrás a constituir uno de los que presentaba mejores indicadores en salud<sup>92</sup>.

### **5.2.- Desaparición de la exclusiva vinculación con los “económicamente débiles”.**

Tras la implantación de la Seguridad Social, lo cierto es que se mantuvo en un principio la conexión entre la condición de trabajador y el acceso a las prestaciones

---

<sup>91</sup> El Decreto 3157/1966, de 23 de diciembre, por el que se regula la dispensación de especialidades farmacéuticas en el Régimen General de la Seguridad Social y el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social.

<sup>92</sup> No obstante, hay quien niega la existencia de una relación directa entre sistema sanitario y niveles de salud de la población, aduciendo otras variables estructurales independientes de los recursos sanitarios. Véase CAÍS, J. y CASTILLA, E. J.: “El sector sanitario”, en AA. VV.: *V Informe Sociológico sobre la situación social en España: sociedad para todos en el año 2000*, JUÁREZ, M. (Dir.), Caritas Española, Madrid, 1995, pág. 241.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

sanitarias<sup>93</sup>. No obstante, no se hubo de esperar mucho tiempo para advertir importantes avances en la regulación al respecto. Así, sin perjuicio de diversas normas que procedieron a la ampliación de los colectivos beneficiarios de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social<sup>94</sup>, resultó paradigmática a este respecto la Disposición Final undécima de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora de la Seguridad Social, que puso fin a la tradicional referencia a los trabajadores “económicamente débiles” que se había mantenido hasta entonces como requisito para acceder a las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social. Ciertamente, la acción protectora abarcaba todos los trabajadores por cuenta ajena, al margen de cualquier consideración a sus niveles retributivos.

Con carácter progresivo, el ámbito subjetivo de cobertura continuó siendo objeto de ampliación de la mano de sucesivas normas<sup>95</sup> que contribuyeron a ensanchar el abanico de

---

<sup>93</sup> El art. 83 del Decreto 907/1966 proclamó como beneficiarios de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena cuya base tarifada de cotización, de acuerdo con su categoría profesional, no excediese del límite reglamentariamente fijado; los pensionistas de la Seguridad Social y los que, sin tal carácter, gozasen de prestaciones periódicas, en los términos reglamentarios correspondientes; así como los familiares o asimilados que aquéllos tuviesen a su cargo, siempre en la extensión determinada por vía reglamentaria.

<sup>94</sup> Entre los textos normativos que contribuyeron a extender el ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria a trabajadores por cuenta ajena y propia de diversos regímenes de Seguridad Social, pensionistas y familiares, son de destacar el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, que reconoció el derecho a la asistencia sanitaria de los empleados de hogar incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico; la Orden de 27 de octubre de 1969, que se refería a la prestación de asistencia sanitaria para los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario; la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, que reconoció el derecho a la asistencia sanitaria de los incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar; la Orden de 31 de enero de 1970, que extendió las prestaciones sanitarias a los pensionistas receptores de otras prestaciones periódicas del Régimen Espacial Agrario; la Orden de igual fecha que se refería a los pensionistas de la rama general del extinto SOVI que todavía no fuesen beneficiarios; el Decreto 1075/1970, de 9 de abril, que reconoció la asistencia sanitaria de los trabajadores españoles emigrantes y a sus familiares residentes en territorio nacional; el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que extendió la acción protectora del régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos a la asistencia sanitaria de los pensionistas; el Decreto 3313/1970, de 12 de noviembre, que otorgó asistencia sanitaria a los trabajadores que causasen baja en el Régimen General, a condición de cumplir ciertos requisitos de alta y la Orden de 28 de febrero de 1972, que extendió el acceso a las prestaciones sanitarias por parte de los pensionistas del régimen especial del servicio doméstico. HIERRO HIERRO, F. J., loc. cit., págs. 170-174.

<sup>95</sup> La Ley 5/1979, de 18 de septiembre, reconoce tal derecho a las viudas y demás familiares de los fallecidos como consecuencia o con ocasión de la Guerra Civil; la Orden de 18 de febrero de 1981 establece el Convenio en materia de asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social en favor de los españoles emigrantes que retornan al territorio español; el Real Decreto 391/1982, de 12 de febrero integra en el Régimen General de la Seguridad Social, a efectos de asistencia sanitaria y servicios sociales, a los mutilados excombatientes de la zona republicana; la Ley 13/1982, de 7 de abril, se refiere a la integración social de los minusválidos; el Real Decreto 43/1984, de 4 de enero, establece la ampliación de la acción protectora de cobertura obligatoria en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por



## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

destinatarios de las prestaciones sanitarias, siendo fundamentalmente la década de los ochenta la que atestigua el proceso de expansión más importante en este sentido.

Fue tras la promulgación de la Constitución española, determinante punto de inflexión en la evolución de la organización de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y, más adelante, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, cuando la cobertura universal se convirtió en un elemento de primer orden. En cumplimiento del mandato contenido en el art. 43 CE, el texto legal recién referido vino a rediseñar la asistencia sanitaria en España a través de la configuración de un Sistema Nacional de Salud particularmente asentado sobre una tendencial universalización de la atención<sup>96</sup>.

En particular, la Ley General de Sanidad proclamó en su art. 1 la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria de “todos los españoles y extranjeros que tengan establecida su residencia en territorio nacional”. Se respondía, así, a nivel legal a la conciencia de derecho a la asistencia sanitaria por el hecho de ser persona. Ahora bien, la referida Ley no concibió en modo alguno un tránsito automático a un sistema sanitario universal. Antes al contrario, su Disposición transitoria quinta alude a una extensión de la asistencia sanitaria a alcanzar de forma “progresiva”. Capital importancia en esta universalización gradual tuvo sin duda el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, que extendió el derecho a las prestaciones sanitarias a todos los españoles residentes en territorio nacional y carentes de un nivel suficiente de recursos económicos, entendiendo por tales a las personas cuyas rentas, de cualquier naturaleza, fuesen iguales o inferiores en cómputo anual al salario mínimo interprofesional<sup>97</sup>. En todo caso, la plena universalización *de facto* de la asistencia sanitaria se logró tras la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas. Junto al nivel profesional y contributivo ya asentado del Sistema (enfoque profesional), se articuló un nivel no contributivo (enfoque asistencial), asentado éste en la necesidad social del individuo como requisito exclusivo. De esta forma, y en virtud de lo dispuesto en el art. 41 CE, el Sistema extendió su cobertura protectora, superando su tradicional enfoque laboralista y acogiendo uno más universal.

---

Cuenta Propia o Autónomos y la Ley 31/1984 de 2 de agosto, para los desempleados aunque no perciban prestaciones periódicas por desempleo, parados y sus familiares una vez agotado el subsidio.

<sup>96</sup> La universalización, junto al principio autonómico, fueron los dos grandes ejes de la reordenación sanitaria que acometió la LGS.

<sup>97</sup> Art. 1 del Real Decreto 1088/1989. El precepto reconocía, asimismo, el derecho, aun cuando se superase dicho límite, si el cociente entre las rentas anuales y el número de menores o incapacitados a cargo fuera igual o menor a la mitad del salario mínimo interprofesional.

El ámbito subjetivo de cobertura de las prestaciones sanitarias experimentó, en definitiva, un más que remarcable proceso de ampliación desde la implantación del SOE, y la protección dispensada por éste a los trabajadores “económicamente débiles”, hasta la configuración del sistema de Seguridad Social, inspirado en la solidaridad social y movido, pues, por una ambición totalizadora. Para ilustrar lo anterior, basta con indicar que en 1946 la cobertura del SOE alcanzaba al 28,5% de la población, extendiéndose hasta el 49,7% en 1963. En sucesivos años, el anterior porcentaje no haría sino seguir creciendo: el 63,87% de la población tenía cobertura sanitaria en 1970, el 81,76% en 1978, el 96,1% en 1986 y el 99,8% en 1991, una vez incorporados los padrones de beneficencia municipales mediante su asimilación al Régimen General de la Seguridad Social<sup>98</sup>. Sin necesidad de mayor argumentación, es fácil concluir que lo que en 1942 era concebido como un abismo imposible de superar, sólo medio siglo más tarde, se convertiría en una realidad efectiva y uno de los principales logros de nuestro Estado del bienestar.

### **5.3.- La reforma organizativa de la sanidad: el INGESA y el proceso de transferencia de la gestión de las prestaciones sanitarias a las Comunidades Autónomas.**

Desde el punto de vista institucional-organizativo, han sido muchas las reformas emprendidas en aras de consolidar un sistema sanitario bien planificado y coordinado. En este sentido, el primer paso vino dado con la unificación competencial de la materia sanitaria en un solo Ministerio. A tal efecto, se creó mediante Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio, un Ministerio de Sanidad y de la Seguridad Social<sup>99</sup>, aliviando en parte la descoordinación existente entre las diversas instituciones sanitarias.

No obstante, de poco o nada habría servido tal planificación unitaria si ésta no hubiese ido acompañada de una simplificación y racionalización de la estructura institucional

---

<sup>98</sup> Cifras manejadas en SEVILLA, F.: *La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social*. Fundación Alternativas, Documento de trabajo 86/2006, págs. 12, 13 y 15.

<sup>99</sup> En virtud del Real Decreto 325/1981, de 6 de marzo, se transformó en el Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, adquiriendo la denominación de Ministerio de Sanidad y Consumo por Real Decreto 2823/1981, de 27 de noviembre.

## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

sanitaria, ya que era muy extendida la concepción de la incapacidad del Instituto Nacional de Previsión para gestionar satisfactoriamente y por sí sola la asistencia sanitaria<sup>100</sup>.

En concreto, el Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo<sup>101</sup>, dio origen a una serie de organismos gestores tendentes a solucionar las deficiencias organizativas anotadas hasta entonces en la estructura del sistema de Seguridad Social y lograr, así, un funcionamiento más eficaz del mismo. La gestión de la Seguridad Social, que había estado en manos exclusivas del INP, pasó a quedar a cargo de una pluralidad de entidades: junto a la creación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Servicios Sociales (hoy Instituto de Mayores y Servicios Sociales -IMSERSO-), vio la luz el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) como organismo dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo y responsabilizado de la gestión de la asistencia sanitaria. Desde la promulgación de la Constitución española en 1978, la creación del INSALUD resalta como el logro más importante en el proceso emprendido de reorganización y coordinación general del modelo sanitario. El propósito de todo este proceso de reformas no sería otro que el de procurar un marco organizativo unitario en el que inscribir las diferentes acciones públicas relativas a la protección de la salud que, superando la tradicional dispersión y fragmentación, preparase el terreno, desde el punto de vista organizativo, a la constitución de un servicio universalizado de salud<sup>102</sup>. Ahora bien, no sería el INSALUD el único organismo con competencias en este ámbito ya que, por su parte, el Instituto Social de la Marina asumió la gestión de las prestaciones de Seguridad Social para los trabajadores del mar, al tiempo que las hasta hace escaso tiempo denominadas Mutuas patronales de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, hoy Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social<sup>103</sup>, asumieron la colaboración en la gestión de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales.

Por otra parte, y de conformidad con el modelo territorial descentralizado que se encuentra diseñado a nivel constitucional, la materia sanitaria fue objeto de un progresivo

---

<sup>100</sup> Véase un detallado análisis en MARTÍNEZ QUINTEIRO, M. E.: “El INP entre 1957-1978: De los seguros sociales a la seguridad social franquista”, en AA. VV.: *La previsión social en la historia*, CASTILLO, S. Y RUZABA, R. (Coords.), Siglo XXI, Madrid, 2009, pág. 289 y ss.

<sup>101</sup> La misma Exposición de Motivos de la norma pone de relieve la existencia de importantes defectos de organización y la falta de una coherente concepción sistemática de su estructura y funcionamiento.

<sup>102</sup> PEMÁN GAVÍN, J., op. cit., pág. 1029.

<sup>103</sup> Artículo único de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

pero intenso proceso transferencial. En primer lugar, se traspasaron las competencias del Estado en higiene y sanidad pública en sus diversas manifestaciones; en segundo lugar, los centros de asistencia sanitaria ajenos a la gestión de la Seguridad Social (correspondientes a la Administración Institucional de Sanidad Nacional); y, por último, los centros dependientes de la Seguridad Social, integrados en el INSALUD<sup>104</sup>.

De todas las ingentes reformas acaecidas desde el surgimiento del sistema sanitario hasta nuestros días, existe un amplio consenso en señalar este último proceso de transferencias como la reforma estructural más importante a lo largo de toda su historia<sup>105</sup> y determinante de nuestro actual modelo.

Ahora bien, la existencia de dos velocidades en el proceso autonómico motivó que el traspaso de la gestión de las prestaciones, servicios e instituciones sanitarias de la Seguridad Social<sup>106</sup> se llevara a cabo de manera escalonada. En un primer momento, asumieron la gestión de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social aquellas Comunidades que habían accedido a la autonomía por la vía del artículo 151 CE (Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía), a las que se sumaron Navarra, la Comunidad Valenciana y las Islas Canarias<sup>107</sup>. A partir de 2001 tuvo lugar otra intensa oleada de traspasos de la gestión de las funciones del INSALUD a favor del resto de Comunidades Autónomas no incluidas en la fase anterior, esto es, aquellas que habían alcanzado la autonomía mediante la vía del artículo 143 CE: Aragón, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Islas Baleares, Madrid, Murcia, La Rioja y Principado de

---

<sup>104</sup> En este esquema transferencial debe igualmente inscribirse el traspaso de funciones y servicios del ISM en materia sanitaria a diversas Comunidades Autónomas (Galicia, País Vasco, Comunidad Valenciana, Islas Canarias, Cataluña, Andalucía, Asturias, Cantabria, Islas Baleares y Murcia). Traspaso éste que, iniciado en 1996 llega hasta 2008. Véase un recorrido al respecto en HIERRO HIERRO, F. J., loc. cit., págs. 211-214.

<sup>105</sup> FREIRE-CAMPO, J. M. Y REPULLO-LABRADOR, J. R.: "Política social y salud", en AA. VV.: *Política social y Estado de bienestar*, ALEMÁN BRACHO, C. Y FERNÁNDEZ GARCÍA, T. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 383. En igual sentido, TAMAYO LORENZO, P. A., op. cit., pág. 31.

<sup>106</sup> En cualquier caso, el proceso transferencial no afectó a la gestión sanitaria que siguieron llevando a cabo las Mutualidades de Funcionarios (MUFACE, MUGEJU e ISFAS) y las Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social.

<sup>107</sup> Andalucía por RD 400/1984, de 22 de febrero (BOE 29 de febrero); Canarias por RD 446/1994, de 11 de marzo (BOE 9 de abril); Cataluña por RD 1517/1981, de 8 de julio (BOE 29 de septiembre); Comunidad Valenciana por RD 1612/1987, de 27 de noviembre (BOE 31 de diciembre); Galicia por RD 1679/1990, de 28 de diciembre (BOE 31 de diciembre); Navarra por RD 1680/1990, de 28 de diciembre (BOE 31 de diciembre) y País Vasco por RD 1536/1987, de 6 de noviembre (BOE 31 de diciembre).

## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Asturias<sup>108</sup>. Así las cosas, desde el 1 de enero de 2002<sup>109</sup>, la entera gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social corresponde a las Comunidades Autónomas.

Este proceso de descentralización del sistema sanitario que se prolongó durante más de una década quedó cerrado, por tanto, a comienzos de nuestro siglo al concurrir una serie de circunstancias reconducibles a las siguientes: la culminación de la financiación exclusivamente presupuestaria del sistema sanitario, la finalización del traspaso de los medios personales y materiales destinados a la sanidad pública a todas las Comunidades Autónomas, el nuevo sistema de financiación autonómica que permite a las Comunidades hacer un mayor ejercicio de su autonomía en materia sanitaria, así como la desaparición del INSALUD<sup>110</sup>.

Por su parte, la gestión sanitaria de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla corresponde al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), que fue creado por el Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo, como una adaptación del INSALUD, pero conservando la naturaleza de entidad gestora de la Seguridad Social. Lo cierto es que tras el proceso transferencial de las funciones propias del INSALUD a las distintas Comunidades Autónomas, se evidenció la necesidad de adecuar aquél a una entidad de menor dimensión, si bien dotada de igual personalidad jurídica y encargada de las funciones de gestión de los derechos y obligaciones en su respectivo ámbito<sup>111</sup>.

---

<sup>108</sup> Aragón por RD 1475/2001, de 27 de diciembre (BOE 28 de diciembre); Asturias por RD 1471/2001, de 27 de diciembre (BOE 31 de diciembre); Cantabria por RD 1472/2001, de 27 de diciembre (BOE 28 de diciembre); Castilla-La Mancha por RD 1476/2001, de 27 de diciembre (BOE 28 de diciembre); Castilla y León por RD 1480/2001, de 27 de diciembre (BOE 28 de diciembre); Extremadura por RD 1477/2001, de 27 de diciembre (BOE 29 de diciembre); Islas Baleares por RD 1478/2001, de 27 de diciembre (BOE de 28 de diciembre); Madrid por RD 1479/2001, de 27 de diciembre (BOE 28 de diciembre); Murcia por RD 1474/2001, de 27 de diciembre (BOE 29 de diciembre); La Rioja por RD 1473/2001, de 27 de diciembre (BOE 28 de diciembre) y Principado de Asturias por RD 1471/2001, de 27 de diciembre (BOE 31 de diciembre).

<sup>109</sup> Es, igualmente, a partir de esta fecha cuando entró en vigor la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, que excluye la financiación de la asistencia sanitaria vía cotizaciones a la Seguridad Social, consolidando lo sentado en su día por la Ley 24/1997, de 15 de julio, la cual dispuso su financiación íntegra con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

<sup>110</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J.: "Las carteras de servicios: concreción, racionalización y articulación del contenido de las prestaciones sanitarias", *Derecho y Salud*, Vol. 13, núm. 1, 2005, pág. 28.

<sup>111</sup> HIERRO HIERRO, F. J., loc. cit., pág. 210.

**CAPÍTULO II. SIGNIFICACIÓN POLÍTICO-JURÍDICA ACTUAL DE LA  
ASISTENCIA SANITARIA**

**1.- CONCEPTUACIÓN ACTUAL EN CUANTO PILAR FUNDAMENTAL DEL  
ESTADO SOCIAL DE DERECHO. LA ASISTENCIA SANITARIA Y EL  
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COMO ELEMENTOS  
ESTRUCTURALES BÁSICOS E INESCINDIBLES.**

**1.1.- La salud: factor de necesidad social.**

La salud constituye una aspiración común a todos los individuos de una sociedad. En concreto, es su doble proyección como bien privado, “por afectar a las personas en su consideración individual y familiar”, y bien público, “por afectarles como miembros de la sociedad e insertos en ella”, la que convierte su protección en una “exigencia social”<sup>112</sup>, repercutiendo en beneficio de toda la población. En ausencia de este bien jurídico, el desarrollo en clave personal y social se ve fuertemente obstaculizado, de ahí su importancia en la vida de los individuos y su consiguiente trascendencia en los enfoques político, económico y social de la agenda estatal. La asistencia sanitaria constituye, así, uno de los pilares fundamentales de nuestro Estado del Bienestar. En coherencia con ello, corresponde al mismo proteger al conjunto de ciudadanos frente a la enfermedad, un riesgo social que no deja de estar presente, “por muy buena que sea la situación, en este caso el estado sanitario, de la población”<sup>113</sup>. Y es que, dado el carácter eminentemente universal del derecho a la protección de la salud, encuentra éste su garantía más eficaz en aquella encomendada a la esfera pública<sup>114</sup>, revelándose el Estado como la instancia más adecuada para atender a las necesidades sanitarias de la población<sup>115</sup>, tal y como se colige

---

<sup>112</sup> GALA VALLEJO, C.: *La asistencia sanitaria en el marco de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, pág. 24.

<sup>113</sup> ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 23.

<sup>114</sup> FERRAJOLI, L.: *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, Trotta, Barcelona, 2011, pág. 395.

<sup>115</sup> En este sentido, VENTURI ha señalado que cuando el Estado “logra incluir dentro de su esfera de actuación un fin social que tiene un carácter absoluto de universalidad y una excepcional amplitud y profundidad por las necesidades a las que se refiere, parece evidente que la actividad práctica adecuada para perseguir dicho fin es la que el propio Estado puede llevar a cabo”. VENTURI, A., op. cit., pág. 416.

## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

al constatar que el desarrollo del Estado social ha supuesto una mejora de la salud hasta niveles impensables hace años.

Lo cierto es que la intervención estatal en este ámbito responde a un objetivo eminentemente poliédrico, que no se limita al mantenimiento o recuperación del “estado de completo bienestar físico, mental y social” de los individuos, tal y como se define la salud en el preámbulo de la Constitución de la OMS, sin perjuicio de las críticas formuladas al respecto<sup>116</sup>. Resulta evidente, de un lado, la correspondencia entre las desigualdades socioeconómicas y las diferencias de salud en la sociedad<sup>117</sup>, de ahí que el afán del Estado por acatar las primeras implique a su vez la consecución de niveles más altos de salud. Ya se ha apreciado en el anterior capítulo que la abolición de la miseria se reveló como una garantía de alcanzar niveles sanitarios más adecuados. Ahora bien, esta relación causa-efecto se manifiesta igualmente en sentido inverso, asumida la poderosa incidencia de la salud en las circunstancias socioeconómicas de la población, de forma que el Estado social aspira a neutralizar los conflictos sociales latentes mediante la integración de la población de la mano de la lucha contra la enfermedad y demás obstáculos que impiden el progresivo desenvolvimiento individual y social de las personas.

La enfermedad suele llevar asociado el incremento del riesgo de pobreza o exclusión social, de ahí que ocupe un lugar determinante en la acción social pública. Sin ser arriesgados se puede afirmar, pues, que la protección de la salud emerge en un paradigma de lucha contra las desigualdades y discriminaciones sociales, facilitando el acceso a los mecanismos que posibilitan un mejor cuidado de aquélla a todos los individuos. Se evidencia así el carácter corrector de las desigualdades sociales que inspira el Estado social, a través del reconocimiento y realización de los derechos sociales de ciudadanía<sup>118</sup>.

Es de este modo como se justifica que la acción pública en materia sanitaria constituya uno de los cometidos prioritarios del Estado, pues con una adecuada política sanitaria no sólo se elimina la enfermedad, sino que además se contribuye a diseñar una

---

<sup>116</sup> Las limitaciones de tal definición son denunciadas en HUBER, M., KNOTTNERUS, J. A., GREEN, L.: “How should we define health?”, *The British Medical Journal*, 2011;343:d4163. En el plano nacional, el Dictamen del Consejo de Estado 1384/2009, de 17 de septiembre, afirma que “la salud, por ser dinámica, es siempre relativa a una determinada situación y no puede, por lo tanto definirse como estado de completo bienestar social”.

<sup>117</sup> Véase BENACH, J.: “La desigualdad social perjudica seriamente la salud”, *Gaceta Sanitaria*, Vol. 11, núm. 6, 1997, págs. 255-258.

<sup>118</sup> Sobre la contribución de la ciudadanía social a la atenuación de los efectos desfavorables inherentes a la existencia de las clases sociales desparificadas, véase MONEREO PÉREZ, J. L.: “La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19, 1995, pág. 24 y ss.

sociedad más igualitaria y justa, al tiempo que se favorece el desarrollo económico y social. Y sabido es que el primer propósito del Estado social, por razones obvias, radica en el mantenimiento de un nivel de vida suficiente<sup>119</sup>. Con gran acierto, FERRAJOLI ha señalado que la garantía de los derechos sociales en general y el derecho a la salud en particular “es el presupuesto no sólo de la supervivencia individual sino también del desarrollo económico del conjunto de la sociedad”<sup>120</sup>.

### **1.2.- La lógica de la protección de la salud como cometido del Estado social.**

La asistencia sanitaria evidencia de forma patente los valores de solidaridad y cohesión social que descansan en la base de nuestro Estado social, uno de cuyos objetivos principales radica en la protección social obediente a una lógica componedora y totalizadora. En este sentido, lo que define al Estado social es, sin duda, la satisfacción de las necesidades vitales de los individuos, asumida la función social, la “acción social objetiva” que da sentido al Estado<sup>121</sup>. Por tanto, la protección de la salud ocupa un lugar esencial en toda la política social contemporánea<sup>122</sup>. Tan estrecha es la vinculación entre aquélla y la forma de Estado social que se puede afirmar, sin riesgo de exageración, que la política sanitaria es una de las que mejor se encuadra en el propósito social que inspira el Estado. La protección de la salud emerge, pues, en una tarea ineludible del mismo, a la que no puede ni debe renunciar, en aras de lograr la paz social de todos los miembros de la comunidad política, como consecuencia de la igualdad formal y material de todos ellos. Al ser la salud una fundamental vía de acceso a la integración y participación social y política, en estas prestaciones sanitarias, más que en ninguna otra, se manifiesta el Estado como servidor de la sociedad, creando un vínculo social que trata de asegurar a todos por igual este servicio fundamental.

---

<sup>119</sup> AGUDO ZAMORA, M.: “Fundamentación filosófica de la lucha contra la pobreza y la marginación como objetivo básico del Estado Social”, en AA. VV.: *Pobreza y exclusión: II Foro Andaluz de los Derechos Sociales*, TEROL BECERRA, M. J. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 112.

<sup>120</sup> Ampliando la tesis de AMARTYA SEN, referida estrictamente a los derechos de libertad, FERRAJOLI proclama el conjunto de los derechos fundamentales como presupuestos del crecimiento económico en FERRAJOLI, L., op. cit., pág. 68.

<sup>121</sup> HELLER, H.: *Teoría del Estado*, Comares, Granada, 2004. Sobre el pensamiento político jurídico y social de Hermann Heller, consúltese MONEREO PÉREZ, J. L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, El Viejo Topo, Barcelona, 2009.

<sup>122</sup> DURAND, P.: *La política contemporánea de la Seguridad Social*, trad. y estudio preliminar de José Vida Soria, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pág. 236.



## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

En efecto, la protección de la salud reconocida en el artículo 43 CE supone una de las derivaciones más señaladas de la concepción de nuestro Estado social, que propugna la igualdad en calidad de valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y de sustento de los derechos sociales<sup>123</sup>. La cláusula de Estado Social y democrático de Derecho ha de ser puesta inmediatamente en conexión con el mandato genérico contenido en el artículo 9.2 CE<sup>124</sup>, constitutivo de la estipulación de transformación del Estado de Derecho, al imponer a los poderes públicos la obligación positiva de remover todos los obstáculos que impidan la libertad, la igualdad y la participación del individuo en la sociedad, habiendo sido explícitamente confirmada dicha relación por el Tribunal Constitucional<sup>125</sup>.

Superadas ya las antiguas concepciones que negaban la naturaleza de derechos subjetivos en sentido estricto a los derechos sociales<sup>126</sup>, hoy resulta de todo punto inasumible su reducción a meras prescripciones virtuales e imprecisas. Los derechos sociales, si bien con sus innegables singularidades técnico-jurídicas, gozan de igual condición y entidad que los derechos civiles y políticos, siguiendo la tradicional denominación histórico-ideológica. Y, en este contexto, la *transversalidad* ha singularizado, desde su reconocimiento, la naturaleza de los derechos sociales. Entre ellos, la protección de la salud pone en juego una ingente cantidad de ámbitos para su plena realización<sup>127</sup>, irradiando su luz a muy diferentes campos de acción, en una suerte de interconectividad. Cabe afirmar, así, que el efectivo ejercicio de todos los derechos fundamentales requiere como *prius* ineludible un satisfactorio nivel de salud, lo que no

---

<sup>123</sup> A este respecto, BOBBIO ha señalado que “la razón de ser de los derechos sociales como (...) el derecho a la salud, es una razón igualitaria”, en tanto tiende a “hacer menos grande la desigualdad entre quien tiene y quien no tiene, o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales respecto a individuos más afortunados por nacimiento y condición social”. BOBBIO, N.: *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Taurus, Madrid, 1995, pág. 151.

<sup>124</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “La cláusula transformadora: el principio de igualdad de oportunidades”, en AA. VV.: *Comentario a la constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2002, págs. 131-151.

<sup>125</sup> “El principio del Estado social y democrático de Derecho del artículo 1.1 (...) informa una serie de disposiciones como el mandato del artículo 9.2, que prescribe a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y el conjunto de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I, cuyo reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, según dice el artículo 53.3 de la Constitución, que impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las Leyes”. STC 19/1982, de 20 de diciembre.

<sup>126</sup> Enmarcados en la categoría de los derechos-pretensión, en la terminología de FERRAJOLI, ya que se caracterizan por una expectativa positiva de prestaciones. FERRAJOLI, L.: *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del derecho*, Trotta, Barcelona, 2011, pág. 603 y ss.

<sup>127</sup> DE CURREA-LUGO, V.: *La salud como derecho humano. Quince requisitos y una mirada a las reformas*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Bilbao, 2005, pág. 71.

hace sino confirmar la relación intrínseca entre los derechos de igualdad y los derechos de libertad<sup>128</sup>, preconcebida por el propio Estado social de Derecho.

Así, los argumentos que habían sido tradicionalmente empleados para sostener la independencia entre distintas categorías de derechos, basados unos en las obligaciones a cargo de los poderes públicos, y otros en la propia naturaleza de los derechos, no resultan hoy en absoluto convincentes. En primer lugar, no puede sostenerse la existencia de derechos de los que se derivan en exclusiva obligaciones negativas (de abstención) para los poderes públicos, por oposición a aquellos otros que implican la exigencia de prestaciones positivas por parte de los mismos. No existen derechos cuya garantía pueda reducirse sin más a la abstención estatal. Y es que, si bien es cierto que los derechos sociales, con carácter general, incorporan requerimientos propiamente ligados al compromiso público presupuestario, no lo es menos que ésta es una característica igualmente predicable de los restantes derechos<sup>129</sup>. En segundo lugar, resulta rechazable la utilización del valor jurídico a realizar por cada derecho como criterio en base al cual se ha diferenciado entre derechos de *libertad* y derechos de *igualdad*. Uno y otro están presentes y componen la lógica de cada uno de los derechos que materializan la base de todo Estado social de Derecho. Como se ha afirmado, “la dicotomía clásica entre libertades públicas y

---

<sup>128</sup> Es consolidada doctrina la que arguye la interdependencia entre la totalidad de los derechos humanos fundamentales. PECES-BARBA aboga por una reformulación unitaria del concepto de los derechos fundamentales frente al separatismo de las tesis liberales clásicas y al negativismo del socialismo totalitario, en PECES-BARBA, G.: *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, págs. 206-213. Partiendo de que “no hay derechos de libertad y derechos de igualdad” y que “todos los derechos son derechos de libertad, incluidos los derechos que aportan un componente igualitario, como los económicos, sociales y culturales, porque ese componente potencia y refuerza la libertad para todos”, para este autor la escisión entre derechos de libertad y de igualdad no es sostenible en la actualidad, ya que “hay derechos económicos, sociales y culturales que se organizan jurídicamente igual que los derechos clásicos de libertad así como derechos de libertad clásicos que se organizan jurídicamente como derechos de crédito”. Sobre la equiparación político-jurídica y el rechazo de una jerarquía entre unos y otros, véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 107 y ss., autor que aboga por una lista abierta de derechos humanos basándose en la unidad de la dignidad humana como fundamento de todos ellos y de los valores que se realizan por medio de los mismos. En igual sentido, consúltese PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 228.

<sup>129</sup> Sobre las “falacias” en la caracterización técnica de los derechos sociales, véase FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Constitución, derechos sociales y tutela del trabajador”, en AA. VV.: *Constitución española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico: XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, GARRIDO PÉREZ, E. (Coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2013, págs. 82-91.

## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

derechos sociales pierde su sentido en el marco del Estado social de Derecho, por lo que debe considerarse superada”<sup>130</sup>.

La salud encierra un valor tan esencial en la vida del ser humano que sin la protección de ésta resulta imposible la garantía del ejercicio del resto de derechos. En efecto, de bien poco sirve el reconocimiento de estos últimos si, ante la pérdida de la salud, el ser humano carece de los medios necesarios para restituirla. Es esta conclusión la que permite valorar la entidad de la protección de la salud en toda su plenitud. La interrelación entre las distintas categorías de derechos no deja de resultar reveladora en tanto que nuestro Estado democrático garantiza un sistema de derechos en el que los sociales se imponen como ineludibles para la efectividad de los civiles y políticos, es decir, el ejercicio de éstos no puede llevarse a cabo de manera plena y eficaz sin el reconocimiento de los derechos sociales y económicos fundamentales. Y es precisamente tal relación entre todos los derechos la que conduce a asentar el Estado social y democrático de Derecho como el llamado a atender de manera más eficaz las exigencias que imponen la libertad y la igualdad<sup>131</sup>.

Los derechos sociales, tendentes a la satisfacción de las necesidades básicas de la persona, incorporan los requerimientos de la solidaridad social<sup>132</sup>, al tiempo que se sustentan en la dignidad humana<sup>133</sup>. Así, el goce de salud, en cuanto “necesidad básica”<sup>134</sup> de todo ser humano, supone una importante garantía que da paso a un alto nivel de bienestar, integración y participación en la comunidad en la que se halla inserto y en la que se realiza<sup>135</sup>. En coherencia con ello, resulta comprensible la articulación de su protección como derecho, impidiendo la exclusión social del individuo, pues, como se

---

<sup>130</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, A.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1997, pág. 95.

<sup>131</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, E.: *Valores constitucionales y derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Dykinson, 2009, pág. 53.

<sup>132</sup> Acertadamente se ha señalado que los derechos sociales son “derechos solidarios”, ya que proclaman una ineludible “vinculación de la conciencia individual con la colectiva”. MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 106.

<sup>133</sup> No así para ALEXY que sitúa su fundamento en el principio de la libertad fáctica. En contra, GARZÓN VALDÉS, E.: “Cinco consideraciones acerca de la concepción de los derechos sociales de Robert Alexy”, en AA. VV.: *Derechos sociales y ponderación*, GARCÍA MANRIQUE, R. (Ed.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, págs. 155-157.

<sup>134</sup> DOYAL, L Y GOUCH, I.: *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994, pág. 14.

<sup>135</sup> La integración del individuo en la comunidad política ha sido de siempre una preocupación en el pensamiento humano. Ya señalaba Aristóteles en el Capítulo I del Libro I de su *Política* que el hombre aislado de los demás “es un bruto o un dios”. Además, sin la participación real de los individuos en el control de las decisiones y en los rendimientos de la producción, puede existir una sociedad de masas pero nunca una sociedad democrática, tal y como se señala en DÍAZ, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998, págs. 142 y ss.

viene sosteniendo, la participación en el Estado democrático requiere el imprescindible reconocimiento de los derechos sociales de la ciudadanía<sup>136</sup>.

A día de hoy no parece discutible que el derecho a la protección de la salud, como rasgo común con el resto de derechos sociales, supone un instrumento esencial al servicio de la libertad (condición ésta de la dignidad humana en el pensamiento kantiano), dado que garantiza buena parte de los medios que requiere el individuo para alcanzar su pleno desarrollo, a la vez que permite superar aquellos obstáculos que entorpecen el mismo. Ciertamente, conviene tener presente que la libertad no sólo se logra con la ausencia de restricciones sino, de manera más ambiciosa, con la presencia de medios aptos para el desenvolvimiento de la vida. Como afirma GARCÍA-PELAYO, el Estado social posibilita el ejercicio real de la libertad al materializar las condiciones existenciales mínimas que dotan de contenido material el disfrute de la misma<sup>137</sup>. En efecto, de aquéllas depende la existencia verdaderamente libre de la persona, al habilitarle para intervenir en la vida social con la capacidad suficiente que reclama la dignidad humana. En el mismo sentido, BUYLLA sostendría que no hay libertad sin igualdad de condiciones que atiendan a cada cual según sus necesidades<sup>138</sup>. En este postulado bien podemos advertir el núcleo de toda la teoría del Estado social, en el sentido de que la igualdad constituye el presupuesto de la libertad mediante la materialización de las condiciones que reclama la existencia digna del ser humano. Se trata de reconocer en los individuos la condición de componentes de la comunidad jurídica, de modo que, como sujetos libres e iguales, gocen de la garantía de un mínimo existencial digno.

### **1.3.- El fundamento de la articulación de las prestaciones sanitarias en el sistema de Seguridad Social.**

En todo caso, la correlación entre un derecho social, en cuanto integrante del status jurídico de ciudadanía social, y el deber jurídico tendente a su satisfacción es

---

<sup>136</sup> Véase al respecto MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.

<sup>137</sup> GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1989, págs. 26-30.

<sup>138</sup> Véase CRESPO CARBONERO, J. A.: *Democratización y reforma social en Adolfo A. Buylla: economía, derecho, pedagogía, ética e historia social*, Oviedo, Universidad de Oviedo. Servicio de Publicaciones, 1998, pág. 274.

## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

imprescindible para evitar que aquél quede reducido a un mero derecho de papel<sup>139</sup>. Existe una estrecha correspondencia entre el derecho público subjetivo a las prestaciones sanitarias y el deber público de éstas que incumbe al Estado. Es por ello que la concepción de la asistencia sanitaria como un derecho subjetivo, consistente en una “pretensión de tutela jurídica estatal”<sup>140</sup>, lleva inmanente e impone la garantía del mismo a través de la acción positiva del Estado en el establecimiento de las condiciones que posibiliten al individuo el disfrute de la salud, rehabilitándola si ésta es alterada. Y es que la protección de este bien jurídico supone una exigencia fundamental del vivir digno de la persona al que se hacía referencia anteriormente. A este respecto, la obligación de prestación sanitaria se cristaliza mediante la garantía jurídico-institucional del Sistema de Seguridad Social<sup>141</sup>, “uno de los más potentes factores de transformación de las sociedades contemporáneas”<sup>142</sup>.

Se concibe, de este modo, la asistencia sanitaria como un derecho social en cuanto derecho de crédito, ya que lo característico del mismo no es la abstención del Estado sino la exigencia al mismo, bajo el título jurídico de derecho, de una determinada acción mediante la previsión de los medios necesarios para la satisfacción de unos niveles adecuados de salud. Se trata del indefectible poder de exigir que acompaña a todo derecho de prestación positiva. Y es que el sanitario constituye uno de los ámbitos en que resulta más fácil advertir la insuficiencia de la acción individual y, en consecuencia, la imperiosa necesidad del enfoque social que adjetiva la acción prestacional del Estado y que promueve la generación y distribución del bienestar. Lo común de las necesidades sanitarias presentes en toda sociedad requiere verse correspondido con el carácter igualmente común de la intervención pública tendente a satisfacerlas. El cometido prioritario de tal intervención pública radica en la organización de la solidaridad, la cual, siguiendo a DUGUIT<sup>143</sup>, se corresponde con el hecho de la propia estructura social.

---

<sup>139</sup> HIERRO, L. L.: "Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy", en AA. VV.: *Derechos sociales y ponderación*, GARCÍA MANRIQUE, R. (Ed.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pág. 200.

<sup>140</sup> NAWIASKY, H.: *Teoría General del Derecho*, Comares, Granada, 2002, pág. 169.

<sup>141</sup> Es la “fuerza vinculante directamente vertical” del derecho a la Seguridad Social aludida en MONEREO PÉREZ, J. L.: “El derecho a la Seguridad Social”, en AA. VV.: *Comentario a la constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2002, pág. 1.437.

<sup>142</sup> DURAND, P., op. cit., pág. 729.

<sup>143</sup> DUGUIT, L.: *Las transformaciones del derecho público y privado*, con estudio preliminar “Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit” de MONEREO PÉREZ, J. L. Y CALVO GONZÁLEZ, J., Comares, Granada, 2007.

En este sentido, conviene incidir en la estrecha conexión existente entre asistencia sanitaria y Seguridad Social<sup>144</sup>, en tanto en cuanto la garantía de la protección de la salud queda integrada en el mantenimiento de un sistema de Seguridad Social, o sistema de solidaridad social, que articula, entre otras, las prestaciones sanitarias. No en vano, la enfermedad es concebida ya desde BEVERIDGE como uno de los grandes “gigantes” contra los que ataca eficazmente el plan de Seguridad Social<sup>145</sup>.

La protección de la salud, como derecho social orientado a la igualdad, es una condición necesaria para la proclamación de la justicia social, de ahí su tratamiento articulado en la Seguridad Social, institución que encarna desde su concepción tal valor. Al tiempo, la asunción desde el sistema de la Seguridad Social de la asistencia sanitaria confirma la estrecha vinculación entre protección social y libertad<sup>146</sup>. En efecto, aquél promueve la “libertad real” de los individuos a través de la liberación a los mismos de “las limitaciones que la necesidad les impone”<sup>147</sup> y tal liberación, materializada en este caso en la prevención o reparación de las consecuencias de la enfermedad, garantiza a su vez la seguridad humana, la cual, en la “sociedad del riesgo”<sup>148</sup> en la que vivimos, no deja de presentarse como un objetivo a cuya consecución se aspira constantemente.

De lo anterior se colige que el derecho a la asistencia sanitaria y el sistema de Seguridad Social son componentes primordiales de la configuración del Estado social de Derecho. Éste utiliza la Seguridad Social a modo de herramienta institucional en la misión de liberar a los individuos de las “preocupaciones que acompañan a la vida” a las que se refería VENTURI<sup>149</sup>, entre las que la enfermedad, sin necesidad de gran argumentación, ocupa un lugar altamente remarcable. El bienestar que procura garantizar la Seguridad Social mediante la protección de la salud permite afianzar el principio de solidaridad que fundamenta el Estado social. En este sentido, no se puede sino coincidir con la concepción

---

<sup>144</sup> Un estudio del concepto de Seguridad Social y sus principios inspiradores en APARICIO TOVAR, J.: “La Seguridad Social, pieza esencial de la democracia”, en AA. VV.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Coords.), Comares, Granada, 2008, págs. 124-136.

<sup>145</sup> Los otros venían representados por la indigencia, la ignorancia, la miseria y la ociosidad. BEVERIDGE, S. W., op. cit., págs. 6 y 285.

<sup>146</sup> Consúltese VENTURI, A., op. cit., pág. 771 y ss.

<sup>147</sup> DURAND, P., op. cit., pág. 726.

<sup>148</sup> Véase BECK, U.: *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 2010.

<sup>149</sup> VENTURI, A., op. cit., pág. 275.

## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

de Estado sobre la que pivota el pensamiento de POSADA, el Estado como órgano de equidad y de justicia, como reflejo del “fluido ético” que emana de la orientación solidaria de la sociedad. De ahí la misión positiva y múltiple que tiene encomendada, y que se concreta en una intervención tendente al logro de una dirección racional en la vida de las sociedades, de evitar la injusticia y promover el bienestar general<sup>150</sup>.

Si, como se ha afirmado, procurar “el restablecimiento de una persona enferma es un deber del Estado”<sup>151</sup>, resulta claro que este mandato se sustenta en la inalienable dignidad e igualdad de los seres humanos, ambos valores netamente arraigados en el fundamento del sistema de la Seguridad Social, artificioso instrumento de superación de desigualdades y la más significativa creación institucional del Estado social. No existe duda de que la lógica de este último es la de la continua lucha por la igualdad, asumida la estrecha conexión entre ésta y la justicia<sup>152</sup>. En este sentido, el gran logro del Estado social reside en su fundamento axiológico, ya que busca la materialización del ideal de justicia como equidad en el sentido de RAWLS, a través de la igualdad y, muy marcadamente, la libertad. Al servicio de dicho propósito social, la Seguridad Social supone un instrumento fundamental. Si bien es cierto que la Seguridad Social no define toda la política social, sí se puede afirmar que la política social no es definida como un todo sin Seguridad Social. Es en esta intrínseca relación Seguridad Social-Estado social en la que se vislumbra a las claras el objetivo de este último, materializado en “integrar a la población, a través de la Seguridad Social, de una igualdad acrecentada y de una cogestión sociopolítica”<sup>153</sup>.

El Estado, emergido en mecanismo de cohesión del complejo social que lo integra, resulta imprescindible en la articulación técnica de la solidaridad, de la mano de la implantación del sistema de Seguridad Social. No cabe ignorar que la salud es un bien inestimable en cuanto “imposible de cuantificar monetariamente” y, consecuentemente, “exige la ruptura de cualquier relación individual entre la capacidad económica y la protección de la salud”<sup>154</sup>. Se ha de recordar, a estos efectos, que el derecho a la asistencia sanitaria, al igual que los restantes derechos sociales prestacionales, se tecnifica como

---

<sup>150</sup> Véase al respecto MONEREO PÉREZ, J. L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, MTAS, Madrid, 2003, pág. 55.

<sup>151</sup> BEVERIDGE, S. W., op. cit., pág. 267.

<sup>152</sup> BOBBIO señala que el concepto e incluso el valor de la igualdad no se distinguen del concepto y del valor de la justicia en la mayor parte de sus acepciones. BOBBIO, N.: *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 2009, pág. 56.

<sup>153</sup> RITTER, G. A.: *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pág. 37.

<sup>154</sup> APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 111.

derecho de desmercantilización, según MONEREO PÉREZ<sup>155</sup>. Quiere ello decir que es garantizado con base en la ciudadanía como clave de pertenencia del individuo a la comunidad política organizada y, por tanto, con independencia de la situación que ocupa en las relaciones socioeconómicas. Se trata de preservar la independencia entre el nivel de vida de la sociedad y las fuerzas del mercado. Por tanto, la política pública de protección social, en general, y sanitaria, en particular, coadyuva a desmercantilizar la posición jurídica del individuo, mediante el reconocimiento de derechos fundamentales que corrigen constantemente la lógica puramente mercantil, incapaz ésta de garantizar las condiciones mínimas de igualdad material de los ciudadanos. Dicho en otros términos, los derechos sociales representan la principal vía legitimaria de la acción estatal en la rectificación de los efectos adversos del mercado.

En un Estado social y democrático de Derecho, resulta de todo punto inasumible que el mercado decida quiénes hayan de ser los beneficiarios de la asistencia sanitaria y, en consecuencia, la capacidad económica del paciente como determinante es "éticamente inaceptable"<sup>156</sup>. Es así como se aspira a cristalizar la cláusula de la igualdad que es precisamente la que da sentido al Estado social, otra de cuyas principales implicaciones viene dada por la imposibilidad de que el individuo que goce de mejor salud tenga derecho a conseguir unos términos mejores. De forma más expresiva, se ha indicado que "una política que capacite que personas que tienen un bajo riesgo de enfermedad logren un tratamiento mejor que el recibido por aquellos que tienen una experiencia de enfermedad menos favorable, no es defendible en un plan de seguro nacional"<sup>157</sup>.

En definitiva, el derecho a la protección de la salud, plenamente integrado en el patrimonio de la ciudadanía, sirve de acomodo a la consecución de una efectiva igualdad sustancial<sup>158</sup>, que supone el "verdadero símbolo legitimario del Estado del Bienestar"<sup>159</sup>.

---

<sup>155</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., "La política social en el Estado del Bienestar...", loc. cit., pág. 17 y ss.

<sup>156</sup> ALONSO OLEA, M., "Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud...", op. cit., pág. 26.

<sup>157</sup> BEVERIDGE, S. W., op. cit., pág. 45.

<sup>158</sup> DAHL precisa que el bien de un ser humano ha de ser intrínsecamente igual al de cualquier otro. DAHL, R.: *La democracia: una guía para los ciudadanos*, Taurus, Madrid, 1999, pág. 76.

<sup>159</sup> GARCÍA COTARELO, R., op. cit., pág. 73.



## **2.- LA UNIVERSALIZACIÓN DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES SANITARIAS LIGADA AL DESARROLLO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.**

### **2.1.- La universalización como presupuesto ineludible para la materialización de la cohesión social.**

La universalización del campo subjetivo de cobertura es uno de los principios técnico-jurídico definidores de nuestro sistema de Seguridad Social, constituyendo la asistencia sanitaria su más laureada expresión. Ciertamente, si hoy se observa el amplio abanico de destinatarios de los servicios sanitarios<sup>160</sup>, resulta satisfactorio constatar la tendencia a la consecución del “plan ideal” concebido en su día por BEVERIDGE<sup>161</sup>.

Como mandato constitucional derivado de los arts. 41 y 43 CE<sup>162</sup>, la universalización es enunciada a lo largo y ancho de las diversas normas reguladoras de la asistencia sanitaria. En concreto, el art. 3.2 de la Ley General de Sanidad señala que “la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española”, al tiempo que precisa que “el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva”. Por su parte, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud establece el aseguramiento universal y público por parte del Estado como principio básico a informar el texto legal (art. 2.b.).

Nuestro sistema de protección social garantiza, por tanto, atención sanitaria a todos los miembros de la sociedad, ya sean integrantes del ámbito de aplicación de la Seguridad Social o bien individuos carentes de recursos económicos para afrontar los gastos inherentes a la recuperación o mantenimiento de la salud. La importancia de tan pregonada universalización se justifica al concluir que sólo de su mano se puede alcanzar un nivel próspero de cohesión social, en tanto representa un presupuesto indispensable para la materialización del principio de solidaridad, principio que participa insigne en la función de integración propia del Estado social. En efecto, la participación de todos los

---

<sup>160</sup> El detenido estudio de los sujetos beneficiarios de la asistencia sanitaria se acometerá en el Capítulo III de la tercera Parte de este trabajo de investigación.

<sup>161</sup> “Desde el punto de vista de la Seguridad Social, el plan ideal es un servicio de salud que proporcione un tratamiento preventivo y curativo total, de todo tipo y para todos los ciudadanos sin excepciones”. BEVERIDGE, S. W., op. cit., pág. 272.

<sup>162</sup> El título jurídico material utilizado en el art. 43 (“todos”) resulta más ambicioso que el jurídico formal al que alude el art. 41 (“todos los ciudadanos”). Consúltese al respecto MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C., MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008, pág. 393.

individuos en la sociedad como reclamo de la justicia social carecería de efectividad si el Estado garantizara las prestaciones sanitarias únicamente a los integrantes de un determinado y reducido círculo de ciudadanos o bien algunos de ellos sólo accedieran a tratamientos incompletos con respecto a los demás.

La universalización, loable conquista sin perjuicio de los importantes retos que plantea<sup>163</sup>, aparece como una consecuencia coherente con el sustrato en el que reposa el derecho social a la protección de la salud, orientado a la equidad. Se trata de atender a los supuestos de pérdida de salud de los individuos, asumida la imposibilidad por parte de los mismos de afrontarlos desde un plano exclusivamente individual. Y, precisamente, tal propósito de satisfacción de las necesidades más esenciales de la existencia humana se ha de predicar respecto de todos los miembros de la sociedad, con espíritu integrador, pues lo contrario sería de todo punto incompatible con la actividad promocional del Estado en la efectividad de la libertad y la igualdad del individuo a que alude el artículo 9.2 CE.

La apuesta por la universalización no sólo se apoya en la tendencia a la cohesión social sino que, a su vez, razones de financiación conducen a ella como garantía de sostenibilidad, instituyéndose, así, la más garantista ruptura de la tradicional lógica del seguro entre aportación previa y prestación, al instalar una efectiva redistribución de los recursos<sup>164</sup>. Como oportunamente se ha puesto de manifiesto, “el aseguramiento universal es la fórmula que ensancha al máximo el colectivo de personas entre las que se distribuyen las cargas inherentes a los gastos aludidos y permite evitar todas las limitaciones que son propias del aseguramiento sanitario privado”<sup>165</sup>.

## **2.2.- La progresiva extensión del ámbito de cobertura de la protección, en cumplimiento de los principios de igualdad, solidaridad y dignidad de las personas.**

---

<sup>163</sup> Consúltense el tratamiento de la universalidad de los derechos sociales como desafío en WOLFGANG SARLET, I.: “Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y desafíos”, en AA. VV.: *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*, PRESNO LINERA, M. A. Y WOLFGANG SARLET, I. (Eds.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 58 y ss.

<sup>164</sup> APARICIO TOVAR, J.: “El derecho a la protección de la salud...”, pág. 1560.

<sup>165</sup> PEMÁN GAVÍN, J.: “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes”, *Derecho y Salud*, núm. 2, 2001, pág. 131.

## PRIMERA PARTE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

La universalización, “trazo tendencial primero y básico de la Seguridad Social”<sup>166</sup>, ha sido conquistada con el devenir de los tiempos, de tal forma que el campo de aplicación subjetiva de la asistencia sanitaria se ha ido expandiendo progresivamente, tal y como se ha analizado en el anterior capítulo. Desde el Seguro Obligatorio de Enfermedad y su protección a los trabajadores cuya renta no superaba un determinado límite, se va ampliando y reconociendo el derecho a la protección de la salud a favor de todos los trabajadores, sin referencia a criterios económicos, así como al resto de la población, con independencia del concreto estado profesional o económico del individuo. Utilizando la perspectiva del Estado social de Derecho, conforme al cual se dispensa protección sanitaria sin discriminación económica alguna, para todo el que lo necesite, resultaría a todas luces insostenible el mantenimiento de aquella exclusión.

De este progresivo desarrollo del ámbito subjetivo de cobertura, paralelo a la evolución de la protección social, se colige que las prestaciones sanitarias suponen un egregio paradigma de la universalización de la Seguridad Social, alimentando la idea de progreso sobre la que ésta pivota. En este sentido, se ha afirmado que el rasgo característico de la evolución de la Seguridad Social no reside tanto en “el rigor y finura técnicas del mecanismo de protección”, sino marcadamente en “su expansión continua a nuevos colectivos de asegurados”<sup>167</sup>.

Si la protección estatal ante supuestos de enfermedad encuentra su fundamento en la dignidad que toda persona intrínsecamente posee, resulta coherente que dicha actividad promocional se predique respecto de la totalidad de la sociedad. Ciertamente, el Estado, erigido en máxime garante de las condiciones esenciales de la vida humana, ha de ejercer esta función para todos los individuos, a través del enfoque integrador propio de la Seguridad Social<sup>168</sup>. La estructura sociopolítica, al asentarse sobre los valores superiores que encarnan la solidaridad y la igualdad, hace viable la realización social de la dignidad humana<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> ALONSO OLEA, M. Y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2002, pág. 24.

<sup>167</sup> ALONSO OLEA, M., loc. cit., pág. 111.

<sup>168</sup> El art. 2.1 LGSS dispone que “el Sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad”.

<sup>169</sup> Véase al respecto PECES-BARBA, G.: “Reflexiones sobre los derechos sociales”, en AA. VV.: *Derechos sociales y ponderación*, GARCÍA MANRIQUE, R. (Ed.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pág. 85 y ss.

Conviene señalar, a su vez, que la garantía que la Seguridad Social ejerce para con el carácter universal<sup>170</sup> del derecho a la asistencia sanitaria supone una exigencia coherente con el principio de solidaridad que sirve de soporte a la unión de todos los miembros de la comunidad política y que incita, pues, a la extensión de la prestación superando colectivos reducidos de destinatarios.

Proclamar la dignidad inherente a la condición humana supone, por su parte, predicar de inmediato el principio de igualdad de todos los individuos, determinante éste de la política social propia de los Estados del Bienestar en cuanto inspirador de la ciudadanía social. Sin conformarse con una mera proclamación teórica de la justicia, el Estado social promueve la consecución de la misma mediante la garantía de la igualdad. No basta, pues, la mera proclamación del acceso de todos los individuos, sino que tal acceso ha de ser adjetivado como igualitario, es decir, ha de dispensarse a los miembros de la población igual protección. Sólo de esta manera se puede reconocer una efectiva igualdad material como modeladora de la homogeneidad social a la que aludía HELLER como presupuesto de la democracia<sup>171</sup>.

Como consecuencia del principio de igualdad, el cual ha de relacionarse a estos efectos no sólo con el artículo 14 de la Constitución sino también y principalmente con el 9.2<sup>172</sup>, las prestaciones sanitarias deben ser dispensadas con el único techo de las posibilidades técnicas alcanzadas en la sociedad. La protección contra la enfermedad no puede limitarse a los integrantes de determinados sectores sociales. Antes al contrario, se ha de garantizar a todos los ciudadanos un acceso en condiciones de igualdad a las prestaciones sanitarias. Si a todos compete la financiación del sistema sanitario, resulta coherente que todos queden integrados en el ámbito subjetivo de cobertura, conectando fielmente la noción de “contribuyentes” con la de “destinatarios de las prestaciones”.

---

<sup>170</sup> Téngase presente que universalidad no equivale a gratuidad, tal y como se desprende de la matización contenida en la Exposición de Motivos de la Ley General de Sanidad, según la cual, el texto legal “no generaliza el derecho a obtener gratuitamente dichas prestaciones sino que programa su aplicación paulatina”.

<sup>171</sup> Véase HELLER, H.: “Escritos políticos...”, pág. 257 y ss.

<sup>172</sup> Especialmente interesante resulta el recorrido analítico de ambos preceptos en GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 56 y ss.

SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA  
SANITARIA

**SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL  
FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA**

## CAPÍTULO I. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL

### 1.- TÉCNICA DE GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE EFECTIVIDAD.

#### 1.1.- Contenido esencial del derecho a la asistencia sanitaria.

La protección de la salud asume una panorámica tan amplia que no es objeto de intervención pública exclusivamente a través de la garantía de la asistencia sanitaria, sino que su plena realización exige la articulación de muchas más técnicas que la que esta última representa. En efecto, la complejidad de la temática justifica las dispersas referencias a la misma a lo largo y ancho del texto constitucional, así como las numerosas secciones del ordenamiento jurídico que quedan implicadas en la ardua tarea de proteger la salud de la población.

Es precisamente la continua presencia de este bien jurídico colectivo en no pocos preceptos constitucionales, tanto en lo que se refiere a las competencias (según se verá más adelante), como en lo que concierne a las técnicas de garantía, la que mejor revela la importancia de la protección de la salud para el resto de derechos proclamados en la Carta Magna. En concreto, la salud se halla estrechamente vinculada con el art. 15 CE, que garantiza el derecho a la vida y a la integridad personal (respecto del cual el derecho a la protección de la salud es rigurosa premisa); el art. 40.2 CE, que obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo; el art. 41 CE que ordena el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social<sup>173</sup>; el art. 45 CE, que representa la dimensión colectiva de la salud por excelencia, al referirse al disfrute de un medioambiente adecuado para el desarrollo de la persona; el art. 49 CE, que encomienda a los poderes públicos una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; el art. 50 CE, referido a la promoción de bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad; así como el art. 51.1 CE, relativo a la garantía de la protección de la salud de los consumidores y usuarios.

---

<sup>173</sup> La importancia de esta relación merece ser objeto de detenido estudio en el siguiente epígrafe.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

En todo caso, capital importancia reúne en este ámbito el art. 43 CE<sup>174</sup>, el cual, tras reconocer en su apartado primero el derecho a la protección de la salud, en el segundo encomienda a los poderes públicos<sup>175</sup> la organización y tutela de la salud pública “a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”, añadiendo que “la Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”. En el cuidado de la salud convergerán, pues, tanto las precisas medidas preventivas, como las correspondientes prestaciones, de forma que, en el concepto constitucional de la protección de la salud, la asistencia sanitaria constituye un elemento básico.

El derecho a la protección de la salud impone a los poderes públicos una obligación negativa, en el sentido de que han de abstenerse de poner en peligro la salud de la población, así como una positiva, referida tanto a la ejecución de las acciones y programas que protejan la salud colectiva, como al establecimiento de un sistema sanitario que dispense la correspondiente asistencia a quienes han perdido la salud. De nuevo, se evidencia el amplio contenido del derecho a la protección de la salud aludido líneas arriba, esta vez, en el tenor literal del art. 43 CE, que puede ser objeto de desglose en una doble vertiente individual y colectiva o, si se prefiere, preventiva y rehabilitadora. Una y otra convergen en la protección de la salud como un todo. Así, para la garantía de la misma se disponen técnicas de naturaleza eminentemente preventiva, tendentes a evitar la pérdida de salud, a prever la aparición de enfermedades. Como se ha indicado, “las acciones de medicina preventiva alcanzan al individuo en su condición de miembro del grupo social; son beneficios *uti universi*, prestaciones mediatas e indirectas”. Es ésta la vertiente colectiva. Pero a su vez, la consecución de un adecuado y satisfactorio nivel sanitario de la población implica la disposición de mecanismos orientados al restablecimiento de la salud

---

<sup>174</sup> El precepto mantiene prácticamente el mismo tenor literal desde su inicial concepción. En concreto, el art. 36 del Anteproyecto Constitucional (BOC, núm. 44 de 5 de enero de 1978) se pronunciaba en los siguientes términos: “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la sanidad y la higiene, así como garantizar las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”. Alguna modificación sufrió este último apartado en el Informe de la Ponencia sobre el Anteproyecto Constitucional (BOC, núm. 82, de 7 de abril de 1978), que quedó redactado del modo que sigue: “competen a los poderes públicos organizar y tutelar la sanidad y la higiene a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”. Tales términos fueron respetados en el Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso (BOC, núm. 135 de 24 de julio de 1978), pero no así en el aprobado por el Pleno del Senado (BOC, núm. 161, de 13 de octubre de 1978), quedando tal y como se redacta en el texto constitucional, al ser ratificado por el Dictamen de la Comisión mixta Congreso-Senado sobre el Proyecto de Constitución (BOC, núm. 170, de 28 de octubre de 1978).

<sup>175</sup> El empleo del término “poderes públicos” evidencia la ambición descentralizadora que se respira en el diseño del modelo competencial sanitario.

del individuo que la ha perdido –vertiente individual, “beneficios uti singuli”, prestaciones individualizadas-, lo cual responde a una inclinación rehabilitadora, al margen de la protección de la salud pública<sup>176</sup>.

El contenido constitucionalmente garantizado por el art. 43 CE incluye, pues, acciones colectivas e individuales en el fin social de alcanzar un nivel sanitario satisfactorio de la población. En otras palabras, además de proteger a la población de riesgos que atenten a la salud, la Carta Magna insta a la articulación del sistema preciso para dispensar la asistencia sanitaria cuando aquélla ha sido mermada o perdida. En este sentido y, si se atiende a la rúbrica de esta Parte temática, resulta coherente que el objeto del presente análisis constitucional se centre en el plano individual y prestacional de la protección de la salud que cristaliza la asistencia sanitaria y, marcadamente, la provisión por parte de los poderes públicos de los concretos mecanismos rehabilitadores que le dotan de significado.

Tras el reconocimiento del derecho por el art. 43 y en aras de consolidar su eficaz garantía, el mismo precepto, en conjunción con el art. 41, procede a delimitar la faceta institucional que garantiza su efectividad mediante el mantenimiento de un servicio universal<sup>177</sup>, consagrando la responsabilidad de los poderes públicos en la protección de la salud de la población. En efecto, la Constitución encomienda la organización y tutela de la salud a los poderes públicos, refiriéndose la organización al “establecimiento de los servicios propios” y la tutela al control o vigilancia de “la actuación de las entidades públicas menores o de las entidades particulares gestoras o colaboradoras”<sup>178</sup>.

Compete, pues, a los poderes públicos la planificación de medios encaminados a la reparación de la enfermedad de la persona, asumida su incapacidad de llevarlo a cabo desde un plano exclusivamente individual. De ahí la consideración de la sanidad como

---

<sup>176</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: “Artículo 43”, en AA. VV.: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), Tomo IV, EDERSA, Madrid, 1984, pág. 181.

<sup>177</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el Sistema Nacional de Salud como garantía institucional: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador”, en AA. VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2007, págs. 24 y 25.

<sup>178</sup> BORRAJO DACRUZ, E., op. cit., pág. 184.



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

“servicio público fundamental”<sup>179</sup>, tal y como era catalogada en el art. 15 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

La situación de necesidad frente a la que se dispensa asistencia sanitaria cuenta con una importancia crucial para el individuo, asumido el carácter condicionante que el bien jurídico salud reúne en el desarrollo de su proyecto vital. Ello refuerza, sin duda, su fundamento como derecho social básico y su reconocimiento en una Constitución que pretende garantizar una “digna calidad de vida”, tal y como reza el propio Preámbulo. En efecto, la necesidad humana que innegablemente representa la salud cumple todos los presupuestos enunciados por MARTÍNEZ DE PISÓN para fundamentar un derecho social, dado que es básica, en cuanto “condición para llevar una vida digna hasta tal punto que puede decirse que quien no logra su satisfacción lleva una vida infrahumana”; objetiva, pues “su privación es externa al individuo y, por tanto, constatable”; universal o “presente en toda la población” e histórica ya que “surge en un momento determinado, en una época circunscrita a unas coordenadas espacio-temporales, de acuerdo con las circunstancias concretas y, por tanto, puede variar si éstas cambian”<sup>180</sup>.

Como es fácil colegir, la protección de la salud concretada en la asistencia sanitaria de la Seguridad Social encaja con la definición que tradicionalmente acompaña a los derechos sociales, al requerirse una actividad por parte del Estado para lograr la materialización de su contenido. En este sentido y diferenciándose sustancialmente de los derechos *de libertad*, su realización efectiva implica una acción positiva por parte de los poderes públicos tendente, en el caso del derecho a la asistencia sanitaria, al mantenimiento de un sistema sanitario público que dispense aquellas prestaciones adecuadas para conservar o restablecer la salud. Nos hallamos, pues, ante las garantías sociales o positivas a las que alude FERRAJOLI, las cuales, frente a las “liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones

---

<sup>179</sup> La gran mayoría doctrinal consensúa unas notas básicas en la definición de todo servicio público: asunción por parte de la Administración de sectores enteros de la actividad por medio de un acto formal de publicatio, control de la actividad por parte de la administración desde la publicatio, pudiendo ésta optar entre hacerse cargo directamente de su gestión, o concederla a una empresa privada por ella seleccionada para que desarrolle estas actividades bajo su supervisión y control exhaustivo, así como que la calificación tenga como fin la satisfacción de una necesidad de interés público o general. Véase MEDINA GONZÁLEZ, S.: “El sistema sanitario español”, en ALONSO-OLEA GARCÍA, B. Y MEDINA GONZÁLEZ, S.: *Derecho de los Servicios Públicos Sociales*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 166.

<sup>180</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN, J., op. cit., pág. 102.

naturales o prepolíticas de la existencia”, de forma que “basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones sociales de vida”<sup>181</sup>.

Los poderes públicos quedan implicados en una obligación de crédito (obligación en todo caso de medios, que no de resultados<sup>182</sup>) para con la totalidad de la población. Es por ello que las prestaciones sanitarias encuentran en el concepto de obligación pública su idónea perspectiva<sup>183</sup>. Como derecho de prestación, su titular ostenta poder para conformar a modo de pretensión jurídica la exigencia a los poderes públicos del desarrollo de la conducta preceptuada en el precepto constitucional centro de nuestro análisis.

Se pone, así, de relieve la indisoluble relación entre reconocimiento y garantía inmanente a todo derecho. En el presente caso, el *reconocimiento* de este derecho subjetivo supone inmediatamente *garantizar* la organización de un servicio público que dispense prestaciones sanitarias. Con razón, afirma MONEREO PÉREZ que “la existencia como realidad jurídica de un derecho social fundamental requiere de la actualización de dos tipos de requisitos interdependientes, a saber: el supuesto técnico-jurídico general de positividad y un sistema de garantías jurídicas e institucionales a través de determinadas técnicas específicas de organización jurídica”<sup>184</sup>. De nada sirve, como se advierte, la mera proclamación formal de un derecho si no se articulan además los mecanismos adecuados para materializar su contenido. De esta manera, se confirma el carácter prestacional ineludible a todo derecho social<sup>185</sup> y la consiguiente intervención de los poderes públicos en el propósito de lograr su efectividad. En cualquier caso, el texto constitucional configura el derecho a la protección de la salud como derecho de configuración legal, por lo que las técnicas de garantía serán objeto de concreción mediante la intervención del legislador, el cual goza de un considerable ámbito de determinación en lo concerniente al

---

<sup>181</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Una teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 862.

<sup>182</sup> BORRAJO DACRUZ, E., op. cit., págs. 173-174. En igual sentido, MEDINA GONZÁLEZ, S., op. cit., pág. 164.

<sup>183</sup> Sobre la relación de las obligaciones públicas y las prestaciones en el contexto específico de los derechos fundamentales, consúltese COSSÍO DÍAZ, J. R.: *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989, págs. 175 y ss.

<sup>184</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: "La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo...", pág. 31.

<sup>185</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN, J., op. cit., págs. 94 y ss.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

catálogo de prestaciones sanitarias, condiciones de ejercicio y nivel de protección<sup>186</sup>. Ahora bien, tal potestad no es ilimitada. Antes al contrario, el legislador encuentra en el art. 43 CE un núcleo irreductible que dota de sentido la garantía de la protección frente a la aparición de la enfermedad y que debe respetar en todo caso. En este sentido, se encomienda una protección de la salud adjetivada integral (en cuanto preventiva y rehabilitadora) y suficiente<sup>187</sup>.

En el ámbito de la asistencia sanitaria, los poderes públicos no sólo han de acometer tareas administrativas o institucionales, sino también normativas, ya que el precepto, a diferencia de la mayor parte del resto de preceptos de su entorno, contiene una reserva de Ley, que “establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”. Así, corresponde al legislador el establecimiento de, entre otros extremos, las prestaciones a dispensar en el marco del Sistema Nacional de Salud<sup>188</sup>, las cuales se harán efectivas mediante la cartera común de servicios o “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”<sup>189</sup>.

El artículo 43 CE se halla enmarcado en el Título I del Texto constitucional, “De los derechos y deberes fundamentales”, concretamente en el Capítulo III del mismo, “De los principios rectores de la política social y económica”, del que es lugar común señalar que representa la principal responsabilidad social del Estado, al incluir la gran mayoría de los derechos sociales fundamentales. El precepto en cuestión queda institucionalizado por los mecanismos de garantía previstos en el artículo 53 CE, cuyo apartado tercero se expresa en los siguientes términos: “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la

---

<sup>186</sup> El art. 1.1 LGS advierte que el objeto del texto legal radica en “la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución”.

<sup>187</sup> El criterio de suficiencia se vincula al “ideal de cobertura” al que, en un determinado momento, puede aspirar el sistema prestacional público. MONEREO PÉREZ, J. L.: “El derecho a la Seguridad Social”, en AA. VV.: *Comentario a la constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dir.), Comares, Granada, 2002, pág. 1449.

<sup>188</sup> El art. 7.1 LCC las enuncia: prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.

<sup>189</sup> Art. 8.1 LCC.

actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen”.

La protección de la salud se consagra, así, como un bien constitucional<sup>190</sup> que, al igual que los demás consagrados en el Título III, no puede ser desconocido por el legislador. En efecto, el Tribunal Constitucional echó por tierra aquellas primeras tesis negadoras de la eficacia jurídica de los principios rectores, basadas en la ausencia de técnicas instrumentales para compeler su desarrollo legislativo<sup>191</sup>. Acertadamente, el Alto Tribunal no tardó en apreciar que el art. 43 CE, lejos de constituir una norma carente de contenido, se encuentra dotada de innegable e ilimitado valor normativo<sup>192</sup>, pues inspira la tarea legislativa y vincula a los órganos judiciales en su tarea interpretativa<sup>193</sup>, conclusión en la que converge el hecho de que sea susceptible de recurso de inconstitucionalidad, según se desprende del art. 161.1.a) CE y del 39.2 LOTC.

Más aún, no cabe duda de que los principios rectores tienen carácter directamente preceptivo, obligatorio, en un sentido positivo (mediante la regulación y actuación que satisfaga la realización efectiva del derecho) y negativo (consistente en la prohibición de una ordenación que resulte contraria al contenido del precepto), de forma que conviene rechazar su consideración como meros principios orientativos<sup>194</sup>. Queda claro, pues, que son normas jurídicas, esto es, preceptos dotados de eficacia jurídica<sup>195</sup>, sin que puedan ser reducidos a meros postulados retóricos o declaraciones de intenciones<sup>196</sup>. Normas jurídicas cualificadas, en todo caso, por suponer un elemental “desarrollo del valor superior de la

---

<sup>190</sup> Consúltense al respecto APARICIO TOVAR, J.: *"La Seguridad Social y la protección de la salud..."*, págs. 37-48.

<sup>191</sup> GARRIDO FALLA, F.: “Artículo 53”, en AA. VV.: *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 579-582 y 590-591.

<sup>192</sup> STC 19/1982, de 5 de mayo (FJ 6).

<sup>193</sup> La STC 95/2000, de 10 de abril (FJ 5) señala a este respecto que “por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección”.

<sup>194</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución”, en AA. VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, pág. 335.

<sup>195</sup> “Doble eficacia” en palabras de COSSÍO DÍAZ: en calidad de normas constitucionales (art. 9.1) y obligaciones prestacionales particularizadas. COSSÍO DÍAZ, J. R., op. cit., pág. 270.

<sup>196</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “El trabajo en la Constitución”, en AA. VV.: *El trabajo y la Constitución, Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*, MTAS, Madrid, 2003, pág. 484 y 485; ALARCÓN CARACUEL, M. R. Y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 45.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

igualdad en su dimensión material”<sup>197</sup>. En definitiva, y como se ha señalado con acierto, “los derechos sociales (incluidos los garantizados en el Capítulo III de la CE) son elementos del orden constitucional que están contenidos en normas jurídicas que forman parte de un sistema axiológico positivizado en el texto constitucional y que constituyen los fundamentos materiales del sistema jurídico”<sup>198</sup>. De esta forma, no son meras normas programáticas en el sentido de que los poderes públicos no quedan directamente vinculados por su enunciado, antes al contrario, éstos quedan obligados a tutelar, organizar y proveer la protección de la salud de manera suficiente<sup>199</sup>, de forma que son, señaladamente junto a las personas, sus destinatarios<sup>200</sup>.

Pero más allá del análisis del art. 43 CE como norma y sin dudar, pues, de su eficacia claramente vinculante al presentar un “contenido material preceptivo que delimita materialmente el ámbito de discrecionalidad del legislador”<sup>201</sup>, procede seguidamente abordar un ámbito en el que no se ha logrado una postura unánime en la doctrina. Se trata de la cuestión relativa a determinar si los preceptos del Capítulo tercero del Título I en general, y el art. 43 en particular, encierran un auténtico derecho fundamental.

De siempre ha sido discutido el *status* de los principios rectores en su configuración constitucional. En concreto, gran cantidad de autores han sostenido posiciones contrarias a su consideración como derechos subjetivos. Ciertamente, tanto la opción constituyente de dejar una gran parte de los derechos sociales fuera de las secciones cuyas rúbricas aluden expresamente a los derechos fundamentales, como la diferenciación de régimen de garantías extraída del 53.3 CE, han sido frecuentemente esgrimidos como argumentaciones para negar tal categoría en los principios rectores, a pesar de que el art. 43 emplee expresamente el término “derecho” en su apartado primero<sup>202</sup>. En este sentido,

---

<sup>197</sup> PECES-BARBA, G.: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 163.

<sup>198</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “El derecho a la Seguridad Social...”, pág. 1434.

<sup>199</sup> COSSÍO DÍAZ concreta tal vinculación para cada uno de los poderes públicos de la siguiente manera: “para el poder legislativo la eficacia señalada fue posibilitadora y restrictiva, en tanto marcaba unos cauces de actuación y bloqueaba otros; para el gobierno-administración se precisó posibilitadora y restrictiva al ejercitar funciones legislativas, e interpretativas cuando esas funciones fueren de aplicación; para el poder judicial, finalmente, la eficacia cobró una modalidad interpretativa”. COSSÍO DÍAZ, J. R., op. cit., pág. 269.

<sup>200</sup> SSTC 101/1983, de 18 de noviembre (FJ 1) y 65/1987 de 21 de mayo (FJ 7).

<sup>201</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., “El derecho a la Seguridad Social...”, pág. 1438.

<sup>202</sup> Lo que supone una excepción en el Capítulo III, ya que la mayor parte de los preceptos en él contenidos, recogen mandatos a los poderes públicos. Sólo los arts. 43, 44, 45 y 47 se expresan en clave de “derechos”.

un sector doctrinal<sup>203</sup> niega al respecto la condición de auténtico derecho constitucional, aduciendo la ausencia de alegación directa, la imposibilidad de fundamentar una pretensión en el mismo, sin perjuicio de la “función interpretativa directa” que sí le reconoce<sup>204</sup>. Es decir, se argumenta que el individuo carece de un poder directo para compeler a los poderes públicos a garantizar la conducta prevista en la norma, sin que sea posible desde el texto constitucional, exigir la realización del cometido público prestacional.

Con ello, el Capítulo tercero del Título I de la Constitución queda relegado a un conjunto de enunciados que no podrían ser invocados en ausencia de ley, de forma que el nacimiento del pretendido derecho quedaría a expensas de la legislación infraconstitucional al respecto. Con base en una interpretación pretendidamente fiel del art. 53.3 CE, LANDA ZAPIRAIN defiende que el derecho a la protección de la salud no es un derecho constitucional, sino de configuración legal<sup>205</sup>, determinando que el art. 43 CE es “una norma de acción, que hace inviable su alegación directa ante los Tribunales”<sup>206</sup>, conclusión compartida por GALA VALLEJO, para quien “el derecho a la salud no es un derecho constitucional en sentido propio, sino de configuración legislativa y, por lo tanto, con los requisitos y condiciones que la ley fija para su ejercicio”<sup>207</sup>.

Frente a los anteriores postulados más formalistas que, como se constata, hacen depender la categoría de derecho fundamental de la ubicación constitucional del precepto en que se contiene, otros autores mantienen un enfoque material, una “noción funcional, por tanto, relativa y evolutiva, adaptada a los diferentes preceptos y ámbitos normativos en

---

<sup>203</sup> PRIETO SANCHÍS, L.: “Artículo 53. Protección a los derechos fundamentales” en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, vol. IV, Madrid, 1984, pág. 456; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. Y DEL REY, S.: “Informe español”, en AA. VV.: *Protección de la Salud y Derecho Social*, MARZAL, A. (Ed.), Bosch, Barcelona, 1999, pág. 97: la protección a la salud no constituye un derecho subjetivo, sino, más bien, un principio “‘subjetivizado’ frente a aquellos otros más objetivizados en los que, excluyendo el término ‘derecho’, se hace una estricta apelación a una actuación de los poderes públicos”. Para COSSÍO DÍAZ, el art. 43.2 no contiene ni un derecho fundamental ni una garantía institucional, sino un mandato al legislador. Consúltase COSSÍO DÍAZ, J. R., op. cit., págs. 282 y 283.

<sup>204</sup> APARICIO TOVAR, J., “*La Seguridad Social y la protección de la salud...*”, pág. 46.

<sup>205</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P.: *La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, pág. 33.

<sup>206</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., op. cit., pág. 28.

<sup>207</sup> GALA VALLEJO, C., op. cit., pág. 18.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

que es requerido para integrar el proceso interpretativo”<sup>208</sup>, evitándose así una interpretación rígida y aislada del art. 53.3 CE. Resulta lógico que tras la entrada en vigor de la Carta Magna, esto es, en una primera fase postconstitucional, de incipiente consagración de derechos sociales, el enclave constitucional supusiera un elemento determinante en esta cuestión, pero a la altura de nuestra experiencia constitucional, no resulta ambicioso reducir tales preceptos a meros enunciados programáticos en base al único criterio de la protección constitucional que reciben. El concreto enclave constitucional y el consiguiente régimen de garantías prescrito en el art. 53 no parece, pues, criterio suficiente. Quiere decirse con ello que no es la ubicación formal de un precepto en el edificio constitucional la que determina la categoría jurídica que proclama, sino que hay que estar, según MONEREO PÉREZ Y MOLINA NAVARRETE, a criterios dogmáticos y normativos<sup>209</sup>. En otro caso, tan sólo determinados derechos sociales como el derecho a la educación (art. 27), libertad sindical (art. 28.1), huelga (art. 28.2), trabajo (art. 35) o negociación colectiva (art. 37) podrían ser considerados *stricto sensu* derechos fundamentales. A este respecto, y por lo que al derecho a la protección de la salud se refiere, conviene tener en cuenta que su ubicación en el Capítulo III no supone más que la configuración técnica optada por el constituyente, sin que ello le impida ser considerado un auténtico derecho fundamental.

De acuerdo con lo anterior, parte de la doctrina estima con acierto que la asistencia sanitaria que enmarca el art. 43 CE constituye un auténtico derecho subjetivo, tal y como es asumido en la conciencia ético-jurídica de sus titulares. Además, y según se vio en la anterior Parte temática, se adjetiva más ambiciosamente como un derecho social

---

<sup>208</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “‘Protección’ y ‘eficacia’ de los derechos socio-laborales: balance y perspectivas del sistema constitucional de garantías”, en AA. VV.: *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 1176.

<sup>209</sup> Véase al respecto MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008, pág. 379.

fundamental de la persona<sup>210</sup>, lográndose una mayor sintonía con la normativa internacional y comunitaria al respecto<sup>211</sup>.

Si bien con un contenido conciso, lo cierto es que el art. 43 CE reconoce un derecho calificado como “reaccional”<sup>212</sup>, en el sentido de que brinda al ciudadano acceso a la posibilidad de compeler la pertinente atención sanitaria. Si se sigue el criterio de fundamentalidad que PECES BARBA concreta en la dignidad, no hay inconveniente en advertir derechos fundamentales en ciertos principios rectores. Por lo que se refiere a la asistencia sanitaria, el inestimable impacto que ésta tiene sobre el valor de la dignidad humana exige su provisión a todos bajo el título de derecho fundamental, a partir del cual, fácilmente se podría concluir la facultad de fundamentar pretensiones ante diversas instancias, siendo la judicial una de ellas<sup>213</sup>. Así, con la autoridad de PÉREZ LUÑO debe “rechazarse como falaz la tesis que sostiene la imposibilidad de su invocación y aplicación hasta tanto no se hubieren promulgado las leyes que los reglamenten”, y es que ello supone una “negación de su status jurídico-positivo”<sup>214</sup>.

La trascendencia del derecho a las prestaciones sanitarias, en base tanto a su incuestionable conexión con el derecho a la vida, como a una finalista interpretación del art. 53 CE, no merece ser reducido a la consideración de principio rector de la política social y económica. Ciertamente es que la realización de este derecho no es ajena a condicionantes materiales por lo demás presentes en la mayor parte de los derechos sociales, pero ello no impide reconocer “que el derecho a la protección de la salud goza de un indiscutible contenido esencial y que, al mismo tiempo, evidencia facetas susceptibles de protección social”<sup>215</sup>. En este sentido, la lectura conjunta de los apartados 1 y 2 del art.

---

<sup>210</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental...”, pág. 9; MOLINA NAVARRETE, C., op. cit., págs. 1195 y ss.

<sup>211</sup> El Preámbulo de la Constitución de la OMS señala que “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano”. También se reconoce como tal, a nivel comunitario, en la CDFUE, entrando en el canon interpretativo del art. 10.2 CE.

<sup>212</sup> Acuñando la expresión de García de Enterría, BORRAJO DACRUZ, E., op. cit., pág. 182.

<sup>213</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental...”, pág. 24. Al respecto, se alude al derecho que ha reconocido la jurisprudencia del TJUE a la vía privada con facultad de reintegro si el plazo de espera no es razonable.

<sup>214</sup> A tal efecto, se apoya en la STC 18/1981, de 8 de junio. PÉREZ LUÑO, A.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 60.

<sup>215</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental...”, pág. 23.



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

43 CE demuestra que existe una relación inmediata entre el derecho reconocido al individuo y la consiguiente prestación a que quedan obligados los poderes públicos, descartándose, así, un concepto de prestación de carácter potestativo. Precisamente, la referencia a “los poderes públicos” que, a estos efectos, contiene el segundo apartado del precepto, implica el sentido colectivo en que quedan obligados los mismos en la organización y tutela de la salud pública, lejos de constituir una atribución genérica de competencia<sup>216</sup>. Es decir, la razón de ser de la obligación prestacional que se atribuye a estos poderes públicos reside en el derecho que se ha reconocido a “todos” y cuya efectividad se persigue.

Se comprueba, por tanto, el carácter *nuclear* que presenta el componente prestacional en la definición de este derecho. En efecto, en aras de garantizar al individuo una adecuada protección de su estado de salud, se le reconoce un derecho a la asistencia sanitaria, de la mano de la garantía de un sistema sanitario que los poderes públicos habrán de articular a tal efecto. El principal objeto de dicho art. 43 CE, como se advierte, es el fomento del mantenimiento de un adecuado nivel de salud, previendo para ello la obligación a cargo de los poderes públicos de proveer las prestaciones sanitarias y, desde la óptica del individuo, el correspondiente derecho a reclamar o exigir la protección de su salud. Si la consideración del derecho a la asistencia sanitaria como mero principio rector y no como verdadero derecho fundamental implica de suyo la desvinculación de la obligación prestacional respecto del contenido esencial del derecho<sup>217</sup>, resulta evidente, conforme a lo recientemente expuesto, que la asistencia sanitaria constituye un auténtico derecho fundamental prestacional. De hecho, se ha afirmado acertadamente que “la importancia de que un precepto constitucional reconozca el derecho a la protección de la salud radica en que implica al Estado en la organización de unos servicios y prestaciones de asistencia sanitaria capaces de materializar aquélla”<sup>218</sup>.

Es claro, pues, que el constituyente opta en el art. 43 por la técnica de reconocimiento de un derecho, conformando con ello “la fase más avanzada del proceso de positivación de

---

<sup>216</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., op. cit., pág. 332.

<sup>217</sup> Así se considera en COSSÍO DÍAZ, J. R., op. cit., pág. 219.

<sup>218</sup> GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Asistencia sanitaria y protección de la salud”, en AA. VV.: *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 1033.

los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho”<sup>219</sup>. Para su realización, los poderes públicos quedan obligados a articular un sistema sanitario que garantice la viabilidad financiera del mismo al tiempo que se provee una asistencia de calidad<sup>220</sup>, cuyo diseño concretado en prestaciones queda en el ámbito de decisión del legislador. Es pues, un derecho de configuración legal, dependiendo las concretas condiciones de ejercicio y vías de realización de la configuración que le den las leyes que lo desarrollen, sin que ello en ningún caso impida afirmar que el derecho fundamental en cuanto tal, existe preservado desde el mismo 43 CE. Su reconocimiento formal no hay que buscarlo, pues, en la Ley, sino en la Carta Magna, mientras que la determinación de las concretas prestaciones sanitarias sí merecerá un esfuerzo de buceo en la normativa al respecto. En efecto, si bien no se especifica en el texto constitucional una prestación concreta e inmediata, no por ello se puede pregonar una falta de efectividad del derecho social constitucionalmente garantizado<sup>221</sup>, en el sentido de que competirá al legislador la delimitación del alcance del derecho, concretando las prestaciones en los servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos<sup>222</sup>.

Asumiendo que sin garantías no existe derecho, según el enunciado ya clásico de KELSEN<sup>223</sup>, no se yerra si se afirma que el derecho a la protección de la salud cuenta con un sistema de garantías notoriamente debilitado, ya que “la Constitución ofrece un “reconocimiento” (“proclamar su respeto”) de los derechos sociales pero no una plena garantía (“hacerlos respetar”) de efectividad de los mismos”<sup>224</sup>. En todo caso, la debilidad de la garantía no puede conducir a rechazar la categoría de derecho de la que la protección de la salud disfruta. Es decir, el art. 43 CE consagra un auténtico derecho fundamental. Cosa diferente es el carácter deficiente de las garantías dispuestas para hacerlo efectivo y

---

<sup>219</sup> PÉREZ LUÑO, A., op. cit., pág. 39.

<sup>220</sup> Véase la calidad y permanencia de las prestaciones como objetivo a satisfacer por el Sistema Nacional de Salud en GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pág. 49.

<sup>221</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., “El derecho a la Seguridad Social...”, pág. 1438.

<sup>222</sup> Art. 11 LCC.

<sup>223</sup> El derecho subjetivo “llega a serlo sólo en virtud de la garantía creada por el ordenamiento jurídico”. KELSEN, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995, pág. 93.

<sup>224</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., “El derecho a la Seguridad Social...”, pág. 1447.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

controlar las vulneraciones del mismo. Ya se sabe, en este sentido, que “el principal problema relacionado con los derechos sociales no es el de su validez sino el de su justiciabilidad”<sup>225</sup>. Si el plano del reconocimiento, de la existencia del derecho a la protección de la salud no parece controvertido, no puede predicarse lo mismo respecto de los mecanismos constitucionalmente articulados para hacer efectiva su realización, para restaurar, en su caso, el derecho lesionado. Ahora bien, como sostiene PALOMEQUE LÓPEZ, la consideración de los preceptos del Capítulo III como auténticos derechos no pierden fuerza por más que estén dotados de una garantía “menos plena” en relación con los restantes derechos del Título I y la tutela jurisdiccional quede vinculada a los términos de la legislación de desarrollo<sup>226</sup>.

Ciertamente, el hecho de que al art. 43 CE no le sea de aplicación el primer apartado del 53 CE, no quiere decir que el derecho a la protección de la salud carezca de un claro y definible contenido constitucionalmente protegido, pues la “garantía institucional” hace las veces de garantía del contenido esencial<sup>227</sup>. Así pues, la protección de éste debe entenderse como una garantía constitucional que hace referencia a los fines objetivamente establecidos en la Constitución, y en función de los cuales, precisamente, se reconocen los derechos y libertades fundamentales<sup>228</sup>. Es por ello que se defiende un doble prisma de la asistencia sanitaria como derecho subjetivo y garantía constitucional en el afianzamiento de la efectividad del primero<sup>229</sup>.

Tal y como puede advertirse, la importancia de los derechos sociales no ha ido aparejada al consiguiente establecimiento de un sistema de plenas garantías que hicieran efectivo su reconocimiento, alejándose así de una auténtica materialización de la igualdad entre derechos civiles y sociales, a la que se ha aludido en la anterior Parte temática. La ubicación del derecho a la asistencia sanitaria en el Capítulo tercero del Título I y su consiguiente régimen de garantías se evidencia, cuanto menos, desacertada. El importante papel que cumple el derecho a la protección de la salud en el desarrollo vital de todo ser humano en particular y en la efectiva realización social del Estado, en general, habría

---

<sup>225</sup> NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: “La eficacia de los derechos sociales: la compleja articulación entre justiciabilidad, legitimidad y competencia”, *Revista de Derecho Social*, núm. 44, 2008, pág. 97.

<sup>226</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., op. cit., pág. 336.

<sup>227</sup> MOLINA NAVARRETE, C., op. cit., págs. 1198 y 1199.

<sup>228</sup> PÉREZ LUÑO, A., op. cit., pág. 74.

<sup>229</sup> Sobre tales conceptos, consúltense MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental...”, págs. 17 y ss.

aconsejado su inclusión en otro Capítulo que lo dotara de un régimen de garantías más pleno, más acorde, pues, con la entidad del derecho fundamental que se analiza.

### **1.2.- El artículo 43 CE en ineludible conexión con el artículo 41 CE.**

El derecho a la asistencia sanitaria que reconoce el art. 43 CE merece ser puesto en conexión con el mandato contenido en el 41 relativo al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos con vistas a garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, relación, por otra parte asumida en la Exposición de Motivos de la LCC. Ya se vio en la anterior Parte temática la intrínseca ligazón entre la protección de la salud y el sistema de Seguridad Social tanto en la idea originaria que motivó su creación como en el desarrollo del mismo<sup>230</sup>, por lo que la interrelación entre ambos preceptos constitucionales no viene sino a confirmar insistentemente que una y otra son dos caras de una misma moneda, dos elementos aparejados en la técnica de consecución del mismo fin: la protección del individuo ante la situación de necesidad que la enfermedad representa. Tal es la importancia e incidencia de la asistencia sanitaria en el desarrollo de los demás ámbitos de actuación, que se ha llegado a aludir a una determinante conexión “en rombo” que protagonizan los arts. 43, 41 y 15 del texto constitucional<sup>231</sup>.

En cualquier caso, no es ésta postura pacífica en la doctrina<sup>232</sup>. Antes al contrario, la utilización por el constituyente de dos preceptos, técnica no ajena a los textos constitucionales del entorno europeo<sup>233</sup>, ha venido constituyendo uno de los argumentos comúnmente arrojados por quienes se muestran partidarios de una desvinculación de la asistencia sanitaria y el sistema de Seguridad Social en el que vio la luz y en donde reside su razón de ser. En efecto, en la actualidad existe una mayoría doctrinal<sup>234</sup> que, desde

---

<sup>230</sup> Arts. 20.1.a) LGSS'74 y 38.1.a) LGSS'94.

<sup>231</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M Y DEL REY, S., op. cit., pág. 96.

<sup>232</sup> Un elaborado recopilatorio del debate doctrinal al respecto en BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “¿Sistema Nacional de Salud o Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social?”, *Revista Derecho y Salud*, núm. 16, 2007.

<sup>233</sup> Son numerosas las Constituciones que dedican dos artículos diferenciados a la protección de la salud y a la Seguridad Social. A modo de ejemplo: la Constitución italiana (arts. 32 y 38), la Constitución portuguesa (arts. 63 y 64) y la Constitución griega (arts. 21.3 y 22.4).

<sup>234</sup> Véase MUÑOZ MACHADO, S., op. cit., págs. 92 y 93; BORRAJO DACRUZ, E., op. cit., pág. 161; HERNÁNDEZ BEJARANO, M., op. cit., pág. 98; GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Asistencia sanitaria y protección...”,

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

ALONSO OLEA<sup>235</sup>, defiende un desgaje de una respecto del otro, en el seno de lo que viene constituyendo un intenso proceso disgregador del contenido esencial de la Seguridad Social<sup>236</sup>, esto es, "una tendencia que en los últimos años trata de estrechar el campo de lo que debe entenderse por Seguridad Social (expresión cada vez más hurtada)"<sup>237</sup>.

Ahora bien, existen asimismo posturas discrepantes (cuantitativamente minoritarias) que mantienen la vinculación entre ambos sistemas<sup>238</sup>, considerando que la segregación se mantiene bajo planteamientos "incomprensibles e inaceptables dogmática, normativa y socialmente"<sup>239</sup> y que "no existe en la Constitución española de 1978 nada que impida configurar la asistencia sanitaria dentro de la acción protectora de la Seguridad Social"<sup>240</sup>. Lo cierto es que, por más que transcurran los años, el debate sigue abierto, y es que la existencia de dos artículos diferenciados y la indeterminación de sus términos han venido

---

pág. 1034 y ss.; DE LA VILLA GIL, L.E.: "El derecho constitucional a la salud en AAVV: *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, CASAS BAAMONDE, M. E., DURÁN LÓPEZ, F. Y CRUZ VILLALÓN, J. (Dirs.), La Ley, Madrid, 2006, pág. 967 y ss.; LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 80 y ss.

<sup>235</sup> El autor, prontamente, auguraba una separación entre prestaciones sanitarias y Seguridad Social "si se tiene en cuenta la separación de ambas materias en los artículos 41 y 43 de la Constitución", en ALONSO OLEA, M.: "El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas", en AA. VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, pág. 56. Separación que confirmaría quince años más tarde mediante la supresión en la décimo cuarta edición de su obra "Instituciones de Seguridad Social" el capítulo relativo a las "Prestaciones sanitarias", naciendo paralelamente la obra "Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud". Véase la pág. 20 de esta última.

<sup>236</sup> Sobre la actual "tendencia desestructuradora" de la vertiente institucional de la Seguridad Social, consúltese MONEREO PÉREZ, J. L., "El derecho a la Seguridad Social...", págs. 1515-1518.

<sup>237</sup> APARICIO TOVAR, J.: "De nuevo sobre la pensión de jubilación: ¿a qué edad hay que jubilarse?", *Revista de Derecho Social*, núm. 49, 2010, pág. 229.

<sup>238</sup> GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 503 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: "La asistencia sanitaria como derecho fundamental...", págs. 48-50; APARICIO TOVAR, J.: "*La Seguridad Social y la protección...*", págs. 63 y 64; MOLINA NAVARRETE, C.: "La protección de la salud en el sistema de Seguridad Social: dos historias inacabadas y confusas de segregación normativa e institucional", en AA. VV.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Coords.), Comares, Granada, 2008, págs. 1213-1219.

<sup>239</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: "La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica...", pág. 377.

<sup>240</sup> GALA VALLEJO, C., op. cit., pág. 64. Una página atrás apunta el autor que los arts. 41 y 43 evidencian "la conexión de la protección de la salud (SNS) con los servicios de la Seguridad Social de la que aquélla extrae los principios informadores de su organización". En el mismo sentido, LÓPEZ CUMBRE, L.: "Protección social y CCAA", en AA. VV. *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las autonomías: XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2011, págs. 702 y 703.

constituyendo un verdadero campo de cultivo en cuanto a posiciones encontradas se refiere<sup>241</sup>.

El doble pronunciamiento constitucional ofrece varias hipótesis interpretables, reconducibles todas ellas a las siguientes: bien el art. 43 como desarrollo del 41, bien la protección de la salud desvinculada de la Seguridad Social o bien tales campos en intersección de forma que parte de la protección de la salud queda comprendida en la acción protectora de la Seguridad Social y otra parte no. Como se ha avanzado, es la segunda opción la que ha originado más impulsores, adivinando un pretendido propósito constituyente orientado a la articulación de un sistema sanitario diferenciado de las técnicas propias del sistema de Seguridad Social. Ahora bien, según BORRAJO DACRUZ, “la Constitución posibilita tal conclusión pero no la impone”<sup>242</sup>, esto es, no se trata de una determinación constitucional sino de una interpretación de sus términos. También es ésta la opinión de VIDA SORIA, para quien la cuestión no es si sobra uno u otro artículo, ni si hay reiteración, ni tan siquiera si existe un desgajamiento. El autor considera que “la Constitución ha diseñado acciones de política social concretas cuya instrumentación podrá hacerse por medio de la Seguridad Social, o por medio de cualquier otra fórmula o por ambas clases de medidas”<sup>243</sup>.

Es la existencia de dos artículos formalmente disociados, pues, la que ha constituido una de las principales bazas de los defensores de una desvinculación de la asistencia

---

<sup>241</sup> No obstante, hay quienes parecen querer superar el debate mediante la inclusión de ambos sistemas junto al de asistencia social en la protección social, concibiendo la interacción de todos ellos en la tarea de satisfacer la protección completa de los ciudadanos. Véase, en este sentido, DE LA VILLA GIL, L.E.: “El modelo constitucional de protección social”, en AA. VV.: *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 69 y 70. Sobre la superación del concepto de Seguridad Social por el de protección social consúltese MALDONADO MOLINA, J. A.: “Dependencia y sistema de Seguridad Social”, en AA. VV.: *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, MONEREO PÉREZ, J. L., MALDONADO MOLINA, J. A. Y RUBIO HERRERA, R. (Dir. y coords.), Comares, Granada, 2014, págs. 119 y 120.

<sup>242</sup> BORRAJO DACRUZ, E., op. cit., pág. 166. En igual sentido se pronuncia en “El derecho a la asistencia sanitaria en la Seguridad Social”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 8, 1980, señalando que “las prestaciones otorgadas por la Seguridad Social o desde el SNS no están tan tajantemente separadas en la CE de 1978, ya que la protección de la salud individual puede dispensarse, indistintamente, desde una como desde la otra, es decir que la CE asume una posición neutral en esta cuestión”.

<sup>243</sup> VIDA SORIA, J.: “Artículo 41. Seguridad Social”, en *Comentario a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1984, pág. 93. En igual sentido, LANDA ZAPIRAIN, J.P., op. cit., pág. 40. Señala este autor que “no existe en la Constitución española de 1978 nada que obligue al legislador ordinario a configurar la protección de la salud dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, como tampoco lo impediría”.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

sanitaria respecto de la acción protectora de la Seguridad Social, enmarcándose en un Sistema distinto e independiente con sus propias técnicas y principios inspiradores. A este argumento han sido añadido otros:

- La financiación de la asistencia sanitaria, a partir de 1997, corre a cargo de los Presupuestos Generales del Estado y no de las cotizaciones sociales, con la excepción de la derivada de contingencias profesionales. Si bien hay quien advierte en este dato una desconexión entre asistencia sanitaria y Seguridad Social<sup>244</sup>, cabe indicar que la financiación vía impuestos no supone la pérdida de la condición de una prestación de la Seguridad Social, sino que, simplemente, ésta pasa a articularse como prestación no contributiva<sup>245</sup>. Así lo confirmó la propia Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, al aducir en su Exposición de Motivos que “todas las prestaciones de naturaleza no contributiva y de extensión universal pasan a ser financiadas a través de aportaciones del Estado”. En efecto, si “el modo de financiación no es determinante, es sólo un medio”<sup>246</sup>, cabe concluir que con el recurso a los Presupuestos Generales del Estado cambió el medio de financiación pero en ningún caso la naturaleza de la asistencia sanitaria, que sigue comprendida en la razón de ser de la Seguridad Social en calidad de prestación no contributiva<sup>247</sup>.

- Igualmente, se tiende a argumentar que, desde la culminación de la transferencia competencial de 2002, la gestión de la sanidad corresponde a las Comunidades Autónomas y no a la entidad gestora de la Seguridad Social (entonces INSALUD, hoy INGESA) que había venido desempeñando hasta ese momento dicha tarea. Consiguientemente, se sostiene que frente a la uniformidad que inspira el modelo de protección social que sustenta la Seguridad Social como sistema, se opone la descentralización y heterogeneidad que acompaña a la gestión de la sanidad. Frente a este razonamiento, conviene destacar que la asunción de las funciones gestoras por las

---

<sup>244</sup> MORENO FUENTES, F. J.: “Del sistema sanitario de la Seguridad Social al sistema nacional de salud descentralizado” en AA. VV.: *Reformas de las políticas del bienestar en España*, MORENO, L. (Ed.), Siglo XXI, Madrid, 2009, pág. 109; GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Asistencia sanitaria y protección...”, pág. 1035.

<sup>245</sup> Véase una interesante crítica a la “confusa” clasificación de las prestaciones en contributivas y no contributivas, con especial referencia a la asistencia sanitaria en cuanto sólo se atiende a la financiación y no a la naturaleza de la prestación en APARICIO TOVAR, J.: “La Seguridad Social en la Constitución”, en AA. VV.: *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 800.

<sup>246</sup> APARICIO TOVAR, J.: “El derecho a la protección de la salud...”, pág. 1562.

<sup>247</sup> Art. 86.2.b) LGSS.

Comunidades se comprende mejor si se tiene en cuenta el carácter eminentemente descentralizado que, como se verá más adelante, el constituyente empleó en el dibujo competencial en materia sanitaria. No parece, pues, sostenible que el rasgo descentralizado del sistema imposibilite la inclusión de las prestaciones sanitarias en la acción protectora de la Seguridad Social. Así, se puede afirmar, con ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA, que “el que sobre un determinado aspecto de la protección social de los ciudadanos por parte de los poderes públicos confluyan competencias diversas (...) es una mera cuestión organizativa”<sup>248</sup> y, por tanto, insuficiente para fundamentar la desvinculación entre ambos sistemas. En este sentido, únicamente se ha producido una asunción autonómica de competencias sanitarias, cambiando el titular de la competencia, pero no la naturaleza de la misma. Esto es, la articulación de un modelo de dispensación de servicios sanitarios territorialmente descentralizado, tal y como ineludiblemente se plantea en el reparto constitucional de competencias, no excluye que las prestaciones sanitarias se enmarquen conceptualmente dentro del sistema de Seguridad Social. Además, no se puede pasar por alto que el traspaso de competencias a comienzos del presente siglo se hizo bajo el título competencial de “ejecución de servicios de la Seguridad Social”, que habían incluido las Comunidades Autónomas en sus Estatutos previa modificación de los mismos. Dicho de otra forma, las transferencias sólo se pudieron ejecutar cuando las Comunidades eran, conforme a sus Estatutos, competentes en “ejecución de servicios de la Seguridad Social”.

- La universalización de la asistencia sanitaria también suele ser utilizada como argumentación en el debate que se señala<sup>249</sup>. En concreto, es comúnmente alegado que la asistencia sanitaria otorga derecho de acceso a todos los individuos y no sólo a los incluidos en el régimen público de Seguridad Social. La asistencia sanitaria, se dice, se extiende tendencialmente al conjunto de la población. Pero es que, precisamente, el art. 41 CE se refiere a la totalidad de sujetos, en concreto a "todos los ciudadanos", preservando

---

<sup>248</sup> ALARCÓN CARACUEL, M. R. Y GONZÁLEZ ORTEGA, S., op. cit., pág. 50.

<sup>249</sup> LANDA ZAPIRAIN llega a considerarlo “el argumento definitivo” en LANDA ZAPIRAIN, J. P., op. cit., pág. 37. En igual sentido, GONZÁLEZ DÍAZ aduce que “el mantenimiento en nuestros días de la vinculación entre asistencia sanitaria y seguridad social supone la ruptura del concepto de aquella como una prestación caracterizada por la universalidad”. GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Asistencia sanitaria y protección...”, pág. 1036.



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

la universalización como nota característica de nuestro modelo de Seguridad Social<sup>250</sup>. En efecto, además de ineludible exigencia de la consideración del derecho a la protección de la salud como derecho social de ciudadanía, la universalización supone una de las ideas-fuerzas del sistema de Seguridad Social. Como sostiene APARICIO TOVAR, tal universalización es “consustancial a la idea de Seguridad Social”, al tiempo que recuerda que su consecución ha venido de la mano de dicho sistema<sup>251</sup>.

- Por otra parte, resalta la existencia de un marco normativo en el que convergen una legislación *sanitaria* y otra *de Seguridad Social*. La inexistencia de un tratamiento unificado y homogéneo en la materia ha venido constituyendo un motivo invocado por los defensores de una desvinculación entre asistencia sanitaria y Seguridad Social. Ciertamente, la determinación del marco regulador de la asistencia sanitaria resulta una tarea enormemente compleja advertido el carácter bicípite del mismo. En este sentido, y si se atiende a la más reciente actividad del legislador, es fácil concluir que la doble utilización en la regulación asistencial sanitaria de normas de Seguridad Social<sup>252</sup> y normas que se han venido a denominar *de sanidad*<sup>253</sup>, ocasiona un complejo panorama legal que ha generado en muchas ocasiones divergentes regulaciones a los mismos supuestos.

El entramado jurídico-normativo trazado por ambas modalidades de normas, a todas luces complejo, evidencia la necesidad de un proceso de racionalización normativa, ya sea en forma de cuerpo unificado, como propone GALA VALLEJO<sup>254</sup>, ya sea mediante derogación formal expresa de la normativa de Seguridad Social, según proponen MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE<sup>255</sup>. Si bien la articulación de un SNS no exige que exista “un único cuerpo normativo ni que los dos hoy existentes sean

---

<sup>250</sup> AZNAR LÓPEZ, M. Y CASADO D.: *Perspectivas de la Seguridad Social española*, Acebo, Madrid, 1988, pág. 57; MONEREO PÉREZ, J. L., “El derecho a la Seguridad Social...”, pág. 1466; MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud en el sistema de Seguridad Social...”, pág. 1218.

<sup>251</sup> APARICIO TOVAR, J.: “El derecho a la protección de la salud...”, págs. 1560 y 1562.

<sup>252</sup> Señaladamente, la LGSS y los preceptos aún vigentes de la LGSS’74.

<sup>253</sup> Destaca la Ley 14/1986, de 25 de abril, la Ley 16/2003 de 28 de mayo, la Ley 29/2006, de 26 de julio, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, y el más reciente Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

<sup>254</sup> GALA VALLEJO, C, op. cit.,

<sup>255</sup> Según ambos autores, resulta insuficiente la derogación material que al respecto se ha visto obligado a llevar a cabo el Tribunal Supremo. MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental...”, pág. 8.

coherentes”<sup>256</sup>, lo cierto es que, en pro de una mayor racionalidad jurídica, sería recomendable una armonización que contribuyese a simplificar en lo posible el actual modelo legislativo dual, tal y como ha sido reiteradamente instado desde soporte legal<sup>257</sup>. Con independencia de que se pretenda la defensa teórica de una asistencia sanitaria de la Seguridad Social o de su desvinculación, la situación actual resulta a todas luces incompatible con una noción de ordenamiento jurídico congruente y metódicamente articulado. Sin embargo, hasta el momento, el legislador opone frontal resistencia a las numerosas voces alzadas por tal reformulación legislativa de la disciplina<sup>258</sup>, pues no ha emprendido el ansiado proceso racionalizador que dote de coherencia y unificación el marco normativo regulador de la asistencia sanitaria y su provisión.

En todo caso, es preciso reconocer que la legislación *de Seguridad Social* se ha visto progresivamente desbancada por la creciente legislación *sanitaria*. En efecto, esta última representa el bloque normativo principal en la materia, creciente a nivel cuantitativo y cualitativo, viéndose la otra prácticamente vaciada de contenido efectivo. Si se analiza la actividad de nuestro operador jurídico, se advierte en los últimos años una continua aprobación de normas pertenecientes a este bloque, preeminencia que deja a la legislación de Seguridad Social claramente relegada a una segunda posición. Se asiste, por tanto, a un progresivo desplazamiento de la misma, que no ha pasado inadvertido en la doctrina y en el que se apoya gran parte de la misma para justificar, como se ha señalado, un fenómeno de desconexión entre asistencia sanitaria y sistema de Seguridad Social. No obstante, tal poderoso “arrinconamiento”, sin perjuicio de la derogación material que se pueda reconocer, no implica un desgajamiento de conceptos, pues, con MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE, cabe indicar que el concepto de asistencia sanitaria es más ambicioso que su mera reducción a un sistema de prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, lo que resulta coherente con el concepto integral de salud que se maneja y

---

<sup>256</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica...”, pág. 389.

<sup>257</sup> La Disposición Final segunda de la LGS instó a la armonización y refundición de las disposiciones al respecto contenidas en la LGSS’74, al igual que años atrás lo había hecho la Disposición Final primera de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, sin que se llevara a efecto en ninguno de los casos.

<sup>258</sup> HERNÁNDEZ BEJARANO, M., op. cit., pág. 100,

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

promueve desde el texto constitucional<sup>259</sup>. En consecuencia, la creación de disposiciones normativas diferenciadamente dedicadas a sanidad y a Seguridad Social, no predica una independencia sino, más bien, una “autonomización”<sup>260</sup> de la materia. El carácter divergente de la regulación de la asistencia sanitaria no puede llevar a concluir, sin más, una separación conceptual y material entre Seguridad Social y prestaciones sanitarias.

Como se anticipó a comienzos del presente epígrafe, al listado de razones alegadas por las tesis disgregadoras de la Seguridad Social y la asistencia sanitaria, recientemente expuesto, se ha añadido la dedicación en el texto constitucional de un artículo para cada materia. Hay quien ha visto en ello una suerte de voluntad diferenciadora y separadora por parte del constituyente, en el sentido de que el derecho a la asistencia sanitaria emanaría con carácter exclusivo y excluyente del art. 43 CE. Sin embargo, el mero tratamiento diferenciado no parece ser un fundamento sólido para una pretendida separación constitucional<sup>261</sup>, y menos aún si se tiene en cuenta que igual técnica es empleada respecto a la protección de la vejez (art. 50 CE) y nadie pone en duda la inclusión de la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social<sup>262</sup>. Al contrario, cabe afirmar que dicho precepto, junto al art. 43, concreta de modo sectorial la acción protectora del sistema de la Seguridad Social.

Conocido es el carácter “distorsionante” del tratamiento constitucional de la Seguridad Social, en el sentido de “diversificado por categorías de prestaciones o ramas de protección”<sup>263</sup> en varios preceptos. De esta forma, el art. 43, junto al 39, 49 y 50 componen el total ámbito protector concretizado de la Seguridad Social, con lo que, según VIDA SORIA, “el art. 41 se constituiría en un precepto genérico respecto de aspectos parciales de los otros artículos”<sup>264</sup>. El autor apuesta por una interpretación amplia, conjunta de todos esos preceptos, argumentando que “deducir que cada uno de los

---

<sup>259</sup> Consúltese MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica...”, págs. 388 y ss.

<sup>260</sup> *Ibidem*, pág. 381. Lo cual no implica, según los autores, “ni su desconexión constitucional ni su incomunicación legislativa, que antes bien parece abocada a un continuo vínculo”.

<sup>261</sup> De la dispersión de normas constitucionales, no puede derivarse sin más la creación de estructuras separadas. MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental...”, pág. 50.

<sup>262</sup> APARICIO TOVAR, J.: “Desplazamientos para la asistencia sanitaria especializada en la Seguridad Social. Sobre el objeto del conflicto positivo de competencia y la inactividad en el traspaso de los servicios a la Comunidad Autónoma”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 50, 1991, págs. 935 y 936.

<sup>263</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., “El derecho a la Seguridad Social...”, pág. 1430.

<sup>264</sup> VIDA SORIA, J, op. cit., pág. 93.

artículos de ese capítulo contiene un programa necesariamente independiente que el Estado deberá cumplir en términos lineales es, en suma, desvirtuar en el fondo la esencia del capítulo III”.

Ciertamente, no parecen excluibles de “la asistencia y prestaciones sociales suficientes” a que se refiere el art. 41 CE las dirigidas al restablecimiento de la salud. Para justificar el tratamiento de la asistencia sanitaria en un artículo distinto, se ha apuntado al carácter sumamente extenso de la temática sanitaria, de modo que “desborda ampliamente el campo de la Seguridad Social”, al incluir “materias en las que concurre la acción protectora de la Seguridad Social y de otros organismos públicos, dado el carácter global de la protección que se pretende”<sup>265</sup>. De esta forma, se ha sostenido que “la Seguridad Social podrá incidir en las acciones específicas previstas por los otros artículos citados y en otros ámbitos que no estén descritos; y que el Estado, por otra parte, podrá desarrollar sobre esos sectores específicos una acción protectora que esté fuera de los ámbitos de las técnicas típicas de Seguridad Social”<sup>266</sup>. El caso de la protección de la salud es emblemático, pues es una materia que rebasa en mucho los límites del sistema de la Seguridad Social ya que en ella, por definición, se incide mediante Seguridad Social (asistencia sanitaria) al tiempo que el Estado instrumenta otros mecanismos de protección (salud pública)<sup>267</sup>.

En definitiva, el tratamiento de la asistencia sanitaria en un precepto disociado del relativo al sistema de Seguridad Social no puede llevar a concluir que aquélla, contenida en dicho sistema con anterioridad a la promulgación del texto constitucional, ya no lo

---

<sup>265</sup> “La Seguridad Social venía tradicionalmente ocupándose primordialmente del aspecto reparador de la salud, mientras que el aspecto preventivo venía siendo competencia de otros organismos públicos. Por consiguiente, resulta explicable que el constituyente tomara en consideración la protección de la salud pública –que comprende todos esos aspectos- en un precepto (el artículo 43) distinto del referido a la Seguridad Social en su conjunto”. ALARCÓN CARACUEL, M. R. Y GONZÁLEZ ORTEGA, S., op. cit., pág. 48.

<sup>266</sup> VIDA SORIA, J, op. cit., pág. 93.

<sup>267</sup> Con PONS RAFOLS, la salud pública cabe ser definida como “el conjunto de las políticas públicas en el ámbito de la salud que tienen un objetivo comunitario, ya que pretenden garantizar al conjunto de la población un determinado nivel de salud y afrontar institucionalmente los riesgos y amenazas a la salud de las personas, es decir, trascender de la salud individual a la salud colectiva, de un bien individual a un bien de carácter colectivo”. PONS RAFOLS, X.: “La salud como objeto de cooperación y regulación jurídica internacional”, en AA. VV.: *Salud pública mundial y Derecho internacional*, PONS RAFOLS, X. (Ed.), Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 26.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

esté<sup>268</sup>, siendo el nutrido contenido de la materia lo que explica la utilización de dos preceptos, al ser irreducible en uno solo. Así ha sido entendido también por PALOMEQUE LÓPEZ, para quien “Seguridad Social y protección de la salud comparten, ciertamente, dentro de la tutela constitucional, una parcela de su respectiva realidad, pero distan sobremanera de ofrecer un frente unitario”, de modo que añaden “uno respecto del otro, y de modo respectivo, un plus de contenido que invalida toda eventual equiparación efectiva de ambos tipos constitucionales”<sup>269</sup>.

En todo caso, tal y como VIDA SORIA señala aludiendo a otros preceptos igualmente relacionados pero diferenciados formalmente del 41 CE, “esta disociación entre el art. 41 y los restantes asimilables al sistema de la Seguridad Social no va a plantear problemas, porque a la hora de realizar el mandato constitucional se actuará, sin duda, coordinando tales preceptos”<sup>270</sup>. Quiere decirse, por tanto, que lejos de actuar como parcelas aisladas, ambos preceptos, 41 y 43 CE, requieren una interpretación conjunta y combinada que dote de coherencia la asistencia sanitaria como contenido de la acción protectora de la Seguridad Social, de forma que no hay excusa para no incluir en las situaciones de necesidad a que alude el 41 las que combate la protección de la salud<sup>271</sup> ni para negar la articulación de un régimen público suficiente de asistencia sanitaria<sup>272</sup>.

Por otra parte, no cabe concebir las prestaciones sanitarias al margen del sistema de Seguridad Social por más que cuenten con particularidades organizativas y competenciales como consecuencia de su peculiaridad y complejidad técnica incuestionable. Ciertamente,

---

<sup>268</sup> El art. 41 alude a “mantendrán”. Hay quien percibe en el término una suerte de intención de persistencia de lo logrado hasta entonces bajo el manto de la Seguridad Social, que ineludiblemente debería mantenerse como reducto irrenunciable. Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social no quedarían ajenas a este razonamiento. Véase al respecto BORRAJO DACRUZ, E.: “La Seguridad Social en el marco jurídico-institucional”, en AA. VV.: *La reforma de la Seguridad Social*, Madrid, 1982, págs. 100 y 101; RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, M. Y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma, en AA. VV.: *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985, pág. 272.

<sup>269</sup> Prosigue indicando que “ni el régimen público de Seguridad Social a que se refiere el art. 41 se agota en la cobertura de la protección de la salud (...) ni, por otra parte, la protección de la salud que postula el artículo 43 CE queda relegada a la mera acción dispensable por la Seguridad Social, abarcando de modo necesario los ámbitos de la tutela de la salud pública, la educación sanitaria, la educación física y el deporte o la adecuada utilización del ocio”. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., op. cit., pág. 306.

<sup>270</sup> VIDA SORIA, J, op. cit., pág. 87.

<sup>271</sup> Consúltese en este sentido SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: “La Seguridad Social y la Constitución de 1978”, *Papeles de economía española*, núms. 12-13, 1982, pág. 12.

<sup>272</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental...”, pág. 5.

la instrumentación de un sistema sanitario a día de hoy plenamente consolidado, el Sistema Nacional de Salud<sup>273</sup>, no es incompatible con la noción de asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Frente a la opción que defiende que el sistema sanitario constituye una unidad institucional encargada de la dispensa de los servicios pertinentes en la promoción y cuidado de la salud, con plena independencia de la Seguridad Social<sup>274</sup>, cabe oponer que la articulación del SNS como medio de atender la pérdida de salud no constituye en modo alguno una técnica ajena al sistema de Seguridad Social, sino que adquiere la categoría de “subsistema protector” del mismo<sup>275</sup>. El que sean los dispositivos del SNS los que provean las prestaciones sanitarias constituye una mera cuestión funcional que no parece ser determinante a estos efectos.

Para unos, el SNS no puede ser desgajado de la noción de Seguridad Social, en el sentido de que aquél “no es otra cosa que la asistencia sanitaria de la Seguridad Social extendida a la (casi) totalidad de los españoles y gestionada por los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. De este modo y en muchos aspectos, la asistencia sanitaria de la Seguridad Social se confunde con el SNS. El SNS nace conceptualmente, en la Ley General de Sanidad de 1986, como una mera definición, no es en modo alguno la creación de una nueva institución, ni la transformación de otra ya existente en una nueva”<sup>276</sup>. Para otros, consiste en un sistema autónomo, pero incluso sosteniendo tan independencia, se ha afirmado, acertadamente, que “puede que parte de ese contenido objetivo de la Seguridad Social se encomiende a organismos extraños al esquema institucional de la Seguridad Social y no por ello dejará de ser Seguridad Social”<sup>277</sup>. Una u otra consideración nos lleva, pues, a terrenos de Seguridad Social. En efecto, la provisión de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a través del SNS no implica que éste “orgánicamente tenga

---

<sup>273</sup> El SNS, según definición de la LGS, constituye “el conjunto de los servicios de salud de la Administración del Estado y de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la presente Ley” (art. 44.2) e “integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud” (art. 45).

<sup>274</sup> GONZÁLEZ DÍAZ aporta como uno de los fundamentos del desligamiento precisamente el diseño del Sistema Nacional de Salud “como ente centralizador de las prestaciones sanitarias distinto del sistema de Seguridad Social”. GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Asistencia sanitaria y protección de la salud...”, pág. 1034.

<sup>275</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2013, pág. 498.

<sup>276</sup> FREIRE CAMPO, J. M.: “Los sistemas de aseguramiento sanitario de riesgos de enfermedad en España”, *Revista Derecho y Salud*, núm. 15, 2007, pág. 53.

<sup>277</sup> ALARCÓN CARACUEL, M. R. Y GONZÁLEZ ORTEGA, S., op. cit., pág. 50.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

necesariamente que estar integrado conjuntamente al resto de los entes gestores del Sistema”, pues “su especificidad es tal que permite su adscripción orgánica al Ministerio de Sanidad sin que por ello deje de estar considerado parte fundamental del sistema de la Seguridad Social”<sup>278</sup>.

Por tanto, el sistema de Seguridad Social no puede quedar residualmente considerado como la técnica por excelencia que originariamente brindó acceso a la asistencia sanitaria (no en vano, ésta ha sido considerada tradicionalmente el principal rasgo distintivo de la Seguridad Social<sup>279</sup>), sino que a día de hoy sigue representando una de las vías mayoritaria y más característicamente utilizada en la protección de la salud, de forma que su articulación en clave de técnica garantizadora de la lucha contra la enfermedad radica originariamente y con el devenir de los años persiste en la percepción de la ciudadanía.

A estos efectos, resulta enormemente sugestiva la aportación de MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE, para quienes el art. 43 CE contiene una técnica de reconocimiento individual, mientras que el 41 se reserva al diseño del concepto institucional, esto es, el sistema de Seguridad Social como distinguida plataforma de acceso a la protección de la salud<sup>280</sup>. Si reconocimiento y garantía constituyen las dimensiones esenciales de todo derecho, los arts. 41 y 43 CE representan coherentemente los dos hemisferios que conforman la esfera asistencial sanitaria. En concreto, el art. 43 reconoce formalmente un derecho de “todos” para cuya realización se dispone la organización de un sistema responsable de dispensarlo en forma de servicio público (art. 41 CE complementando el 43). Es en esta articulación en la que reside y se evidencia un inquebrantable nexo jurídico-institucional entre la asistencia sanitaria y la Seguridad Social. Si esta última es la garantía constitucional cuya razón de ser reside en el principio político-jurídico de protección ante situaciones de necesidad, resulta inasumible que de ella queden desgajadas las prestaciones sanitarias, que atienden a una necesidad tan poderosamente presente en la sensibilidad colectiva como es la pérdida de salud. De ahí que se haya considerado que las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social constituyen

---

<sup>278</sup> APARICIO TOVAR, J.: “*La Seguridad Social y la protección de la salud...*”, pág. 203.

<sup>279</sup> Nuestro sistema de protección social estuvo en sus orígenes vinculado a la protección de la enfermedad. GARRIDO FALLA, F.: “Comentarios a la Constitución...”, pág. 491; ALONSO OLEA, M., op. cit., pág. 41.

<sup>280</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica...”, pág. 378 y ss.

la perfecta conjunción para la finalidad estatal de proteger a la población ante riesgos sociales en la empeñada lucha contra las discriminaciones sociales<sup>281</sup>.

La postura disociadora entre ambos conceptos se adhiere a una tendencia empeñada en reducir la lógica del sistema de la Seguridad Social al ámbito de provisión de rentas<sup>282</sup>, cuando, tal y como se ha apuntado con acierto, el objeto de éste “no es la protección de algunos bienes de la persona, sino la tutela de ésta en sí misma considerada”<sup>283</sup>. En la materialización de esa protección, se articulan además de prestaciones dinerarias, otras denominadas técnicas o en especie. Sin duda, negar la entidad de estas últimas con el exclusivo reconocimiento de las de tipo monetario, supone privar al sistema integrado de protección social que la Seguridad Social constituye de uno de los elementos básicos que integran su contenido objetivo, el cual, “comprende tres grandes bloques: asistencia sanitaria, prestaciones económicas (contributivas y no contributivas) y prestaciones complementarias (servicios sociales y asistencia social)”<sup>284</sup>, siendo en el primero en el que mejor se evidencia la solidaridad que inspira el sistema de Seguridad Social<sup>285</sup>. Por ello, se ha afirmado sin reparos que “ni constitucional, ni social ni racionalmente se entendería una Seguridad Social que no comprendiese las prestaciones de asistencia sanitaria”<sup>286</sup>, más aún sí se tiene en cuenta, tal y como señala LÓPEZ CUMBRE, que la integración de éstas en aquélla es la máxima garantía de la igualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias<sup>287</sup>.

En base a todo lo anteriormente señalado, una amputación de las prestaciones sanitarias respecto de la acción protectora de la Seguridad Social se antoja inviable, máxime a la luz del ordenamiento jurídico. Así, en clave internacional, el Convenio de la

---

<sup>281</sup> APARICIO TOVAR, J.: “*La Seguridad Social y la protección de la salud...*”, pág. 66.

<sup>282</sup> A este respecto, se ha llegado a proponer que “la Seguridad Social se encargará de la atención a la situación de defecto de rentas que lleva aneja la situación prolongada de falta de salud, mientras que la sanidad atenderá al remedio de la falta de salud”. GARCÍA PIQUERAS, M.: *El régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 1996, pág. 30.

<sup>283</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “El art. 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 15, 1982, pág. 80.

<sup>284</sup> ALARCÓN CARACUEL, M. R. Y GONZÁLEZ ORTEGA, S., op. cit., pág. 50.

<sup>285</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R., op. cit., pág. 498. En el mismo sentido, APARICIO TOVAR, J.: “*La Seguridad Social y la protección de la salud...*”, pág. 104

<sup>286</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental...”, pág. 49.

<sup>287</sup> LÓPEZ CUMBRE, L., op. cit., págs. 702 y 703.



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

OIT número 102 de 1952, sobre Norma Mínima en materia de Seguridad Social integra, en su Parte II, la asistencia sanitaria en la acción protectora de la Seguridad Social. Desde un enfoque comunitario, el Reglamento (CE) N° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social trata expresamente las prestaciones de enfermedad, en coherencia con lo establecido en su art. 3.1.a). Descendiendo al plano estatal, cabe indicar que son continuas en la esfera legislativa las referencias a la asistencia sanitaria en calidad de prestación de la Seguridad Social. A modo de ejemplo, el primer apartado del art. 1 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, incluye las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria en la acción protectora de la Seguridad Social, dotándoles de naturaleza no contributiva, salvo los derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Por su parte, permanece vigente el Capítulo IV del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, dedicado a la asistencia sanitaria<sup>288</sup>, sin que la Disposición Derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social operara sobre el mismo. Por su parte, el art. 38.1 de dicho texto legal considera expresamente y en primer lugar en su apartado a) la asistencia sanitaria como prestación básica del sistema de la Seguridad Social.

### **1.3.- Inexistencia de un único modelo de organización y provisión.**

Consecuente con el previo reconocimiento del derecho a la protección de la salud, el segundo apartado del art. 43 CE encomienda a los poderes públicos la articulación de los mecanismos y acciones precisas para dispensar asistencia sanitaria a la población. El dato esencial a este respecto radica en que el texto constitucional no se cierra en una determinada organización del sistema sanitario, antes al contrario, permite la baraja de un gran número de alternativas en la articulación del conjunto de prestaciones y del sistema provisor de las mismas. Tal y como reconoce MUÑOZ MACHADO<sup>289</sup>, la Carta Magna “se ha mantenido abierta a cualquier organización posible, siempre que sea razonable y

---

<sup>288</sup> Continúan vigentes los arts. 98-125, a excepción de los preceptos 113 y 114.

<sup>289</sup> MUÑOZ MACHADO, S., op. cit., pág. 92.

ofrezca una protección coherente de la salud de los ciudadanos”. Esto es, impone el precepto constitucional una obligación materializada en el mantenimiento de un sistema sanitario, si bien concede un amplio margen de actuación en lo que a su diseño y desarrollo se refiere. Una vez más, el modelo constitucional evidencia en este precepto un carácter indeterminado en cuanto tendente a las más diversas opciones, tal y como lo ha mostrado el marco legal que en desarrollo del precepto se ha ido conformando<sup>290</sup>.

El art. 43 CE integra a la par una técnica de reconocimiento (derecho subjetivo) y una técnica de garantía (la articulación de un servicio sanitario como medio para realizar su contenido). Pero la misma contundencia con que se articula la primera, no es empleada, quizá intencionadamente, en la determinación de las herramientas organizativas para dispensar las prestaciones sanitarias, esto es, en la definición del modelo de provisión de la asistencia sanitaria. En efecto, haciendo uso de una fórmula netamente ambigua<sup>291</sup> que por otra parte caracteriza a los preceptos de su entorno<sup>292</sup> (conocida y reconocida es ya la ambigüedad del 41<sup>293</sup>), el art. 43.2 CE proclama la articulación de un sistema sanitario público dispensador de protección cuando el riesgo de la enfermedad se manifiesta, pero no culmina la garantía constitucional señalando los concretos medios a emplear en la consecución de la protección de la salud. Lo anterior no sorprende si se tiene en cuenta que nos hallamos ante una norma programática, la cual se limita a enunciar el fin pretendido sin diseñar con detalle las técnicas o instrumentos para su consecución.

Efectivamente, no existe un modelo constitucional sanitario o, cuanto menos, no uno definido y palmario, como en general no lo hay de ninguna institución jurídica<sup>294</sup>. Lo

---

<sup>290</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., op. cit., pág. 34.

<sup>291</sup> FREIRE CAMPO, J. M., INFANTE CAMPOS, A. Y REY DEL CASTILLO, J.: “La política de salud en el Estado de las Autonomías”, en AA. VV.: *Políticas sociales y Estado de Bienestar en España: Informe 2003*, GARDE, J. A. (Ed.), Fundación Hogar del Empleado, Madrid, 2003, pág. 290.

<sup>292</sup> Según PÉREZ LUÑO, la ambigüedad es intrínseca a la exposición de derechos y libertades, ya que responde a las propias condiciones en que se forjó nuestra Constitución. PÉREZ LUÑO, A., op. cit., pág. 52. Véase la ambigüedad como nota común al Capítulo III en PÉREZ ESCOLAR, R.: “La Constitución Española: diez años después”, en AA. VV.: *La Constitución española. Lecturas para después de una década*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1989, pág. 176.

<sup>293</sup> VIDA SORIA, J.: “La reforma de la Seguridad Social en España”, en AA. VV.: *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985, págs. 249-250.

<sup>294</sup> “En la Constitución no hay modelo de Seguridad Social alguno, como no lo hay de sindicato, partido político o de libertad de expresión. En la constitución se alude a instituciones jurídicas, algunas corporativas y otras no, algunas son reconocidas como derechos fundamentales, otras como principios rectores de la política social y económica, pero el texto constitucional no puede establecer modelos porque eso le

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

cierto es que quien se proponga extraer un determinado modelo organizativo de sistema sanitario en el texto constitucional se encontrará con una tarea imposible, dado que nuestra Carta Magna se halla abierta a cualquier opción en este sentido<sup>295</sup>. El art. 43.2 contiene una fórmula incapaz de cerrarse a una específica interpretación, lo que amplió el margen de actuación del legislador en su misión de perfilar las trazadas básicas constitucionales. Para encontrar el modelo acogido, hay que atender a la actuación legislativa en la LGS y la LCC, donde se enuncian las prestaciones y se perfila la articulación del SNS, en desarrollo de las escuetas pautas de tendencia que ofrece el constituyente. En efecto, son muchos los flecos que deja sueltos el marco constitucional de la protección de la salud, ya que el segundo apartado del art. 43 CE esboza un mandato claro pero eminentemente genérico a los poderes públicos que no determina los medios a emplear en el desarrollo del cometido público sanitario. De los términos de la Constitución no se extrae un concreto y determinado sistema de gestión, de financiación, ni un ámbito de cobertura mínimo. Es por ello que el Tribunal Constitucional ha señalado a este respecto que en el precepto “sólo se contiene una fijación general de objetivos y de derechos”<sup>296</sup>.

Como derecho social de prestación, la configuración legal juega un importante papel, ya que la tarea que corresponde cumplimentar a los poderes públicos en forma de obligación prestacional se enuncia constitucionalmente de forma genérica, pero en ningún caso se detalla. Es, pues, cometido legal la concreta demarcación de la senda a seguir en la construcción del sistema público de salud y así ha sido, con sus logros y equívocos. Resulta importante advertir, en todo caso, que la concreción legal del precepto ha de respetar el núcleo irreductible del derecho que lo dota de sentido y al que nos hemos referido en el primer epígrafe. No es ilimitado, por tanto, el poder de actuación que tiene el legislador en este sentido. En efecto, el art. 43.2 CE preserva una serie de incuestionables líneas maestras, de forma que como se verá no resulta costoso concluir que el constituyente, si bien no ha diseñado un concreto modelo, sí que, al menos, “ha

---

convertiría en una especie de tratado, lo que evidentemente no puede ser". APARICIO TOVAR, J.: "La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo", *Revista de Derecho Social*, núm. 19, 2002, pág. 25.

<sup>295</sup> GALA VALLEJO, C., op. cit., pág. 61. En el mismo sentido, LANDA ZAPIRAIN, J. P., op. cit., pág. 39: “no hay un modelo tipo de organización y gestión de la sanidad impuesta por la Constitución”.

<sup>296</sup> STC 32/1983, de 28 de abril (FJ 2).

condicionado determinadas decisiones”<sup>297</sup>, esto es, ofrece una serie de pautas a seguir en la construcción del sistema sanitario. Pautas éstas positivas y negativas, pues “la norma de desarrollo encontrará un ancho margen de alternativas desde el punto de vista jurídico y, por otro lado, fortísimas limitaciones desde los puntos de vista políticos, sociales y económicos”<sup>298</sup>.

En primer lugar, cabe indicar que una de las pautas constitucionales que no debe pasar desapercibida para los poderes públicos reside en el carácter suficiente de los cuidados que la salud requiere<sup>299</sup>, pauta que emerge de la conjunción del art. 41 y el 43 CE. De este modo, se han de articular opciones de política social que casen la suficiencia de las prestaciones con la sostenibilidad de un sistema cuyos recursos son limitados. Asimismo, no cabe ignorar que de la conjunción del art. 43 CE con los arts. 148 y 149 CE se infiere otra seña de identidad del sistema sanitario y que radica en la articulación de un sistema territorialmente descentralizado, que lo hace unirse al impulso mantenido en la concepción de otros sistemas del entorno europeo y en el que juega un papel esencial la cohesión social<sup>300</sup>, en calidad de condicionante de la realidad concreta de toda comunidad política.

Por otra parte, existe unanimidad en admitir que el sistema sanitario es concebido constitucionalmente como un sistema tendencialmente universal. Precisamente, la universalización en la titularidad del derecho a las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social se infiere tanto del art. 43 CE como del 41, si bien el primero, superando el limitado compromiso con “todos los ciudadanos” que dispensa el art. 41, se refiere a “todos”, con un carácter más inclusivo, más integrador<sup>301</sup>. En efecto, el precepto constitucional en cuestión alude expresamente a la totalidad de la población como destinataria de los servicios que conforman la asistencia sanitaria, constituyendo una clara referencia al carácter universal con que se han de articular las prestaciones sanitarias tal y

---

<sup>297</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica...”, pág. 375.

<sup>298</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: “Artículo 43...”.

<sup>299</sup> DE LA VILLA GIL, L.E.: op. cit., pág. 71.

<sup>300</sup> Precisamente para MARTÍNEZ DE PISÓN, mientras los derechos civiles y políticos se sustentan en una filosofía individualista, los sociales lo hacen sobre una de tipo gregaria societaria, de forma que “en cuanto mecanismos de integración, los derechos sociales desempeñan un papel decisivo en la preservación de la cohesión social”. MARTÍNEZ DE PISÓN, J., op. cit., pág. 107.

<sup>301</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica...”, pág. 393.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

como se analizó en la anterior Parte temática. Universalización de la asistencia sanitaria que, según se ha precisado acertadamente, “se ha hecho en buena medida desde la Seguridad Social”<sup>302</sup>. El texto constitucional impone a los poderes públicos, y así lo ha señalado el Tribunal Constitucional<sup>303</sup>, una obligación de proveer a “todos” los individuos de prestaciones materiales. Resulta claro que el constituyente no pensó limitar el acceso al sistema sanitario únicamente a los ciudadanos españoles sino que, más ambiciosamente, se aspiraba a reconocer el derecho a la protección de la salud al conjunto de los individuos residentes en nuestro país, con independencia de su nacionalidad<sup>304</sup>. En todo caso, y como consecuencia de la reserva de ley formal que contiene el tenor literal del precepto, sería el desarrollo legislativo el que concretara los términos de esa totalidad referida en la Carta Magna.

Como último rasgo identificativo, es preciso dejar sentada la opción constitucional por un sistema de responsabilidad pública que deriva del eminente compromiso asumido por los poderes públicos en la organización de la protección de la salud por medio de “las prestaciones y servicios necesarios”. A este respecto, se ha indicado oportunamente que el hecho de que el texto constitucional “no garantice un ‘modelo concreto’ no quiere decir que no promueva un ‘sistema u otro”, en el sentido de que “es nítida su preferencia por la técnica del servicio público de gestión directa, con lo que sería refractario a un sistema dominado por las técnicas de reembolso o de provisión privada”<sup>305</sup>.

La nítida alusión a los poderes públicos en la dispensa de las prestaciones advierte la tendencia constituyente a una asistencia sanitaria pública, la predilección por “un modelo con una dosis importante de publicación”<sup>306</sup>. Pero es sólo eso, una predilección, de forma que no cabe concluir que el texto constitucional impone un monopolio

---

<sup>302</sup> GALA VALLEJO, C., op. cit., pág. 63.

<sup>303</sup> SSTC 32/1983, de 28 de abril; 103/1984, de 12 de noviembre y 54/1987, de 21 de mayo.

<sup>304</sup> El art. 1.2 LGS dispone que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”. El siguiente apartado remite a las leyes y convenios internacionales la articulación del derecho de los extranjeros y españoles residentes fuera del territorio nacional.

<sup>305</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental...”, pág. 26.

<sup>306</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M Y DEL REY, S., op. cit., pág. 111. Se añade que “si desde la perspectiva constitucional general, esta presencia pública viene dada por las exigencias derivadas de los principios informadores del Estado Social, desde una óptica más concreta hemos mantenido como hipótesis central que la presencia estatal viene dada por el derecho fundamental a la vida y a la integridad física de las personas”.

público<sup>307</sup>. Incluso, hay quien dispone que no se trata “ni siquiera de una posición dominante a favor de los poderes públicos para la provisión de la asistencia sanitaria, sin perjuicio de su papel principal como financiador de la misma”<sup>308</sup>. Es claro, pues, que los poderes públicos serán titulares, responsables y garantes de la provisión de los servicios sanitarios, pero no se especifica constitucionalmente la forma de provisión del derecho, las técnicas organizativas concretas a emplear, de manera que se reserva un marcado papel central al ámbito público, sin que el texto constitucional impida la intervención de la acción privada. El art. 43.2 CE contiene, en definitiva, tanto “el compromiso legal con un sistema público, como con la entrada de la iniciativa privada en determinados ámbitos de dicha asistencia, a través de diferentes ámbitos jurídicos (conciertos, convenios, etc.)”, instrumentos que “suponen siempre un control público aunque la gestión específica pueda estar en instituciones privadas”<sup>309</sup>.

En este sentido, las alternativas son múltiples y BORRAJO DACRUZ las concreta en las siguientes: “el Estado puede dispensar este servicio asistencial a través de órganos propios; o puede concertar la prestación con otras entidades, públicas o privadas, o, en fin, puede entregar al necesitado una cantidad de dinero para que él obtenga la prestación sanitaria en el mercado libre de servicios”<sup>310</sup>.

El art. 43 CE, a diferencia de lo previsto en el art. 41, no hace referencia expresa ni a la naturaleza pública que debiera tener la dispensación de servicios por parte del sistema sanitario cuya organización encomienda, ni a un “nivel complementario libre”. Al no atribuir a los poderes públicos una intervención con carácter excluyente, no hay inconveniente en asumir la irrupción de la opción privada en la gestión y organización si así lo decide el legislador. Oportunamente, se ha señalado que “el art. 43 CE no está imponiendo una organización de los servicios sanitarios sometidos inevitablemente a un régimen de derecho público, decisión que en última instancia corresponde a la opción política que adopte el órgano legislativo, pues el modelo está constitucionalmente abierto

---

<sup>307</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., op. cit., pág. 29.

<sup>308</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La asistencia sanitaria como derecho fundamental...”, pág. 18.

<sup>309</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. Y DEL REY, S., op. cit., pág. 100.

<sup>310</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: “Artículo 43...”, pág. 190.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

en el art. 43<sup>311</sup>. Por tanto, la asunción de técnicas de índole privada<sup>312</sup> quedarán a merced de la decisión legislativa al respecto, tal y como demuestra la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud que, en la línea mantenida por el Real Decreto-ley 10/1996, al que sustituye, dispone en su artículo Único que corresponde al Gobierno y a los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas (en los ámbitos de sus respectivas competencias), las modalidades de gestión de los centros y servicios que estimen conveniente.

Sea mediante intervención del ámbito privado en la gestión de los servicios sanitarios (técnica en continuo ascenso en los últimos años), sea a través de la injerencia de elementos de naturaleza privada en la provisión pública de prestaciones sanitarias (opción minoritaria en el entorno de la Unión Europea), lo cierto es que no hay óbice constitucional para asumir la existencia de parcelas en que intervengan agentes privados que, “con control público, pueden incrementar los niveles de eficiencia en la protección del derecho a la salud, a la vez que permitir unos procesos de diferenciación en el marco de unos mínimos niveles que vienen prácticamente obligados por las limitaciones presupuestarias a las que se ve sometida esa presencia pública”<sup>313</sup>. Sin perjuicio, pues, de la responsabilidad de carácter público que el art. 43 CE pregona, nada impide la articulación de modalidades privadas de asistencia sanitaria materializadas en la lógica del contrato de seguro. A este respecto, el art. 89 LGS proclama el principio de libertad de empresa en el ámbito sanitario, permitiendo la concurrencia de la gestión privada junto a la gestión pública directa.

Si se piensa en el carácter evolutivo de la respuesta ofrecida por el Estado en materia sanitaria hasta 1978<sup>314</sup>, resulta comprensible que el constituyente optara por no cerrar posibilidad alguna a la configuración del sistema de salud, salvo en lo relativo a su naturaleza pública, en cuanto coadyuvante a la vocación universal de la provisión de la asistencia sanitaria, a la efectividad del art. 9.2 CE y a la consiguiente función del Estado social de Derecho. La Constitución propicia, así, que la concreción legal del modelo

---

<sup>311</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., op. cit., pág. 40.

<sup>312</sup> A este respecto, las modalidades son muy diversas: abono del servicio por parte de los usuarios, conciertos con entidades privadas, incentivación de seguros privados sanitarios, contratación de servicios sanitarios externos, etc.

<sup>313</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M Y DEL REY, S., op. cit., pág. 111.

<sup>314</sup> Véase lo dispuesto en Parte temática anterior.

sanitario se vaya perfilando en función de las variables contextuales de cada momento histórico, si bien con plena acomodación siempre a las (mínimas) pautas constitucionales dadas al efecto.

Ciertamente, la planificación constitucional de un modelo netamente definido no resultaba conveniente, pues en la articulación de un derecho social de prestación, son muchos los condicionantes en juego, cuya consideración y determinante influencia en las percepciones sociales y económicas son objeto de modificación con el transcurso del tiempo<sup>315</sup>. La contingencia de la organización sanitaria exigía, pues, el bosquejo de un modelo constitucional abierto. De acuerdo con lo anterior, tal imprecisión probablemente residía en la mente del constituyente con el ánimo de no restringir las posibles opciones a considerar, asumido que toda concreción rígida institucional es eterna presa del momento en que se lleva a término. Ciertamente, a día de hoy, la indefinición de un modelo sanitario concreto se ha revelado como la mejor opción, asumidos los innumerables retos inmanentes a la protección social de la salud, de la mano de la coyuntura sociosanitaria, demográfica (de los que es sumamente dúctil la demanda asistencial sanitaria), económica y político-organizativa. La indeterminación de que adolece el art. 43.2 CE se justifica, así, como “resultado querido por el constituyente, para abrir el tema a soluciones flexibles en las que los intereses del Estado y de la sociedad se armonicen o resuelvan en términos de oportunidad o conveniencia”<sup>316</sup>.

No parece discutible la afirmación de que el contenido prestacional de la asistencia sanitaria goza de una naturaleza eminentemente evolutiva<sup>317</sup>, en constante adaptación al debate que enfrenta unas necesidades sanitarias (en aumento) frente a unos recursos económicos tasados. Ante la indefinición constitucional, es el legislador el encargado de

---

<sup>315</sup> En este sentido, se ha señalado que "el constituyente suele establecer y redactar fórmulas relativas, que caracteriza a los derechos sociales a través de configuraciones normativas abiertas, sobre todo en relación con prestaciones conectadas a la Seguridad Social". GAVARA DE CARA, J. C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch, Cuadernos de Derecho Constitucional, Barcelona, 2010, pág. 46.

<sup>316</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: “Artículo 43...”, pág. 166.

<sup>317</sup> Sobre el carácter dinámico del contenido prestacional de la asistencia sanitaria, consúltese LANTARÓN BARQUÍN, D., op. cit., págs. 65-72.



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

especificar las prestaciones sanitarias, según se entienda en cada ocasión histórica lo que el cuidado de la salud ineludiblemente precisa<sup>318</sup>.

Es, en definitiva, el carácter dinámico de la salud y, en general, de las circunstancias que rodean su protección, las que conllevan que el modelo sanitario se halle en constante revisión organizativa y prestacional, de ahí el tino de la Carta Magna en no cerrarse en uno concreto. El constituyente pretendió, y logró, un punto medio entre una absoluta indefinición que dotara al legislador de tal margen de maniobra que pudiera desnaturalizar el sistema sanitario como garantía constitucional y un modelo completamente especificado que constriñera al máximo los límites de actuación sin posibilidad de innovar, plantear nuevos enfoques a la luz del ineludible carácter mudable de la demanda de prestaciones sanitarias. La Constitución combina, así, su vocación de permanencia con la tolerancia de diversas opciones de política legislativa, y es en el ámbito sanitario donde mejor se evidencia el triunfo de esta sintonía.

### **2.- REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS. TÍTULOS COMPETENCIALES Y SIGNIFICACIÓN JURÍDICA.**

Si bien, tal y como se acaba de exponer, el diseño constitucional del sistema sanitario adolece de una marcada ambigüedad, no cabe predicar lo mismo respecto de uno de sus rasgos definidores como es la descentralización, opción ésta claramente sostenida en el reparto competencial llevado a cabo en los arts. 148 y 149 CE y coherente con el principio autonómico conforme al cual se articula nuestro modelo de Estado. Las consecuencias de tal carácter descentralizado, nota no ajena a un volumen considerable de sistemas sanitarios del entorno europeo, no son intrascendentes, ya que si a la en nada simple organización que implica cualquier sistema dispensador de servicios sanitarios de corte universal se le añade una gestión territorialmente plural, la complejidad resultante es aún mayor.

Cualquier estudio sobre las prestaciones provistas en el marco del Sistema Nacional de Salud requiere una aproximación a la *descentralización territorial del Estado del*

---

<sup>318</sup> Coherentemente con ello, el art. 8 del Real Decreto 1030/2006 dispone un procedimiento de actualización de la cartera de servicios comunes.

*Bienestar*<sup>319</sup> y, en particular, al reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. Dicho sistema no sólo contó con una decidida apuesta constitucional a favor de la descentralización territorial, pues tuvieron asimismo especial incidencia tanto la LGS en cuanto definitivo impulso al mismo, como, a nivel organizativo, la LCC.

La Carta Magna, según se ha señalado líneas arriba, concibe un sistema sanitario en el que la responsabilidad pública asuma el protagonismo. Dispone, en definitiva, la configuración de un servicio público, al encomendar precisamente la organización y tutela de la salud a “los poderes públicos”. Conjugando esta opción del art. 43 CE con los títulos competenciales que serán objeto de estudio en estas páginas, bien puede concluirse que la Constitución consiente la distribución de este cometido eminentemente público de manera repartida entre el Estado central y las Comunidades Autónomas. Nos hallamos, pues, ante un modelo multinivel en el que dichas instancias concurren a un tiempo como poderes con capacidad de intervención. Nótese que las corporaciones locales son las grandes ausentes en el reparto competencial del ámbito prestacional sanitario, sin perjuicio de sus facultades para intervenir en los órganos de participación de las estructuras sanitarias que radican en su demarcación, según se desprende de los arts. 56.3 y 58.2 LGS. En efecto, frente al modelo preconstitucional, en el que disponían de competencia en el campo de la salud tanto el Estado como las entidades locales, a partir de 1978, se articula sobre dicha materia una competencia compartida entre Comunidades Autónomas y Estado<sup>320</sup>, de forma que corresponde a éste fijar las directrices básicas a modo de común denominador (legislación básica<sup>321</sup>), preservar la coherencia entre las diversas actuaciones autonómicas en materia sanitaria (coordinación), así como asegurarse del cumplimiento adecuado de las

---

<sup>319</sup> Al respecto, MALDONADO MOLINA, J. A.: "La descentralización territorial y las pensiones no contributivas. A propósito del Decreto 284/1998, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía", *Actualidad Laboral*, núm. 28, 1999, págs. 521-524.

<sup>320</sup> STC 109/2003, de 5 de junio, (FJ3).

<sup>321</sup> Sintéticamente, y con carácter general, el Estado ha dictado las siguientes normas legales: la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

Con carácter sectorial, conviene resaltar la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias; la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

competencias sanitarias (alta inspección); al tiempo que es tarea de las Comunidades Autónomas dictar la legislación de desarrollo<sup>322</sup> y ejecutar las normas en la materia.

En la disposición de los títulos competenciales en el ámbito sanitario, según se acaba de exponer someramente y se tendrá ocasión de advertir en el análisis más detallado que prosigue, el constituyente estaba pensando, y mucho, en una colaboración entre Estado y Comunidades Autónomas con el fin de evitar en la medida de lo posible indeseables disfunciones. Y es que la articulación de una competencia compartida sobre un campo como el sanitario, ineludiblemente conectado con derechos fundamentales de la persona, bien demandaba el asentamiento de un modelo multinivel presidido por la acción coordinada de los poderes intervinientes como nota preponderante. Se trata, pues, de dotar de coherencia, en el marco del Estado autonómico, las actuaciones propias del Gobierno central en virtud de los títulos competenciales dispuestos constitucionalmente con aquellos otros asumidos por las Comunidades Autónomas.

La descentralización territorial que preside la articulación de la sanidad en nuestro país es, pues, una característica distintiva e inscrita en lo que se ha considerado una tendencia imparable en base a dos argumentaciones. De un lado, el monto económico y administrativo de los servicios de sanidad impide la renuncia por anticipado de las Comunidades Autónomas a prescindir de las oportunidades de poder de la atención sanitaria y, de otro, ninguna Comunidad se muestra en disposición de renunciar a la

---

<sup>322</sup> Como consecuencia del diseño competencial sanitario, las Comunidades Autónomas han ido aprobando progresivamente diversas leyes de ordenación sanitaria:

Andalucía: Ley 2/1998, de 15 de junio, de salud y Ley 8/1986, de 6 de mayo, de regulación del Servicio Andaluz de Salud.

Aragón: Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de Aragón y Ley 2/1989 de 21 de abril del Servicio Aragonés de Salud.

Asturias: Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Canarias: Ley 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria de Canarias.

Cantabria: Ley 7/2002, de 10 de diciembre de ordenación sanitaria.

Castilla-La Mancha: Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de ordenación sanitaria de Castilla-La Mancha.

Castilla y León: Ley 8/2010, de 30 de agosto, de ordenación del sistema de salud de Castilla y León.

Cataluña: Ley 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria de Cataluña.

Comunidad valenciana: Ley 3/2003, de 6 de febrero, de ordenación sanitaria de la Comunidad Valenciana.

Extremadura: Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura.

Galicia: Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.

Islas Baleares: Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salut de les Illes Balears.

La Rioja: Ley 2/2002, de 17 de abril, de creación del Servicio riojano de Salud.

Madrid: Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid.

Murcia: Ley 4/1994, de 26 de julio, de salud de la Región de Murcia.

Navarra: Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de salud.

País Vasco: Ley 8/1997, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de Euskadi.

legitimación, en términos políticos, que las prestaciones sanitarias suponen<sup>323</sup>. Lo anterior no excluye, según se acaba de señalar, la intervención del Estado central en el ámbito sanitario. Antes al contrario, éste goza de un importante papel en la articulación de la política sanitaria, en clave legislativa y ejecutiva. No podía ser de otra forma, sabido que las prestaciones sanitarias son provistas en el marco de una estructura global, de un Sistema Nacional de Salud que, como tal, exige la introducción de ciertas pautas de cohesión y congruencia a fin de eludir disimetrías y desequilibrios organizativos.

Desde el punto de vista jurídico-positivo, las piezas que componen el puzzle competencial se han de buscar en diversos preceptos del texto constitucional que, con mayor o menor precisión, dibujan la línea de partida de la descentralización sanitaria<sup>324</sup>. Señaladamente, el art. 149.1.16 CE establece la competencia exclusiva estatal en materia de sanidad exterior<sup>325</sup>, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos<sup>326</sup>, mientras que el art. 148.1.21 CE otorga a las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumir competencias en materia de “sanidad e higiene”. Además, al incluirse las prestaciones sanitarias bajo el manto protector del sistema de la Seguridad Social, el completo diseño competencial requiere la conjugación de ambos preceptos con el art. 149.1.17 CE, según el cual, el Estado cuenta con competencia exclusiva en la “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”. Conviene precisar que el empleo de esta última disposición para determinar la distribución de competencias en el ámbito sanitario no resulta del todo pacífica, dada la reticencia que al respecto muestra buena parte de la doctrina, en la ya referida batalla por configurar la sanidad independientemente del sistema de Seguridad Social. Sin embargo, no parecen concluyentes las consideraciones esgrimidas para prescindir de la referencia a este

---

<sup>323</sup> SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: “Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico”, Documento de trabajo 89/2006, Fundación Alternativas, pág. 8.

<sup>324</sup> Cabe destacar a este respecto el art. 149.1.1, en relación con el art. 39.1 y el 138.2, relativo a la igualdad de derechos, el art. 149.1.30, referente a la regulación de las condiciones de obtención de los títulos habilitadores para ejercer alguna de las profesiones sanitarias, el art. 149.1.31, relativo a la competencia estadística a fin de controlar la acción sanitaria pública.

<sup>325</sup> STC 329/1994, de 15 de diciembre.

<sup>326</sup> El término legislación ha de ser interpretado en este caso de forma amplia, incluyendo tanto normas legales como reglamentarias. Queda en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas la ejecución en sentido estricto.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

decimoséptimo apartado del art. 149.1 CE, y no sólo porque su aplicación en materia sanitaria haya sido reconocida incluso por quien mantiene una neta desvinculación entre sanidad y Seguridad Social<sup>327</sup>, sino también porque, en el plano normativo, no son escasas las ocasiones en que tal precepto sigue siendo invocado como título competencial. Siguiendo un orden cronológico, así lo hace la Disposición Final primera de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; el tercer apartado de la Disposición Final primera de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; la Disposición Final primera del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización; así como, más recientemente, la Disposición Final primera del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

Junto a los anteriores títulos competenciales, que se han dado en llamar “explícitos”, concurren aquellos otros considerados “implícitos o no específicos”<sup>328</sup>. En esta categoría se inserta el art. 149.1.1 CE, el cual atribuye al Estado la competencia exclusiva en “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. A pesar de la imprecisión del enunciado y la amplitud de su marco de aplicación, en modo alguno irreducible al campo sanitario, no cabe refutar que el precepto se erige, en forma de límite a la actuación autonómica, en baluarte del ejercicio igualitario de los derechos constitucionales en el conjunto del territorio nacional. Y lo hace asignando al Estado una competencia exclusivamente de tipo normativo y no directamente ejecutivo capaz de impedir por oposición cualquier intervención autonómica que amenace el disfrute de derechos en clave de igualdad, cualquier política autonómica que origine, por tanto, desigualdades en las posiciones jurídicas fundamentales.

El precepto se refiere a una regulación que ha de entenderse mínima, y debidamente diferenciada de la básica que también le corresponde al Estado en la configuración del

---

<sup>327</sup> Véase ALONSO OLEA, M.: “*Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud...*”, págs. 47 y 160.

<sup>328</sup> Terminología empleada en SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: “El derecho constitucional a la salud en el Estado autonómico”, en AA. VV.: *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, GASCÓN ABELLÁN, M., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 71.

régimen del derecho y que se enmarca en la atribución competencial a la que se dedicará el siguiente apartado. Es doctrina constitucional<sup>329</sup> que la expresión "condiciones básicas" no es sinónimo de "legislación básica", esto es, el art. 149.1.1 CE "no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento -eso sí, entero- de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad", entendiéndose por tales "condiciones básicas" las referidas al contenido primario del derecho, a las facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas o presupuestos previos. En este sentido, "su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho". El art. 149.1.1 CE contiene, en definitiva, "un título competencial autónomo, positivo o habilitante, constreñido al ámbito normativo, lo que permite al Estado una regulación, aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico". Se trata, por tanto, de evitar que el Estado encuentre en el referido precepto un mecanismo indirecto de conculcación del modelo de reparto competencial. Y es que no se inscribe en la lógica de las competencias compartidas, sino que su funcionalidad reposa más bien en criterios de tipo finalista. En coherencia con ello, es considerado un título de funcionalidad transversal, en el sentido de que cruza y puede llegar incluso a imponerse y prevalecer sobre otros títulos materiales específicos en atención a criterios objetivos y valores genéricos<sup>330</sup>.

### **2.1.- Legislación básica sanitaria.**

El art. 149.1.18 CE atribuye al Estado en exclusiva la competencia sobre las bases de la sanidad. Lo cierto es que el deslinde de dicho ámbito requiere ser objeto de estudio para

---

<sup>329</sup> STC 61/1997, de 20 de marzo.

<sup>330</sup> PÉREZ GALVEZ, J. F.: "Salud, sanidad y farmacia en el nuevo Estatuto de autonomía de Andalucía", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX*, segundo semestre de 2007, pág. 304.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

determinar el alcance de esta competencia cuyo contenido fue, en su momento, objeto de debates doctrinales y jurisprudenciales, hoy plenamente superados.

La configuración de un modelo competencial descentralizado exige la previsión de unas pautas básicas para todo el conjunto del territorio, la ordenación común, en fin, de los principales elementos en la materia sanitaria, señaladamente a través de la determinación del nivel homogéneo de prestaciones a proveer en el marco del Sistema Nacional de Salud. En este sentido, corresponde al Estado elaborar el cuadro normativo básico al que se habrán de ajustar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias y que es concretado en el art. 40 LGS<sup>331</sup>. Lo anterior es de suma importancia en un ámbito

---

<sup>331</sup> “La Administración del Estado, sin menoscabo de las competencias de las Comunidades Autónomas, desarrollará las siguientes actuaciones:

1. La determinación, con carácter general, de los métodos de análisis y medición y de los requisitos técnicos y condiciones mínimas en materia de control sanitario del medio ambiente.

2. La determinación de los requisitos sanitarios de las reglamentaciones técnico-sanitarias de los alimentos, servicios o productos directa o indirectamente relacionados con el uso y consumo humanos.

3. El Registro General Sanitario de alimentos y de las industrias, establecimientos o instalaciones que los producen, elaboran o importan, que recogerá las autorizaciones y comunicaciones de las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus competencias.

4. La autorización mediante reglamentaciones y listas positivas de aditivos, desnaturalizadores, material macromolecular para la fabricación de envases y embalajes, componentes alimentarios para regímenes especiales, detergentes y desinfectantes empleados en la industria alimentaria.

5. La reglamentación, autorización y registro u homologación, según proceda, de los medicamentos de uso humano y veterinario y de los demás productos y artículos sanitarios y de aquellos que, al afectar al ser humano, pueden suponer un riesgo para la salud de las personas. Cuando se trate de medicamentos, productos o artículos destinados al comercio exterior o cuya utilización o consumo pudiera afectar a la seguridad pública, la Administración del Estado ejercerá las competencias de inspección y control de calidad.

6. La reglamentación y autorización de las actividades de las personas físicas o jurídicas dedicadas a la preparación, elaboración y fabricación de los productos mencionados en el número anterior, así como la determinación de los requisitos mínimos a observar por las personas y los almacenes dedicados a su distribución mayorista y la autorización de los que ejerzan sus actividades en más de una Comunidad Autónoma. Cuando las actividades enunciadas en este apartado hagan referencia a los medicamentos, productos o artículos mencionados en el último párrafo del apartado anterior, la Administración del Estado ejercerá las competencias de inspección y control de calidad.

7. La determinación con carácter general de las condiciones y requisitos técnicos mínimos para la aprobación y homologación de las instalaciones y equipos de los centros y servicios.

8. La reglamentación sobre acreditación, homologación, autorización y registro de centros o servicios, de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre extracción y trasplante de órganos.

9. El catálogo y Registro general de centros, servicios y establecimientos sanitarios que recogerán las decisiones, comunicaciones y autorizaciones de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus competencias.

10. La homologación de programas de formación postgraduada, perfeccionamiento y especialización del personal sanitario, a efectos de regulación de las condiciones de obtención de títulos académicos.

11. La homologación general de los puestos de trabajo de los servicios sanitarios, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades y la libre circulación de los profesionales y trabajadores sanitarios.

12. Los servicios de vigilancia y análisis epidemiológicos y de las zoonosis, así como la coordinación de los servicios competentes de las distintas Administraciones públicas sanitarias, en los procesos o situaciones que supongan un riesgo para la salud de incidencia e interés nacional o internacional.

como el sanitario, que exige una igualdad efectiva de todos los españoles en el acceso a los servicios de salud articulados como garantía del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria. Ahora bien, la principal dificultad a este respecto se concretaba en la ausencia en el texto constitucional de un concepto propio de lo “básico”, por lo que el Tribunal Constitucional ha venido desempeñando una función esencial al respecto, arrojando luz, como se verá, en varios pronunciamientos a través de los cuales ha implementado un concepto material y formal del término.

En efecto, es consolidada doctrina constitucional aquella que estima como “bases” los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, así, lo nuclear o lo imprescindible de una materia, en aras de lograr una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto<sup>332</sup>. En todo caso, téngase presente que “la relación lógica que existe entre la legislación básica –competencia del Estado- y la legislación emanada de la Comunidad Autónoma no es necesariamente una relación cronológica”, de modo que no siempre debe preceder a la promulgación de la normativa de la Comunidad Autónoma, aunque, al anticiparse a aquélla, “el ejercicio de la competencia autonómica adolezca de una cierta provisionalidad”<sup>333</sup>.

---

13. El establecimiento de sistemas de información sanitaria y la realización de estadísticas, de interés general supracomunitario.

14. La coordinación de las actuaciones dirigidas a impedir o perseguir todas las formas de fraude, abuso, corrupción o desviación de las prestaciones o servicios sanitarios con cargo al sector público cuando razones de interés general así lo aconsejen.

15. La elaboración de informes generales sobre la salud pública y la asistencia sanitaria.

16. El establecimiento de medios y de sistemas de relación que garanticen la información y comunicación recíprocas entre la administración sanitaria del Estado y la de las Comunidades Autónomas en las materias objeto de la presente Ley”.

<sup>332</sup> SSTC 1/1982, de 28 de enero (FJ 1); 69/1988, de 19 de abril (FJ 5); 102/1995, de 26 de junio (FFJJ 8 y 9); 197/1996, de 28 de noviembre (FJ 5); 223/2000, de 21 de septiembre (FJ 6); 188/2001, de 20 de septiembre (FJ 8); 126/2002, de 23 de mayo (FJ 7); 24/2002, de 31 de enero (FJ 6); 37/2002, de 14 de febrero (FJ 9); y 1/2003, de 16 de enero (FJ 8); 98/2004, de 25 de mayo (FJ 6); 22/2012, de 16 de febrero de 2012 (FJ 3).

<sup>333</sup> STC 111/1986, de 30 de septiembre (FJ 4).



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

Tomando como punto de partida el que “unas normas no son básicas por el mero hecho de estar contenidas en una ley y ser en ella calificadas como tales, sino que lo esencial del concepto de ley de bases es su contenido”<sup>334</sup>, tal legislación básica cumple la importante función de determinar las cuestiones esenciales, centrales, fundamentales de la materia, en este caso, sanitaria. Siendo así, la legislación básica determina, de modo positivo, “los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros”, al tiempo que, en clave negativa, “constituye el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias”<sup>335</sup>. Se trata de lograr “una orientación unitaria y dotada de cierta estabilidad en todo aquello que el legislador considera en cada momento aspectos esenciales de dicho sector material”<sup>336</sup>, aspirándose a la consecución de un criterio ordenador común en todo el territorio del Estado que evite efectos distorsionadores derivados del plano competencial descentralizado.

La legislación básica reúne, pues, las pautas elementales en la materia, a partir de las cuales, y con pleno respeto a las mismas, las Comunidades Autónomas pueden desarrollar sus respectivas regulaciones de desarrollo. Esto es, se pretende preservar una única regulación normativa, esencial, que, siendo de aplicación en todo el territorio, impida la creación de discriminaciones, sin que ello niegue la facultad que tienen las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias estatutariamente asumidas en clave de desarrollo normativo, de introducir opciones propias y diferenciadas en política sanitaria. Lo contrario resultaría a todas luces incongruente con el principio de autogobierno y sus implicaciones.

Mediante el ejercicio de esta competencia, el Estado teje un marco global dotado de uniformidad. Un marco en el que lo básico ejerce “una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de

---

<sup>334</sup> STC 1/1982, de 28 enero (FJ 1).

<sup>335</sup> STC 25/1983, de 7 de abril (FJ 4). Véase PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “Una competencia compartida por el Estado y las Comunidades Autónomas: la regulación de la Seguridad Social”, en AA. VV.: *Organización territorial del Estado: Comunidades Autónomas*, Vol III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, págs. 2490 y 2491.

<sup>336</sup> STC 14/2004, de 12 de febrero (FJ 11).

protección más altos<sup>337</sup>. En efecto, al ostentar el contenido de la legislación básica el carácter de mínimo, nada empece que las Comunidades Autónomas establezcan en su desarrollo legislativo requisitos adicionales a los determinados por el Estado según entienda oportuno o adecuado<sup>338</sup>. Ahora bien, la legislación básica estatal en ningún caso puede cercenar las competencias autonómicas, procediendo a una regulación exhaustiva que agote el campo de actuación en la materia o imposibilitando la intervención de las Comunidades Autónomas. Dicho de otra forma, la fijación de las bases no debe llegar a tal grado de concreción que deje vacías de contenido las correspondientes competencias que aquéllas hayan asumido en la materia<sup>339</sup>. Llegado el caso, correspondería al Tribunal Constitucional certificar si la legislación básica resulta adecuada o, por el contrario, se excede del ámbito que le es propio, agotando las posibilidades autonómicas de desarrollo.

En relación con la norma en que se han de recoger las bases, en un primer momento, el Alto Tribunal exigía la condición formal de Ley votada en Cortes<sup>340</sup> y que la misma declarase expresamente el carácter básico de las normas en ella contenidas o, al menos, que estuviese dotada de “una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión de básica”<sup>341</sup>, si bien se reconocía que, por más que una norma se atribuyese el carácter de básica, “no supone por sí misma que esa norma tenga tal carácter” sino que, en caso de ser impugnada, corresponde al Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, revisar la calificación hecha por el legislador y decidir, en última instancia, si una norma es o no básica<sup>342</sup>. Con posterioridad, el Alto Tribunal admitió el empleo de normas reglamentarias a modo de legislación básica, en los casos en que supusiesen un “complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal

---

<sup>337</sup> STC 102/1995, de 26 de junio (FJ 9).

<sup>338</sup> STC 80/1985, de 4 de julio (FJ 1).

<sup>339</sup> SSTC 32/1983, de 28 de abril (FJ 2) y 98/2004, de 25 de mayo (FJ 6).

<sup>340</sup> STC 69/1988, de 19 de abril (FJ 6).

<sup>341</sup> SSTC 197/1996, de 28 de noviembre (FJ 5), 223/2000, de 21 de septiembre (FJ6), 69/1988, de 19 de abril (FJ 5), 118/1998, de 4 de junio (FJ16) y 32/2006, de 1 de febrero (FJ5).

<sup>342</sup> SSTC 49/1988, de 22 de marzo (FJ3).

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

sobre las bases”<sup>343</sup>. No es, en definitiva, el rango de la norma el determinante de su condición de básica, sino el propio contenido de la misma.

### **2.2.- Coordinación general.**

La coordinación general es atribuida al Estado como competencia exclusiva en el art. 149.1.16 CE, título competencial que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones<sup>344</sup>.

El diseño de un sistema sanitario territorialmente descentralizado impone el uso de un parámetro cohesionador en su implementación. No en vano, no es el ahora analizado el único apartado en el que el art. 149.1 CE atribuye al Estado central la competencia en coordinación, pues hace lo mismo en materia de actividad económica y de investigación científica y técnica. Por lo que respecta a nuestro ámbito de estudio, lo cierto es que en un sistema en que la gestión de la asistencia sanitaria se halla traspasada a las Comunidades Autónomas, resultaría cuando menos arriesgada la ausencia de una nota armonizadora tendente a aportar una efectiva coordinación de las actuaciones autonómicas. Es por ello que nuestro sistema sanitario, eminentemente complejo, ha de edificarse en base a la hábil combinación del principio de autonomía y el de equidad, en el logro de un sistema plural, si bien coherente y solidario.

La coordinación garantiza el logro de un sistema congruente caracterizado por la materialización de la estabilidad, efectividad, eficiencia y equidad a nivel social y territorial. Se trata de buscar, en definitiva, una “más eficaz concertación de la actuación de todos los entes involucrados”<sup>345</sup>. De esta forma, el título competencial que se analiza resulta fundamental para dispensar una política cohesionadora que sepa afrontar, con coherencia, los entresijos inmanentes a la innegable complejidad de índole organizativa, técnica y normativa que nuestro sistema sanitario presenta.

---

<sup>343</sup> SSTC 194/2004, de 10 de noviembre (FJ7), 173/2005, de 23 de junio (FJ1) y 32/2006, de 1 de febrero (FJ5).

<sup>344</sup> SSTC 32/1983, de 28 de abril (FJ 2); 42/1983, de 20 de mayo (FJ 3) y 80/1985, de 4 de julio (FJ 2).

<sup>345</sup> STC 109/1998, de 21 de mayo (FJ 13).

Específicamente, y de acuerdo con el Tribunal Constitucional, la coordinación general en materia sanitaria ha de ser concebida como “la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario”<sup>346</sup>. Definición que hace suya la LGS en su art. 73. La meta no es otra que la consecución de un ejercicio compartido de competencias evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que impedirían o dificultarían la realidad misma del sistema<sup>347</sup>.

La competencia de coordinación general “presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las Comunidades en materia de Sanidad, competencia que el Estado, al coordinarlas, debe obviamente respetar”<sup>348</sup>. En este sentido, el ejercicio de tal título competencial por el Estado no puede suponer en modo alguno un entorpecimiento a las competencias autonómicas en materia sanitaria, máxime teniendo en cuenta que precisamente el propósito de tal atribución radica en potenciar los beneficios de su ejercicio conjunto. Dicho de otra forma, el Estado ha de abstenerse de hacer uso de una posición de superioridad respecto a los entes autonómicos. Nos movemos pues, en un enfoque horizontal que rehúye de cualquier pretendida jerarquización. Así ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones, al señalar que “dicha competencia de coordinación no puede amparar el vaciamiento de las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas”<sup>349</sup>, las cuales gestionan y dispensan el servicio sanitario público sin que pueda verse entorpecida su labor de organización por la intromisión estatal.

La coordinación no entraña, pues, la sustracción de competencias propias de las entidades coordinadas, sino que implica tan sólo un límite al ejercicio de las mismas<sup>350</sup>, de manera que la competencia estatal no puede “traducirse en la emanación de órdenes concretas que prefiguren exhaustivamente el contenido de la actividad del ente

---

<sup>346</sup> STC 32/1983, de 28 de abril (FJ 2).

<sup>347</sup> SSTC 32/1983, de 28 de abril (FJ 2) y 194/2004, de 4 de noviembre (FJ 8).

<sup>348</sup> SSTC 42/1983, de 20 de mayo (FJ 3) y 22/2012, de 16 de febrero (FJ 3).

<sup>349</sup> STC 54/1990, de 28 de marzo (FJ 3).

<sup>350</sup> STC 27/1987, de 27 de febrero (FJ 5).

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

coordinado, agotando su propio ámbito de decisión autónoma; en cualquier caso, los medios y técnicas de coordinación deben respetar un margen de libre decisión o de discrecionalidad en favor de las Administraciones sujetas a la misma, sin la cual no puede existir verdadera autonomía<sup>351</sup>. La intromisión del Estado central en el ámbito de autogobierno de las Comunidades a este respecto, privaría de razón de ser a tal competencia, en cuyo origen radica el desarrollo armónico de las competencias de modo compartido por Estado y Comunidades Autónomas. Es por eso que el Alto Tribunal descarta que la coordinación ejercida por el Estado le permita “atraer hacia su órbita de actividad cualquier competencia de las Comunidades Autónomas por el mero hecho de que su ejercicio pueda incidir en el desarrollo de las competencias estatales sobre determinadas materias”<sup>352</sup> ni “servir de instrumento para asumir competencias autonómicas, ni siquiera respecto de una parte del objeto material sobre el que recaen”<sup>353</sup>. Y ello porque el papel del Estado central al respecto no es el de dirección, sino de acicate de la conjunción de esfuerzos en el logro de acuerdos consensuados y la planificación de objetivos comunes.

La clave de la intervención en base a este título competencial reside en determinar las medidas de coordinación a implementar. Al respecto, se ha propuesto su sometimiento al doble test de eficacia y proporcionalidad<sup>354</sup>, sosteniéndose la incidencia del criterio de la necesidad. De este modo, se inscribirían en este contexto cuantas medidas se mostrasen adecuadas a la consecución de los objetivos del conjunto y eficaces, necesarias para la real integración del sistema.

El art. 70.2 LGS quiso introducir mayor precisión en la definición de la competencia estatal analizada, al incluir en la coordinación general sanitaria los siguientes cometidos:

- El establecimiento con carácter general de índices o criterios mínimos básicos y comunes para evaluar las necesidades de personal, centros o servicios sanitarios, así como el inventario definitivo de recursos institucionales y de personal sanitario.

---

<sup>351</sup> STC 27/1987, de 27 de febrero (FJ 6).

<sup>352</sup> SSTC 27/1987, de 27 de febrero y 194/2004, de 10 de noviembre (FJ 8).

<sup>353</sup> SSTC 227/1998, de 29 de noviembre (FJ 20.e.) y 111/2012, de 24 de mayo (FJ 8.b.).

<sup>354</sup> Véase al respecto SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: “El derecho constitucional a la salud en el Estado autonómico”, op. cit., pág. 76.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- La determinación de fines u objetivos mínimos comunes en materia de prevención, protección, promoción y asistencia sanitaria.
- El marco de actuaciones y prioridades para alcanzar un sistema sanitario coherente, armónico y solidario.
- El establecimiento con carácter general de criterios mínimos básicos y comunes de evaluación de la eficacia y rendimiento de los programas, centros o servicios sanitarios.

Corresponde, pues, al Estado en exclusiva la coordinación de la sanidad, si bien ni el constituyente ni el Tribunal Constitucional han identificado los instrumentos precisos para llevarla a término. A estos efectos, juega un papel fundamental la LCC, cuyo objeto consiste precisamente en “establecer el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se garantice la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud, así como la colaboración activa de éste en la reducción de las desigualdades en salud”<sup>355</sup>. La razón de ser de dicho propósito radica en los desafíos relacionados con la coordinación del SNS que emergieron una vez plenamente descentralizado el mismo. Para su consecución, el texto legal articula con detalle todo un abanico de mecanismos de índole técnico-jurídica, política y económica. Entre ellos, destaca el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud que, si bien vio la luz con la LGS, debe a la LCC su pleno perfeccionamiento. En su art. 69.1, esta Ley lo define como el “órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud entre ellos y con la Administración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva y equitativa de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado”. Se trata, pues, de un instrumento capital en la necesaria coordinación de unas Administraciones que restan autónomas y competentes en sus respectivos ámbitos de actuación, obedeciendo su composición a un criterio de reunión de todas las partes a coordinar, y en cuyo seno se adoptan las decisiones que terminan por constituir la máxima expresión de la coordinación general sanitaria. Dado que en el Capítulo segundo de la tercera Parte del presente trabajo de investigación se abordará en profundidad el desarrollo

---

<sup>355</sup> Art. 1 LCC.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

del principio de coordinación en el SNS, a aquél remitimos el detenido estudio del Consejo Interterritorial y demás mecanismos coordinadores dispuestos en el seno de la organización sanitaria.

### **2.3.- Alta inspección.**

Cualquier análisis de la intervención del Estado central en terrenos propios de política sanitaria quedaría incompleto si no se estudiara asimismo la actuación que le compete en el marco de la alta inspección. Este título competencial, si bien no se contiene expresamente en el texto constitucional, sí viene recogido en la LCC (cuyo Capítulo XI lleva por rúbrica precisamente “De la Alta Inspección”), así como en los diferentes Estatutos de Autonomía<sup>356</sup>. Éstos han reservado a favor del Estado la alta inspección, correspondiendo a las Comunidades Autónomas la inspección ordinaria, de modo que, evitando solapamiento de funciones, uno y otras han de contar con diferente ámbito de actuación.

El alcance de la competencia que se analiza es definido en el primer apartado del art. 76 LCC, según el cual, la Alta Inspección consiste en la “garantía y verificación del cumplimiento de las competencias estatales y de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad y de atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con lo establecido en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las leyes”. Se trata, pues, de una actividad de tipo ejecutivo que compete al Estado central y que se concreta en el seguimiento del cumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas de sus deberes respecto de la legislación estatal. De ahí que se evidencie la necesidad de acometer una interpretación correcta de las normas, lo que por otra parte afirma el carácter exclusivamente jurídico de la función de alta inspección tanto en su ejercicio como en su contenido<sup>357</sup>.

A resultas de la doctrina constitucional al respecto, cabe precisar que la alta inspección constituye una competencia estatal de vigilancia, pero no un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas

---

<sup>356</sup> STC 22/2012, de 16 de febrero (FJ 3).

<sup>357</sup> STC 6/1982, de 22 de febrero (FJ 3).

respecto a la Administración del Estado, sino un instrumento de verificación o fiscalización que puede llevar, en su caso, a instar la actuación de los controles constitucionalmente establecidos en relación a las Comunidades Autónomas, pero no a sustituirlos convirtiendo a dicha Alta inspección en un mecanismo de control<sup>358</sup>. La función de comprobación en que ésta consiste no puede traducirse de ningún modo en un control directo de oportunidad ni en un reforzamiento de los poderes centrales<sup>359</sup>. Es, por tanto, una atribución de tipo instrumental y, con ello, incapaz de rectificar competencia autonómica alguna. En esta idea se fundamenta la propia condición de la institución como “alta”, en el sentido de que presenta un carácter general que respeta en su dimensión ejecutiva la autonomía institucional de la Comunidad Autónoma<sup>360</sup>. Compete al Estado velar, esto es, “formular los requerimientos procedentes a fin de subsanar las deficiencias en su caso advertidas en la ejecución de la legislación del Estado por las Comunidades Autónomas”<sup>361</sup>.

El sentido último del título competencial concretado en la alta inspección radica, de nuevo, y en la línea de los anteriores, en garantizar a todos los españoles la igualdad en el ejercicio de sus derechos fundamentales<sup>362</sup>, a través de la verificación de la ejecución uniforme de la normativa estatal en el conjunto del territorio. Tal funcionalidad resulta del todo evidente en el marco de un sistema sanitario universal y territorialmente descentralizado como el nuestro, en donde el acceso igualitario al mismo ha de ser asegurado a la totalidad de la población. Se trata, además, de un mecanismo idóneo para lograr la integración equitativa de todos los servicios de salud en los niveles de exigencia y calidad del Sistema Nacional de Salud previsto a través de los diferentes instrumentos de planificación sanitaria<sup>363</sup>.

---

<sup>358</sup> SSTC 32/1983, de 28 de abril (FJ 2) y 42/1983, de 20 de mayo (FJ 3).

<sup>359</sup> CASCAJO CASTRO, J. L.: “En torno a la configuración jurisprudencial y doctrinal de la llamada alta inspección”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núms. 46-47, 1985, pág. 390.

<sup>360</sup> SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., “El derecho constitucional a la salud en el Estado autonómico”, pág. 79.

<sup>361</sup> STC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 12).

<sup>362</sup> STC 6/1982, de 22 de febrero (FJ 10).

<sup>363</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P.: “La organización de la sanidad pública ante la jurisprudencia constitucional: una reflexión sobre este modelo de reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas y sobre su posible extensión a otros ámbitos de la protección social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 6, 1999, pág. 131.



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

Derogado el art. 43 LGS, que en su momento se dedicó a determinar las actividades incluidas en la alta inspección, el contenido de dicha competencia es actualmente objeto de detalle en el art. 76 LCC, el cual añade tres funciones más respecto a las que anteriormente recogía el otro cuerpo legal. El contenido del precepto resulta coherente con lo establecido por el Tribunal Constitucional cuando sostiene que la Alta Inspección “no es reducible a esquemas genéricos ni puede abstraerse de los concretos servicios, prestaciones, actividades que dicha Inspección tenga por objeto conocer, supervisar, fiscalizar o corregir, subsumiéndolos al respectivo régimen jurídico”<sup>364</sup>. Todas las funciones enunciadas en el texto legal, como se verá seguidamente, son reconducibles al aseguramiento de que el aparato estatal y los entes autonómicos desarrollen sus respectivas competencias en materia sanitaria según lo previsto en la Carta Magna, los Estatutos de Autonomía y las normas legales correspondientes, en la aspiración a un ecuánime desarrollo del sistema público sanitario:

- La supervisión de la acomodación entre los planes y programas sanitarios autonómicos y los objetivos generales que el Estado determine.

- La evaluación del cumplimiento de objetivos comunes y la determinación de las dificultades que puedan suponer un obstáculo en el desenvolvimiento de un sistema sanitario coherente y solidario.

- La supervisión de la utilización de los fondos y subvenciones del Estado asignados a las Comunidades Autónomas, teniendo éstos un fin concreto.

- La comprobación de que los fondos correspondientes a los servicios de salud autonómicos son utilizados según los principios generales enunciados en la Ley de Cohesión.

- La supervisión de centros, servicios o establecimientos del Estado transferidos con fines sanitarios en lo referido a la sujeción a tal finalidad, sin perjuicio de las reordenaciones correspondientes por parte de las Comunidades Autónomas y demás Administraciones públicas.

---

<sup>364</sup> STC 6/1982, de 22 de febrero (FJ 3).

- La verificación de la ausencia de discriminación en los sistemas de prestación de los servicios sanitarios y procedimientos de selección y provisión de sus puestos de trabajo.

- La supervisión de la adecuación del ejercicio de competencias sanitarias a criterios de participación democrática de todos los interesados (art. 5.2 LGS).

Tales funciones son ejercidas por los órganos estatales que gozan de competencia en materia sanitaria<sup>365</sup>, cuyos funcionarios ostentan la consideración de autoridad pública, pudiendo recabar de las demás autoridades estatales y órganos autonómicos la colaboración que sea precisa en el desarrollo de las actividades legalmente correspondientes (art. 76.3 LCC). Existe pues, una permanente comunicación a este respecto entre la Administración estatal y el máximo órgano responsable del servicio de salud de cada Comunidad Autónoma (76.6 LCC). Tanto es así, que el art. 79 LCC enumera los mecanismos de coordinación y cooperación de la Alta Inspección estatal con los servicios de Inspección autonómicos, destacando la elaboración de una base de datos compartida con los servicios de inspección del Sistema Nacional de Salud, la colaboración entre los diferentes servicios de inspección en el Sistema Nacional de Salud en el control de la evaluación de las prestaciones y el seguimiento de los mecanismos de lucha contra el fraude en el Sistema Nacional de Salud, tanto en incapacidad temporal, como en otras prestaciones que supongan desviaciones económicas.

Para el reforzamiento de las funciones recientemente enumeradas, se prevé la presentación por parte del Ministerio de Sanidad y Consumo (hoy Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad) al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de un plan anual de actividades de la Alta Inspección y la elaboración por esta última de una

---

<sup>365</sup> La estructura orgánica del Ministerio de Sanidad ha sufrido reiteradas modificaciones a este respecto. Actualmente, es la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, dependiente de la Secretaría General de Sanidad y Consumo, la competente para ejercer la alta inspección del Sistema Nacional de Salud. En concreto, el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, suprimió en su art. 13.2 la Dirección General de Ordenación Profesional, Cohesión del Sistema Nacional de salud y Alta Inspección, que hasta entonces había desarrollado las funciones indicadas. Por su parte, el Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, suprimió en su Disposición adicional sexta la Subdirección General de Alta Inspección y Cartera de Servicios.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

memoria anual sobre el funcionamiento del sistema (arts. 77 y 78 LCC). En todo caso, la LCC articula en su art. 76.4 una solución ante el supuesto de incumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas. En concreto, el Delegado del Gobierno será el encargado de advertir de dicha circunstancia, de modo que si tras ello la situación de incumplimiento se mantiene, el Gobierno habrá de intervenir requiriendo del órgano autonómico competente la adopción de las medidas oportunas.

### **2.4.- Las competencias autonómicas sobre sanidad.**

En virtud de lo dispuesto en el art. 148.1.21 en combinación con el 149.1.16 CE, todas las Comunidades Autónomas han asumido competencia en sanidad interior, la cual comprende tanto funciones normativas, que han ejercido con gran intensidad<sup>366</sup>, dirigidas al desarrollo de la normativa básica estatal y con neto respeto a los mínimos en ella fijados, como ejecutivas en sanidad interior, ostentando potestad para dictar reglamentos organizativos además de potestad sancionadora<sup>367</sup>. A su vez, resultan competentes en el desarrollo normativo y ejecución de la ordenación farmacéutica regulada básicamente por el Estado, así como en la ejecución de la legislación estatal sobre productos farmacéuticos.

La LGS, por su parte, concreta el diseño competencial esbozado en el texto constitucional, disponiendo que corresponde a las Comunidades Autónomas la ordenación territorial de los servicios de salud (art. 51.2 LGS); la elaboración de un Plan de Salud que “comprenderá todas las acciones sanitarias necesarias para cumplir los objetivos de sus servicios de salud” y que deberá englobar el conjunto de planes de las diferentes áreas de salud (art. 54 LGS); así como la ordenación de la organización, funciones, asignación de medios personales y materiales de cada uno de los servicios de salud (art. 55.1 LGS). De esta forma, cuestiones tales como la organización institucional, el modelo de gestión del servicio de salud, o las relaciones con su personal quedan incluidas en el ámbito de decisión y actuación de la respectiva Comunidad Autónoma.

---

<sup>366</sup> Ciertamente, es profusa la legislación autonómica existente de configuración del respectivo servicio autonómico de salud, a la que se le añade infinidad de normas definidoras de los derechos de los pacientes, del personal sanitario o de la configuración de carteras de servicios.

<sup>367</sup> STC 102/1985, de 4 de octubre (FJ 1).

2.4.1.- El derecho a la protección de la salud en los Estatutos de Autonomía.

La Constitución española otorga a los Estatutos de Autonomía la naturaleza de norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma (art. 147.1), al tiempo que integra entre sus contenidos la determinación de las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas (art. 147.2.d). En coherencia con ello, todos los Estatutos de Autonomía recogen en su versión actual las competencias de las que son titulares las Comunidades en materia sanitaria. Esto no representa ninguna novedad respecto de las versiones anteriores al ingente proceso de reforma estatutaria que inició la Comunidad Valenciana en el año 2006, y a la que siguieron sucesivamente Cataluña, Andalucía, Islas Baleares, Aragón y Castilla y León. Sin embargo, el referido proceso sí que introdujo un nuevo elemento, concretado en el reconocimiento expreso del derecho a la protección de la salud. Lo cierto es que, a diferencia de sus redacciones originales, en las que se prescindía de toda referencia al mismo, la gran mayoría de los denominados Estatutos de segunda generación se cuidan, y mucho, de acoger en sus textos un reconocimiento explícito de dicho derecho, en consonancia con el contenido "más social" que incorporan<sup>368</sup>. En particular, aquél queda incardinado en las Cartas de derechos que los Estatutos, en esa "dinámica imitativa"<sup>369</sup> que ha caracterizado nuestro proceso autonómico, han querido incorporar en sus redefiniciones, en un modo poco sistemático y a veces con una técnica un tanto deficiente, todo sea dicho.

Lo cierto es que la introducción de una parte dogmática en los textos estatutarios supone una de las más destacables, por novedosas, aportaciones que trajeron consigo las reformas estatutarias, en la lógica de un propósito de "constitucionalización territorial derivada"<sup>370</sup>. Así, esta proclamación formal de derechos, de naturaleza principalmente

---

<sup>368</sup> Respecto del Estatuto andaluz, MALDONADO MOLINA, J. A.: "Las políticas sociales en Andalucía: marco general", en AA. VV.: *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, MONEREO PÉREZ, J. L. Y SERRANO FALCÓN, C. (Dir. y coords.), Comares, Granada, 2009, pág. 399.

<sup>369</sup> PORRAS NADALES, A.: "Derechos estatutarios en la doctrina del tribunal constitucional", en AA. VV.: *Derechos sociales, políticas públicas y financiación autonómica a raíz de los nuevos estatutos de autonomía. Especial referencia al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, SÁNCHEZ PINO, A. J. (Dir.) y PÉREZ GUERRERO, M. L. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

<sup>370</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: "La dimensión competencial: el posible reparto de competencias en el Estado autonómico", en AA. VV.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y*

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

social, ha reforzado la proyección del compromiso precisamente social que impregna el Estado Autonómico, sobre la base de los objetivos de igualdad, equidad y participación<sup>371</sup>. Se asiste, de este modo, a una redefinición de la vinculación entre dos de los principios básicos de nuestro sistema constitucional como son el principio social y el principio de autonomía territorial. El modelo de Estado de Derecho parece querer avanzar de su configuración como Estado autonómico a un más ambicioso Estado social autonómico de Derecho, sin perjuicio de que las cláusulas programáticas-sociales empleadas favorezcan una cierta disociación entre la dimensión teórico-normativa y la práctico-social del fenómeno<sup>372</sup>.

A excepción de la Comunidad Valenciana, que sólo aborda la materia sanitaria desde el plano competencial, el resto de Estatutos reformados sí reconocen con carácter específico el derecho a la protección de la salud. Y, como sucede en tantas otras temáticas, el análisis comparado entre los respectivos Estatutos respecto de las fórmulas empleadas en la consagración del derecho arroja un panorama harto variado. La naturaleza difiere, ciertamente, de unos a otros, pues dejando al margen las deficiencias que presentan las técnicas de reconocimiento en general, que entremezclan principios, objetivos y derechos, unos estatutos proclaman la protección de la salud en clave de principio rector, siguiendo la estela constituyente, y otros lo hacen como auténtico derecho subjetivo<sup>373</sup>.

El contenido también presenta diferencias de un instrumento estatutario a otro. Así, los Estatutos de Cataluña, Islas Baleares y Castilla y León inciden en la universalidad del

---

*futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Coords.), Comares, Granada, 2008, pág. 146.

<sup>371</sup> Tales relaciones de derechos comprometen las políticas sociales a desarrollar, tanto las promocionales que persiguen ofrecer a los ciudadanos un mayor número de oportunidades y de entidad equivalente para participar en todos los órdenes de la vida social; como aquellas que buscan proporcionar a los ciudadanos los servicios y prestaciones para una vida digna; sin obviar las que protegen a los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad económica en que puedan encontrarse. Véase al respecto GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La protección social en los nuevos estatutos de autonomía. el caso del estatuto de autonomía para Andalucía”, en AA. VV.: *Derechos sociales, políticas públicas y financiación autonómica a raíz de los nuevos estatutos de autonomía. Especial referencia al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, SÁNCHEZ PINO, A. J. (Dir.) y PÉREZ GUERRERO, M. L. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 260 y 261.

<sup>372</sup> Consúltense MOLINA NAVARRETE, C.: “El Estado social autonómico y la garantía constitucional de suficiencia de las pensiones”, *Temas Laborales*, núm. 69, 2003, págs. 26 y 27. Afirma el autor que “la obsesión de las CC.AA. por incorporar a sus Estatutos el mayor margen de actuación que abría el art. 149 C.E. significará, desde esta perspectiva, el teñir de una marcada impronta social el principio de autonomía (dimensión teórico-normativa). Cuestión bastante más discutible es que el establecimiento de competencias en estos ámbitos sociales signifique imprimir carácter imperativo a su ejercicio, dado que sus estructuras normativas adolecen de imprecisión y vaguedad (dimensión práctico-social)”.

<sup>373</sup> Es el caso del EAA.

derecho<sup>374</sup>, siendo el de Aragón el único que alude a la calidad (art. 14.1), nota implícita en nuestra Constitución y ausente en el resto de Estatutos de Autonomía. En todo caso, es el andaluz el Estatuto que destaca en cuanto a desarrollo y detalle, enunciando en su art. 22 todos los derechos que asisten al paciente como usuario de los servicios de salud, incluida la garantía de un límite máximo temporal para el acceso a los mismos, a la vez que reconoce el derecho de determinados colectivos específicos, esto es, las personas con enfermedad mental, las que padezcan enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo, a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes.

Por lo que respecta al plano de la eficacia de los derechos enunciados, determinados Estatutos de Autonomía, señaladamente el andaluz<sup>375</sup>, el catalán y el castellano leonés, incorporan previsiones tendentes a determinar las técnicas de garantía correspondientes, con alcance diferente en cada caso<sup>376</sup>.

Las Comunidades Autónomas, mediante la introducción estatutaria de este contenido dogmático concretado en cartas de derechos<sup>377</sup>, han pretendido el reforzamiento de la tutela de tales derechos, significativamente los de contenido social. Y lo han hecho dotándoles de un contenido claramente delimitable al precisar sin ambigüedad su titularidad y objeto<sup>378</sup>. Ya no hay razones suficientes para escudarse en la parquedad de los términos constitucionales, pues en estas cartas de derechos encontramos un oportuno

---

<sup>374</sup> Se reconoce el derecho a "todas las personas". Art. 23.1 EAC, art. 14.1 EAAr y art. 13.2 EAEL.

<sup>375</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J. L. Y DÍAZ AZNARTE, M. T.: *El Estado social autonómico. Estudio especial del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Bomarzo, Albacete, 2008.

<sup>376</sup> El EAA alude a la vinculación a los poderes públicos andaluces, al tiempo que encomienda al Parlamento la aprobación de las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los derechos establecido por el Estatuto (art. 38). El EAC, por su parte, además de proclamar la vinculación directa de los derechos a todos los poderes públicos catalanes y ordenar su interpretación y aplicación en el sentido más favorable para su plena efectividad, establece una reserva de ley en la regulación esencial y de desarrollo directo y enuncia la tutela institucional que compete al Consejo de Garantías Estatutarias (arts. 37 y 38).

<sup>377</sup> Sin integrarse en el contenido dogmático de los textos estatutarios, diversas Comunidades han aprobado asimismo cartas de derechos de los pacientes. Cantabria (Orden SAN/28/2009, de 8 de septiembre, por la que se aprueba la Carta de Derechos y Deberes de los Ciudadanos en el Sistema Autonómico de Salud de Cantabria), Canarias (Orden de 28 de febrero de 2005, de la Consejería de Sanidad, por la que se aprueba la Carta de los Derechos y de los Deberes de los Pacientes y Usuarios Sanitarios y se regula su difusión).

<sup>378</sup> GARRIDO CUENCA, N. M.: "El derecho a la protección de la salud en los estatutos de autonomía: propuestas para una derecho prestacional universal de nueva generación", en AA. VV.: *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, GASCÓN ABELLÁN, M., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 153. Si no, retoco y quito.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

instrumento auxiliar que viene a acometer una importante función de concreción y, por tanto, de complemento en la tarea de determinar el contenido del derecho y los límites a que ha de someterse la acción posterior del legislador. Con razón, las cartas estatutarias de derechos han sido catalogadas como “un modo complementario, y no sustitutivo, de búsqueda de la efectividad del Estado Social Autonómico”, esto es, “un impulso político-jurídico para que tales derechos tengan una realidad o praxis efectiva dentro del ámbito efectivo de cada Comunidad Autónoma de referencia”<sup>379</sup>.

Desafortunadamente, se vuelve a asistir al mismo déficit garantista que el texto constitucional presenta, en el sentido de que los Estatutos Autonómicos no han logrado dotar de plena efectividad los derechos sociales en ellos reconocidos. La técnica empleada vuelve a ser la remisión al legislador, siendo configurados en clave de principios u objetivos, antes que como derechos subjetivos<sup>380</sup>. La pretendida dogmática autonómica de los derechos sociales no ha llegado, pues, tan lejos como podría haberlo hecho y participa de la tradicional concepción programática de los mismos y, en particular, de un deficiente tratamiento de las garantías de aplicación efectiva<sup>381</sup>.

Lo anterior ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional, el cual, en diversos pronunciamientos<sup>382</sup>, ha tenido oportunidad de determinar el alcance político-jurídico de estas relaciones de derechos contenidos en los Estatutos de Autonomía reformados. Particularmente significativa resulta la STC 247/2007, que vino a representar la primera ocasión en que el máximo intérprete de la Constitución se pronunciaba sobre este salto

---

<sup>379</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y DÍAZ AZNARTE, M. T.: “El marco competencial diseñado por el estatuto de autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, en AA. VV.: *Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía: XXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, PRADOS DE REYES, F. J. (Coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008, pág. 82.

<sup>380</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias en las materias de empleo, trabajo y protección social”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 283, 2006, págs. 68-75.

<sup>381</sup> A juicio de GONZÁLEZ ORTEGA, “los Estatutos de Autonomía pueden incluir declaraciones, enunciados o tablas de derechos que sólo tendrán el valor de los principios rectores y deberán convertirse en derechos subjetivos y con eficacia jurídica directa a través de la legislación autonómica ordinaria de desarrollo”. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La protección social en los nuevos estatutos de autonomía. el caso del estatuto de autonomía para Andalucía”, en AA. VV.: *Derechos sociales, políticas públicas y financiación autonómica a raíz de los nuevos estatutos de autonomía. Especial referencia al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, SÁNCHEZ PINO, A. J. (Dir.) y PÉREZ GUERRERO, M. L. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. En igual sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La protección social en los nuevos Estatutos de Autonomía”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 5, 2007, pág. 882.

<sup>382</sup> SSTC 249/2007, de 13 de diciembre y 31/2010, de 28 de junio.

cualitativo que protagonizaban dichos instrumentos estatutarios. En concreto, la sentencia limita el valor de tales derechos, al rebajarlos a la consideración de meros principios rectores, por tanto, simples normas programáticas incapaces de proclamar auténticos derechos subjetivos. El Tribunal Constitucional declaró que, si bien “nada impide que el Estatuto de Autonomía, en cuanto norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, al atribuir las competencias que han de ejercer los poderes públicos autonómicos, les impongan, de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio o que lo hagan, de modo indirecto, mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares”, lo cierto es que dichos mandatos deben estar “conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto y que, aunque vinculen efectivamente a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues sólo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos, al integrarse por dicho legislador las prescripciones constitucionales que han de ser necesariamente salvaguardadas (arts. 81.1 y 149.1 CE)”. En términos tajantes sostuvo que “los Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por ello, cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los estatutos, tales prescripciones estatutarias han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos, que, aunque les vinculen, sólo pueden tener la eficacia antes señalada”.

Con esta argumentación trata el Tribunal Constitucional de justificar el fin último de su pronunciamiento, que no es otro que poner coto al afán autonómico de ampliación de competencias, con merma de las estatales<sup>383</sup>. Y para ello concibe la norma estatutaria desde un enfoque exclusivamente programático, al entender sus enunciados en forma de meros compromisos a efectivizar por el legislador autonómico, que queda como el único agente capaz de hacer derivar auténticos derechos subjetivos.

---

<sup>383</sup> En el caso de autos, los recursos hidráulicos de la Comunidad Valenciana.



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

Pero en esta ocasión se confirma aquello de que el fin no justifica los medios, en el sentido de que si lo que pretendía el Alto Tribunal era reafirmar las competencias estatales, bastaba sostener que el ejercicio de los derechos estatutariamente enunciados ha de circunscribirse al cuadro competencial propiamente autonómico, lo que por otra parte afirman los propios Estatutos. De manera que era del todo innecesario devaluar estos derechos a meras directrices carentes de virtualidad jurídica<sup>384</sup>.

### 2.4.2.- Los títulos competenciales autonómicos en materia sanitaria.

Si bien varía ligeramente la nomenclatura de unos a otros<sup>385</sup>, lo cierto es que se aprecia en los Estatutos de Autonomía una tendencia mayoritaria a separar por títulos competenciales Seguridad Social y asistencia sanitaria. Únicamente la Comunidad Valenciana mantiene ambas materias en uno solo (art. 49.3.5). Los Estatutos reformados a principios del presente siglo, superando el carácter genérico con que sus anteriores redacciones determinaban las competencias, han incorporado una técnica mucho más precisa que se vale de un listado de las acciones en que se concreta el título competencial en cuestión. El propósito no es otro que el que motivó el ingente proceso de reformas estatutarias, esto es, agotar todas las posibilidades que la Constitución abre a la asunción competencial por parte de las Comunidades Autónomas<sup>386</sup>.

De un lado, los Estatutos reconocen comúnmente la competencia exclusiva autonómica sobre la organización y el funcionamiento interno, la evaluación, la inspección y el control de centros, servicios y establecimientos sanitarios<sup>387</sup>; sobre la ordenación

---

<sup>384</sup> También es éste el parecer de GARRIDO CUENCA, N. M., op. cit., pág. 132.

<sup>385</sup> Unos aluden a “asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, otros lo diferencian, aludiendo a “sanidad”, “sanidad interior”, o “sanidad e higiene”, “salud, sanidad y farmacia”, Sanidad, salud pública, ordenación farmacéutica y productos farmacéuticos

<sup>386</sup> GARCÍA VIÑA, J.: “El trasfondo público: distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas”, en AA. VV.: *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2013, págs. 619-622.

<sup>387</sup> Art. 162.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 55 Estatuto de Autonomía de Andalucía, art. 71.55 del Estatuto de Autonomía de Aragón y art. 48 del Estatuto de Autonomía de Islas Baleares. Más conciso resulta el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, cuyo art. 54. se refiere a “la organización, administración y gestión de todas las instituciones sanitarias públicas dentro del territorio de la Comunitat Valenciana”. Con carácter más genérico se expresa el art. 74.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que alude a “las funciones en materia de sanidad y salud pública, la promoción de la salud en todos los ámbitos, la planificación de los recursos sanitarios públicos, la coordinación de la sanidad privada con el sistema sanitario público y la formación sanitaria especializada”.

farmacéutica<sup>388</sup> (competencia ésta de tipo normativo y referente fundamentalmente a los establecimientos sanitarios y que no cabe confundir, por tanto, con la competencia ejecutiva que recae sobre los productos farmacéuticos)<sup>389</sup> e higiene<sup>390</sup>; así como sobre la organización, administración y gestión de todas las instituciones sanitarias públicas dentro del territorio<sup>391</sup>.

De otro lado, entre las competencias compartidas, se suele incluir la ordenación, la planificación, la determinación, la regulación y la ejecución de las prestaciones y los servicios sanitarios, sociosanitarios y de salud mental de carácter público; las medidas y las actuaciones destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos; la coordinación de las actividades sanitarias privadas con el sistema sanitario público; la formación sanitaria especializada; el régimen estatutario y la formación del personal que presta servicios en el sistema sanitario público<sup>392</sup>; o la ordenación, la planificación, la determinación, la regulación y la ejecución de las medidas y las actuaciones destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, incluyendo la salud laboral, la sanidad ambiental y la vigilancia epidemiológica.

En los Estatutos reformados no se incorporan, en definitiva, grandes innovaciones en cuanto a competencias sanitarias se refiere, si bien cabe recalcar el mayor esfuerzo de desarrollo que demuestran en la determinación de las actividades que quedan bajo la órbita de poder autonómico, esto es, la mayor especificación con que se expone la competencia normativa, organizativa y de ejecución autonómica en la esfera de la sanidad.

---

<sup>388</sup> Estatuto de Autonomía del País Vasco (art. 10), Cataluña (art. 162), Galicia (art. 28), Andalucía (art. 55), Asturias (art. 11), Cantabria (art. 25), La Rioja (art. 8), Murcia (art. 11), Comunidad Valenciana (art. 49), Aragón (art. 71), Castilla-La Mancha (art. 32), Canarias (art. 30), Navarra (art. 58), Extremadura (art. 8), Islas Baleares (art. 30), Madrid (art. 27) y Castilla y León (art. 71).

<sup>389</sup> Estatuto de Autonomía del País Vasco (art. 18), Cataluña (art. 162), Galicia (art. 33), Andalucía (art. 55), Asturias (art. 12), Cantabria (art. 26), La Rioja (art. 11), Murcia (art. 12), Comunidad Valenciana (art. 54), Aragón (art. 77), Castilla-La Mancha (art. 33), Canarias (art. 33), Navarra (art. 58), Extremadura (art. 9), Islas Baleares (art. 32), Madrid (art. 28) y Castilla y León (art. 77).

<sup>390</sup> Estatuto de Autonomía del País Vasco (art. 18) y Comunidad Valenciana (art. 49).

<sup>391</sup> Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (art. 54),

<sup>392</sup> Los más extensos resultan los Estatutos catalán y andaluz, que detallan las materias objeto de competencia compartida, siendo los demás mucho más lacónicos. Arts. 162.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, 55.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, 31.4 del Estatuto de Autonomía de Islas Baleares, 74.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, 32.3 Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. Con gran parquedad, el art. 77.1 Estatuto de Autonomía de Aragón alude a la “gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social”.

## CAPÍTULO II. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL MARCO INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA

### SECCIÓN I. El marco internacional general

Si en un principio el reconocimiento de derechos quedaba reservado al sistema de protección interno de cada Estado, en el curso de la historia, los desastres bélicos que tienen lugar en el siglo XX y sus cruentas consecuencias evidenciaron la limitación de la perspectiva interna y la consiguiente necesidad de cooperar y proceder al reconocimiento de los derechos humanos en el plano internacional<sup>393</sup>. Fue así como despertó una conciencia internacional de derechos inalienables de la persona, para lograrse finalmente y tras no poco esfuerzos político-jurídicos, la materialización de un *estándar* internacional de garantía<sup>394</sup>, en el que, por su innegable importancia, los derechos sociales no podían ser objeto de exclusión.

Quedaba así patente que los derechos sociales ostentan la misma categoría que los demás, esto es, que “los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, resultando imposible el disfrute completo de los derechos civiles y políticos sin el de los derechos económicos, sociales y culturales”<sup>395</sup>, que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”<sup>396</sup>. En consecuencia, debe prestarse “una atención igual y una consideración urgente a la realización, la

---

<sup>393</sup> Siendo esta aseveración plenamente cierta en relación con el plano internacional en general, requiere no obstante ser matizada en el ámbito de la UE en particular, en el que, como primer paso, se procedió a crear vínculos económicos, relegando a un momento posterior el reconocimiento de derechos a los ciudadanos. “Es la idea del mercado común, antes que la de la ciudadanía europea”. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Concepto, contenido y eficacia del derecho social internacional y del derecho social comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 2, 1997, pág. 17.

<sup>394</sup> LÓPEZ BASAGUREN, A.: “Comunidad Europea, integración de ordenamientos y pluralidad de jurisdicciones en la protección de los derechos fundamentales” en AA. VV.: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2002, pág. 125.

<sup>395</sup> Declaración de la Conferencia de Derechos Humanos de 1968 de Teherán.

<sup>396</sup> Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993.

promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales"<sup>397</sup>.

Con este loable propósito, comienzan a ver la luz instrumentos en el seno de diversos organismos internacionales que, en forma de Declaraciones, Pactos o Convenios, reconocen y garantizan derechos en el continuo tejer de un código de Derecho social internacional<sup>398</sup> fundamentado en la ineludible complementariedad e interdependencia de todos los derechos de las personas, entre los que la protección de la salud ocupa un lugar altamente remarcable. Como se verá, son muchos los textos internacionales que lo reconocen, quedando configurado y consagrado como un derecho humano básico. La importancia que tiene en la realización de muchos otros derechos de la persona, en cuanto claro condicionante de su efectividad, acredita tal naturaleza. Al haber sido ratificados por España, tales instrumentos internacionales y la proclamación del derecho a la salud que contienen devienen parte del ordenamiento jurídico (art. 96 CE), al tiempo que convergen en la interpretación del derecho a nivel constitucional.

A continuación se emprende un recorrido sintético por los diversos instrumentos internacionales (desde textos de valor meramente político a otros de eficacia vinculante) y los distintos enfoques de protección que en ellos se aporta del derecho a la protección de la salud, cuya suma desemboca en una atención netamente integral a la misma. Del repaso de todos ellos se colegirá la amplia atención que este bien fundamental ha recibido por la comunidad internacional. Como se ha afirmado<sup>399</sup>, los grandes textos internacionales en materia de derechos fundamentales contienen un estándar de derechos y, al tiempo, un cierto ideal de cobertura dotado de un estándar de protección, más o menos consolidado, ideal de cobertura que atiende a las necesidades formuladas como derechos.

---

<sup>397</sup> Resolución 32/130, de 16 de diciembre de 1977, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

<sup>398</sup> VOGEL-POLSKY, E.: "La Europa social del año 2000: La Carta social y el sistema comunitario", en AA. VV.: *La Carta Social Europea desde la perspectiva de la Europa social del año 2000: Acta del coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la Carta Social Europea*, LEZERTUA, M. Y VIDA SORIA, J. (Eds.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, págs. 78 y 79.

<sup>399</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: "Derecho a la salud (artículo 25.1 DUDH; artículo 12 PIDESC)", en AA. VV.: *El sistema universal de los derechos humanos: estudio sistemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coords.), Comares, Granada, 2014, pág. 496.

## 1.- DECLARACIONES UNIVERSALES.

### 1.1.- La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas aprobó en París, el 10 de diciembre de 1948, la que puede considerarse clave de bóveda en el proceso de reconocimiento internacional de los derechos humanos<sup>400</sup>. Ciertamente, la efectividad de éstos requiere una acción internacional que debe comenzar por una declaración conjuntamente adoptada. Ésta es la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH), la cual, según se ha señalado, “se trata de la primera manifestación, con pretensión de vigencia internacional, que pone de relieve la convicción de que la protección nacional de los derechos humanos ha resultado insuficiente e inoperante”<sup>401</sup>. Es, además, un instrumento que preserva la indivisibilidad de todos los derechos, indivisibilidad ésta que no figura expresamente pero bien puede deducirse del texto y de su contexto, pues no hay clasificación de los derechos ni ningún criterio que permita establecer diferencias entre ellos<sup>402</sup>.

Con respecto al derecho a la protección de la salud, la DUDH dispone en su art. 25 que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. Resulta importante destacar la mención literal a “toda persona” y sus determinantes implicaciones en cuanto a la exclusión de cualquier tipo de discriminación<sup>403</sup> en el acceso a los servicios sanitarios, así como al fomento de que dicho acceso se haga en igualdad de condiciones. El texto internacional, como se advierte, no se conformaba con una proclamación abstracta

---

<sup>400</sup> Ello sin perjuicio de su carácter meramente declarativo y no vinculante, ya que los derechos reconocidos en la Declaración carecen de mecanismos de garantía.

<sup>401</sup> LABRADA RUBIO, V.: *Introducción a la teoría de los Derechos humanos: fundamento. Historia. Declaración universal de 10 de diciembre de 1948*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 106.

<sup>402</sup> ESCOBAR ROCA, G.: “Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”, en AA. VV.: *Tratado sobre protección de derechos sociales*, TEROL BECERRA, M. Y JIMENA QUESADA, L. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 75.

<sup>403</sup> No en vano, el derecho a la salud es aludido en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; así como en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979.

de un genérico derecho a la salud, sino que reconoce a su vez el derecho a la asistencia médica como concreción de la vía de atención individualizada que participa en su garantía. No en vano, se ha sostenido que hay en este precepto un marcado predominio de la posición individualista, esto es, una “primacía de la acción personal”<sup>404</sup>.

En ineludible conexión con el anterior precepto se halla el art. 22, enunciando que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. De la lectura del precepto bien puede sostenerse, como se ha hecho<sup>405</sup>, que la DUDH apuesta por la idea-fuerza de desmercantilización como base de la ciudadanía social, vinculada estrechamente al principio fundamental de igualdad sustancial. Se pone así de manifiesto la determinante incidencia que la articulación de un sistema de Seguridad Social tiene en la garantía de los derechos sociales, sin que en modo alguno quede la protección de la salud ajena a esta lógica. Y es que el ideal del ser humano *liberado del temor y de la miseria*, como enuncia el preámbulo de la DUDH, necesita de la promoción de las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

## 1.2.- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Siguiendo con el análisis del tratamiento del derecho a la protección de la salud en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, procede ahora detenerse en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Como principal virtualidad, este texto, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

---

<sup>404</sup> BORRAJO DACRUZ, E., “Artículo 43...”, pág. 178.

<sup>405</sup> Consúltase MONEREO PÉREZ, J. L.: “Teoría general de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 22 DUDH, preámbulo y artículos 1 a 5 PIDESC y concordantes)”, en AA. VV.: *El sistema universal de los derechos humanos: estudio sistemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y coords.), Comares, Granada, 2014, pág. 450.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

Políticos (PIDCP), incorpora mecanismos de garantía que impiden que los derechos en él reconocidos se vean reducidos a meros derechos de papel. En concreto, el art. 2.2 indica que “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. De ahí que se haya señalado, acertadamente, que “la razón de la elaboración de los pactos no es tanto la repetición de los principales derechos humanos, sino el compromiso que asumen los Estados de que estos derechos sean efectivamente garantizados”<sup>406</sup>.

El derecho a la protección de la salud es reconocido en el art. 12, el precepto más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud, tal y como reconoce el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)<sup>407</sup>. En él se dispone que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. El precepto precisa a continuación las medidas que los Estados Partes habrán de adoptar para la neta efectividad de la protección de la salud, en concreto: la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; y, por último, la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

De la precedente enumeración cabe destacar dos notas características. En primer lugar, asistimos a una “lista incompleta” de obligaciones estatales, tal y como el CDESC ha reconocido<sup>408</sup>, de modo que no tiene un carácter tasado sino que existen muchas otras medidas que podrían adoptarse en la aspiración a una protección integral de la salud. Nada impide, pues, que los Estados decidan mejorar ese mínimo que proclama el Pacto. Por otra parte, en dicha enumeración se atiende a la vertiente colectiva e individualizada del concepto de salud, por lo que no sólo se incluye el cuidado adecuado de la misma, sino también elementos indispensables en la consecución de un próspero estado sanitario de la

---

<sup>406</sup> LABRADA RUBIO, V., op. cit., pág. 111.

<sup>407</sup> Observación general N° 14 (2000), párrafo segundo.

<sup>408</sup> Observación general N° 14 (2000), párrafo octavo.

población, en lo que, sin duda alguna, adecuadas condiciones en el trabajo y en el medio ambiente juegan un papel decisivo. Se plasma, así, la doble dimensión individual y colectiva que reside en la esencia de este derecho.

Lo anterior bien puede vincularse con la interpretación que del derecho a la protección de la salud realiza el Comité con alusión a los determinantes factores socioeconómicos que inciden en el estado sanitario de la persona y que desarrollan una determinante labor en la efectividad del mismo. En concreto, lo cataloga como “un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva”<sup>409</sup>. Es así como queda confirmada la naturaleza eminentemente transversal del concepto internacional de salud<sup>410</sup>.

Por más que el tenor literal del art. 12 aluda a un derecho a la salud (en concreto, del nivel más alto posible), lo cierto es que el Comité ha precisado contundentemente que “no debe entenderse como un derecho a estar sano”<sup>411</sup>. Dado que “un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano” y que “los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona”, concluye que “el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”<sup>412</sup>.

Como se advierte, el CDESC ha llevado a cabo una labor encomiable en la delimitación del contenido mínimo del derecho a la salud que ha contribuido a desarrollar lo prescrito en el precepto que se viene analizando, sirviendo a las legislaciones nacionales

---

<sup>409</sup> Observación general N° 14 (2000), párrafo undécimo.

<sup>410</sup> PONS RAFOLS, X., op. cit., págs. 24-27.

<sup>411</sup> Observación general N° 14 (2000), párrafo octavo.

<sup>412</sup> Observación general N° 14 (2000), párrafo noveno.



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

de modélica referencia. En primer lugar, la Observación general N° 14 (2000) enumera las obligaciones básicas que recaen sobre los Estados en la consecución de niveles esenciales de salud, aludiendo en concreto a las siguientes: la garantía del derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria; el aseguramiento del acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; la garantía del acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; la facilitación de medicamentos esenciales; la procura de una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; junto a la adopción y aplicación de un plan de acción nacional de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población.

En segundo lugar, el CDESC delimita una serie de elementos cuya interrelación ha de configurar el núcleo irreductible del derecho a la protección de la salud:

- Disponibilidad, en el sentido de que cada Estado Parte habrá de contar con un número suficiente de establecimientos, bienes, servicios públicos sanitarios, centros de atención de la salud y programas adecuados. Ahora bien, la naturaleza de unos y otros queda supeditada, entre otros factores condicionantes, al concreto nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo ello, tales servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud.

- Accesibilidad, dado que los establecimientos, bienes y servicios de salud han de ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. A este respecto, se proponen cuatro dimensiones que conforman el concepto: no discriminación (los establecimientos, bienes y servicios de salud deben brindar acceso a los sectores más vulnerables de la población, sin que medie discriminación), accesibilidad física (los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial de aquellos grupos marginados), accesibilidad económica o asequibilidad (los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse

en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos) y acceso a la información (sin perjuicio de la debida confidencialidad de los datos personales en el ámbito médico, se ha de garantizar el derecho de solicitar, recibir y difundir información relacionada con la materia sanitaria).

- Aceptabilidad, de modo que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deben respetar fielmente la ética médica y la cultura de las personas, minorías, pueblos y comunidades, así como mostrarse sensibles a los postulados del género y del ciclo de vida.

- Calidad, esto es, los establecimientos, bienes y servicios de salud han de ser cualitativamente adecuados desde el punto de vista científico y médico, lo que implica de suyo personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias apropiadas.

El CDESC ha logrado, según se advierte, enmarcar un mínimo desde el cual, y acometiendo la progresividad que enuncia el Pacto, los Estados puedan dotar de contenido normativo el derecho a la protección de la salud.

Por lo que se refiere a la Seguridad Social, con carácter excesivamente conciso, el art. 10 se limita a enunciar que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”. Leyendo estos exigüos términos, que rehúsan a ofrecer siquiera una noción analítica de Seguridad Social, no sorprende que se haya acusado al Pacto Internacional de una extrema imprecisión y laconismo<sup>413</sup>.

Una vez expuesto el modo en que se materializa al reconocimiento de la protección de la salud, procede analizar a continuación la otra dimensión de todo derecho, esto es, los mecanismos dispuestos para hacerlo efectivo. A este respecto, resulta desalentador advertir el carácter deficiente del alcance de las garantías articuladas en el PIDESC si se las compara con las previstas en relación con los derechos contenidos en el PIDCP. La diferencia a tal efecto entre un Pacto y otro refleja que en estos incipientes instrumentos

---

<sup>413</sup> VAN RAEPENBUSCH, S.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pág. 63.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

internacionales no se logró cristalizar la indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos humanos<sup>414</sup>, de forma que los sociales quedaban relegados a un sistema de garantía más laxo que los derechos tradicionalmente denominados *de libertad*. Mientras el PIDCP cuenta con el Comité Internacional de Derechos Humanos, el CIDESC articula una técnica diferente y, sin duda, menos garantista. De acuerdo con lo preceptuado en su art. 16, los Estados Partes en el Pacto se comprometen a presentar informes sobre las medidas adoptadas, así como los progresos que hayan llevado a cabo, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo. Tales informes son presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmite las copias correspondientes al Consejo Económico y Social para que las examine conforme a lo dispuesto en el Pacto. En la vigilancia de la aplicación del Pacto y la consiguiente revisión de los informes presentados por los Estados desempeña un papel importante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del que emanan unas observaciones finales, valorando el cumplimiento por parte de aquéllos de los derechos contenidos en el PIDESC.

Por tanto, la justiciabilidad de los derechos sociales resulta del todo limitada si se la compara con la propia de los derechos civiles y políticos, máxime teniendo en cuenta que las recomendaciones que emite al respecto el Comité carecen de carácter vinculante y, en consecuencia, su incumplimiento no produce consecuencia jurídica alguna.

Como se colige, no se exageraba anteriormente cuando se afirmaba que los mecanismos de protección incorporados en el PIDESC son notoriamente débiles en comparación con los dispuestos en el PIDCP. Dicho de otra forma, se asiste a una asimetría internacionalmente consentida en la realización de una categoría y otra de derechos<sup>415</sup>. Esta conclusión es aún más evidente si se tiene en cuenta la cláusula flexibilizadora que se contiene en el primer apartado del art. 2 PIDESC, el cual dispone que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga,

---

<sup>414</sup> Indivisibilidad e interdependencia que encuentran su fundamento en el hecho de que “la posesión de un mínimo socio-económico es la condición esencial de la participación civil y política. Para que éstas últimas sean genuinas, ha de partirse de una cierta igualdad socio-económica de base”. MONEREO PÉREZ, J. L.: “La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo...”, pág. 175.

<sup>415</sup> CHACÓN MATA, A.: “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a través del desarrollo de indicadores: avances concretos en la organización de las Naciones Unidas”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Vol. 21, núm. 1, 2010, pág. 142.

para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Esta cláusula contrasta notoriamente con la equivalente del PIDCP, cuyo art. 2.1 alude a un compromiso directo por parte de los Estados a respetar y a garantizar los derechos reconocidos en el mismo. A diferencia de éste, el PIDESC programa una actuación estatal en función de los recursos disponibles y, además, configura su culminación como gradual<sup>416</sup>.

La referencia al máximo de recursos no es sino reflejo del carácter condicionado de los derechos sociales, si bien, conviene matizar que en el fondo no es un problema “naturalista económico”, sino estrictamente político, pues dependerá siempre de una decisión política establecer la distribución de los recursos económicos disponibles a través del diseño de las respectivas políticas sociales y económicas<sup>417</sup>. Es manifiesto, pues, el riesgo que dicha cláusula supone de retroceder en la conquista de derechos sociales alegándose la coartada de una coyuntura económicamente difícil. Con razón, se ha señalado que “aunque el Comité deba respetar el criterio de flexibilidad como elemento que permita al Estado una utilización de sus recursos nacionales en función de sus propias prioridades y, por tanto, como factor de autonomía en la definición de sus políticas internas, es posible y necesario un control sobre la alegación de la limitación de recursos con el fin de evitar incumplimientos flagrantes del Pacto”<sup>418</sup>. En efecto, dicha previsión internacional no puede llevar a relegar los derechos sociales a meras pretensiones sometidas a las posibilidades económicas de los Estados. En este sentido, es alentadora la interpretación que el CDESC hace de dicha disposición, al señalar que “el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en

---

<sup>416</sup> Acertadamente, se ha puesto de relieve que el adverbio “progresivamente” matiza la referencia al logro de la plena efectividad de los derechos. Véase PEMÁN GAVÍN, J. M.: “El derecho a la protección de la salud. Perspectiva internacional y comparada”, en AA. VV.: *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, GASCÓN ABELLÁN, M., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 24.

<sup>417</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho a la salud (artículo 25.1 DUDH; artículo 12 PIDESC)...”, págs. 482 y 483.

<sup>418</sup> QUEL LÓPEZ, F. J.: “Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Luces y sombras del protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en AA. VV.: *Derechos económicos y sociales*, EMBID IRUJO, A. (Dir.), Iustel, Madrid, 2009, pág. 313.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo<sup>419</sup>.

Alegándose unas veces la falta de especificación del contenido y alcance de los derechos sociales, otras, los límites procesales que traen consigo y, otras, las falta de tradición en su protección jurídica<sup>420</sup>, lo cierto es que los derechos sociales han sido los tradicionales perdedores en la batalla por las garantías. Y el PIDESC es sólo un ejemplo al que se puede sumar, según se verá más adelante, la Carta Social Europea. Ciertamente, una de las principales deficiencias del instrumento de Naciones Unidas que se analiza en estas líneas radica en que no configura un organismo ante el cual presentar denuncias individuales en supuestos de vulneraciones de derechos en ella contenidos, como sí han hecho otros instrumentos de tipo sectorial<sup>421</sup>.

En todo caso, un avance significativo a este respecto fue protagonizado por el Protocolo Facultativo del PIDESC, adoptado el 10 de diciembre de 2008 en la 66ª sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones en el que se establece un elaborado sistema de comunicaciones ante el CDESC<sup>422</sup>, pretendiendo acortar distancia, en cuanto a garantías se refiere, con el más ventajoso PIDCP. Se trata, en otros términos, de lograr un avance en la real efectividad de los derechos sociales, aspecto éste que ha inspirado de siempre tantas cavilaciones, a través de tres técnicas: comunicaciones individuales de particulares, alegando la vulneración del Pacto por un Estado parte, un procedimiento de investigación instado por el propio Comité así como denuncias interestatales.

---

<sup>419</sup> Observación General N° 3 (1990), párrafo noveno. En el mismo sentido, el apartado 31 de la Observación general N° 14 (2000) dispone que “la realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados Partes. Antes al contrario, la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12”.

<sup>420</sup> Véase un estudio de las tesis que han tratado de justificar este trato desigual entre derechos de una y otra categoría y sugerentes propuestas para su desvirtuación en NOGUERA FERNÁNDEZ, A., loc. cit., págs. 98-100.

<sup>421</sup> Tanto la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, como la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, ambos proclamadores del derecho a la protección de la salud, cuentan con protocolos facultativos relativos a la presentación de denuncias ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, respectivamente.

<sup>422</sup> Si bien cuenta con una capacidad meramente recomendatoria o dictaminadora, lo cierto es que el CDESC cumple un papel crucial en la garantía de los derechos consagrados en este Pacto, ya que le compete el examen de los correspondientes informes periódicos remitidos por los Estados que han ratificado el Pacto.

## 2.- CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

De toda la vasta y valiosa labor llevaba a cabo por la OIT en el ámbito de la protección social en general y de la sanitaria en particular<sup>423</sup>, dos son los instrumentos convencionales que tienen mayor incidencia en materia de salud: el Convenio 102 sobre norma mínima de Seguridad Social, de 1952, y el Convenio 130 sobre Asistencia Médica y Prestaciones Monetarias de Enfermedad, de 1969. Coherentes tanto con los principios fundamentales de justicia social en que está basada la Organización, como con el contenido de la Declaración de Filadelfia<sup>424</sup>, estos textos internacionales dedican una atención significativa al derecho a la protección de la salud.

Por lo que respecta al primero, la Parte II está dedicada a la asistencia sanitaria indicando el contenido mínimo de la prestación. Así, el art. 7 prescribe que “todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión, cuando su estado lo requiera, de asistencia médica, de carácter preventivo o curativo”, asistencia médica que tiene por objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la persona protegida (art. 10.3). Por lo que se refiere a la contingencia cubierta, ésta incluye, según el art. 8, “todo estado mórbido cualquiera que fuere su causa, el embarazo, el parto y sus consecuencias”.

El art. 10 dedica su primer apartado a desentrañar minuciosamente el núcleo de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social:

- En caso de estado mórbido, se incluye la asistencia médica general, comprendida la visita a domicilio; la asistencia por especialistas, prestada en hospitales a personas hospitalizadas o no hospitalizadas, y la asistencia que pueda ser prestada por especialistas

---

<sup>423</sup> De suma importancia, “no sólo inspirando los ordenamientos de los Estados miembros (...) sino contribuyendo a dotar de dimensión social a otras entidades supranacionales que la tienen todavía de forma insuficiente”. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., loc. cit., pág. 31. Destáquese, a estos efectos, y con carácter sectorial, el Convenio núm. 24 relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria, del comercio y del servicio doméstico; el Convenio núm. 25 relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores agrícolas; el Convenio núm. 56 relativo al seguro de enfermedad de la gente de mar; así como, con carácter general, la Recomendación núm. 69 sobre la asistencia médica.

<sup>424</sup> De especial relevancia resulta el inciso en el que se afirma que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades” y que “el logro de las condiciones que permitan llegar a este resultado debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional”.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

fuera de los hospitales; el suministro de productos farmacéuticos esenciales recetados por médicos u otros profesionales calificados; y, por último y sólo en caso necesario, la hospitalización.

- En supuesto de embarazo, parto y sus consecuencias, queda comprendida la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, así como la hospitalización, si fuese precisa.

Por su parte, el Convenio 130 dispone en su art. 8 que “todo Miembro, bajo condiciones prescritas, deberá garantizar a las personas protegidas el suministro de asistencia médica curativa y preventiva respecto de la contingencia mencionada en el artículo 7, apartado a)”, el cual alude a la necesidad de asistencia médica curativa, y, en las condiciones prescritas, de asistencia médica preventiva. Huelga indicar que dicha asistencia médica ha de ser concedida durante toda la contingencia (art. 16.1).

Es el art. 13 el precepto destinado a señalar el contenido mínimo de la asistencia médica, comprendiendo en concreto, la asistencia médica general, incluidas las visitas a domicilio; la asistencia por especialistas prestada en hospitales a personas hospitalizadas o no y la asistencia que pueda ser prestada por especialistas fuera de los hospitales; el suministro de los productos farmacéuticos necesarios recetados por médicos u otros profesionales calificados; la hospitalización, cuando fuere necesaria; la asistencia odontológica según esté prescrita; así como la readaptación médica, incluidos el suministro, mantenimiento y renovación de aparatos de prótesis y de ortopedia, según fuere prescrita.

### **3.- DECLARACIONES DE ÁMBITO REGIONAL EUROPEO.**

#### **3.1.- La Carta Social Europea.**

La Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961<sup>425</sup>, firmada en Turín, tiene una decisiva importancia en el fortalecimiento de la dimensión social que requiere toda

---

<sup>425</sup> España ratificó en su totalidad la Carta originaria mediante instrumento de 29 de abril de 1980, así como el Protocolo de 1988 y el 1991. No se encuentra, por tanto, vinculada respecto del protocolo de

comunidad política en aras de potenciar la cohesión social y la igualdad de sus miembros. Es, en efecto, uno de los más emblemáticos instrumentos de derechos sociales en el ámbito europeo. No en vano, se ha señalado que constituye “un proyecto de solidaridad y justicia social de dimensiones europeas”, al tiempo que delimita “los contornos de un auténtico proyecto social europeo y propone un mecanismo de alineamiento flexible y progresivo de todos los Estados sobre un mínimo de protección social”<sup>426</sup>.

El derecho a la protección de la salud queda especialmente preservado en la CSE, teniendo en cuenta que entra en el núcleo duro del texto internacional, al configurarse como objetivo específico para los Estados, según se desprende del art. 20.1. a) y b) CSE<sup>427</sup>.

El art. 11, bajo la rúbrica “derecho a la protección de la salud” señala que la garantía efectiva de tal derecho requiere la adopción por las partes contratantes, de forma directa o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, de medidas tendentes a eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente, establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud, así como prevenir las enfermedades epidérmicas, endémicas y otras.

Con carácter más específico, el art. 13 se centra en el “derecho a la asistencia social y médica”. El precepto dedica gran atención a las actividades necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de dicho derecho. En concreto, se refiere al compromiso de los Estados parte con las siguientes:

- Velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes,

---

reclamaciones colectivas de 1995, ni de la Carta revisada de 1996 (firmada en el año 2000, pero aún pendiente de ratificación).

<sup>426</sup> OREJA AGUIRRE, M.: “Un proyecto social para Europa: la contribución del Consejo de Europa”, en AA. VV.: *La Carta Social Europea desde la perspectiva de la Europa social del año 2000: Acta del coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la Carta Social Europea*, LEZERTUA, M. Y VIDA SORIA, J. (Ed.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pág. 45.

<sup>427</sup> Según ambas letras, las Partes Contratantes se comprometen a considerar la Parte I de la Carta como una declaración de los objetivos que tratarán de alcanzar por todos los medios adecuados (parte en la que se declara que “toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar”) y a considerarse obligadas al menos por cinco de los siete artículos siguientes de la Parte II de la Carta: artículos 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19. El art. 13 se refiere precisamente al derecho a la asistencia sanitaria.



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

especialmente por vía de prestaciones de un régimen de Seguridad Social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado.

- Velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales.

- Disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar.

En conexión con ambos preceptos relativos a materia asistencial sanitaria ha de ser puesto, como siempre, el derecho a la Seguridad Social, al que dedica también detenida atención el art. 12, señalando a tal efecto que las partes contratantes se comprometen al establecimiento de un régimen de Seguridad Social; al mantenimiento del régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio de la OIT número 102 sobre norma mínima de Seguridad Social; a la progresiva elevación del nivel del régimen de Seguridad Social; así como a la adopción de medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, tendentes a conseguir tanto la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, como la concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las partes contratantes.

El control de garantía de los derechos contenidos en la Carta compete al Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), máximo órgano de interpretación y defensa de la misma, y se lleva a cabo en dos procedimientos diferentes: la lectura de los informes, obligatorio para los Estados que hayan ratificado la Carta<sup>428</sup>, y el procedimiento de

---

<sup>428</sup> Una crítica a la complejidad del procedimiento y una consiguiente llamada a su simplificación en BRILLAT, R.: “La actividad pre-convencional y para-convencional del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos sociales”, en JIMENA QUESADA, L.; ALEGRE MARTÍNEZ, M. A.; BRILLAT, R.; FLAUSS, J. F. Y FREIXES SANJUAN, T: *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 31. El autor sostiene que “en lo que se refiere a los informes, se impone una simplificación del formulario. Es demasiado extenso, demasiado confuso y demasiado poco utilizable por el CEDS”.

reclamaciones colectivas, de carácter facultativo<sup>429</sup>. Centrándonos en el primero, por lo que al objeto del presente trabajo de investigación se refiere, consiste en un articulado sistema de carácter político, concretado en informes que emiten anualmente los Estados parte en relación con la aplicación interna de la carta, examinados por el Comité de Expertos Independientes y el Subcomité del Comité Social Gubernamental. A resultados de tales informes, el CEDS emite conclusiones y decisiones de fondo vinculante, diferentes pues a las sentencias propiamente dichas que emite el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a pesar de que de las mismas se extraiga una llamada “jurisprudencia”, de potencial invocación por las jurisdicciones nacionales. Ahora bien, esta diversa terminología, según se ha apuntado<sup>430</sup>, incide en términos de ejecución de cada resolución. No obstante, por cuanto respecta al impacto en los ordenamientos internos, resulta equiparable el valor interpretativo vinculante de las respectivas jurisprudencias. Así, si una jurisdicción nacional debe decidir sobre un conflicto en el que está implicado un derecho fundamental sobre el que recae jurisprudencia divergente del CEDS y del TEDH, se ha de aplicar en cada caso la más favorable (*favor libertatis*), como exigen las cláusulas de remisión a la legislación más favorable o de estándar mínimo contenidas en el art. 32 CSE y el art. 53 CEDH.

Se vuelve a asistir aquí, como ya se hizo en el análisis del PIDESC, a un nivel de protección diferenciado y debilitado respecto a los derechos *de libertad* que consagra el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950<sup>431</sup>. Así, mientras este último dispone de un

---

<sup>429</sup> Este procedimiento vio la luz con el Protocolo adicional de 1995 a la Carta Social original, consolidándolo en cierta forma el artículo D de la Carta revisada, al prever que dicho mecanismo se aplique a las disposiciones de la nueva Carta de 1996 y que los Estados que todavía no hayan aceptado el estar vinculados por el citado Protocolo puedan hacerlo mediante la oportuna declaración al efecto. Sobre el mismo, consúltese BELORGEY, J. M.: “La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales: El mecanismo de reclamaciones colectivas”, en AA. VV.: *Tratado sobre protección de derechos sociales*, TEROL BECERRA, M. Y JIMENA QUESADA, L. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 231-248.

<sup>430</sup> JIMENA QUESADA, L.: “La tutela de los derechos sociales: el espacio de la Unión y del Consejo de Europa”, en AA. VV.: *Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, CASCAJO CASTRO, J. L.; TEROL BECERRA, M. J.; DOMÍNGUEZ VILA, A.; NAVARRO MARCHANTE, V. J. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 161.

<sup>431</sup> KOJANEK justifica el diferente sistema de garantía internacional de ambas categorías de derechos señalando que “las normas internacionales que proveen los derechos civiles y políticos son susceptibles de poseer un carácter ‘self-executing’ en el Derecho interno de los Estados, en tanto que para el cumplimiento de las reglas relativas a los derechos económicos y sociales, es necesaria la adopción de normas apropiadas u otras medidas equivalentes en el plano interno, a menos que estas reglas internacionales establezcan

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

eficaz sistema de garantía jurisdiccional de los derechos civiles y políticos en él reconocidos (mediante el TEDH), no se operó de igual modo con los de carácter económico y social contenidos en la Carta Social Europea, lo que evidencia que aún no se había alcanzado una conciencia unitaria del universo de los derechos de la persona.

Frente al referido carácter innegablemente limitado del sistema de garantías de la Carta Social Europea y con ánimo de superarlo, han sido varias las alternativas propuestas. Hay quien ha planteado la creación de un mecanismo de demanda individual ante el Comité de Derechos Sociales o incluso judicializar a éste, convirtiéndolo en un Tribunal Europeo de Derechos Sociales<sup>432</sup>. Por su parte, el TEDH ha tratado de hacer extensiva su jurisdicción a los derechos sociales, lo que supondría un avance en su efectividad, así como una cristalización de la interdependencia de todos los derechos humanos. Las posibles vías concebidas para la nada simple tarea de extensión del mecanismo de control del Convenio a los derechos sociales han sido dos: de un lado, la integración de tales derechos en el sistema del Convenio, y de otro, una interpretación extensiva por parte del Tribunal respecto de los derechos reconocidos en el Convenio, siendo esta última opción la que ha arrojado resultados más prósperos<sup>433</sup>. De esta forma, la no inclusión formal de los derechos sociales en el Convenio no ha sido impedimento para que el TEDH se pronuncie sobre los mismos, si bien de modo indirecto, mediante su relación con los

---

derechos de aplicación directa para los individuos”. KOJANEK, G.: “La Carta Social Europea y el Pacto Internacional de las Naciones Unidas relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en AA. VV.: *La Carta Social Europea desde la perspectiva de la Europa social del año 2000: Acta del coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la Carta Social Europea*, LEZERTUA, M. Y VIDA SORIA, J. (Eds.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pág. 113. En contra, NOGUERA FERNÁNDEZ aduce que tal distinción entre derechos civiles y políticos como derechos negativos y derechos sociales como derechos positivos es muy discutible. NOGUERA FERNÁNDEZ, A., op. cit., págs. 106 y 107.

<sup>432</sup> BRILLAT, R.: “Capítulo 9. Evolución y consolidación del pacto europeo de democracia social: la Carta Social Europea”, en AA. VV.: *Tratado sobre protección de derechos sociales*, TEROL BECERRA, M. Y JIMENA QUESADA, L. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 217.

<sup>433</sup> MORTE GÓMEZ, C. Y SALINAS ALCEGA, S.: “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en AA. VV.: *Derechos económicos y sociales*, EMBID IRUJO, A. (Dir.), Iustel, Madrid, 2009, págs. 364 y ss.

derechos de libertad contenidos en el Convenio<sup>434</sup>. Todo ello en base a una jurisprudencia “muchas veces creativa y abierta a las nuevas problemáticas sociales”<sup>435</sup>.

Sea como fuere, lo cierto es que, tomando en consideración el contexto del Consejo de Europa y el de la Unión Europea, bien puede afirmarse que la CSE ocupa una posición muy secundaria. Y es que, como ha apuntado JIMENA QUESADA<sup>436</sup>, en lo que concierne al primero, diversas razones (señaladamente, la tardanza en su aprobación y el débil mecanismo de control sustentado en informes) han hecho que llegue a ser ésta considerada “la hermana pobre” del CEDH. Y es que, a diferencia de lo que ocurre con el CEDH, cuya ratificación es estimada parámetro de democracia política, la de la CSE no es exigida para la adhesión al Consejo de Europa.

Por lo que respecta al segundo, conviene destacar que la mención de la CSE en los Tratados de la Unión Europea ha seguido una evolución “desigual y fluctuante”<sup>437</sup>. Ciertamente, se mencionó en el Preámbulo del Acta Única Europea de 1986 al mismo nivel que el CEDH, desapareció en el Tratado de Maastricht de 1992, para finalmente incluirse en el Tratado de la Comunidad Europea, referencia que mantiene en la actualidad el TFUE<sup>438</sup>. A pesar de esta mención expresa a la CSE, y de que el Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se refiera igualmente a ella como fuente

---

<sup>434</sup> Por lo que al objeto de nuestro estudio interesa, en las SSTEDH de 14 de diciembre de 2006, asunto *Tarariyeva contra Rusia*; de 17 de enero de 2002, asunto *Calvelli y Ciglio contra Italia*; y de 1 de marzo de 2001, asunto *Berktaý contra Turquía*, el tratamiento del derecho a la vida abre la puerta al pronunciamiento sobre el derecho a la salud. Véase GRÜNDLER, T.: “Le droit à la protection de la santé”, en AA. VV.: *Droit des pauvres, pauvres droits? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, ROMAN, D. (Dir.), Rapport final, novembre 2010, pág. 221.

<sup>435</sup> PEMÁN GAVÍN, J. M.: “El derecho a la protección de la salud. Perspectiva internacional y comparada...”, pág. 22.

<sup>436</sup> JIMENA QUESADA, L.: “La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España”, en JIMENA QUESADA, L.; ALEGRE MARTÍNEZ, M. A.; BRILLAT, R.; FLAUS, J. F. Y FREIXES SANJUAN, T.: *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 140-142.

<sup>437</sup> JIMENA QUESADA, L.: “La tutela de los derechos sociales: el espacio de la Unión y del Consejo de Europa...”, pág. 159 y ss.

<sup>438</sup> El art. 151 TFUE dispone que “la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones”.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

interpretativa, lo cierto es que la Unión no llega en ningún caso a adherirse al instrumento regional europeo<sup>439</sup>.

### 3.2.- El Código Europeo de Seguridad Social.

El 16 de abril de 1964 vio la luz en Estrasburgo el Código Europeo de Seguridad Social, con el fin de emprender un reforzamiento en el nivel de protección previsto en el Convenio nº 102 sobre norma mínima de Seguridad Social, elevando el nivel de las prestaciones que éste contenía y estableciendo condiciones de ratificación más rígidas<sup>440</sup>. Sin embargo, lo anterior no resulta predicable respecto de la Parte II del instrumento internacional, que aborda la asistencia sanitaria en prácticamente iguales términos que el Convenio de la OIT, abordado líneas arriba.

El art. 7 enuncia el deber de toda Parte Contratante para la cual esté en vigor tal Parte del Código Europeo de “garantizar a las personas protegidas la concesión, cuando su estado lo requiera, de asistencia médica de carácter preventivo o curativo”, disponiendo el siguiente precepto que la contingencia cubierta deberá comprender todo estado mórbido, el embarazo, el parto y sus consecuencias.

El contenido concreto de las prestaciones sanitarias es detallado en el art. 10. Éstas, “tendientes a conservar, restablecer o mejorar la salud de la persona protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales”, incluyen, en caso de estado mórbido, la asistencia médica general, comprendidas las visitas a domicilio, la asistencia por especialistas prestada en hospitales a personas hospitalizadas o no hospitalizadas y la asistencia que pueda ser prestada por especialistas fuera de los hospitales, el suministro de productos farmacéuticos esenciales recetados por profesional calificado y la hospitalización cuando fuere necesaria. Por su parte, en supuesto de embarazo, parto y sus consecuencias, la asistencia sanitaria comprenderá la asistencia

---

<sup>439</sup> Una crítica en SALCEDO BELTRÁN, M. C.: “La Carta Social Europea y la protección de los derechos sociales en el marco del Consejo de Europa”, en AA. VV.: *Lecciones Sobre Estado Social y Derechos Sociales*, NOGUERA FERNÁNDEZ, A. Y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 161.

<sup>440</sup> VAN RAEPENBUSCH, S., op. cit., pág. 67. En igual sentido, HIERRO HIERRO, F. J.: *Problemas de coordinación de la asistencia sanitaria en el Derecho europeo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, pág. 54.

prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, prestadas por un médico o por una comadrona diplomada, así como la hospitalización cuando sea necesaria. Junto a lo anterior, se encomienda a las instituciones estatales que incentiven a las personas protegidas al uso de los servicios generales de salud puestos a disposición por las autoridades públicas o por otros organismos reconocidos por éstas.

Es el art. 12 el encargado de señalar la duración del disfrute de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social. Así, indica que se deben conceder durante todo el transcurso de la contingencia cubierta, si bien contempla la salvedad de que en caso de estado mórbido pueda limitarse la duración de las prestaciones a veintiséis semanas en cada caso. En todo caso, el precepto encomienda la adopción de disposiciones para elevar dicho límite cuando se trate de enfermedades previstas por la legislación nacional para las que se reconoce la necesidad de una asistencia prolongada.

### **3.3.- El Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica**

Firmado en París el 11 de diciembre de 1953, el Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica nació con el objetivo de fortalecer la cooperación en el ámbito social, sentando el principio de igualdad entre los nacionales de los Estados signatarios en lo referido a la aplicación de las legislaciones de asistencia social y médica, representando, pues, un fundamental instrumento al servicio del progreso y de la cohesión social. Su art. 1 señala que cada una de las Partes “se compromete a garantizar que los nacionales de las demás Partes Contratantes, con legítima residencia en cualquier parte del territorio de dicha Parte al que se aplique la presente Convención y sin recursos suficientes, tengan derecho, al igual que sus propios nacionales y en las mismas condiciones, a la asistencia social y médica prevista en la legislación vigente en esa parte del territorio”. Es en este precepto en el que reposa el rasgo más venturoso del instrumento convencional, dado que configuró como destinatario de la asistencia sanitaria a toda persona que, sin desempeñar actividad económica, careciera de recursos económicos para afrontar el coste que inherentemente acompaña a la provisión de las prestaciones sanitarias. Junto a la afiliación

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

a la Seguridad Social, se configura así la insuficiencia de recursos como título jurídico de acceso a la asistencia sanitaria<sup>441</sup>.

Por su parte, el art. 4 se refiere a un ámbito que, como se verá en páginas posteriores, tiene una amplia presencia en el enfoque comunitario. Es el tema de los gastos derivados de la asistencia sanitaria dispensada al nacional de un Estado parte del Convenio en otro Estado parte diferente. En concreto, y en este ámbito regional del Consejo de Europa, se dispone que “los gastos de asistencia contraídos en favor de un nacional de cualquiera de las Partes Contratantes correrán a cargo de la Parte Contratante que hubiere concedido la asistencia”.

---

<sup>441</sup> HIERRO HIERRO, F. J., op. cit., pág. 51.

## SECCIÓN II. El Derecho de la Unión Europea

### 1.- LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL SISTEMA DE LOS TRATADOS FUNDACIONALES DE LA UNIÓN EUROPEA.

La salud ha constituido de siempre un elemento especialmente presente en las inquietudes de las instituciones comunitarias<sup>442</sup>, lo que se comprende en cuanto se enuncia el valor de la dignidad humana que reposa en el fundamento de la Unión (art. 2 TUE). En coherencia con ello, la protección sanitaria no fue desatendida en modo alguno por el Tratado de Lisboa. Antes al contrario, el apartado primero del art. 168 TFUE dispone que “al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”, con lo que se constata el especial impacto que se le reconoce a dicha tutela sanitaria en cuanto inspiradora de la agenda comunitaria. En efecto, el precepto consigna como principio transversal del ordenamiento jurídico europeo la garantía de un alto nivel de protección de la salud humana<sup>443</sup>, según exige la importancia que posee este derecho social y su incidencia en muy diversos campos de actuación que exceden del asistencial sanitario propiamente dicho. Buena muestra de ello son las reiteradas referencias que al bien jurídico de la salud y su tutela se contienen en el Tratado al regular el mercado interior, el medio ambiente, la protección de los consumidores, los asuntos sociales, la política de desarrollo y la investigación<sup>444</sup>.

En todo caso, si de la lectura del precepto recién referido podría colegirse, en principio, que la Unión protagoniza una cegada apuesta por la protección de la salud,

---

<sup>442</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. Y SÁNCHEZ TRIGUERO, C.: “La protección social de la salud en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, pág. 405. Véase un análisis de la atención comunitaria al respecto en ORTIZ DE ELGEA GOICOECHEA, P. J.: “La asistencia sanitaria en la Unión Europea y la libre circulación de los usuarios”, *Revista Derecho y Salud*, N° Extraordinario XI Congreso Derecho y Salud, págs. 63-75. Un detenido estudio a lo largo de comunicaciones de la Comisión, informes y dictámenes del Comité de las Regiones en HIERRO HIERRO, F. J., op. cit., págs. 60-70.

<sup>443</sup> Véase CHICHARRO LÁZARO, A.: “El rompecabezas de la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea”, en AA. VV.: *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, ALENZA GARCÍA, J. F. Y ARCOS VIEIRA, M. L. (Dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 510.

<sup>444</sup> MARCOS MARTÍN, M. T. Y QUESADA ALCALÁ, C.: “Influencia de la Unión Europea en la protección de la salud en España”, en AA. VV.: *La protección de la salud en tiempos de crisis. Nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A. Y PÉREZ ÁLVAREZ, S. (Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

Llegando a dotarla de un carácter intersectorial en el contexto comunitario, lo cierto es que el análisis del marco de actuación de la Unión en materia de asistencia sanitaria lleva a evidenciar lo precipitado, por no decir ilusorio, de tal juicio. Y es que el sistema de los Tratados de la UE, en cuanto instrumentos jurídico-políticos de organización, determina que las competencias comunitarias al respecto se circunscriben al ámbito de la coordinación. Se entiende, así, que se haya defendido que existe una “contradicción básica” en la articulación del derecho a la protección de la salud<sup>445</sup>.

Los Estados miembros no quedan plenamente afectados por la integración europea en este ámbito, ya que cada uno de ellos mantiene su competencia para articular y gestionar la política sanitaria, en general, y la provisión de asistencia sanitaria en particular. Lo anterior se desprende del art. 168.7 TFUE, el cual dispone que la actuación a nivel de la Unión “respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica”, al tiempo que clarifica que “las responsabilidades de los Estados miembros incluyen la gestión de los servicios de salud y de atención médica, así como la asignación de los recursos que se destinan a dichos servicios”. Ahora bien, conviene tener presente que la libertad de que disponen los Estados miembros no es absoluta, dado que, en la ordenación de prestaciones y establecimiento de condiciones de acceso, han de tener presentes los principios informadores del Derecho comunitario<sup>446</sup>.

No existe un modelo sanitario europeo como organización institucional independiente de los sistemas nacionales de cada uno de los Estados miembros, de ahí que existan no escasas divergencias organizativas y prestacionales entre los veintiocho Estados miembros, según se tendrá oportunidad de constatar más adelante. La Unión tiene en este ámbito una competencia restringida, lo que limita significativamente la protección que de

---

<sup>445</sup> Dado que se reconoce “al máximo nivel, como objetivo y fundamento de la UE, exigiendo su atención en todas y cada una de las políticas y acciones de la Comunidad (...) pero se limita a competencias de coordinación y fomento, por tanto puramente complementarias y estrictamente subsidiarias, con una expresa exclusión de cualquier armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”. MOLINA NAVARRETE, C.: “Los sistemas nacionales de dependencia y asistencia sanitaria...”, pág. 339.

<sup>446</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J.: “Libre prestación de servicios y reembolso de gastos médicos. Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de las CCEE de 28 de abril de 1998”, *Revista de Derecho Social*, núm. 4, 1998, pág. 124.

la salud acomete<sup>447</sup>. La asistencia sanitaria, siendo elemento determinante en la política social europea<sup>448</sup>, queda definida, pues, como un ámbito en el que la Unión Europea, empleando la terminología del art. 2.5 TFUE, puede llevar a cabo acciones con el fin de apoyar o coordinar la acción de los Estados miembros. En otras palabras, le compete el desarrollo de una labor de “*complementariedad* de la acción de los Estados y *coordinación* de esas acciones nacionales”<sup>449</sup>. En una materia como la sanitaria, en la que las diferencias nacionales de gestión, de financiación, de cobertura y de condiciones de acceso están aseguradas, resulta de suma importancia el cometido comunitario de proporcionar una nota coordinadora al respecto. Todo ello sin perjuicio de que, paradójicamente, la diversidad y pluralidad de modelos representen precisamente las principales dificultades con las que tropieza la labor coordinadora de la Unión al respecto o, como apunta SEMPERE NAVARRO<sup>450</sup>, las más importantes trabas técnicas y político-económicas.

La acción coordinadora de los sistemas nacionales que acomete la Unión aspira a materializar la garantía y efectividad de la libertad de circulación de todos los ciudadanos de la Unión en el territorio de la misma, libertad ésta que es enunciada en el art. 21.1 TFUE en los siguientes términos: “todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”.

En efecto, la función de la UE en el ámbito de la Seguridad Social consiste precisamente en materializar la libre circulación de personas en el territorio comunitario, en la que se vuelve a insistir desde el art. 3.2 TUE, al disponer que “la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas”. A través de la actuación

---

<sup>447</sup> Una crítica a esta opción de política del Derecho de la Unión como reflejo de una opción por un *garantismo débil* de este derecho social fundamental en MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho a la salud (artículo 25.1 DUDH; artículo 12 PIDESC)...”, págs. 604 y 605.

<sup>448</sup> Una interesante defensa de la política social en la UE, desde el punto de vista de la calidad social, en PÉREZ MENAYO, V.: “La calidad social, un reto para la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 62, 2006, págs. 125-128.

<sup>449</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “La coordinación comunitaria de los Sistemas de Asistencia Sanitaria (y II)”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 6, 2010, pág. 81.

<sup>450</sup> SEMPERE NAVARRO, A.: “Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria. El Reglamento 883/2004”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 9, 2004, págs. 126 y 127.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

coordinadora comunitaria, que preserva en todo caso las señas de identidad de cada uno de los sistemas nacionales, se aspira a impedir que las personas que opten por desplazarse en el interior de la Unión, o incluso instalarse en uno o varios Estados miembros diferentes al suyo de origen, queden desprotegidos frente a posibles situaciones de necesidad. Se trata de favorecer, en suma, “una movilidad sin riesgos excesivos”<sup>451</sup>. Así, el que un ciudadano comunitario se traslade definitiva o temporalmente a un Estado miembro diferente no puede implicar, en ningún caso, la privación de las prestaciones sociales a las que tiene derecho y, en concreto, y por lo que al objeto del presente trabajo se refiere, a las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social. Ésta y no otra es la conclusión que emana del art. 34.2 CDFUE cuando proclama que “toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales”.

Los supuestos de transnacionalidad no pueden derivar en una pérdida de derechos de Seguridad Social. En otro caso, se asistiría a un fuerte obstáculo a la libertad de circulación en el territorio de la Unión, que es sin duda la clave de bóveda que articula la regulación comunitaria de la Seguridad Social y la que inspira la lógica coordinadora que le sirve de sostén. En ello se revela el carácter netamente instrumental que la coordinación de los regímenes de Seguridad Social presenta en aras de garantizar la libre circulación de personas en el territorio comunitario<sup>452</sup>, en el que no se cuenta con un sistema común europeo o, como mejor se ha expresado, el “social comunitario” no ha emergido en un “Estado Social Comunitario de Derecho”<sup>453</sup>.

La Unión Europea ha de respetar plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica. En otras palabras, no ha de restringir la competencia que aquéllos ostentan en la articulación de sus sistemas sanitarios conforme a sus propios criterios técnicos<sup>454</sup>, sin

---

<sup>451</sup> PEREDO, J. A.: “La política social comunitaria”, en AA. VV.: *Política social de las Comunidades Europeas: V Jornadas Nacionales de Estudio del Comité Español para el Bienestar Social*, Madrid, ACEBO, 1986, pág. 32.

<sup>452</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “La coordinación comunitaria de los Sistemas de Asistencia Sanitaria (I)...”, pág. 80.

<sup>453</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Los sistemas nacionales de dependencia y asistencia sanitaria...”, págs. 337 y 338.

<sup>454</sup> STJUE de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, *Watts*, apartado 146.

perjuicio de las posibles adaptaciones que se vean obligados a introducir en este ámbito<sup>455</sup>. Lo anterior impide la existencia de un modelo armonizado de asistencia sanitaria a escala comunitaria, cumpliéndose “la paradoja de la armonización” a la que alude RODRÍGUEZ-PIÑERO<sup>456</sup>, al tiempo que fomenta el recurso a la labor coordinadora comunitaria de las acciones emprendidas por los Estados miembros.

En la diferenciación entre los conceptos de coordinación y armonización conviene hacer constar que la primera no afecta al contenido de las legislaciones nacionales sino sólo a su funcionamiento, mientras que la armonización sí conlleva la modificación del contenido de las legislaciones nacionales, al establecer nuevas normas de Seguridad Social con carácter unitario para todos los Estados<sup>457</sup>. Vemos, pues, que se contrapone la fusión que la armonización trae consigo de todos los sistemas en uno solo, a la mera conexión que la coordinación implica entre las legislaciones internas, sin que se pretenda su sustitución. En el ámbito sanitario, frente a la convergencia por la armonización, se fomenta la convergencia mediante los objetivos perseguidos<sup>458</sup>. Así, lejos de buscarse la homogeneización europea de los esquemas prestacionales en los Estados miembros, se pretende la coordinación de los distintos sistemas y, con ello, se preservan los rasgos definidores propios de cada uno de ellos.

Coherentemente con lo anterior, lejos de una estricta armonización que unifique los sistemas sanitarios de los Estados miembros, se aspira a mantener la heterogeneidad que el panorama comunitario acoge<sup>459</sup>. Pero sólo eso, mantener, ya que se ha advertido como una de las principales consecuencias de esta técnica coordinadora, precisamente, la imposibilidad de “aumentar, a través de la norma derivada, las disparidades que ya se

---

<sup>455</sup> SSTJUE de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, *Müller-Fauré y Van Riet*, apartado 102 y de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, *Watts*, apartado 147.

<sup>456</sup> “Cuanto mayores son las diferencias entre los ordenamientos nacionales, más necesaria es su armonización, si bien, cuanto mayores son las diferencias entre los ordenamientos nacionales, más difícil, y por ello menos probable, se hace ésta”. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “El proceso legislativo comunitario y el Derecho Social Europeo”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 12, 1998, pág. 32.

<sup>457</sup> SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L.: *Los Convenios bilaterales de Seguridad Social en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 37.

<sup>458</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “La coordinación comunitaria de los Sistemas de Asistencia Sanitaria (I)...”, pág. 74.

<sup>459</sup> El art. 156 TFUE precisa que se facilitará la coordinación de las acciones de los Estados miembros en los diversos ámbitos de la política social.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

derivan de la falta de armonización”, lo que implica abstenerse de incluir disposiciones que exceptúen a favor de un Estado miembro normas comunitarias generales<sup>460</sup>.

### 2.- MODELOS DE ASISTENCIA SANITARIA EN EUROPA.

En ausencia de una armonización a escala europea, ya se ha visto líneas arriba que los Estados miembros de la Unión preservan como propia la responsabilidad de configurar y organizar sus respectivos servicios sanitarios. En base a esta autonomía, el espacio común europeo asiste a un desarrollo de los mismos atendiendo a fórmulas muy diversas, dando como resultado un panorama bastante complejo y escasamente uniforme<sup>461</sup>. En efecto, existen tantos sistemas sanitarios como Estados miembros componen la Unión. Cada uno de ellos, obediente a concepciones ideológicas y políticas distintas, y configurado sobre variables socioeconómicas igualmente diversas, presenta una configuración propia en términos de financiación, gestión, cobertura poblacional, organización y catálogo prestacional. Con razón se ha afirmado a este respecto que “el término mosaico quizá sea el más apropiado para describir la realidad europea”<sup>462</sup>.

La gran variedad de modalidades de sistemas sanitarios nacionales<sup>463</sup>, cada uno con sus propias características definidoras, impide pregonar por tanto la existencia de un modelo común europeo en el ámbito sanitario<sup>464</sup>. Salta a la vista, de esta forma, la riqueza técnica del panorama comunitario, en el que, por arduos que sean los esfuerzos del

---

<sup>460</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D.: *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social: Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004, pág. 30.

<sup>461</sup> HERNÁNDEZ-BEJARANO, M.: “El reintegro de los gastos sanitarios en el Derecho Comunitario y en la doctrina del TJCE”, *Revista de Derecho Social*, núm. 26, 2004, págs. 73 y 74.

<sup>462</sup> GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C.: “La asistencia sanitaria y los Reglamentos 1408/71 y 574/72. La coordinación comunitaria de las prestaciones en especie y en metálico de enfermedad y maternidad”, en AA. VV.: *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999, pág. 107.

<sup>463</sup> Un interesante estudio de Derecho comparado en MONEREO PÉREZ, J. L.: “La salud como derecho humano fundamental”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 9, 2014; OJEDA AVILÉS, A.: *El Sistema Común Europeo de Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 55 a 61; MOLINA NAVARRETE, C.: “Los sistemas nacionales de dependencia y asistencia sanitaria en el marco del nuevo Reglamento comunitario de coordinación de los sistemas de Seguridad Social”, en AA. VV.: *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, CORREA CARRASCO, M. (Coord.), Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 2008, págs. 341-343; TRILLO GARCÍA, A.R. Y LLORENTE ÁLVAREZ, A.: “La regulación internacional de la protección de la salud” en AA. VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dir.), Comares, Granada, 2007, págs. 65-67.

<sup>464</sup> Véase DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: “La ausencia de un verdadero espacio común sanitario en la Unión Europea ¿un problema sustancialmente jurídico?”, *Revista Derecho y Salud*, núm. 2, 2011, pág. 75 y ss.

estudioso en asociar los elementos comunes, resulta tarea imposible encontrar ni tan siquiera dos ejemplos idénticos.

Uno de los grandes criterios en la clasificación de los sistemas sanitarios se basa en la fuente de financiación. Atendiendo a la misma, cabría diferenciar dos grandes modelos en el seno de la UE. De un lado, destaca aquel financiado con cargo a cotizaciones sociales, en la lógica de los tradicionales sistemas *bismarckianos* desde su concepción en la Alemania de los seguros sociales de 1881 (técnicas de aseguramiento social obligatorio). Se inscriben en este modelo Alemania, Austria, Bélgica, Eslovenia, Francia, Hungría, Lituania, Luxemburgo, Malta y Países Bajos, sin perjuicio de que cada vez sea más frecuente que las cotizaciones sociales en que se basan se vean complementadas con aportaciones presupuestarias complementarias. De otro lado, el modelo alternativo al anterior es aquel en el que la financiación se acomete por vía presupuestaria, en la línea de los sistemas nacionales de salud, propios del modelo *beveridgeano*, cuyo emblema creó el NHS británico de 1948. Es el caso de Chipre, Dinamarca, España, Estonia, Finlandia, Irlanda, Italia, Letonia, Noruega, Suecia, Islandia, Portugal y Reino Unido. En todos estos países los servicios públicos sanitarios se sufragan mediante la técnica impositiva.

La financiación pública por impuestos acoge una cobertura universal y gratuita, generalmente acompañada de una aproximación de planificación racional a la organización sanitaria. En este sentido, los sistemas financiados con cargo a presupuestos desarrollan esquemas de provisión basados en la planificación territorial y poblacional, creando regiones sanitarias dotadas de hospitales de alta especialización, áreas sanitarias dotadas de un hospital general y zonas de ámbito menor atendidas por centros de salud. De igual modo, estos sistemas han generalizado la organización funcional de los servicios médicos según su complejidad, siendo su característica más importante el estar basados en la medicina de atención primaria (médico general, de familia o de cabecera)<sup>465</sup>.

Los resultados de las distintas opciones varían de un sistema a otro. Así, los sistemas nacionales de salud garantizan generalmente la igualdad de acceso a los servicios y un notable control de la circulación de pacientes en el interior del sistema, de modo que se

---

<sup>465</sup> FREIRE CAMPO, J. M.: “El Sistema Nacional de Salud español en perspectiva comparada europea: diferencias, similitudes, retos y opciones”, *Claridad*, núm. 7, 2006.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

habilita la elección de médico generalista pero en el seno de una determinada circunscripción administrativa. El acceso a los servicios especializados se encuentra generalmente restringido por la obligación de inscribirse en listas de espera, además de la preceptiva remisión por la atención primaria, la cual representa la puerta de acceso a la atención especializada. Los sistemas de aseguramiento social, en cambio, logran garantizar de mejor modo la libre elección del médico por parte del paciente, aunque a menudo adolecen de significativas desigualdades de acceso a los servicios de salud<sup>466</sup>.

También se advierten significativas diferencias entre los sistemas sanitarios europeos si se toma en consideración la naturaleza de la relación entre proveedores y financiadores, pudiendo ser ésta contractual o integrada<sup>467</sup>. Así, en ciertos sistemas de salud, típicamente los financiados por cotizaciones sociales, la gestión sanitaria es indirecta, es decir, la provisión de prestaciones sanitarias se contrata con terceros proveedores, públicos o privados. Éstos intervienen con independencia de la caja o entidad aseguradora, ya sea a cambio de un precio baremado unificado y predeterminado por asistencia conforme al coste real de la prestación, que abona directamente la entidad al proveedor (técnica de concierto), ya sea mediante anticipo por parte del paciente del coste de la prestación cuyo reintegro reclama posteriormente a la entidad competente (técnica de reembolso)<sup>468</sup>. En otros sistemas, generalmente basados en impuestos, la gestión es de tipo directo, de modo que los proveedores pasan a integrarse en la misma organización pública, articulándose una red propia de establecimientos sanitarios (públicos o privados vinculados en virtud de contrato) con personal empleado directamente por la organización sanitaria.

Las divergencias también aparecen, como no podía ser de otra forma, entre las prestaciones dispensadas en el marco de los diferentes sistemas<sup>469</sup>. Y lo hacen significativamente desde un punto de vista técnico. A título ilustrativo, algunos Estados

---

<sup>466</sup> PALIER, B.: *La réforme des systèmes de santé*, Presses universitaires de France, París, 2004, págs. 31-35.

<sup>467</sup> FREIRE CAMPO, J. M.: “El Sistema Nacional de Salud español en perspectiva comparada europea...”, pág. 35.

<sup>468</sup> TRILLO GARCÍA, A.: “Derecho a la salud en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Aproximación a los sistemas sanitarios de los Estados miembros”, en AA. VV.: *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea*, CARRASCOSA BERMEJO, D. (Dir.), Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pág. 22.

<sup>469</sup> Subdirección General de Información Sanitaria e Innovación. *Los Sistemas Sanitarios en los Países de la UE: características e indicadores de salud*, 2013. Madrid. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014, pág. 12.

miembros cuentan con un catálogo definido a nivel central, que establece en clave positiva las prestaciones a las que se puede acceder en el marco del sistema (España, Italia, Bélgica, Francia, Luxemburgo y Países Bajos). En otros, tal listado prestacional es de tipo negativo, esto es, delimita aquellas prestaciones que no están cubiertos por los servicios de salud (Alemania y Reino Unido). Hay Estados, en cambio, en los que se carece de toda suerte de catálogo de referencia. Es el caso de Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Portugal, Suecia, Austria y Grecia.

Por su parte, los mecanismos de participación en los costes sanitarios también varían a lo largo y ancho del espacio común europeo. Ciertamente, tanto el ámbito de aplicación como el alcance del copago, cantidad fija que abona el paciente para el consumo de atención sanitaria, resultan diferentes según el sistema sanitario en el que se articulen. Así, por ejemplo, en Dinamarca y Reino Unido, dicha técnica sólo recae sobre los fármacos, mientras que en otros países como Portugal, incide en la atención primaria, la especializada ambulatoria, la atención en urgencias y los fármacos con receta, quedando exento al respecto el ingreso hospitalario. En Finlandia, Irlanda, Suecia, Austria, Bélgica, Francia y Países Bajos el copago, sin embargo, es empleado en todas las prestaciones sin excepción. Como se ha avanzado, las diferencias también afectan al alcance de la participación. Austria, Irlanda, Italia y Reino Unido cuentan con un copago fijo por receta o artículo en el ámbito farmacéutico; Alemania establece una tasa de coseguro, siempre la misma para todos los medicamentos, siendo la participación de un 10%, con un mínimo de cinco euros y un máximo de diez euros por artículo; en otros países, como Bélgica, Francia, Grecia y Portugal, el coseguro varía según el valor terapéutico del medicamento, de modo que las tasas son más altas cuando los medicamentos se usan para síntomas o enfermedades menores. En Dinamarca y Suecia, en cambio, el paciente paga el coste total de los medicamentos hasta llegar a un umbral (deducible), a partir del cual pasa a pagar una tasa decreciente de coseguro hasta alcanzar un segundo umbral, desde el que los costes están totalmente cubiertos<sup>470</sup>.

---

<sup>470</sup> Subdirección General de Información Sanitaria e Innovación. *Los Sistemas Sanitarios en los Países de la UE: características e indicadores de salud*, 2013. Madrid. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014, págs. 15-16.



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

Como puede comprobarse, resulta tan costoso como inútil tratar de formular categorías abstractas en las que insertar por entero cada uno de los sistemas sanitarios de los Estados miembros de la Unión Europea. Aun cuando se pudiesen agrupar por principios comunes, se encontrarían siempre diferencias en las técnicas usadas para hacerlos efectivos. Y es que son frecuentes los casos en que los sistemas de salud incorporan elementos propios de modelos teóricos distintos. Francia es un ejemplo paradigmático de lo recién señalado. No en vano, señalaría PIERRE LAROQUE, encargado de la puesta en marcha del plan francés de Seguridad Social, que aspiraba a alcanzar los objetivos de *Beveridge* pero con los medios de *Bismarck*<sup>471</sup>. Financiado tradicionalmente en base a cotizaciones sociales, el sistema de salud galo asiste a una progresiva combinación de técnicas impositivas que contribuyen a su naturaleza mixta. También en el ámbito subjetivo de cobertura dicho país ha adoptado una serie de medidas tendentes a la universalidad que no es propia de un sistema bismarckiano como el que, en principio, podría decirse que constituye. Fiel exponente de ello es la CMU (Couverture Maladie Universelle), que se implantó en los albores de nuestro siglo en aras de extender la cobertura médica a toda la población<sup>472</sup>.

Sirvan estos ejemplos para ilustrar que rara vez aparecen sistemas sanitarios puramente encuadrables en una determinada categoría. A este respecto, bien puede apuntarse que el transcurso de los años, y el desarrollo que experimenta cada uno de ellos, no ayuda a efectos clasificatorios. El mismo modelo español ha protagonizado, según se ha expuesto en la primera parte temática del presente trabajo, una evolución excepcional de tipo subjetivo y objetivo, transformando del todo sus técnicas de financiación y su lógica organizativa.

### 3.- LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.

---

<sup>471</sup> PALIER, B. Y BONOLI, G.: “Entre Bismarck et Beveridge. «Crises» de la sécurité sociale et politique(s)”, *Revue française de science politique*, 45e année, n°4, 1995, pág. 672.

<sup>472</sup> MILLS, C. ET CAUDRON, J.: *Protection sociale. Economie et politique. Débats actuels et réformes*, Gualino éditeur, Mémentos LMD, Paris, 2007, pág. 29.

Se ha señalado, con gran acierto, que “no existe un sistema estatal o supraestatal en el que no existan derechos fundamentales ya sean escritos, ya sean no escritos”<sup>473</sup>. La Unión Europea no queda ajena a este postulado y ha experimentado ambas situaciones. En una primera etapa, ante la ausencia de un texto en el que se positivizaran los derechos de las personas a nivel comunitario, y las dificultades que ello ocasionaba en la resolución de determinados supuestos, fue el TJUE el encargado de lograr que en el ordenamiento jurídico comunitario vieran la luz derechos fundamentales en forma de principios generales a través de sus pronunciamientos jurisdiccionales, sirviéndose a tal efecto del CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros<sup>474</sup>. El Tribunal de Justicia desempeñó, así, un destacable papel de suplencia de la inexistencia del reconocimiento expreso de derechos fundamentales, al considerar que su respeto es patrimonio común en el que descansan los propios presupuestos de la Unión y un requisito necesario para la pertenencia a ella<sup>475</sup>.

Conforme transcurrían los años y el proceso de integración europea avanzaba, la ampliación del ámbito de competencias de la Unión propiciaba el acceso a ámbitos de actuación pertenecientes a terrenos propios de derechos fundamentales y la aportación jurisprudencial, aunque valiosa, resultaba insuficiente. Emergía, así, la necesidad de contar con un catálogo en el que se definieran de forma escrita y organizada los derechos de las personas reconocidos en el plano comunitario. Y, más aún, era realmente la ambiciosa pretensión de configurar el proyecto europeo como auténtico sistema jurídico lo que hacía ineludible proclamar por escrito, a modo de *Bill of Rights*, una serie de derechos. Fue así como se puso de manifiesto el necesario ligamen entre el reconocimiento jurídico de los derechos humanos y el proceso de construcción europea<sup>476</sup>. Ciertamente, la efectividad real de los derechos que requiere toda comunidad política en la construcción de una

---

<sup>473</sup> ARNOLD, R.: “El desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en Europa”, en AA. VV.: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2002, pág. 30.

<sup>474</sup> SSTJUE de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70, *Handelsgesellschaft*; de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, *Nold*; de 15 de mayo de 1986, asunto 222/84, *Johnston*; de 21 de septiembre de 1989, asuntos acumulados 46/87 y 227/88, *Hoechst AG contra Comisión*.

<sup>475</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Derechos sociales fundamentales y Unión Europea”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2007, pág. 57.

<sup>476</sup> Consúltase al respecto APARICIO TOVAR, J.: *Introducción al Derecho social de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2005, págs. 13-43.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

sociedad libre, justa y solidaria, pasa por la correspondiente positivización de los mismos. A través de ésta, se otorga legitimidad a todo sistema democrático. Con razón, señala BALAGUER CALLEJÓN que “en el Estado constitucional de Derecho, Derecho y derechos son términos indisolubles: no puede haber una comunidad de Derecho que no sea a la vez una comunidad de Derechos fundamentales”<sup>477</sup>. En la pretensión comunitaria de materializar esta interdependencia puede decirse que radica la razón de ser de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), versión consolidada 2010/C 83/02, considerada como el corolario del modelo social europeo, la principal herramienta con la que se dispensa protección en el ámbito comunitario, y cuyas consecuencias interpretativas trascienden del mismo, si se tiene en cuenta que se ha apostado por una fuerte relación de los derechos en ella contenidos con los proclamados en el CEDH, la CSE y las constituciones nacionales, en aras de lograr una visión integradora de tales textos<sup>478</sup>.

Deteniéndonos en el instrumento en sí mismo considerado, es de resaltar que la CDFUE ocupa un lugar muy destacado en cuanto a la unidad, interdependencia y comunicabilidad de los derechos humanos se refiere<sup>479</sup>. En efecto, a diferencia de lo que ya se ha visto que ocurría en el plano internacional (PIDESC y PIDCP) y regional europeo (CSE y CEDH), lo cierto es que la Carta aúna en el mismo cuerpo derechos civiles y políticos, económicos y sociales así como los denominados derechos de tercera generación<sup>480</sup>. Se logra, de este modo, romper con la tradición que a nivel internacional se había impuesto en cuanto a la consagración de un texto para cada categoría de derechos, en lo que constituía una clara trasgresión formal (pero también material, ya que ello condiciona el régimen de garantías) al principio de indivisibilidad de los derechos. En contraposición a esa tradicional segregación, la CDFUE opta por “hermanar” los sociales

---

<sup>477</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F.: “Derecho y Derechos en la Unión Europea”, en AA. VV.: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2002, pág. 41.

<sup>478</sup> ALONSO GARCÍA, R. Y SARMIENTO, D.: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 16.

<sup>479</sup> Sobre la indivisibilidad de todos los derechos humanos en general, con especial referencia a la CDFUE, consúltese MONEREO PÉREZ, J. L.: “La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo...”, pág. 92 y ss.

<sup>480</sup> A título de ejemplo, el art. 37, bajo la rúbrica “protección del medio ambiente” dispone que “en las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”.

con los demás derechos fundamentales<sup>481</sup>, por consolidar en fin la plena interdependencia entre todos ellos.

Desde el punto de vista del contenido de la Carta, resulta elogiable la fórmula de reconocimiento utilizada en su catálogo, concretada en una técnica de sistematización por valores propios de la Unión, a saber, la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía y la justicia. En concreto, el derecho social a la asistencia sanitaria queda insertado en el Título IV, dedicado al valor de la “solidaridad”, sede de reconocimiento de la mayor parte de los derechos sociales de la Carta. Resulta harto revelador el enclave del mismo, pues rinde tributo al papel determinante que juega la protección sanitaria en la cristalización de la cohesión social. En concreto, el art. 35 CDFUE preceptúa que “toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana”. Según se advierte, el precepto incide en la protección de la salud desde una perspectiva integral, de modo que la lectura que demanda no puede acometerse sino en clave amplia, comprensiva de modo diferenciado pero interdependiente tanto del derecho a las prestaciones sociales públicas, como el derecho del establecimiento por parte de los poderes públicos de medidas de salubridad pública general<sup>482</sup>. Asimismo, con la expresión “un alto nivel de protección”, la Carta refuerza la calidad como una de las características que debe definir la asistencia sanitaria proclamada. Esto es, imprime en la política de la Unión un vínculo de resultado que consienta la obtención de condiciones sanitarias siempre mejores<sup>483</sup>.

El último inciso del referido precepto se refiere, por su parte, a la transversalidad que reviste la protección de la salud en el sistema jurídico de la Unión Europea, reiterándose en los términos del 168.1 TFUE. Basados en este precepto, así como en los artículos 11

---

<sup>481</sup> Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., op. cit., págs. 61 y 62.

<sup>482</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., “Derecho a la salud (artículo 25.1 DUDH; artículo 12 PIDESC)...”, pág. 603.

<sup>483</sup> INGLESE, M.: “Le prestazioni sanitarie transfrontaliere e la tutela della salute”, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 1, 2012, pág. 110.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

y 13 de la Carta Social Europea<sup>484</sup>, los principios del art. 35 CDFUE cumplen una función de suma importancia en cuanto logran filtrarse en el canon interpretativo del art. 10.2 CE.

Resulta también preciso destacar, más bien elogiar, que la fórmula de proclamación que contiene el precepto (“toda persona tiene derecho”) hace gala de una mayor determinación en el reconocimiento del derecho, renunciando a aquellas otras poco precisas que, sin embargo, abundan en el articulado de la Carta (fórmulas del tipo “se garantizará” o “la Unión reconoce y respeta”). La alusión expresa a “toda persona” evidencia que la CDFUE participa de la vocación universalista que caracteriza la misma esencia del derecho fundamental a la asistencia sanitaria. De este modo, la Carta, lejos de configurarlo como un derecho de ciudadanía política, lo proclama como derecho inherente a todo ser humano, sin restricción alguna derivada de la condición jurídico-política o jurídico-administrativa<sup>485</sup>.

El art. 34.1, por su parte, en el marco del derecho a la Seguridad Social, enuncia que “la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”, apreciación ésta última que revela una “tímida e incipiente implicación” de las instituciones comunitarias en el ámbito de la protección social, en concurrencia con las instancias estatales<sup>486</sup>. Como se aprecia, la Carta ofrece una concepción de Seguridad Social en la que quedan imbricadas las prestaciones sanitarias<sup>487</sup>, sin que ni éstas ni las demás sean objeto de concreción. Ahora bien, se ha criticado, con acierto, que el apartado segundo del precepto limite el derecho a las prestaciones de Seguridad Social a “toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión”, pues, como derecho social de la persona, no resulta coherente que quede sometido a condicionamientos de tipo jurídico-administrativo<sup>488</sup>.

---

<sup>484</sup> *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*. DO C 303 de 14.12.2007, p. 17/35

<sup>485</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. Y SÁNCHEZ TRIGUERO, C., op. cit., pág. 402.

<sup>486</sup> SEMPERE NAVARRO, A., loc. cit., pág. 127.

<sup>487</sup> Lo que constituiría otro sólido argumento en la apuesta por una asistencia sanitaria plenamente incluida en la acción protectora de la Seguridad Social, frente a las tesis segregacionistas de ambos conceptos.

<sup>488</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo...”, pág. 241.

Por lo que respecta a la técnica de juridificación empleada en la Carta, ésta merece ser adjetivada como “débil” ya que presenta un deficiente sistema de garantías. En todo caso, no conviene ignorar el importante paso que se dio en este sentido en diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. A raíz del mismo, la CDFUE pasó de ser una mera declaración interinstitucional político-jurídica a constituir un texto normativo dotado de fuerza jurídica vinculante, el primero en el ámbito comunitario<sup>489</sup>. Un paso decisivo sin duda, pero no suficiente, en cuanto si bien la Carta adquirió el mismo valor jurídico que los Tratados, lo cierto es que no quedó integrada junto con éstos en el acervo comunitario. En efecto, el art. 6 TUE dispone que “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”, al tiempo que precisa que “las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados”. La lectura de tales términos, unida a la de aquellos que preservan su respeto únicamente en el marco de aplicación del Derecho de la Unión<sup>490</sup>, lleva a la conclusión de que se desperdició una extraordinaria oportunidad para reforzar los poderes decisionales de la Unión en el ámbito de las políticas del *welfare*, para completar el modelo garantista de derechos sociales fundamentales en el marco de un sistema político-democrático avanzado como el europeo y para consolidar, en fin, el modelo social europeo. Y es que no puede ignorarse el fuerte nexo de unión existente entre la plena garantía de los derechos sociales y el proceso de construcción de una Europa más democrática<sup>491</sup>.

#### 4.- LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA EN LA UNIÓN EUROPEA.

---

<sup>489</sup> Recuérdese que la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989 constituía, sin más, un texto declarativo político que no era directamente aplicable.

<sup>490</sup> El art. 51.1 CEDFUE preceptúa que “las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”.

<sup>491</sup> Consúltese al respecto MONEREO PÉREZ, J. L.: “La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo...”, pág. 163 y ss.

#### 4.1.- La movilidad de pacientes en el territorio de la Unión.

Con carácter general, puede afirmarse que los ciudadanos comunitarios muestran una asentada preferencia en recibir atención médica en su Estado miembro de pertenencia. El cambio de idioma, el traslado a un sistema con diferente organización o, simplemente, el desconocimiento de la posibilidad de obtener asistencia sanitaria transfronteriza reembolsable, son algunos de los factores que influyen en este descarte mayoritario de cruzar las fronteras para acceder a los servicios de salud de otro Estado miembro. Valga apuntar que la asistencia sanitaria transfronteriza representa no más del 1% del gasto público sanitario en la UE<sup>492</sup>, por lo que tiene un impacto financiero muy marginal.

En todo caso, y como cualquier otra manifestación del fenómeno de los movimientos transfronterizos<sup>493</sup>, parece que los casos en que los pacientes son atendidos en Estados miembros diferentes del de residencia están en progresivo incremento<sup>494</sup>. No hay más que atender a los pronunciamientos del TJUE sobre la materia para percatarse de que cada vez son más los supuestos de asistencia sanitaria en que el elemento transfronterizo aparece en escena, bien de manera casual o bien de manera causal. Es decir, en algunas ocasiones, se acude a los servicios sanitarios de un país diferente al de afiliación porque la necesidad de atención médica surge precisamente en el marco de una estancia temporal en el primero. En otras, sin embargo, existe un desplazamiento transnacional cuya finalidad expresa es precisamente la obtención de asistencia sanitaria. En estos últimos casos, razones como la búsqueda de un menor tiempo de espera o el deseo de salvar las limitaciones económicas o incluso legales que presenta el sistema del Estado propio suelen estar detrás de las decisiones de movilidad de los individuos<sup>495</sup>. Piénsese, por ejemplo, en la pretensión de

---

<sup>492</sup> Nota Informativa de la Comisión Europea, de 22 de octubre de 2013: “Preguntas y respuestas: Derechos de los pacientes en materia de asistencia sanitaria transfronteriza”.

<sup>493</sup> “Si el hombre es un ser móvil, el europeo es el ser móvil por excelencia. De hecho, la historia de Europa de las últimas décadas del siglo XX es la de sus flujos migratorios”. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C.: “La coordinación de regímenes de Seguridad Social. El Reglamento CEE 1408/71. Simplificación y extensión a nacionales de terceros Estados”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 42, 2003, pág. 72.

<sup>494</sup> El continuo aumento de los costes globales de la sanidad crea problemas a nivel nacional, tanto en lo relativo a las facilidades de acceso y calidad, como en la viabilidad del suministro de atención médica. Lo anterior, unido al ascenso de la circulación de personas y el incremento de la integración en las zonas fronterizas, además de la información de los pacientes sobre las opciones de tratamiento disponibles, tiende a estimular la demanda de asistencia transfronteriza. MOSSIALOS, E. Y PALM, W.: “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la libre circulación de pacientes en la Unión Europea”, *Revista internacional de Seguridad Social*, Vol. 56, núm. 2, 2003, págs. 8 y 9.

<sup>495</sup> Según el Flash Eurobarometer 210: Cross-border health services in the EU. Analytical report (Fieldwork: May 2007; Report: June 2007), pág. 33, el principal motivo que impulsa la movilidad de

acceder a tratamientos más avanzados que los disponibles en el país de origen, o a servicios sanitarios que quedan excluidos de su marco legal, como sería el caso de posibles tratamientos de fertilidad, que no están comprendidos en el catálogo prestacional de determinados Estados miembros.

La complejidad que entraña la movilidad transfronteriza de pacientes radica en el enfrentamiento de dos extremos, de siempre presentes por otra parte en el desarrollo mismo de la construcción social europea. De un lado, la libre circulación de personas y la libre prestación de servicios constituyen buena parte del sustento de la Unión en el que se legitima el derecho a acceder a la atención sanitaria en un Estado miembro diferente del de afiliación. De otro, este mismo acceso supone un desafío a la sostenibilidad económica de los sistemas sanitarios nacionales<sup>496</sup>, dados los incuestionables costes añadidos que supone la asistencia sanitaria a personas que no colaboran (sea como cotizantes, sea como contribuyentes) en su mantenimiento. La cuestión no es en modo alguno simple si se tiene en cuenta, con MOLINA NAVARRETE, que “una interpretación restrictiva, que dificulte la movilidad intracomunitaria por razones de asistencia sanitaria, choca con la idea raíz del proyecto comunitario, la libertad de circulación de personas, mientras que una lectura generosa o expansiva puede suponer una excesiva carga financiera para determinados Estados miembros, desequilibrando sus Sistemas, que son nacionales”<sup>497</sup>.

El problema de fondo es, como suele ser habitual, de tipo económico, ya que el incremento del número de pacientes provoca el afloramiento de limitaciones del sistema sanitario, disminuyendo la calidad asistencial o aumentando las denostadas listas de espera<sup>498</sup>. De ahí que se haya hecho hincapié en la necesidad de que los Estados miembros provean una asistencia sanitaria de una alta calidad equivalente, pues diferencias

---

pacientes en la UE se basa en la pretensión de acceder a un tratamiento que no está disponible en el Estado miembro de origen, seguido (por este orden) de la búsqueda de un tratamiento de mayor calidad, de ser atendido por un renombrado especialista, de obtener asistencia en un plazo más breve que en el Estado de origen y, por último, de recibir un tratamiento menos costoso.

<sup>496</sup> De ahí el recelo que comúnmente mantienen las autoridades de los Estados miembros al respecto. TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “Sanidad reformada y movilidad de personas: el acceso a la protección de la salud de comunitarios y extracomunitarios en cuestión”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 376, 2014, pág. 47.

<sup>497</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Los sistemas nacionales de dependencia y asistencia sanitaria...”, pág. 358.

<sup>498</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Turismo sanitario en la Unión Europea”, en AA. VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 358.



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

relevantes a este nivel generarían fuertes desplazamientos de población de países con sistemas de baja calidad hacia aquellos de mayor calidad, desafiando las opciones de planificación organizativa de los sistemas nacionales que trata de preservar, según se ha visto, el Derecho de la UE<sup>499</sup>.

Existe, en definitiva, una tensión originaria entre la libre circulación en el interior de la UE y el principio de solidaridad social. Una tensión que se ha acrecentado en la misma medida en que se ha ampliado hasta generalizarse el abanico de potenciales beneficiarios del derecho al acceso transfronterizo a las prestaciones sociales garantizadas por los sistemas nacionales del *welfare* y que ha alcanzado su grado máximo mediante la proclamación como derechos universales de la libertad de circulación en el territorio de la Unión y la correlativa garantía de igualdad de trato. Se advierte, así, el reto al que se enfrentan los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros, un reto a la misma idea de solidaridad europea, a su intensidad y a las formas en las que se realiza en el ordenamiento comunitario<sup>500</sup>.

Según se verá en las líneas que siguen, en el ámbito comunitario no se han determinado unos estándares fijos y comunes relativos al acceso a los servicios de salud en el conjunto del territorio de la Unión. En otras palabras, la UE no entra a definir el nivel de cobertura que se ha de salvaguardar en la asistencia sanitaria transfronteriza. No cabría hablar, por tanto, de una serie de derechos compartidos por los ciudadanos de la Unión y directamente reconocidos a escala europea en base a una pretendida *ciudadanía sanitaria*, sino que se cuenta con lo que se ha dado en llamar en términos anglosajones “rules for rights”<sup>501</sup>. Así pues, se han delimitado una serie de reglas conforme a las cuales juzgar las normas empleadas por los Estados miembros para organizar la asistencia sanitaria. Luego en el escenario comunitario no existen unos estándares comunes europeos, sino unas pautas para juzgar los propios estándares nacionales.

---

<sup>499</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales”, en AA. VV.: *Derecho y salud en la Unión Europea*, PÉREZ GÁLVEZ, J. F. Y BARRANCO VELA, R. (Dir.), Comares, Granada, 2013, pág. 108.

<sup>500</sup> GIUBBONI, S.: *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli social nazionali nello spazio giuridico europeo*. Il Mulino, Bologna, 2012, pág. 139.

<sup>501</sup> GREER, S. L. AND SOKOL, T.: “Rules for Rights: European Law, Health Care and Social Citizenship”, *European Law in Context*, Vol. 20, núm. 1, 2014, pág. 68.

En la actualidad, los pacientes de la Unión cuentan con dos rutas paralelas de reembolso de los gastos asumidos en el acceso a los servicios sanitarios de un Estado miembro diferente del competente. Así, junto a la tradicionalmente constituida por los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, emergió la Directiva 2011/24/UE, que codificó la jurisprudencia del TJUE<sup>502</sup> en el ámbito de la movilidad de pacientes y que ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico interno en virtud del Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero. La existencia de diferentes instrumentos de regulación de la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea arroja un panorama ciertamente complejo, máxime si se tiene en cuenta que la base jurídica de cada uno varía significativamente (libre circulación de personas vs. libre prestación de servicios) y que las administraciones involucradas no resultan coincidentes ni a nivel europeo (con la puesta en juego de dos Direcciones Generales, de empleo y de sanidad y consumidores), ni a nivel nacional (con dos Ministerios distintos, estando la gestión de las prestaciones sanitarias transferida a las Comunidades Autónomas).

#### **4.2.- La asistencia sanitaria transfronteriza sobre la base jurídica de la libre circulación de personas: el sistema de coordinación.**

La coordinación de los sistemas de Seguridad Social es acometida por el Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril, complementado por el Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004. Uno y otro sustituyeron respectivamente a los Reglamentos 1408/71<sup>503</sup> y 574/72, desde el 1 de mayo de 2010, fecha de entrada en vigor de la norma de aplicación. El régimen jurídico

---

<sup>502</sup> Sobre las causas por las que se rehuyó de incorporar la jurisprudencia en el Reglamento y se optó finalmente por aprobar una directiva como vía paralela, se ha apuntado a la mayoría cualificada que requería la aprobación de una norma basada en el funcionamiento del mercado interior, frente a la unanimidad que exigía la modificación del instrumento reglamentario hasta la entrada en vigor del TFUE. Además, dado que la entrada en vigor de los nuevos reglamentos de coordinación estaba prevista para el año 2010, no parecía aconsejable modificar dichas normas, recién adoptadas. GARCÍA DE CORTÁZAR, C.: “Articulación e interrelación entre las vías de reembolso del Reglamento CE/883/2004 y las de la Directiva 2011/24/UE”, en AA. VV.: *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea*, CARRASCOSA BERMEJO, D. (Dir.), Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pág. 140.

<sup>503</sup> No obstante, en virtud del art. 91 del Reglamento 883/2004, siguió vigente hasta que entró en vigor el Reglamento 987/2009.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

contenido en los vigentes reglamentos resulta aplicable en los veintiocho Estados miembros, así como en los Estados del Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia, Liechtenstein) y Suiza. Si bien con un contenido prácticamente idéntico<sup>504</sup>, lo cierto es que la nueva regulación nació con el objetivo de aclarar y simplificar en la medida de lo posible el régimen anterior, por cuya extrema complejidad, fue merecedor de adjetivos del tipo de “recóndito, impenetrable, misterioso y enigmático”<sup>505</sup>.

En el Reglamento 883/2004 de coordinación se presta una cualificada atención a las prestaciones sanitarias o “de enfermedad”, utilizando la terminología comunitaria, de la Seguridad Social. Su especial naturaleza y la nada simple relación de supuestos de hecho que implica la asistencia sanitaria transfronteriza en la UE bien lo justifica. En efecto, la provisión de servicios sanitarios en un Estado Miembro diferente de aquel a cuyo sistema de Seguridad Social se esté afiliado o de aquél en el que se tenga reconocido el derecho de acceso al sistema sanitario<sup>506</sup> plantea numerosos interrogantes que requieren respuesta comunitaria, máxime si se repara en la imposibilidad material de “exportar” los servicios sanitarios de un Estado miembro a otro, de modo que éstos han de ser dispensados en el marco de aquél en el que se encuentre desplazado el paciente, debiendo articularse el correspondiente reembolso por parte del Estado competente. En consecuencia, nuestro país se coloca muy a menudo en posición deudora de los costes derivados de la provisión de prestaciones sanitarias respecto de individuos que, siendo originarios del mismo, en su estancia o residencia en otro Estado miembro generan dicha obligación<sup>507</sup>.

Es fundamentalmente en este ámbito en el que el Reglamento de coordinación representa una herramienta básica. Mediante la determinación de la ley aplicable, identifica la institución a la que compete la provisión de la atención sanitaria (“institución del lugar de residencia” o “institución del lugar de estancia”, según terminología del

---

<sup>504</sup> La nueva regulación responde “más a una voluntad de abreviar la redacción y la definición de las situaciones que a un deseo de modificación sustantiva de las mismas, aunque no se ha ganado demasiado en claridad”. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 35. Protección de la salud”, en AA. VV.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y coords.), Comares, Granada, 2012, pág. 967.

<sup>505</sup> GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C.: “La coordinación de regímenes de Seguridad Social...”, pág. 71.

<sup>506</sup> Téngase presente que la asistencia sanitaria en terceros Estados es atendida en los respectivos acuerdos o Convenios bilaterales o multilaterales. Un análisis de la asistencia sanitaria en tales instrumentos en SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L., op. cit., págs. 78-83.

<sup>507</sup> Véase OJEDA AVILÉS, A.: “Las conexiones transfronterizas débiles. ¿De “zonas grises” a cuerpo central?”, en AA. VV.: *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999, pág. 67.

Reglamento 883/2004) y aquella otra a la que corresponde la asunción de los costes derivados de la misma (“institución competente”, también en términos del Reglamento 883/2004).

El concepto de prestaciones de enfermedad que maneja el Reglamento no queda a merced de la legislación interna de cada Estado sino que, por el contrario, dicho concepto se desarrolla en el seno del ámbito comunitario, tal y como ha indicado el TJUE<sup>508</sup>. De este modo, es irrelevante la calificación que reciba una prestación en la legislación interna o las declaraciones realizadas por el Estado al efecto, ya que lo importante es la naturaleza y objeto de la prestación controvertida. Toda exclusión a la aplicación de la normativa de coordinación debe interpretarse restrictivamente<sup>509</sup>. En concreto, en el marco de las “prestaciones de enfermedad”, el Reglamento diferencia entre “prestaciones en especie” y “prestaciones en metálico”. Las primeras son definidas en el art. 1.v.bis como aquellas admitidas en cuanto tales por la legislación que aplique el Estado miembro y que estén destinadas a proveer, facilitar, abonar directamente o reembolsar los costes de la atención sanitaria y de los productos y servicios accesorios de dicha atención. El Reglamento 883/2004 supuso, en este sentido, un avance respecto del Reglamento 1408/71, el cual carecía de una definición de las prestaciones en especie y de las prestaciones en metálico. Ahora bien, la nueva regulación sigue sin ofrecer un concepto de estas últimas. Para encontrarlo, se ha de indagar en la doctrina científica<sup>510</sup> y en la jurisprudencia comunitaria, la cual ha ido asentando las bases conceptuales de ambos tipos de prestaciones<sup>511</sup>.

---

<sup>508</sup> “La exigencia de una aplicación uniforme del Derecho comunitario dentro de la Comunidad implica que los conceptos a los que se refiere este Derecho no varíen en función de las particularidades de cada Derecho nacional, sino que se basen en criterios objetivos, definidos en un marco comunitario. Conforme a este principio, el concepto de «prestaciones de enfermedad y de maternidad» (...) debe determinarse, para la aplicación de este Reglamento [el entonces en vigor Reglamento 1408/71], en función no del tipo de legislación nacional en que figuran las disposiciones internas que prevén las referidas prestaciones, sino en función de las normas comunitarias que determinan los elementos constitutivos de dichas prestaciones”, concretando que “la expresión «prestaciones de enfermedad y de maternidad» (...) debe entenderse en el sentido de que engloba las prestaciones previstas por una legislación en materia de invalidez y que tienen carácter de prestaciones en concepto de atenciones sanitarias de naturaleza médica o quirúrgica”. STJUE de 10 de enero de 1980, asunto 69/79, *Jordens-Voster*.

<sup>509</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D. Y TRILLO GARCÍA, A.: “Cobertura sanitaria y reembolso en el marco de los Reglamentos de coordinación”, en AA. VV.: *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea*, CARRASCOSA BERMEJO, D. (Dir.), Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pág. 43.

<sup>510</sup> “La diferencia entre ambas modalidades puede sintetizarse como sigue. Las prestaciones por enfermedad en especie comprenden la asistencia médica y dental, medicinas y hospitalización, así como también los pagos directos para reembolsar los costes de aquellas (básicamente referido al reintegro de

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

Por lo que respecta al ámbito subjetivo<sup>512</sup>, frente al Reglamento 1408/71 y su profusa regulación, que distinguía entre trabajadores (por cuenta ajena o propia), trabajadores en paro, solicitantes de pensiones y titulares de ellas, lo cierto es que el Reglamento 883/2004, fiel a su propósito de simplificación, únicamente articula el régimen jurídico de la asistencia sanitaria transfronteriza en torno a dos colectivos: de un lado, las personas aseguradas y miembros de sus familias que residan o se encuentren en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente y, de otro, los titulares de pensiones y los miembros de sus familias, cuya situación particular justifica un tratamiento singularizado.

Los reglamentos de coordinación resultan aplicables a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, de un Estado parte del Espacio Económico Europeo, o de Suiza, que tengan reconocido el derecho a la asistencia sanitaria y que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros (art. 2 Reglamento 883/2004). Sin embargo, el Reglamento (CE) N° 1231/2010 del Parlamento europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, extendió la aplicación de tales reglamentos a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por tales normas, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro y siempre que su situación no esté circunscrita, en todos sus aspectos, al interior de un solo Estado miembro. Dicho en otros términos, el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa de coordinación quedó ampliado a los nacionales de terceros Estados que, teniendo residencia legal en un Estado miembro de la Unión Europea, se encuentren cubiertos por los sistemas de Seguridad Social de alguno de ellos<sup>513</sup>.

---

gastos médicos abonados por los otros Estados). Por su parte, las prestaciones por enfermedad en metálico tienen una finalidad sustitutoria, ya que tratan de aminorar la pérdida que un trabajador pueda sufrir en sus ingresos, sueldos y salarios". MALDONADO MOLINA, J. A.: "La protección de los migrante-dependientes", *Documentación Administrativa*, núm. 276-277, septiembre-diciembre 2006 y enero-abril 2007, pág. 645.

<sup>511</sup> Son "prestaciones en metálico" aquellas de "carácter periódico que procuran un ingreso sustitutorio o un apoyo económico destinados a mantener el nivel de vida general del enfermo y de sus eventuales familiares". STJUE de 15 de junio de 2006, asunto C-466/04, *Acereda Herrera*, apartado 33. Por su parte, las prestaciones en especie se refieren a "las prestaciones por tratamientos y cuidados médicos y suministro de medicamentos", lo que "no excluye que dicha prestación consista en pagos efectuados por la institución deudora", es decir, cuando se conceden en forma de reembolso de gastos. STJUE de 30 de junio de 1966, asunto 61/65, *Vaassen-Göbbels*, apartado 2.

<sup>512</sup> Consúltase GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBRED, C.: "El campo de aplicación del Reglamento 883/2004", *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, págs. 51-61.

<sup>513</sup> De esta extensión quedan exceptuados Reino Unido y Dinamarca.

La persona asegurada es definida en el art. 1.c) del Reglamento 883/2004 como aquella que reúne "las condiciones requeridas por la legislación del Estado miembro competente con arreglo al Título II para tener derecho a las prestaciones"<sup>514</sup>, superándose, así, una noción más limitada, exclusivamente vinculada a una relación laboral<sup>515</sup>. No le falta razón a GARCÍA DE CORTÁZAR cuando apunta a la "deslaboralización" que en el ámbito de las prestaciones de enfermedad vino a significar la normativa de coordinación. Y es que, en la asistencia sanitaria no entra en juego un elemento transfronterizo vinculado a la libre circulación de trabajadores, sino, con mayor ambición, a la libre circulación de personas. En este sentido, el autor ha apuntado que los posibles beneficiarios de la asistencia sanitaria transfronteriza no actúan como trabajadores, aun cuando puedan serlo, sino como ciudadanos que requieren acceder a servicios sanitarios. Muchos, por tanto, son trabajadores, pero las prestaciones sanitarias que le son dispensadas en otro Estado miembro no derivan directamente del desarrollo de su trabajo, sino de su estado de salud<sup>516</sup>.

En cuanto a las situaciones contempladas, el Reglamento, mejorando la normativa precedente, se abstiene de entrar en una prolija lista de posibles supuestos, limitándose a diferenciar entre lo que se ha dado en llamar la asistencia sanitaria programada y la no programada. En la primera se inscribirían todos los desplazamientos expresos para la obtención de asistencia sanitaria en un Estado miembro diferente al competente, mientras que la segunda incluiría los supuestos de estancia o residencia en ese otro Estado miembro. La "residencia" y la "estancia" en un Estado miembro diferente del competente

---

<sup>514</sup> Ya en su día, la Decisión N° 174 de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes de 20 de abril de 1999 contenía la siguiente definición de "persona asegurada en virtud de la legislación de un Estado miembro": "toda persona que sea nacional de un Estado miembro con derecho a las prestaciones de enfermedad en especie en virtud de la legislación de un Estado miembro con base en un seguro voluntario, obligatorio o facultativo permanente, en virtud de una condición distinta a la de trabajador por cuenta ajena o de trabajador por cuenta propia, en relación con uno o varios de los riesgos cubiertos por las ramas de la seguridad social".

<sup>515</sup> Lo que se corresponde con lo que dispuso el TJUE en la Sentencia de 31 de mayo de 1979, asunto 182/78, *Pierik II*, ap. 4, según la cual, el término "trabajador" que manejaba el anterior Reglamento 1408/71 "abarca a cualquier persona que esté asegurada en virtud de la legislación de Seguridad Social de uno o de varios Estados miembros con independencia de que ejerza o no una actividad profesional".

<sup>516</sup> "La introducción originaria de esos preceptos sanitarios transfronterizos inicia el camino de la deslaborización del Reglamento 1408/1971 y su transformación, culminada con el Reglamento CE/883/2004, en un instrumento de libre circulación de ciudadanos. Probablemente de lo que estamos hablando aquí es de la Europa de los ciudadanos pero poco de la libre circulación de trabajadores". GARCÍA DE CORTÁZAR, C.: "Articulación e interrelación entre las vías de reembolso...", págs. 130-133.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

ponen en juego dos supuestos terminológicamente diferenciados. En concreto, la residencia alude al “lugar en que una persona reside habitualmente”<sup>517</sup>, mientras que por estancia se entiende parcamente “la residencia temporal”<sup>518</sup>. En el primer concepto, como se advierte, la nota de la temporalidad de la permanencia se prorroga durante más tiempo que en el segundo<sup>519</sup>. En todo caso, ambas definiciones son ciertamente insuficientes si se tiene en cuenta el carácter determinante de estos conceptos en la regulación que al respecto contiene la normativa de coordinación.

### 4.2.1.- La atención médica no programada: la residencia y la estancia temporal.

De conformidad con el art. 17 del Reglamento 883/2004, si la persona asegurada o los miembros de su familia<sup>520</sup> residen en un Estado miembro distinto del competente, tienen derecho a disfrutar "en el Estado miembro de residencia de las prestaciones en especie facilitadas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de residencia, según las disposiciones de la legislación que esta última aplique, como si estuvieran aseguradas en virtud de dicha legislación". Del precepto deriva un claro reparto de responsabilidades institucionales: la provisión de la atención médica corresponde al sistema sanitario del Estado de residencia, previa presentación por el paciente del documento portátil S1<sup>521</sup>, en las mismas condiciones impuestas en su respectiva normativa a los nacionales de dicho Estado (entre otras, catálogo prestacional y técnicas de copago), mientras que el coste derivado de dicha asistencia es asumido por el Estado competente, que procederá al oportuno reembolso.

A tales efectos, la persona asegurada, o los miembros de su familia, deben inscribirse en la institución del lugar de residencia y acreditar su derecho a las prestaciones en especie en el Estado miembro de residencia mediante una certificación expedida por la institución competente a petición de la persona asegurada o de la institución del lugar de residencia.

---

<sup>517</sup> Art. 1.j) del Reglamento 883/2004.

<sup>518</sup> Art. 1.k) del Reglamento 883/2004.

<sup>519</sup> GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria...”, pág. 125.

<sup>520</sup> De conformidad con el art. 1.i)1.ii) del Reglamento 883/2004, por miembro de la familia se entiende toda persona definida o admitida como tal o designada como miembro del hogar por la legislación del Estado miembro en el que reside.

<sup>521</sup> Sustituye a los anteriores documentos E 106, E 109 y E 121.

Este documento es válido mientras la institución competente no notifique su anulación a la institución del lugar de residencia. La Decisión nº S6, de 22 de diciembre de 2009, relativa a la inscripción en el Estado miembro de residencia con arreglo al artículo 24 del Reglamento 987/2009, y a la elaboración de los inventarios a que se refiere el artículo 64.4 del Reglamento 987/2009, en un claro déficit de especificación, no establece un plazo determinado en que el Estado competente debe proceder a poner en conocimiento del de residencia la modificación en la situación del individuo. España no suele quedar al margen de las dificultades derivadas de aquellos supuestos en que el Estado competente no comunica que el asegurado en su sistema de Seguridad Social ha cursado baja, pudiendo el paciente transfronterizo continuar beneficiándose de las prestaciones en nuestro país, prestaciones a las que no tendría derecho si la institución competente hubiese informado diligentemente de dicha baja.

En todo caso, conviene señalar que la determinación del lugar de residencia no siempre resulta una cuestión sencilla entre los Estados miembros. No en vano, el art. 11 del Reglamento 987/2009 compila una serie de criterios en aras de facilitar tal identificación. Así, cuando exista a este respecto discrepancia entre las instituciones de dos o más Estados miembros, las instituciones deben establecer de común acuerdo el centro de interés del interesado a partir de una evaluación global de toda la información disponible relacionada con los hechos pertinentes. Ésta puede incluir, según el caso, la duración y continuidad de la presencia de la persona en cuestión en el territorio de los Estados miembros afectados, su situación personal (y, con ella, la naturaleza y condiciones específicas de la actividad ejercida, el lugar donde se ejerce la misma habitualmente, su estabilidad y la duración de cualquier contrato de trabajo), su situación familiar, el ejercicio de toda actividad no remunerada, el alojamiento, así como el Estado miembro en el que se considere que la persona tiene su residencia fiscal. El papel determinante que juega la consideración del centro de interés en la delimitación del lugar de residencia ha sido subrayada por el TJUE. No en vano, ha llegado a considerar como mera “estancia” la permanencia de un ciudadano comunitario en Alemania durante once años<sup>522</sup>.

---

<sup>522</sup> STJUE de 5 de junio de 2014, asunto C-255/13, *I*. En el caso concreto, se trataba de un residente en Irlanda que se desplazó temporalmente de vacaciones a Alemania. Estando en este país sufre un infarto bilateral del bulbo raquídeo, que le ocasiona posteriormente una tetraplejía severa con pérdida de la función



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

En el supuesto de convergencia entre derecho propio y derecho derivado del familiar, es decir, cuando un sujeto ostente el derecho por ser miembro de la familia del titular, pero también por cumplir con los requisitos legales del Estado en cuestión, el conflicto de prevalencia es resuelto en el art. 32.1 del Reglamento, el cual asienta la prevalencia de la consideración del derecho propio sobre el derivado. En concreto, el precepto dispone que “un derecho propio a prestaciones en especie basado en la legislación de un Estado miembro o en el presente capítulo tendrá prioridad respecto a un derecho derivado a prestaciones en beneficio de los miembros de la familia”. Se establece, no obstante, una excepción a esta regla general. De modo que cuando el derecho propio en el Estado miembro de residencia exista directa y únicamente con motivo de la residencia del interesado en dicho Estado miembro, el derecho derivado a prestaciones en especie debe en cualquier caso tener prioridad sobre los derechos propios.

El Reglamento se refiere, igualmente, a la asistencia sanitaria cuya necesidad surge durante la estancia en un Estado miembro de la UE diferente del competente. Piénsese en el supuesto de un ciudadano comunitario que se desplaza temporalmente a otro Estado miembro para realizar turismo, para pasar unos días de vacaciones, para cursar estudios, o simplemente por razones profesionales, y durante dicha estadía temporal requiere de atención médica. Parece lógico o, mejor dicho, exigente con la libertad de circulación en el interior de la Unión, que esa persona no se viese obligada a regresar a su Estado miembro de origen con objeto de obtener en él la correspondiente asistencia sanitaria, pudiendo hacerlo en el de estancia. El acceso a los servicios de salud de este último permitiría garantizar la prolongación de su estancia en el mismo por el tiempo que tuviese previsto sin que la pérdida de salud se lo impidiera.

El art. 19.1 del Reglamento converge en este razonamiento y prescribe a tal efecto la misma solución jurídica que la dispensada para los supuestos de residencia referidos líneas arriba. Así, preceptúa que “la persona asegurada y los miembros de su familia que se hallen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente tendrán derecho a las prestaciones en especie necesarias, desde un punto de vista médico, durante su estancia, tomando en consideración la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista

---

motora. Aunque desde entonces no regresa a Irlanda, el Tribunal estima en este Estado su centro habitual de intereses, lo que le lleva a concluir que se encuentra en situación de “estancia” en el país germano.

de la estancia”. Tal y como se desprende del tenor literal del precepto, el requisito de la necesidad de las prestaciones en especie se pondera en función del carácter de las prestaciones y el tiempo estimado de la estancia. Ambos criterios tratan de mitigar la inseguridad jurídica que genera la vaga referencia a “las prestaciones en especie necesarias, desde un punto de vista médico”, tal y como ya se hacía en los anteriores reglamentos de coordinación<sup>523</sup>.

Es a la institución competente a la que corresponde asumir los costes derivados de dicha asistencia. Asistencia que es prestada por el país de estancia según las disposiciones de su legislación y como si los interesados estuvieran asegurados en virtud de la misma. Luego en estos supuestos, el paciente tiene derecho a las prestaciones contenidas en el catálogo existente en el Estado de estancia. Y ello con todas sus consecuencias, pues la decisión del correspondiente tratamiento queda a la exclusiva merced de los médicos autorizados por la institución del Estado miembro de estancia y de dicha institución<sup>524</sup>.

A partir de la entrada en vigor del Reglamento (CE) 631/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, no se exige, como se había hecho hasta entonces, que la necesidad de atención médica se presente en estos casos de forma repentina, deviniendo inmediatamente necesaria tal asistencia. Así lo había sostenido previamente el Tribunal de Justicia de la Unión<sup>525</sup>, al rechazar que “dicho derecho se limite únicamente a los casos en que la asistencia dispensada sea necesaria debido a una enfermedad repentina”. Ciertamente, la atención médica que precisa el asegurado durante su estancia temporal en otro Estado miembro puede estar eventualmente relacionada con una patología preexistente y conocida por él mismo.

No sería, desde luego, imprevista una asistencia sanitaria que precisase un enfermo crónico durante una estancia temporal fuera de su Estado de afiliación. Y lo mismo cabe

---

<sup>523</sup> Véase HIERRO HIERRO, F. J.: “Reflexiones sobre la coordinación de la asistencia Sanitaria: un paso hacia la armonización de derechos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 14, 2007.

<sup>524</sup> “La institución competente está vinculada por la decisión terapéutica tomada por los mencionados médicos basándose en los diagnósticos que han efectuado y en función del estado de los conocimientos médicos del momento, incluso cuando dicha decisión consista en trasladar al interesado a otro Estado para que se le preste el tratamiento urgente que su patología requiere, que no pueden proporcionarle los médicos establecidos en el Estado miembro de estancia”. STJUE de 12 de abril de 2005, asunto C-145/03, *Keller*, apartado 54.

<sup>525</sup> STJUE de 25 de febrero de 2003, asunto C-326/00, *IKA*, apartado 41.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

decir respecto de una mujer embarazada que se trasladase temporalmente a otro Estado miembro en una fase avanzada de gestación. En ambos ejemplos, la persona que se desplaza es consciente de que, durante la estancia en ese otro Estado, puede verse en la necesidad de acudir a sus servicios sanitarios, pero se traslada asumiendo dicha posibilidad. Cuestión diferente es que ése sea el verdadero motivo de su movilidad, pues conviene tener en cuenta que la asistencia sanitaria transfronteriza regulada en este art. 19 no resulta de aplicación cuando el objetivo de la estancia en otro Estado miembro sea recibir un determinado tratamiento, de forma que el precepto no rige en la asistencia sanitaria programada. En tales casos, la institución competente podría negarse a reembolsar los costes derivados de esa atención médica. Sea como fuere, lo cierto es que detectar en estos supuestos posibles fraudes no resulta, desde luego, tarea fácil, pues nos movemos en el terreno subjetivo de las intencionalidades<sup>526</sup>.

El segundo apartado del art. 19 del Reglamento 883/2004 encomienda a la Comisión Administrativa de Coordinación de los sistemas de Seguridad Social (en adelante, CACSS) la elaboración de un elenco de las prestaciones en especie que, para poder ser otorgadas durante una estancia en otro Estado miembro, precisan, por motivos de orden práctico, un acuerdo previo entre el interesado y la institución que facilite la prestación. El objeto de tal acuerdo no es otro que garantizar la continuidad del tratamiento que necesite la persona asegurada durante su estancia en ese otro Estado miembro. La Decisión de la CACSS nº S3, de 12 de junio de 2009<sup>527</sup>, acomete este mandato incluyendo en un listado no exhaustivo la diálisis renal, la oxigenoterapia (ambas eran las únicas que se contemplaban en la anterior Decisión nº 196 de 23 de marzo de 2004), el tratamiento especial para el asma, la ecocardiografía en caso de enfermedades crónicas autoinmunes y la quimioterapia (listado no exhaustivo). El acuerdo previo en todos estos casos entre el paciente y la unidad que dispensa los cuidados en otro Estado miembro se justifica en base al carácter vital del tratamiento médico y el hecho de que ese tratamiento sólo resulte accesible en unidades médicas especializadas o por personal o equipamiento especializado.

---

<sup>526</sup> Polonia propuso en su día la implantación en el marco de los Reglamentos de una autorización previa simplificada cuando la asistencia sanitaria tiene lugar dos semanas antes o después de la fecha prevista de parto. CARRASCOSA BERMEJO, D. Y TRILLO GARCÍA, A., op. cit., pág. 56.

<sup>527</sup> DO C 106 de 24.4.2010, p. 40/41.

La acreditación del derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza en estos supuestos de asistencia sanitaria no programada se lleva a cabo mediante la tarjeta sanitaria europea (o el denominado Certificado Provisional Sustitutorio, en caso de imposibilidad de emisión de aquélla o de inminencia del desplazamiento)<sup>528</sup>, documento que permite acceder a la atención sanitaria pública durante una estancia temporal en otro Estado miembro de la Unión Europea y a la que se refiere la Decisión nº S1 de 12 de junio de 2009. La tarjeta<sup>529</sup>, cuya implantación en el espacio común europeo puso fin a la profusa burocracia del formulario E-111, certifica que su titular está cubierto por el sistema nacional de otro Estado miembro y, con ello, acredita que los gastos dimanantes de la asistencia sanitaria recibida en un Estado miembro diferente del competente serán asumidos por este último.

#### 4.2.2.- La atención médica programada: el documento portátil S2.

El art. 20 del Reglamento 883/2004 resulta de aplicación cuando la persona asegurada se desplaza a otro Estado miembro para recibir prestaciones sanitarias durante su estancia. Luego el supuesto de hecho plantea una diferencia esencial de partida respecto de los analizados anteriormente. Aquí la asistencia sanitaria cumple una función causal en el desplazamiento, constituye el fin que se pretende con el mismo.

El precepto asienta como principio general de cualquier tratamiento programado la autorización que debe solicitar el interesado a la institución competente. El segundo apartado concreta, por su parte, que la persona asegurada autorizada por la institución competente a desplazarse a otro Estado miembro para recibir en éste un tratamiento adecuado a su estado de salud<sup>530</sup> se beneficiará de las prestaciones en especie facilitadas,

---

<sup>528</sup> Consúltase GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C.: “¿Libre circulación de pacientes en la Unión Europea? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2003, págs. 85-90.

<sup>529</sup> En España, se puede obtener la Tarjeta, bien en cualquiera de los Centros de Atención e Información de la Seguridad Social (CAISS), bien por Internet, mediante la sede electrónica de la Seguridad Social.

<sup>530</sup> La STJUE de 16 de marzo de 1978, asunto 117/77, *Pierik I*, apartado 15, señala que "les prestations en nature pour lesquelles l'autorisation à se rendre dans un autre État membre est accordée au travailleur conformément à cette disposition s'étendent à tous soins susceptibles d'assurer un traitement efficace de la maladie ou de l'affection dont l'intéressé est atteint", de lo que deduce, en el apartado 16, que "dans ces conditions, peu importe de savoir si la prestation en nature dont le travailleur a besoin peut être dispensée sur

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

por cuenta de la institución competente, “por la institución del lugar de estancia<sup>531</sup>”, según las disposiciones de la legislación que esta última aplique, como si estuviera asegurada en virtud de dicha legislación. Por tanto, las modalidades de intervención son las previstas por la normativa propia del Estado miembro de estancia, cuyo sistema ha de dispensar asistencia sanitaria al paciente autorizado por otro Estado miembro en los mismos términos y condiciones que a los titulares del derecho en el propio país. La institución del lugar de estancia, sin perjuicio de cualquier decisión relativa a la autorización, ha de informar a la institución competente si parece médicamente adecuado complementar el tratamiento a que se refiera la autorización vigente (art. 26.5 del Reglamento 987/2009). Cuestión distinta es que surgiesen otras dolencias de forma repentina, en cuyo caso, si están intrínsecamente conectadas con el tratamiento autorizado, se ha defendido la procedencia de una ampliación de la autorización por la asistencia ya programada<sup>532</sup>.

La autorización exigida en estos supuestos se materializa en la emisión, por parte del Estado miembro competente, del documento portátil S2, que está reemplazando progresivamente al anterior E-112<sup>533</sup>. Su razón de ser no es otra que certificar la asunción de los gastos por parte del Estado que lo emite. Asimismo, este documento acredita que dicho Estado consiente el sometimiento de su asegurado a la normativa propia del Estado miembro de tratamiento y su compromiso a quedar vinculado por los diagnósticos y prescripciones del mismo, como si derivasen de establecimientos radicados en su territorio<sup>534</sup>. En otras palabras, durante el período de validez de dicha autorización, la institución competente concede su confianza a los médicos autorizados por la institución del Estado miembro de estancia. La aceptación de las opciones terapéuticas dictadas por tales médicos debe ser total, es decir, deben asumirse como si emanaran de médicos

---

le territoire de l'État membre de résidence, le seul fait que cette prestation correspond à des soins plus appropriés à l'état de santé de l'intéressé étant déterminant aux fins de l'octroi de l'autorisation visée au paragraphe 1, c), précité”. Este posicionamiento es confirmado en la STJUE de 31 de mayo de 1979, asunto 182/78, *Pierik II*, apartado 10.

<sup>531</sup> STJUE de 16 de marzo de 1978, asunto 117/77, *Pierik I*: “Les termes «prestations en nature servies, pour le compte de l'institution compétente, par l'institution du lieu de séjour ou de résidence» ne désignent pas uniquement les prestations en nature servies dans l'État membre de résidence, mais aussi les prestations que l'institution compétente a la possibilité de servir”. Además, se añade que “l'obligation, prévue par le paragraphe 2, alinéa 2, de l'article 22, d'accorder l'autorisation requise en vertu du paragraphe 1, c), du même article s'étend tant au cas dans lequel les soins dispensés dans un autre État membre sont plus efficaces que ceux dont l'intéressé peut bénéficier dans l'État membre où il réside qu'à celui où les soins dont il s'agit ne peuvent pas être dispensés sur le territoire de ce dernier État”.

<sup>532</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D. Y TRILLO GARCÍA, A., op. cit., pág. 57.

<sup>533</sup> En países como España aún está pendiente, de forma que el INSS sigue emitiendo el documento E-112.

<sup>534</sup> STJUE de 12 de abril de 2005, Asunto C-145/03, *Keller*, apartado 54.

autorizados que hubieran prestado asistencia al asegurado en el Estado miembro competente. Y ello incluso cuando dichas decisiones consistiesen en trasladar al interesado a otro Estado para que se le preste el tratamiento urgente que su patología requiere, si dicho tratamiento no puede ser practicado por los médicos establecidos en el Estado miembro de estancia<sup>535</sup>. En efecto, los diagnósticos efectuados y las decisiones tomadas en materia terapéutica por el personal médico autorizado por la institución del Estado miembro de tratamiento no quedan sometidos a la aprobación de la institución competente.

El TJUE ha sintetizado el reparto de responsabilidades en la asistencia sanitaria programada del siguiente modo: compete a institución competente la concesión de la autorización que permita al beneficiario de la Seguridad Social desplazarse a otro Estado miembro con fines médicos; establecer, conforme a su normativa nacional, la duración del servicio de las prestaciones en el Estado miembro de estancia y asumir el coste de dichas prestaciones. Por su parte, corresponde a la institución del Estado miembro de estancia servir tales prestaciones, según las disposiciones de la legislación que aquélla aplique, como si el paciente fuera uno de sus afiliados<sup>536</sup>.

En todo caso, el Reglamento se preocupa de indicar en el mismo precepto aludido dos condiciones a las que queda subordinada la concesión de autorización, pretendiéndose garantizar, de esta forma, la ausencia de toda discriminación en el acceso a la asistencia sanitaria. De un lado, aquélla debe ser otorgada cuando el tratamiento de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en que resida el interesado<sup>537</sup>. De otro, también debe dispensarse cuando, habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad, dicho tratamiento no pueda serle dispensado en un plazo justificable desde el punto de vista médico. La

---

<sup>535</sup> Éste fue precisamente el supuesto de hecho que se planteó en el asunto *Keller*.

<sup>536</sup> STJUE de 12 de abril de 2005, Asunto C-145/03, *Keller*, Apartado 50.

<sup>537</sup> A este respecto, el TJUE ha aclarado que cuando las prestaciones previstas por la legislación nacional son objeto de una lista que no menciona expresa y precisamente el método de tratamiento aplicado, pero que define genéricamente los tipos de tratamientos cubiertos por la institución competente, y se comprueba, tras un examen basado en criterios objetivos y no discriminatorios, y tomando en consideración todos los elementos médicos pertinentes y los datos científicos disponibles, que dicho método de tratamiento corresponde a los tipos de tratamientos mencionados en la referida lista, no puede denegarse la autorización requerida para obtener la cobertura del tratamiento en cuestión. STJUE de 5 de octubre de 2010, asunto C-173/09, *Elchinov*, apartado 73.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

indeterminación de muchos de estos conceptos hace que se haya aludido, respecto de la autorización, a una “amplia aunque no total, discrecionalidad en su otorgamiento”<sup>538</sup>. Ciertamente, el concepto de “plazo justificable” que emplea el precepto puede calificarse, cuando menos, de ambiguo. Es por ello que la labor interpretativa del TJUE ha sido esencial al paliar gran parte de la imprecisión que rezuma la expresión reglamentaria.

Así, no se cumple el requisito formulado en la normativa de coordinación cuando se pueda obtener en tiempo oportuno un tratamiento idéntico o que tenga el mismo grado de eficacia para el paciente en su Estado miembro de residencia<sup>539</sup>. El Tribunal de Luxemburgo crea, pues, como criterio temporal de referencia lo que denomina “tiempo oportuno”. Para proceder a su determinación, esto es, para poder apreciar si un tratamiento que presenta el mismo grado de eficacia para el paciente puede obtenerse en ese tiempo oportuno en el Estado miembro de residencia, el Tribunal de Justicia de la Unión matiza que la institución competente está obligada a proceder en cada caso concreto a una “evaluación médica objetiva” del estado patológico del paciente, en el sentido de que debe tomar en consideración sus antecedentes, la evolución probable de su enfermedad y de su grado de dolor o de la naturaleza de su discapacidad en el momento en que se solicite la autorización<sup>540</sup>.

La jurisprudencia comunitaria prioriza, de este modo, el acceso del paciente a la asistencia sanitaria. Otras consideraciones, especialmente las relativas a los costes de oportunidad o a la necesidad de los Estados miembros de organizar y planificar la distribución de sus recursos limitados, deben pasar a ocupar un papel secundario cuando el estado de salud del paciente requiere tratamiento en otro Estado miembro<sup>541</sup>. En concreto, el TJUE ha sostenido que la institución competente no puede basar la denegación de una autorización previa únicamente en la existencia de listas de espera destinadas a planificar y gestionar la oferta hospitalaria en función de prioridades clínicas determinadas de

---

<sup>538</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D.: “Asistencia sanitaria y jubilación”, en AA. VV.: *Tratado de jubilación: homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, LÓPEZ CUMBRE, L. (Coord.), Iustel, Madrid, 2007, pág. 331.

<sup>539</sup> SSTJUE de 12 de julio de 2001, asunto C-157/99, *Smits y Peerbooms*, apartado 103; de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, *Müller-Fauré y Van Riet*, apartado 89; de 23 de octubre de 2003, asunto C-56/01, *Inizan*, apartado 45; de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, *Watts*, apartado 61.

<sup>540</sup> SSTJUE de 12 de julio de 2001, asunto C-157/99, *Smits y Peerbooms*, apartado 104; de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, *Müller-Fauré y Van Riet*, apartado 90; de 23 de octubre de 2003, asunto C-56/01, *Inizan*, apartado 46; de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, *Watts*, apartados 62 y 119.

<sup>541</sup> GREER, S. L. AND SOKOL, T., loc. cit., pág. 76.

antemano con carácter general. Debe, además, valorar las circunstancias concretas que caracterizan la situación médica del paciente de que se trate<sup>542</sup>. Y es que, como se ha indicado oportunamente<sup>543</sup>, el periodo de espera puede convertir en urgente una situación que no era urgente, de ahí la necesaria ponderación del estado patológico del paciente y el impacto que sobre el mismo puede tener la demora en la asistencia.

A estos efectos, la existencia de un plazo de espera no puede ser invocada, sin más, como causa de concesión de la autorización previa. Si existiera la obligación de autorizar a los pacientes de un determinado Estado a dirigirse a otro para recibir en él, a cargo de la institución competente, una asistencia idéntica o con igual eficacia que los establecimientos de dicho servicio pudiesen proporcionarles con más rapidez, la consecuencia sería un flujo migratorio de pacientes que “podría poner en peligro todos los esfuerzos de planificación y de racionalización efectuados en el sector, vital, de los servicios sanitarios, con objeto de evitar los problemas de exceso de capacidad hospitalaria, de desequilibrio en la oferta de asistencia médica hospitalaria, de derroche y de deterioro, tanto logísticos como financieros”<sup>544</sup>. En consecuencia, la institución competente sólo puede denegar legítimamente la autorización solicitada en base a la existencia de un plazo de espera, si logra acreditar que dicho plazo, derivado de los objetivos de planificación y de gestión de la oferta hospitalaria, no sobrepasa el plazo aceptable con arreglo a una evaluación médica objetiva de las necesidades clínicas del interesado<sup>545</sup>. El TJUE descarta, en la normativa de coordinación, la articulación de una asistencia sanitaria transfronteriza a la carta, capaz de permitir la libre provisión de las prestaciones que el paciente estime más ventajosas en cualquier parte del territorio de la Unión<sup>546</sup>.

---

<sup>542</sup> SSTJUE de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, *Müller-Fauré y Van Riet*, apartado 92; de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, *Watts*, apartado 63.

<sup>543</sup> HERNÁNDEZ-BEJARANO, M. loc. cit., pág. 96.

<sup>544</sup> STJUE de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, *Watts*, apartado 71.

<sup>545</sup> STJUE de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, *Watts*, apartado 68.

<sup>546</sup> GRAU PINEDA, M. C.: “De nuevo sobre el reintegro de gastos médicos ocasionados en otro Estado miembro de la Unión Europea: el derecho a recibir tratamiento médico en un plazo razonable de tiempo y las listas de espera. Comentario a la STJCE de 16 de mayo de 2006”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 2, 2006.



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

En uno de sus más recientes pronunciamientos al respecto<sup>547</sup>, el TJUE ha vuelto a incidir en las razones por las cuales ha de estimarse que una determinada prestación no puede ser satisfecha en tiempo oportuno. En particular, ha sostenido que la institución competente está obligada a tomar en consideración elementos como la falta de medicamentos y de material sanitario de primera necesidad. Estas carencias, al igual que la falta de equipamientos específicos o de competencias especializadas, puede imposibilitar la provisión en tiempo útil, en el Estado miembro de residencia, de un determinado tratamiento. El Tribunal de Justicia clarifica en todo caso que dicha imposibilidad debe apreciarse, por una parte, en el conjunto de hospitales del Estado miembro de residencia que pueden dispensar la asistencia de que se trate y, por otra parte, a la vista del lapso de tiempo durante el que esta última pueda obtenerse en tiempo útil. Aunque el pronunciamiento no aclara si se trata de una deficiencia de tipo coyuntural o estructural, es de elogiar la llamada a la coordinación que se puede extraer del mismo, extrapoliándolo a nuestro sistema sanitario territorialmente descentralizado, respecto de los distintos servicios autonómicos de salud, entre los que se debe procurar la atención médica que requiera el paciente antes de recurrir a la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea.

### 4.2.3.- La articulación del reembolso.

La normativa de coordinación establece, como regla general, un reembolso interinstitucional<sup>548</sup> con arreglo a las tarifas del Estado de tratamiento, esto es, un reembolso que tiene lugar entre los Estados implicados en la asistencia sanitaria transfronteriza<sup>549</sup>: el que provee los servicios sanitarios (Estado de estancia) y aquel en el que se encuentra asegurada la persona y que emite la tarjeta sanitaria europea o el documento portátil S1 o S2 (Estado competente). El paciente se mantiene ajeno a la articulación de dicha compensación económica, de modo que, en principio, no ha de anticipar cantidad alguna.

---

<sup>547</sup> STJUE de 9 de octubre de 2014, asunto C-268/13, *Petru*, apartados 33 y 34.

<sup>548</sup> Decisión N° S9 de 20 de junio de 2013 relativa a los procedimientos de reembolso en aplicación de los artículos 35 y 41 del Reglamento (CE) 883/2004.

<sup>549</sup> En el caso de España, la entidad a la que compete el reembolso es el INSS, si bien la facturación en origen recae sobre los servicios autonómicos de salud.

Este reembolso entre instituciones debe realizarse íntegramente. Así lo dispone el art. 35 del Reglamento 883/2004, al preceptuar que “las prestaciones en especie facilitadas por la institución de un Estado miembro por cuenta de la institución de otro Estado miembro, en virtud del presente capítulo, darán lugar a un reembolso íntegro”, el cual se llevará a efecto “con arreglo al régimen establecido en el Reglamento de aplicación, ya sea previa justificación de los gastos reales<sup>550</sup>, ya con arreglo a importes a tanto alzado”<sup>551</sup>. Nada obsta, sin embargo, a que dos o más Estados miembros, o sus autoridades competentes, puedan convenir otras formas de reembolso o incluso renunciar al reembolso entre las instituciones que de ellos dependan. Esta previsión normativa no ha sido llevada a la práctica en ninguno de los sistemas nacionales de la Unión.

Los Estados miembros que reclaman el reembolso de los gastos de las prestaciones en especie sobre la base de importes a tanto alzado, dado que sus estructuras jurídicas o administrativas no hacen adecuada la práctica del reembolso basado en el gasto real son

---

<sup>550</sup> La facturación en España, por gasto real, no se ha llevado a cabo con la eficacia que sería deseable. No hay más que consultar el Informe de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales de la seguridad social.

<sup>551</sup> La Disposición Adicional sexagésimo novena de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 explica la asunción por España de las cantidades abonadas por los restantes Estados miembros de la Unión. En concreto, a partir del 1 de enero de 2015, el importe de los gastos por la asistencia sanitaria prestada a pacientes residentes en España derivados entre Comunidades Autónomas e Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y a asegurados desplazados a España en estancia temporal, con derecho a asistencia a cargo de otro Estado, prestada al amparo de la normativa internacional en esta materia, así como los relativos a la asistencia sanitaria cubierta por el Fondo de Garantía Asistencial, se satisfará en base a la compensación de los saldos positivos o negativos resultantes de las liquidaciones realizadas por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a través del Instituto Nacional de la Seguridad Social, relativos a cada Comunidad Autónoma e Instituto Nacional de Gestión Sanitaria tomando como período de referencia la actividad realizada en el año anterior.

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad comunicará al INSS durante el segundo trimestre del ejercicio los saldos negativos resultantes de la asistencia sanitaria prestada a pacientes residentes en España derivados entre Comunidades Autónomas y del Fondo de Garantía Asistencial. A tal efecto, el Fondo de Cohesión Sanitaria tendrá la misma naturaleza extrapresupuestaria que el Fondo de Garantía Asistencial. A fin de abonar a las CCAA y al INGESA los saldos positivos resultantes de estas liquidaciones, se procederá en primer lugar a deducir los saldos negativos resultantes de facturación por gasto real de los pagos que el INSS deba efectuar a las CCAA o al INGESA en concepto de saldo neto positivo por cuota global por la cobertura de la asistencia sanitaria a que se refiere la disposición adicional quincuagésima octava de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006. A continuación, los saldos netos positivos resultantes por cuota global o gasto real se pagarán por el INSS a las CCAA o al INGESA, una vez se hayan deducido los saldos negativos resultantes de la asistencia sanitaria prestada a pacientes residentes en España derivados entre Comunidades Autónomas y del Fondo de Garantía Asistencial.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

los siguientes: Irlanda, España<sup>552</sup>, Chipre, Países Bajos, Portugal, Finlandia, Suecia y Reino Unido. Para dichos países, el importe de las prestaciones dispensadas a los miembros de la familia que no residan en el mismo Estado miembro que la persona asegurada, así como a los pensionistas y los miembros de sus familias, en virtud del artículo 24, apartado 1, y de los artículos 25 y 26 del Reglamento 883/2004, es reembolsado por las instituciones competentes a las instituciones que hayan provisto las prestaciones con arreglo a un tanto alzado establecido para cada año civil. La cuantía de este tanto alzado ha de resultar, en todo caso, lo más próxima posible a los gastos reales.

Pero como toda regla general, la del reembolso interinstitucional también cuenta con excepciones. Y es que, en algunos casos, el paciente sufraga, con arreglo a la legislación nacional del Estado que dispensa el tratamiento médico, la totalidad o parte de los gastos derivados del mismo. Piénsese en el sistema sanitario luxemburgués, caracterizado según se ha visto líneas arriba, por la técnica del reembolso. El paciente que acude a dicho sistema siempre debe abonar una determinada cantidad. En tales casos, varias son las posibilidades que se abren ante él. Puede reclamar directamente el reembolso de los gastos soportados al Estado de estancia, siempre y cuando la legislación de dicho Estado habilite tal reembolso. Otra opción que tiene el paciente, si no solicita el reintegro a la institución de estancia o ésta no prevé tal posibilidad, es exigirlo directamente al Estado miembro competente. Siempre conforme a las tarifas del lugar de estancia. A tal efecto, la institución del lugar de tratamiento debe facilitar a la institución competente, a petición de ésta, la información necesaria sobre los porcentajes o importes (arts. 25, apartados 4 y 5, y 26.6 del Reglamento 987/2009). En ninguno de los dos casos el reintegro puede superar lo efectivamente desembolsado por el paciente.

Ahora bien, si el paciente da su conformidad a que la institución competente se haga cargo del reembolso con arreglo a sus propias tarifas, esto es, a aquellas establecidas en su legislación nacional, serán éstas las que podrá aplicar dicha institución en el reintegro. E incluso podrá operar de igual modo, aun sin conformidad del interesado, cuando la legislación del Estado miembro de estancia no prevea la posibilidad del reembolso. Esta

---

<sup>552</sup> El último coste medio aprobado para nuestro país data de 2012 y alcanza los 247,07 euros por cada mes que el pensionista esté inscrito en la Seguridad Social española. DOUE C 75/6, de 14 de marzo de 2014.

última previsión no ha resultado exenta de crítica<sup>553</sup>. Se argumenta, con razón, que resulta beneficiosa para el asegurado si la tarifa del Estado competente es más generosa que la aplicada en el Estado de tratamiento y pueda suponer incluso la cobertura total o parcial del copago. Sin embargo, cuando no hay consentimiento, la disposición parece injusta si no se garantiza que el Estado competente deba asumir el reembolso del gasto sanitario abonado por su asegurado. En caso de no cumplirse esta exigencia, la aplicación del precepto podría significar que un incumplimiento de la igualdad de trato por razón de nacionalidad por parte del Estado de tratamiento que obligó al portador de la tarjeta sanitaria europea o la autorización previa a abonar su asistencia podría derivar en que el asegurado sólo obtuviese la tarifa del Estado competente incluso en supuestos donde no es lo suficientemente elevada para cubrir el coste sanitario en destino.

Otra excepción al reembolso interinstitucional la encontramos en aquellos supuestos en que la institución competente deniega en un principio la solicitud de autorización presentada por un beneficiario de la asistencia sanitaria, siendo posteriormente declarada indebida tal denegación por la propia institución competente o mediante decisión judicial. En estos casos, el TJUE avala que la autorización previa no es constitutiva del reembolso de los gastos médicos, sino declarativa. Así, ha reconocido el derecho de dicho beneficiario a obtener directamente de la institución competente el reembolso de un importe equivalente a aquel que se habría asumido normalmente si la autorización se hubiese concedido debidamente desde el principio<sup>554</sup>. El reembolso que proceda se acometerá según las tarifas propias del país donde se recibió la asistencia.

El reembolso así articulado se refiere exclusivamente a los gastos de la asistencia sanitaria recibida por el paciente en el Estado miembro de estancia, es decir, “tratándose de una asistencia hospitalaria, al coste de las prestaciones médicas propiamente dichas y a los gastos, indisolublemente unidos, de la estancia del interesado en el establecimiento hospitalario necesaria para su tratamiento”<sup>555</sup>. Por lo que respecta al de los gastos de tipo accesorio, tales como los relacionados con el traslado, manutención y alojamiento en otro

---

<sup>553</sup> Véase CARRASCOSA BERMEJO, D. Y TRILLO GARCÍA, A., op. cit., págs. 55 y 56.

<sup>554</sup> SSTJUE de 12 de julio de 2001, asunto C-368/98, *Vanbraekel y otros*, apartado 34; de 5 de octubre de 2010, asunto C-173/09, *Elchinov*, apartado 48.

<sup>555</sup> STJUE de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, *Watts*, apartado 136.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

Estado, el octavo apartado del art. 26.C) del Reglamento 987/2009 lo condiciona a la solución prevista en el Derecho interno del Estado miembro en el que esté asegurado el paciente autorizado. En concreto, el precepto dispone que “en caso de que la legislación nacional del Estado competente disponga el reembolso de los gastos de viaje y estancia indisociables del tratamiento de la persona asegurada, estos gastos correspondientes a la persona asegurada y, en caso necesario, los de un acompañante, serán soportados por la citada institución competente cuando se conceda una autorización en caso de tratamiento en otro Estado miembro”.

### **A.- Especial referencia al complemento Vanbraekel.**

#### *A.1.- Su aplicación en la asistencia sanitaria programada: origen jurisprudencial y consolidación normativa.*

El complemento Vanbraekel, creación jurisprudencial del TJUE, debe su denominación precisamente al asunto de la sentencia en el que tuvo origen<sup>556</sup>. En ella, el Tribunal dejó sentado que una normativa nacional debe garantizar a un afiliado autorizado a ingresar en un hospital extranjero una asunción de gastos análoga a la que habría obtenido de haber sido hospitalizado en su propio Estado miembro. Fue así como legitimó la exigencia de un reembolso complementario correspondiente a la diferencia entre la tarifa de reembolso menos elevada del Estado de estancia en el que se efectúe la hospitalización y la tarifa más favorable que se prevea en el Estado de afiliación. Se refería a aquellos supuestos en que el paciente desplazado debe asumir una determinada aportación económica al sistema sanitario en el momento de recibir la prestación en cuestión, sin que hubiese debido desembolsar cantidad equivalente alguna de haber recibido atención sanitaria en su Estado de origen. Tal reembolso complementario procede, pues, cuando el reembolso de los gastos soportados en el Estado de tratamiento es inferior al que correspondería de aplicarse la legislación del Estado de origen, en otras palabras, cuando la cobertura económica del Estado de origen supera el coste de la atención en el Estado de tratamiento.

---

<sup>556</sup> STJUE de 12 de julio de 2001, asunto C-368/98, *Vanbraekel y otros*.

Supongamos que un paciente autorizado accede a un tratamiento en el Estado de estancia cuyo importe es de 3.000 euros. El ticket moderador de dicho tratamiento alcanza la suma de 500 euros, cantidad que deberá pagar, pues no se olvide que la normativa de coordinación impone la igualdad de trato de los pacientes desplazados, como si fueran asegurados en ese mismo país. Luego disfrutará de las prestaciones sanitarias del Estado de estancia en las mismas condiciones que establezca su legislación nacional para todos los beneficiarios de origen. El montante de reembolso en este caso sería, por tanto, de 2.500 euros. Si el Estado miembro que expide la autorización contemplase para el mismo o equivalente tipo de asistencia un reembolso de 2.200 euros, el paciente sería reembolsado conforme a la tarifa del Estado miembro de tratamiento, pues al ser superior a la del Estado competente le resulta económicamente más ventajosa. Sin embargo, esta solución no sería aplicable si el reembolso previsto por este último Estado para dicho tratamiento fuese de 2.800 euros. Y es que, en tal caso, procedería aplicar el complemento *Vanbraekel*, consistente según lo ya señalado, en la diferencia entre la cantidad reembolsable en el Estado competente (2.800) y la del Estado en el que se dispensa la asistencia en cuestión (2.500). El paciente recibiría, de este modo, un complemento de 300 euros y el ticket moderador le habría supuesto sólo 200 euros en términos efectivos.

El propósito de la aplicación de este complemento diferencial radica en evitar un excesivo sacrificio económico del paciente, pues se trata de aplicar en el reembolso la tarifa del Estado de origen, en caso de ser ésta más beneficiosa para el paciente, pudiendo superar la factura del Estado de tratamiento e incluso alcanzar en todo o parte el copago satisfecho. Por razones obvias, en todo caso, el Estado de afiliación que abona este complemento no sufraga más de lo que corresponda de aplicar sus propias tarifas, es decir, abona como máximo la cantidad que habría asumido si se hubiera prestado en su territorio la asistencia sanitaria dispensada en el del otro Estado miembro. De ahí que el abono del complemento le resulte económicamente neutro<sup>557</sup>. En otro caso, el Estado competente correría el riesgo de ver comprometido el mantenimiento de su sistema sanitario y la capacidad de la asistencia misma en el conjunto de su territorio.

---

<sup>557</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D. Y TRILLO GARCÍA, A., op. cit., pág. 52.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

En la configuración del complemento *Vanbraekel*, dos han sido las principales notas destacadas<sup>558</sup>. En primer lugar, ha de ser concebido como un complemento al margen de la obligación que tiene el Estado competente en todo caso, al amparo de la normativa de coordinación, de reintegrar el importe de la asistencia sanitaria facturada por el Estado miembro de estancia, según sus propias tarifas y sin incluir el eventual copago. En segundo lugar, el complemento aparece vinculado a un derecho de reembolso de las cantidades satisfechas por el paciente en el Estado que prestó la asistencia sanitaria. En coherencia con ello, el beneficiario no puede percibir, en virtud del complemento, ninguna cantidad superior a lo efectivamente sufragado, pues su abono no puede propiciar ninguna suerte de enriquecimiento sino sólo el resarcimiento de un gasto ya realizado.

El hecho de que el nivel de cobertura que obtiene un paciente sea menos ventajoso cuando se somete a un tratamiento hospitalario en otro Estado miembro que cuando recibe el mismo tratamiento en el Estado miembro de afiliación puede indudablemente disuadir a dicho beneficiario de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en otros Estados miembros, e incluso impedirselo. En este razonamiento se basó precisamente el TJUE para justificar la necesidad de articular el complemento diferencial que se analiza, consistente en la diferencia entre las tarifas del Estado competente y las propias del Estado de tratamiento cuando las primeras sean superiores a éstas y, por tanto, resulten más favorables al paciente<sup>559</sup>.

Más tarde, el TJUE confirmaría la aplicación del complemento *Vanbraekel* en el marco de los sistemas nacionales de salud<sup>560</sup>. Y es que la gratuidad de la asistencia sanitaria dispensada en este tipo de sistemas había suscitado dudas sobre la puesta en marcha o no de este añadido diferencial en el marco de los mismos. Pues bien, según la jurisprudencia comunitaria, cuando un Estado en el que la asistencia sanitaria se provee en el seno de un Sistema Nacional de Salud autoriza a uno de sus titulares a recibir tratamiento en otro Estado miembro, y la legislación de éste no prevé una cobertura íntegra del coste de dicho tratamiento, la institución competente debe conceder al paciente

---

<sup>558</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Libre prestación de servicios y reembolso de gastos de hospitalización no programada durante estancia temporal en otro Estado miembro: ¿procede abonar el «complemento diferencial *Vanbraekel*»? A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 15-6-2010 Asunto Comisión Europea contra el Reino de España C- 211/08, TJCE 2010/175”, *Revista Aranzadi Social*, Vol. 3, núm. 11, 2010.

<sup>559</sup> STJUE de 12 de julio de 2001, asunto C-368/98, *Vanbraekel y otros*, apartado 45.

<sup>560</sup> STJUE de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, *Watts*, apartado 143.

autorizado el complemento *Vanbraekel*. Es decir, ha de abonar un reembolso equivalente a la eventual diferencia entre, por una parte, el coste objetivamente cuantificado de un tratamiento equivalente en un establecimiento integrado en el servicio de que se trate, con un límite máximo, en su caso, correspondiente al importe global facturado por el tratamiento dispensado en el Estado miembro de estancia, y, por otra parte, el importe que la institución de este último Estado miembro esté obligada a cubrir por cuenta de la institución competente.

Esta jurisprudencia ha sido incorporada a la normativa de coordinación a través del apartado séptimo del art. 26.B) del Reglamento 987/2004. En el mismo se establece que “si la persona asegurada ha soportado ella misma la totalidad o parte de los costes del tratamiento médico autorizado y los costes que la institución competente está obligada a rembolsar a la institución del lugar de estancia o a la persona asegurada (coste real) es inferior al coste que hubiera tenido que sufragar por el mismo tratamiento en el Estado miembro competente (coste teórico), la institución competente rembolsará a la persona asegurada, a petición de esta, el coste del tratamiento soportado por ella, hasta la cantidad equivalente a la diferencia entre el coste teórico y el coste real”. La expresa alusión a la solicitud de la persona interesada, no siempre suficientemente conocedora de sus derechos en este terreno, lleva a poner en cuestión la adecuación del modo en que se ha procedido a incorporar la jurisprudencia al texto del Reglamento de coordinación, pues no ha sido codificada en sus mismos términos<sup>561</sup>.

Como ya matizaba el TJUE, y en aras de evitar cualquier suerte de lucro por parte del paciente, el referido artículo prescribe que “la suma reembolsada no podrá sobrepasar los gastos efectivamente realizados y podrá tener en cuenta el importe que dicha persona tendría que abonar si el tratamiento se hubiera administrado en el Estado miembro competente”. No se olvide que la lógica que subyace al complemento *Vanbraekel* reside en que persona que ha debido abonar una determinada cantidad, por ejemplo en concepto de copago, en el sistema sanitario del Estado miembro de estancia, obtenga una compensación de la misma, y en modo alguno una ganancia económica.

---

<sup>561</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D. Y TRILLO GARCÍA, A., op. cit., pág. 63.



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

### *A.2.- Su inaplicación en la asistencia sanitaria no programada.*

La jurisprudencia comunitaria sobre el complemento Vanbraekel se circunscribió desde un principio al contexto de la asistencia sanitaria programada. Quedaba, por tanto, como cuestión pendiente la determinación de la aplicación o no del mismo en el resto de casos, es decir, cuando la necesidad de recibir atención médica adviene durante la estancia temporal en otro Estado miembro, sin que el objetivo del desplazamiento sea el acceso a los servicios de salud de otro Estado.

Pues bien, el TJUE descartó hacer extensivo el complemento diferencial a la asistencia sanitaria no programada<sup>562</sup>. Y ello en base a la diferente naturaleza de los supuestos en que se recurre a ésta y a la autorizada. Así, en el marco de la asistencia sanitaria programada, la necesidad de acceder a los servicios de salud de otro Estado miembro resulta de una evaluación objetiva de la falta de disponibilidad, en el Estado de afiliación, del tratamiento de que se trate, o de un tratamiento que tenga el mismo grado de eficacia, en un plazo aceptable desde el punto de vista médico. En este sentido, este último Estado debe garantizar al asegurado un nivel de cobertura tan ventajoso como el que habría concedido al interesado en caso de que hubiera estado disponible dicha asistencia en ese plazo en su propio sistema de salud. Ahora bien, estima el Tribunal de Justicia que la situación es diferente en lo que respecta a la asistencia no programada. Y es que cuando un asegurado se desplaza a otro Estado miembro con un finalidad ajena a la sanitaria, no vinculada pues con la insuficiencia del sistema de salud de su país, “las normas del Tratado en materia de libre circulación no le garantizan la neutralidad respecto de todos los servicios de asistencia hospitalaria que podrían tener que prestársele de forma no planificada en el Estado miembro de estancia”.

Según la jurisprudencia comunitaria, en caso de asistencia hospitalaria planificada en otro Estado miembro, por regla general, el asegurado puede obtener una estimación global del coste del tratamiento hospitalario en cuestión, que le permita comparar los niveles de cobertura aplicables, respectivamente, en el Estado miembro en el que tiene intención de ser hospitalizado y en el Estado miembro de afiliación. Es por ello que si no se le garantizase el derecho al reembolso, por la institución competente, de la eventual diferencia positiva entre el nivel de cobertura aplicable en ese Estado miembro y el

---

<sup>562</sup> STJUE de 15 de junio de 2010, asunto C-211/08, *Comisión/España*, apartados 59-61.

aplicable en el Estado miembro a cuya asistencia hospitalaria está autorizado, el paciente podría estar tentado de renunciar al tratamiento proyectado en ese otro Estado miembro.

El razonamiento sería radicalmente distinto, según el Tribunal de Luxemburgo, en los supuestos de tratamientos no programados, es decir, en el marco de una estancia temporal en otro Estado miembro en el curso de la cual se revela necesaria la provisión de prestaciones sanitarias. En estos casos, el TJUE descarta que la inaplicación de alguna suerte de complemento diferencial pueda desplegar efectos restrictivos sobre la prestación de servicios de asistencia hospitalaria por prestadores establecidos en otro Estado miembro. Y es que, cuando una persona decide desplazarse a otro Estado miembro por motivos turísticos, profesionales o académicos, no tiene certeza sobre la necesidad de recibir tratamiento médico durante su estancia temporal en aquél y, por tanto, resulta “demasiado aleatorio e indirecto” el hecho de que los individuos puedan verse incitados a adelantar su regreso al Estado competente para recibir allí la asistencia necesaria debido a la degradación de su estado de salud durante una estancia temporal en ese otro Estado miembro o incluso a renunciar a desplazarse al mismo.

Esta argumentación jurisprudencial parece poco afortunada si se tiene en cuenta que las técnicas de información existentes en la actualidad pueden favorecer significativamente el conocimiento de las tarifas y el importe de las técnicas de copagos existentes en los sistemas sanitarios de la Unión. De este modo, no sería exagerado pensar que muchos pacientes podrían decidir volver a sus Estados miembros para ser tratados en éstos, interrumpiendo su estancia temporal en otro, si constatasen que verían reintegrado todo o parte del ticket moderador, de ser superiores las tarifas propias del Estado competente a las del Estado de estancia. De ahí que en tales casos, la incidencia negativa de la inaplicación del complemento sobre la libre prestación de servicios se ha considerado “directa, segura y relevante”<sup>563</sup>. Pero los cuestionamientos de esta posición jurisprudencial no finalizan aquí. Se ha criticado, además, que esta inaplicabilidad del complemento en la asistencia sanitaria no programada rompe con la neutralidad que para los pacientes supone el sistema de reembolso establecido en el marco de los

---

<sup>563</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D. Y TRILLO GARCÍA, A., op. cit., pág. 54.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

Reglamentos<sup>564</sup>. Se argumenta que el copago suele ajustarse al nivel de vida del Estado que lo establece, de modo que su exigencia a nacionales de Estados miembros en el que éste sea menor supone un claro perjuicio económico, que podría llevar a disuadirles de recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro. Si su objetivo principal, al menos teórico, suele ser el control en la utilización de los servicios sanitarios, poca lógica tiene ello en un paciente que accede a los mismos de forma ocasional.

### **4.3.- La asistencia sanitaria transfronteriza sobre la base jurídica de la libre prestación de servicios.**

#### 4.3.1.- Su génesis en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Cualquier estudio de la Directiva 2011/24/UE como vía alternativa al sistema de coordinación partiría de un enfoque erróneo si no fuese precedido de una referencia a la valiosa labor que la jurisprudencia comunitaria desarrolló en el marco de la asistencia sanitaria transfronteriza. Esta materia, como tantas otras, atestigua el protagonismo que ha tenido el TJUE en la construcción del Derecho social de la UE. Tanto es así que, sin riesgo de exageración, bien puede afirmarse que la asistencia sanitaria transfronteriza en la UE, tal y como está configurada hoy día, no se entendería sin la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia, interpretando y aunando criterios en torno al acceso transfronterizo a los servicios sanitarios. Es, en efecto, el gran artífice de la extensión de la movilidad europea de pacientes hasta alcanzar unas dimensiones a las que habría resultado imposible llegar en base a la simple lectura de los Reglamentos de coordinación. El Tribunal de Luxemburgo ha llevado a cabo, en este sentido, una verdadera “interpretación pro-paciente”<sup>565</sup>. Basta repasar al efecto el elenco de sentencias en la materia para admirar la construcción de una sólida doctrina capaz de articular una vía alternativa a la tradicionalmente asentada en la normativa de coordinación. Una construcción en cuya coherencia se aprecia una de sus más grandes virtudes, pues, como se ha afirmado, “desde

---

<sup>564</sup> *Ibidem*, pág. 50.

<sup>565</sup> ANTEQUERA VINAGRE, J. M.: “Las sentencias sobre servicios sanitarios recibidos en países distintos a los de residencia: la libre circulación de pacientes en la Unión Europea. Revisión e implicaciones”, *Revista de Administración Sanitaria*, Vol. 7, núm. 4, 2009, pág. 609.

un primer momento tuvo una clara línea directriz, habiéndose desarrollado sin estridencias ni contradicciones”<sup>566</sup>.

Esta importante labor jurisprudencial surgió cuando ciudadanos de la Unión comenzaron a cuestionar diversas normas nacionales en torno a dos de las cuestiones más problemáticas de la asistencia sanitaria transfronteriza: la autorización previa y el reembolso de gastos médicos<sup>567</sup>. En concreto, discutían las negativas de sus Estados a reembolsar los gastos asumidos por prestaciones sanitarias no autorizadas en otros Estados miembros. Pues bien, el primer paso dado por el Tribunal de Justicia de la Unión al respecto fue el cambio de base jurídica en materia de asistencia sanitaria transfronteriza. Un cambio verdaderamente revolucionario, pues no sería ya la libre circulación de personas de las que se habían valido las instituciones europeas en los Reglamentos de coordinación, sino la libre prestación de servicios, el fundamento para garantizar la libertad de acceder al sistema sanitario de otro Estado miembro con derecho a un posterior reembolso. De ahí que exista un merecido consenso en torno al papel de precursor que el TJUE ha tenido en la realización del derecho a la atención sanitaria del art. 35 CDFUE, en virtud de una progresiva reducción de las restricciones producidas a través de normas nacionales que impedían establecer un mercado interior para servicios sanitarios<sup>568</sup>.

Fue en los ya emblemáticos asuntos *Kohll* y *Decker*<sup>569</sup> donde el TJUE por primera vez declaró la condición de las prestaciones sanitarias como auténticos servicios y la consiguiente aplicación a los mismos de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios. En ambos pronunciamientos se halla el origen de toda una extensa labor jurisprudencial que terminó por cambiar el escenario hasta entonces imperante. Y es que, a

---

<sup>566</sup> TAPIA HERMIDA, A.: “El pasaporte sanitario europeo”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 283, 2006, pág. 147.

<sup>567</sup> Un detallado recorrido por los principales pronunciamientos al respecto en HIERRO HIERRO, F. J., op. cit., pág. 175 y ss.

<sup>568</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: “Movilidad de pacientes y obstáculos a la libre prestación de servicios: A propósito del reintegro de gastos médicos no hospitalarios realizados en otro Estado miembro”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 27, 2014, pág. 9.

<sup>569</sup> SSTJUE de 28 de abril de 1998, asunto C-120/95, *Decker*, y asunto C-158/96, *Kohll*. Un exhaustivo comentario a ambas sentencias en GRAU PINEDA, M. C.: “Reembolso de los gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a la Seguridad Social española: las sentencias Decker y Kohll del TJCE”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 19, 1999, págs. 53-77. Véase también LÓPEZ LÓPEZ, J., loc. cit., págs. 119-128.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

partir de los mismos, el Tribunal de Luxemburgo ha acometido una penetración “ruda y prevalente” de las reglas de mercado en la materia sanitaria<sup>570</sup>.

Tales conclusiones jurisprudenciales no fueron aceptadas en un principio por todo el conjunto de los Estados miembros. En efecto, la gran mayoría de los mismos encontró en la circunscripción de estas primeras sentencias al contexto de la asistencia ambulatoria y de los sistemas basados en la técnica de reembolso (en los que el profesional sanitario actúa a cambio de remuneración por parte del paciente que posteriormente obtiene de la caja de enfermedad el reintegro de lo abonado), el pretexto para descartar que tales pronunciamientos tuviesen consecuencias en sus sistemas, obedientes a lógicas y técnicas diferentes<sup>571</sup>. Quedaban, así, varias cuestiones fundamentales que en sus resoluciones iniciales el TJUE no concretó: en primer lugar, si ostentan la condición de servicios y, por tanto, les son de aplicación las libertades comunitarias a las prestaciones provistas en el ámbito hospitalario; en segundo lugar, si también se extendían a los sistemas cuyas prestaciones se dispensaban gratuitamente en el marco de proveedores contratados por la vía del seguro social (sistemas basados en la técnica del concierto) y, por último, si eran también aplicables a los sistemas nacionales de salud y las prestaciones en ellos dispensados sin contraprestación alguna.

Lo cierto es que no habría que esperar mucho tiempo para encontrar la respuesta jurisprudencial a los dos primeros interrogantes, en ambos casos positiva. Así, en el asunto *Smits y Peerbooms*<sup>572</sup>, el TJUE afirmó la aplicación de las normas relativas a la libre prestación de servicios a las prestaciones hospitalarias dispensadas en el marco de un régimen de seguro de enfermedad que prevé una intervención en especie. Contundentemente, sostuvo que las actividades médicas se enmarcan en la consideración de una actividad económica y, por tanto, están comprendidas en el ámbito de la libre

---

<sup>570</sup> CANTERO MARTÍNEZ, J.: “La asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea: entre ciudadanía sanitaria y reglas de mercado”, en AA. VV.: *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, GASCÓN ABELLÁN, M., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 87.

<sup>571</sup> Tras estos incipientes pronunciamientos, únicamente Luxemburgo, Bélgica y Dinamarca enmendaron su legislación y establecieron mecanismos para el reembolso incondicional de ciertos servicios ambulatorios y productos sanitarios adquiridos en otros Estados miembros. Véase MOSSIALOS, E. Y PALM, W., loc. cit., págs. 14 y 15.

<sup>572</sup> STJUE de 12 de julio de 2001, asunto C-157/99. Un exhaustivo comentario a la sentencia en GÓMEZ MARTÍN, M.: “La libre prestación de servicios sanitarios en Europa. A propósito de las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001”, *Revista Derecho y Salud*, núm. 2, 2002, págs. 167-181.

prestación de servicios, “sin que a este respecto se deba distinguir entre la asistencia dispensada en un marco hospitalario o fuera de él”<sup>573</sup>.

A igual solución se llegó respecto de los sistemas basados en la técnica de concierto. En concreto, el Tribunal señaló que “la circunstancia de que un tratamiento médico hospitalario sea financiado directamente por las cajas del seguro de enfermedad basándose en conciertos y tarifas preestablecidos no puede excluir a dicho tratamiento del ámbito de los servicios”, de modo que “una prestación médica dispensada en un Estado miembro y pagada por el paciente no puede dejar de estar comprendida en el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios garantizada por el Tratado por el solo hecho de que el pago de la asistencia controvertida se solicita al amparo de una legislación sobre el seguro de enfermedad de otro Estado miembro que prevé esencialmente una intervención en especie”. El TJUE recordó que la libertad de prestación de servicios es de aplicación a las prestaciones efectuadas normalmente a cambio de una remuneración y que, a tal efecto, la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que ésta constituye la contrapartida económica de la prestación correspondiente. En este sentido, no resulta exigible que sean los beneficiarios quienes paguen directamente el servicio. De ahí que “los pagos efectuados por las cajas de enfermedad en el marco de un sistema de concertación entre éstas y los prestadores de asistencia sanitaria, aun siendo a tanto alzado, constituyen la contrapartida económica de las prestaciones hospitalarias y presentan indudablemente un carácter remuneratorio para el establecimiento hospitalario que se beneficia de ellos y que efectúa una actividad de tipo económico”.

Más tiempo tardaría el TJUE en determinar si esta jurisprudencia sobre asistencia sanitaria transfronteriza basada en la libre prestación de servicios resultaba igualmente aplicable en el ámbito de los sistemas nacionales de salud, financiados por vía presupuestaria y con vocación universalista, sistemas, en fin, de tan diferente lógica a los otros sobre los que habían recaído las anteriores sentencias (de reembolso y de concierto).

---

<sup>573</sup> Apartado 53. Esta misma conclusión se confirma en las SSTJUE de 12 de julio de 2001, asunto C-368/98, *Vanbraekel y otros*, apartado 41; de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, *Müller-Fauré y Van Riet*, apartado 103; de 18 de marzo de 2004, asunto C-8/02, *Leichtle*, apartado 28; de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, *Watts*, apartado 86; de 19 de abril de 2007, asunto C-444/05, *Stamatelaki*, apartado 19; de 5 de octubre de 2010, asunto C-512/08, *Comisión/Francia*, apartado 30; y de 27 de enero de 2011, asunto C-490/09, *Comisión/Luxemburgo*, apartado 34.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

En el asunto *Watts*<sup>574</sup>, el Tribunal sostuvo que la actividad médica no pierde la consideración de prestación de servicio por el hecho de que en el Estado de afiliación exista un sistema nacional de salud, de cobertura universal y gratuita. Argumentando con más precisión lo que ya había avanzado genéricamente en el asunto *Müller-Fauré y Van Riet*<sup>575</sup>, el TJUE especifica ahora que “una prestación médica no pierde su calificación de prestación de servicios a efectos del artículo 49 CE [actual art. 56 TFUE] porque el paciente solicite a un servicio nacional de salud que se haga cargo de los gastos después de que él haya pagado el tratamiento recibido al prestador de servicios extranjero”. De esta forma, la aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios en materia asistencial sanitaria procede “con independencia del modo en que funcione el sistema nacional de salud al que dicha persona esté afiliada y al que se haya solicitado posteriormente que cubra dichas prestaciones”.

De acuerdo con lo recién expuesto, todas las prestaciones sanitarias ostentan la consideración de servicios y, por tanto, están incluidas en el ámbito de aplicación de las normas relativas a la libre prestación de servicios contenidas en el sistema de Tratados, con independencia del mecanismo de financiación del sistema sanitario y de que éste se articule como un sistema de reembolso, de concierto, o como un sistema nacional de salud. Siendo así, queda proscrito el establecimiento de toda clase de obstáculos que pudiera distorsionar esa libertad económica. Y precisamente, y este es el elemento innovador de esta jurisprudencia, la exigencia de autorización previa para acceder a los servicios de salud de otro Estado miembro es considerada una vulneración a la libre prestación de servicios consagrada hoy en el art. 56 TFUE, según el cual “quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación”.

---

<sup>574</sup> STJUE de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, *Watts*, apartados 89 y 90. Lo que sería confirmado en las SSTJUE de 19 de abril de 2007, asunto C-444/05, *Stamatelaki*; de 15 de junio de 2010, asunto C-211/08, *Comisión/España*, apartado 47; de 27 de enero de 2011, asunto C-490/09, *Comisión/Luxemburgo*, apartado 34; de 27 de octubre de 2011, asunto C-255/09, *Comisión/Portugal*, apartado 51.

<sup>575</sup> No procede, desde el punto de vista de la libre prestación de servicios, establecer una distinción según que el paciente pague el importe de los gastos efectuados y solicite a continuación su reembolso o que la caja del seguro de enfermedad o el presupuesto nacional pague directamente al prestador. STJUE de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, *Müller-Fauré y Van Riet*, apartado 103.

En efecto, según estableció en sus primeros pronunciamientos, recordemos contextualizados en el ámbito ambulatorio, la sujeción del reembolso de los costes asumidos en otro Estado miembro a autorización previa constituye un obstáculo a la libertad de circulación en su doble manifestación de mercancías y servicios<sup>576</sup>, en cuanto tiene un efecto disuasorio en las personas respecto del desplazamiento a los servicios sanitarios de otro Estado miembro. El art. 56 TFUE se opone, así, a la aplicación de toda normativa nacional que tenga por efecto hacer más gravosas las prestaciones de servicios entre Estados miembros que las prestaciones puramente internas de un Estado miembro<sup>577</sup>. Si bien el Tribunal llega a admitir que la restricción que significa la exigencia de autorización previa puede estar justificada por razones interiores de interés general, matiza en todo caso la necesidad de que la misma no resulte desproporcionada en relación con el objetivo perseguido<sup>578</sup>.

No es ésta, sin embargo, la misma posición que mantiene el Tribunal de Justicia en relación con las prestaciones dispensadas en el ámbito hospitalario<sup>579</sup>. Y es que, en estos casos, argumenta que si muchos asegurados decidieran recurrir a la asistencia de otros Estados miembros, este flujo de pacientes podría poner en peligro “todos los esfuerzos de planificación y de racionalización efectuados en dicho sector vital para evitar el fenómeno del exceso de capacidad hospitalaria, del desequilibrio en la oferta de asistencia médica hospitalaria, de derroche y de deterioro, tanto logísticos como financieros”<sup>580</sup>. De este modo, el TJUE dispone que el Derecho comunitario no se opone, en este ámbito, a un sistema de autorización previa, siempre que los requisitos para su concesión se justifiquen a la luz de razones imperiosas, que identifica precisamente con aquellas “relacionadas con

---

<sup>576</sup> Respectivamente, SSTJUE de 28 de abril de 1998, asunto C-120/95, *Decker*, y asunto C-158/96, *Kohll*.

<sup>577</sup> SSTJUE de 5 de octubre de 1994, asunto C-381/93, *Comisión/Francia*, apartado 17; de 12 de julio de 2001, asunto C-157/99, *Smits y Peerbooms*, apartado 61; de 18 de marzo de 2004, asunto C-8/02, *Leichtle*, apartado 37; de 19 de abril de 2007, asunto C-444/05, *Stamatelaki*, apartado 25.

<sup>578</sup> El TJUE consideró desproporcionada la normativa griega que excluye el reembolso de los gastos de tratamiento en clínica privada extranjera, excepto en el caso de pacientes menores de catorce años, de modo que “podría recurrirse a medios menos restrictivos y más respetuosos con la libertad de prestación de servicios, como un régimen de autorización previa que respete los requisitos exigidos por el Derecho comunitario”. STJUE de 19 de abril de 2007, asunto C-444/05, *Stamatelaki*, apartado 35.

<sup>579</sup> Emblemáticas son ya al respecto las SSTJUE de 12 de julio de 2001, asunto C-157/99, *Smits y Peerbooms*, apartados 72-74; de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, *Müller-Fauré y Van Riet*, apartados 67 y 73; de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, *Watts*, apartados 103-105.

<sup>580</sup> SSTJUE de 12 de julio de 2001, asunto C-157/99, *Smits y Peerbooms*, apartado 106, y de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, *Müller-Fauré y Van Riet*, apartado 91.



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

la salvaguardia del equilibrio financiero del sistema de seguridad social, así como con el mantenimiento de un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos”<sup>581</sup>.

Por razones obvias, el número de infraestructuras hospitalarias, su reparto geográfico, su organización y el equipamiento de que disponen, o la clase de servicios médicos que pueden ofrecer, deben poder planificarse<sup>582</sup>. En este sentido, si la planificación en asistencia hospitalaria obedece al “objetivo de garantizar en el territorio del Estado miembro de que se trate un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones hospitalarias de calidad”, así como a “la voluntad de lograr un control de los gastos y evitar, en la medida de lo posible, cualquier derroche de medios financieros, técnicos y humanos”, el requisito de sujetar a autorización previa la cobertura financiera por parte del sistema nacional de Seguridad Social de la asistencia hospitalaria dispensada en otro Estado miembro se antoja “una medida a la vez necesaria y razonable”<sup>583</sup>. Ciertamente, parece irrefutable que la elusión de un perjuicio grave para el equilibrio financiero de un sistema nacional pueda constituir una razón de peso para justificar el obstáculo a la libre prestación de servicios que la autorización previa representa.

No sería la anterior la única excepción que el TJUE consentiría a la regla general según la cual el establecimiento de un régimen de autorización previa vulnera la libre prestación de servicios que ampara la asistencia sanitaria transfronteriza. En particular, también ha concluido la compatibilidad de dicha autorización con las reglas del mercado en el marco de la asistencia programada en otro Estado, siempre y cuando ésta suponga el empleo de equipos materiales pesados y onerosos<sup>584</sup>. También aquí, como en el anterior supuesto, la planificación juega un papel determinante. Y es que, con independencia del medio, hospitalario o no, en el que se proyecte instalarlos y utilizarlos, es necesario que los equipos materiales particularmente onerosos puedan ser objeto de una política de planificación, en lo que se refiere en especial a su número y reparto geográfico, “a fin de contribuir a garantizar en la totalidad del territorio nacional una oferta de asistencia de vanguardia que sea racionalizada, estable, equilibrada y accesible, pero también para

---

<sup>581</sup> STJUE de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, *Müller-Fauré y Van Riet*, apartado 62. Sobre la tensión entre el equilibrio financiero y la supresión de autorización, consúltese OJEDA AVILÉS, A., “Las conexiones transfronterizas débiles...”, págs. 90 y 91.

<sup>582</sup> STJUE de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, *Müller-Fauré y Van Riet*, apartado 77.

<sup>583</sup> STJUE de 12 de julio de 2001, asunto C-157/99, *Smits y Peerbooms*, apartados 78-80; de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, *Müller-Fauré y Van Riet*, apartado 81.

<sup>584</sup> STJUE de 5 de octubre de 2010, asunto C-512/08, *Comisión/Francia*.

evitar en la medida de lo posible todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos”.

En ausencia de exigencia de autorización previa en estos casos, existiría un notorio riesgo para la organización de la política de salud pública y para el mismo equilibrio financiero del sistema nacional. El razonamiento empleado por el TJUE parece incuestionable, al señalar que si los pacientes pudieran obtener de prestadores establecidos en otros Estados miembros, libremente y en cualquier circunstancia, a cargo de la institución competente, la asistencia que requiriese el uso de equipos materiales particularmente onerosos, se pondría en peligro “el esfuerzo de planificación de las autoridades nacionales, así como el equilibrio financiero de la oferta de asistencia de vanguardia”. Añade al respecto que “esa posibilidad podría llevar, en efecto, a la infrutilización de los equipos materiales particularmente onerosos instalados en el Estado miembro de afiliación y subvencionados por éste, o también a una carga desmesurada para el presupuesto de la seguridad social de ese Estado miembro”.

A sensu contrario, si la asistencia sanitaria que se pretende recibir en otro Estado miembro no implica de suyo la utilización de dispositivos y equipos materiales pesados y onerosos, todo sometimiento de su cobertura a la autorización previa de la institución competente resulta una restricción no justificada de la libre prestación de servicios y, en consecuencia, se opone al art. 56 TFUE<sup>585</sup>.

Por razones obvias, el TJUE no entra a perfilar el concreto sistema de autorización previa que puedan establecer los Estados miembros. Las distintas opciones procedimentales quedan inscritas en el ámbito competencial de cada uno de ellos. En cualquier caso, no se abstiene de precisar con carácter general que el sistema de que se trate debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda ejercerse de manera arbitraria<sup>586</sup>.

---

<sup>585</sup> STJUE de 27 de octubre de 2011, asunto C-255/09, *Comisión/Portugal*. Véase RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: “Turismo sanitario tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de octubre de 2011”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 8, 2012, págs. 189-212.

<sup>586</sup> STJUE de 20 de febrero de 2001, Asunto C-205/99, *Analir y otros*, apartado 38; de 12 de julio de 2001, asunto C-157/99, *Smits y Peerbooms*, apartados 82 y 90; de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, *Müller-*

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

Cada Estado miembro debe articular, pues, un sistema procedimental suficientemente accesible<sup>587</sup> y adecuado para garantizar a los interesados que sus solicitudes sean tramitadas en un plazo razonable y con objetividad e imparcialidad, debiendo poder recurrirse judicialmente las eventuales denegaciones<sup>588</sup>, denegaciones que han de referirse en todo caso a las disposiciones específicas en las que se basen y estar debidamente motivados a la luz de estas últimas<sup>589</sup>.

### 4.3.2.- La Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

#### **A.- Objeto y régimen jurídico.**

Creada por obra del TJUE, en base a la libertad de prestación de servicios, una vía diferente y alternativa a la tradicional del sistema de coordinación para el acceso a los servicios de salud en otro Estado miembro, dos eran las posibilidades que se abrían ante la necesidad de su codificación: bien la modificación de los Reglamentos de coordinación en aras de devenir la regulación en ellos contenida acorde con la jurisprudencia comunitaria, o bien incorporarla a una nueva Directiva que *ex profeso* clarificara los derechos de los pacientes y, en términos de contrapartida, los deberes correspondientes a los Estados miembros implicados en los movimientos transnacionales. Esta última resultó la opción escogida<sup>590</sup>. Así, desde principios de nuestro siglo se venía insistiendo en la necesidad de una norma específica que regulara la asistencia sanitaria transfronteriza, coherente con la jurisprudencia comunitaria. Tras la supresión, en el texto definitivo de la Directiva

---

*Fauré y Van Riet*, apartados 83 a 85; de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, *Watts*, apartado 116; de 5 de octubre de 2010, asunto C-173/09, *Elchinov*, apartado 44.

<sup>587</sup> En la STJUE de 27 de octubre de 2011, asunto C-255/09, *Comisión/Portugal*, apartado 62, dispone el TJUE que la complejidad del procedimiento portugués de autorización, organizado en tres etapas, constituye un factor disuasorio añadido del recurso a prestaciones sanitarias transfronterizas.

<sup>588</sup> SSTJUE de 20 de febrero de 2001, asunto C-205/99, *Analir*, apartado 38; de 12 de julio de 2001, asunto C-157/99, *Smits y Peerbooms*, apartado 90; de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, *Müller-Fauré y Van Riet*, apartado 85; de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, *Watts*, apartado 116; y de 5 de octubre de 2010, *Comisión/Francia*, apartado 43.

<sup>589</sup> STJUE de 23 de octubre de 2003, asunto C-56/01, *Inizan*, apartado 49.

<sup>590</sup> Entre las razones por las que se descartó incorporar la jurisprudencia al sistema de los reglamentos de coordinación, se han aducido los intereses de los actores involucrados (dos Direcciones Generales de la Comisión diferentes y celosas de sus competencias), así como la exigencia de unanimidad en el marco de los Reglamentos, que no desaparecería hasta la entrada en vigor del TFUE (art. 48), el 1 de diciembre de 2009. CARRASCOSA BERMEJO, D. Y TRILLO GARCÍA, A., op. cit., pág. 87.

2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 (Directiva *Bolkenstein*) relativa a los servicios en el mercado interior, del inicial art. 23 contenido en su propuesta y referido a la asistencia sanitaria<sup>591</sup>, al considerarlos servicios de interés general, se hizo precisa la aprobación de otra norma que regulase sistemáticamente la articulación de la asistencia sanitaria transfronteriza basada en la libre prestación de servicios.

Fue en el año 2011 cuando por fin se consiguió<sup>592</sup> incorporar la temática al Derecho derivado a través de la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza<sup>593</sup>. Esta norma nació con el propósito de aportar seguridad jurídica y claridad en los principios que había desarrollado el Tribunal de Justicia durante casi quince años determinando el alcance del derecho a recibir atención médica reemborsable en otro Estado miembro. Se trataba, pues, de delimitar un marco jurídico específico que incorporase congruentemente las soluciones emanadas caso por caso del Tribunal, esto es, arrojar un enfoque coherente de conjunto respecto del régimen de la asistencia sanitaria transfronteriza, superando las limitaciones que la jurisprudencia casuística del TJUE presentaba al respecto. No se podía proceder de otro modo, advertido el desconocimiento amplio que de la misma adolecían los pacientes y la inaplicación general por parte de las administraciones nacionales<sup>594</sup>.

Pero el de la codificación de los principios básicos asentados en la jurisprudencia del TJUE no fue el único objetivo de la Directiva. Más ambiciosamente, y en base a la articulación de una serie de principios comunes concretados en la universalidad, acceso a

---

<sup>591</sup> El art. 2.f) dispone que la Directiva no se aplicará a “los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado”. Esta opción fue la más coherente con el rechazo a una mercantilización de los servicios sanitarios. MONEREO PÉREZ, J. L.: “La coordinación comunitaria de los Sistemas de Asistencia Sanitaria (y II)...”, pág. 68.

<sup>592</sup> Véanse los avatares de su gestación en LANDA ZAPIRAIN, J. P.: “El derecho del ciudadano europeo a una asistencia sanitaria transfronteriza en la UE entre la libre circulación de personas y la libre prestación de servicios”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2011, págs. 1082-1085.

<sup>593</sup> DOUE L 88, de 4 de abril de 2011. Hay quien ha puesto en cuestión su mismo título, al entender que el término transfronterizo “no encaja bien en la Europa sin fronteras que se está construyendo, donde uno de sus principios fundamentales es la libre circulación de personas, bienes y servicios”. BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: “Los Derechos de los pacientes en asistencia sanitaria transfronteriza”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 4, 2014.

<sup>594</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D. Y TRILLO GARCÍA, A., op. cit., pág. 87.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

una atención de elevada calidad, equidad y solidaridad (art. 4.1.c. de la Directiva)<sup>595</sup>, la norma comunitaria aspiraba a facilitar el acceso a una asistencia sanitaria transfronteriza segura y de alta calidad en todo el territorio de la Unión, a aclarar su relación con los reglamentos de coordinación, así como a promover una efectiva cooperación en la asistencia sanitaria entre Estados miembros, con pleno respeto a las competencias nacionales en la organización y la prestación de atención médica<sup>596</sup>. Desde luego, el terreno de la asistencia sanitaria transfronteriza es uno de los que mejor evidencia la necesidad de colaboración entre las instituciones en el contexto supranacional. Dificilmente podría un Estado miembro brindar acceso efectivo a su sistema a ciudadanos de otro sin que exista entre las respectivas instituciones un consenso sobre los principios y criterios que han de regir la provisión y el reembolso de los servicios en cuestión. En un espacio cada vez más interconectado<sup>597</sup>, se hace del todo necesario articular técnicas de cooperación que permitan afrontar con éxito los elementos de transnacionalidad que la asistencia sanitaria transfronteriza implica.

El contenido de la Directiva es, en definitiva, notablemente amplio. Lejos de limitarse, como hacen las normas de coordinación a clarificar, en base a la determinación de la ley nacional aplicable, cuál de los Estados implicados resulta competente para dispensar el tratamiento sanitario y cuál lo es para abonar los costes resultantes, también incorpora normas sobre la prescripción, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios provistos en el contexto del mismo. La información ocupa asimismo un lugar capital en la Directiva. Y es que la importancia que ésta reviste en el plano de la asistencia sanitaria transfronteriza parece incuestionable. De un lado, los ciudadanos de la Unión que se plantean recibir atención médica más allá de sus fronteras precisan conocer previamente los derechos que les asisten al respecto, los tratamientos a los que pueden acceder, así como los supuestos en que verán reembolsada o no la cantidad abonada por la

---

<sup>595</sup> DURÁN RUIZ, F. J.: “La Directiva de asistencia sanitaria transfronteriza: mercado interior, armonización de los sistemas de salud, nacionales de terceros estados y responsabilidades de las administraciones de los Estados miembros”, en AA. VV.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2011, págs. 742 y 743.

<sup>596</sup> BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: “Asistencia sanitaria transfronteriza: algunas pinceladas a la luz de la directiva comunitaria”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 24, 2011, pág. 3.

<sup>597</sup> “Más que el elemento de nacionalidad, lo que caracteriza a la regulación comunitaria en este campo es su dimensión transfronteriza”. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C.: “La asistencia sanitaria y los Reglamentos 1408/71 y 574/72...”, pág. 105.

atención médica recibida<sup>598</sup>. De otro, también para los Estados, todos con necesidades específicas de planificación en aras de garantizar la sostenibilidad de sus sistemas, la información sobre sus responsabilidades juega un papel determinante.

Con todo y con eso, la norma en ningún caso instaura un sistema sanitario europeo, uniforme para los diferentes Estados miembros, es decir, no quiere suponer una alteración en las competencias que los Estados miembros ostentan en la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica. Ni quiere ni puede, pues recuérdese que el art. 168.7 TFUE dispone que la acción de la Unión en el ámbito de la salud habrá de respetar las responsabilidades de los Estados miembros en este ámbito, bajo las que integra “la gestión de los servicios de salud y de atención médica, así como la asignación de los recursos que se destinan a dichos servicios”. En este sentido, en virtud del principio de subsidiariedad (art. 5.3 TUE), la Directiva señala expresamente que “respeto y no va en perjuicio de la libertad de cada Estado miembro de decidir el tipo de asistencia sanitaria que considera adecuado” (Considerando séptimo), insistiéndose en esta idea motriz en reiteradas ocasiones<sup>599</sup>.

Queda claro, por tanto, que corresponde a cada Estado miembro determinar las concretas prestaciones a incluir en sus respectivos catálogos nacionales, definir los requisitos necesarios para acceder a las mismas, delimitar el porcentaje del coste real del tratamiento que queda socialmente cubierto, establecer el abanico de destinatarios, así como organizar la gestión y financiación de sus sistemas sanitarios según consideren oportuno. A este respecto, conviene tener presente, tal y como lo hace la Directiva, que todos los sistemas sanitarios de la Unión comparten un conjunto de principios

---

<sup>598</sup> CARPANI, G.: "Le garanzie per l'effettività dei LEA: quale ruolo per l'Esecutivo e l'amministrazione statale", en AA. VV.: *I livelli essenziali delle prestazioni sociali e sanitarie*, BOTTARI, C. (a cura di), Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, pág. 104.

<sup>599</sup> El Considerando décimo vuelve a incidir en que se respetan “las responsabilidades de los Estados miembros en lo tocante a la determinación de las prestaciones de seguridad social que estén relacionadas con la salud y a la organización y la prestación de asistencia sanitaria y atención médica, y de otras prestaciones de la seguridad social, en especial, en caso de enfermedad”. El Considerando vigésimo noveno señala que “se respeta plenamente la responsabilidad de los Estados miembros de determinar el alcance de la cobertura por enfermedad disponible para sus ciudadanos y se evita todo efecto importante en la financiación de los sistemas nacionales de asistencia sanitaria”. El trigésimo quinto enuncia que “la presente Directiva debe respetar plenamente las diferencias de los sistemas nacionales de asistencia sanitaria y las responsabilidades de los Estados miembros en cuanto a la organización y la prestación de servicios sanitarios y atención médica”. El art. 1 alude al “pleno respeto a las competencias nacionales en la organización y la prestación de asistencia sanitaria”, empleándose iguales términos en los arts. 12.6 y 15.7.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

operativos<sup>600</sup>, si bien, cada uno lo concreta de forma diferente tanto en la contribución de los gastos asistenciales sanitarios como en el modo de articular el cumplimiento de las normas en la materia<sup>601</sup>. La norma europea, por tanto, sólo trata de delimitar las líneas generales de actuación para que los Estados miembros contribuyan a una protección de la salud de eficacia y calidad.

La Directiva fundamenta jurídicamente su intervención en la regulación del mercado interior, al localizar su base jurídica en el art. 114 TFUE, precepto que faculta a la Unión a armonizar el mercado interior. En particular, en su apartado tercero dispone que “la Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos”. En este sentido, la misma norma alega que la mayoría de sus disposiciones tienen por objeto mejorar el funcionamiento del mercado interior y la libre circulación de mercancías, personas y servicios. Sin embargo, y quizá en la pretensión de lograr un marcado distanciamiento de la Directiva *Bolkenstein*, también alude, en sus Considerandos eso sí, al art. 168.1 TFUE y la proclamación que ya se ha visto que contiene del principio de transversalidad en la protección de la salud. La referencia a ambas bases jurídicas, de tan diverso sentido y contenido cada una, envuelve desde luego cierta confusión. Siendo así, no extraña que se haya achacado a la Directiva la consolidación de una desvinculación más formal que real entre la asistencia sanitaria y el ámbito de la libertad económica de prestación de servicios<sup>602</sup>.

Desde el punto de vista del ámbito objetivo de aplicación, la Directiva se enmarca exclusivamente en la asistencia sanitaria transfronteriza, a la que define como la asistencia sanitaria prestada o recetada en un Estado miembro distinto del Estado miembro de afiliación (art. 3.e), entendiéndose por este último aquel que resulta competente para conceder al asegurado una autorización previa para recibir un tratamiento adecuado fuera

---

<sup>600</sup> Considerando quinto.

<sup>601</sup> DURÁN RUIZ, F. J., op. cit., pág. 743.

<sup>602</sup> “A pesar de la exteriorización formal de la norma —adscrita a la protección de la salud—, las instituciones comunitarias han querido mantener —al menos, en cuanto al fondo— la ligazón de aquélla con respecto a la libre prestación de servicios”. FOTINOPOULOU BASURKO, O.: “El reembolso de gastos médicos y la directiva sobre asistencia sanitaria transfronteriza”, *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 25, 2012, pág. 344.

del Estado miembro de residencia. Luego por “Estado miembro de afiliación”, la Directiva identifica al que en la terminología de los Reglamentos de coordinación se denomina “Estado competente”.

Conviene hacer constar, en todo caso, que la Directiva no maneja un concepto amplio de asistencia sanitaria, pues excluye de manera expresa a estos efectos la asignación de órganos y el acceso a los mismos con fines de trasplante de órganos; los programas de vacunación pública (con una serie de excepciones contenidas en su capítulo IV y relativas a la cooperación entre Estados miembros y a las redes europeas de referencia) contra las enfermedades infecciosas, que tengan por finalidad exclusiva la protección de la salud de la población en el territorio de un Estado miembro y que estén sujetas a medidas específicas de planificación y ejecución; así como los servicios en el ámbito de los cuidados de larga duración cuya finalidad sea ayudar a personas que requieren asistencia a la hora de realizar tareas rutinarias y diarias<sup>603</sup> (art. 1.3). En esta última excepción se advierte un claro distanciamiento del régimen de asistencia sanitaria transfronteriza que articula la vía de la Directiva respecto del previsto en la vía del sistema de coordinación. Y es que en este último se incluyen las prestaciones de dependencia en sintonía con la jurisprudencia del TJUE<sup>604</sup>.

Por lo que respecta al plano subjetivo, los destinatarios de la Directiva resultan ser los pacientes asegurados en alguno de los Estados miembros, sin que se aluda a este respecto a los ciudadanos de la Unión. Luego el título que abre la puerta al cruce de fronteras para beneficiarse de las prestaciones del sistema sanitario de otro Estado miembro con derecho al posterior reembolso reside en el aseguramiento público. Esta limitación en el campo subjetivo de aplicación, además de chocar frontalmente con la vinculación que la propia

---

<sup>603</sup> El preámbulo ejemplifica los cuidados de larga duración considerados necesarios para permitir a la persona que requiere cuidados vivir una vida lo más plena y autónoma posible: aquellos prestados por servicios de atención a domicilio, en residencias de válidos, residencias asistidas o en otros servicios de atención asistida. La especificidad de este tipo de cuidados bien parece justificar la conveniencia de una regulación específica, dado que no son prestaciones sanitarias en sentido estricto, son de larga duración y existen marcadas divergencias entre los distintos Estados, incluso sin que lleguen a contemplarse en los sistemas públicos de algunos.

<sup>604</sup> STJUE de 5 de marzo de 1998, asunto C-160/96, *Molenaar*, apartado 37. Véase MALDONADO MOLINA, J. A.: "La protección de la dependencia en la Seguridad Social comunitaria", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 319, 2011, pág.



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

norma propugna con los principios de universalidad y solidaridad en el art. 4.1.c), impide que pueda hablarse de un verdadero derecho de ciudadanía sanitaria en este ámbito<sup>605</sup>.

### **B.- El reembolso de los gastos médicos.**

En base a la regla general que asienta el art. 7 de la Directiva, todo Estado miembro de afiliación ha de garantizar el reembolso de los gastos contraídos por un asegurado que haya recibido atención sanitaria en un Estado miembro diferente. Por tanto, cuando la asistencia sanitaria transfronteriza se articula por la vía de esta norma europea, el paciente debe anticipar los gastos que de su tratamiento derivan y, posteriormente, podrá reclamar al Estado en el que esté afiliado el reintegro de las cantidades desembolsadas. En este aspecto radica una de las principales desventajas de la regulación contenida en la norma europea que se analiza. Y es que la Directiva articula una asistencia sanitaria transfronteriza de la que sólo pueden disfrutar los pacientes que tengan recursos económicos suficientes para avanzar los costes de tratamiento.

La procedencia del reembolso exige en cualquier caso que la asistencia sanitaria en cuestión figure entre las prestaciones a las que el paciente tiene derecho en el Estado miembro de afiliación. Se preserva, así, la responsabilidad de cada Estado en la organización de su sistema sanitario, sin que el reconocimiento del derecho de sus asegurados a recibir atención médica en otro Estado miembro implique una ampliación de sus catálogos prestacionales. Los Estados no pueden verse compelidos por el Derecho comunitario a ampliar sus carteras de servicios, incorporando tratamientos que sí se hallan disponibles en otros miembros de la Unión. La Directiva no prescribe, por tanto, el compromiso de los Estados a cubrir fuera de sus fronteras lo que no cubren dentro de las mismas. El objetivo no es otro que alterar lo menos posible la planificación económica de los sistemas nacionales. Piénsese, en este sentido, en la perturbación que supondría para los esfuerzos de programación de un Estado si las personas en él afiliadas pudieran acceder en otro miembro de la Unión a una prestación que no incluye el catálogo propio del país, siendo sus costes posteriormente reembolsados por el mismo.

---

<sup>605</sup> Consúltense al respecto CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza: la Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo”, en AA. VV.: *Derecho y salud en la Unión Europea*, PÉREZ GÁLVEZ, J. F. Y BARRANCO VELA, R. (Dir.), Comares, Granada, 2013, pág. 153 y 169.

Por tanto, el listado de prestaciones que establece cada sistema nacional pasa a configurar sin quererlo el marco en el que se inscribe la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea, determinando los límites al reembolso de los gastos derivados. De ahí el necesario recato con que a nivel interno se ha de proceder a delimitar los tratamientos cubiertos, asumidos los efectos económicos en nada intrascendentes que pueden generar desde el enfoque comunitario. Y es que, como se ha sostenido<sup>606</sup>, los sistemas que no emplean listas detalladas de los tratamientos sanitarios cubiertos pueden verse obligados a cubrir más tratamientos en el extranjero que aquellos Estados que no cuentan con dichas listas. Este postulado, a la postre, puede afectar al principio de equidad, en el sentido de que los pacientes procedentes de sistemas que configuran catálogos detallados se encuentran en una situación que, en términos de acceso a los servicios sanitarios de otro Estado miembro, no resulta igual a la de aquellos otros cuyos sistemas no utilizan tal suerte de catálogos.

En todo caso, ningún Estado puede ampararse en una pretendida vaguedad de los términos en que se expresa su catálogo interno para quedar exento de la obligación de reembolsar la asistencia sanitaria transfronteriza que ha recibido uno de sus asegurados. En este sentido, incorporando parte de lo dispuesto por el TJUE en el asunto *Elchinov*<sup>607</sup>, si la lista de prestaciones no especifica con precisión el método de tratamiento aplicado pero define los tipos de tratamiento, la Directiva prohíbe que el Estado miembro de afiliación deniegue el reembolso sobre la base precisamente de que el método de tratamiento no esté disponible en su territorio. Debe evaluar, por el contrario, si el tratamiento transfronterizo solicitado o recibido se corresponde con las prestaciones previstas en su legislación<sup>608</sup>.

El reembolso está sometido en su articulación a dos importantes limitaciones. De un lado, el Estado de afiliación sólo está obligado a restituir hasta la cuantía que habría asumido si la asistencia sanitaria se hubiese prestado en su territorio. De otro, dicho reintegro no puede en ningún caso exceder del coste real de la asistencia sanitaria efectivamente prestada. Queda afirmada, así, la neutralidad económica que para el Estado

---

<sup>606</sup> GREER, S. L. AND SOKOL, T., loc. cit., pág. 83.

<sup>607</sup> Apartado 62.

<sup>608</sup> Considerando trigésimocuarto.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

de afiliación quiere significar la técnica del reembolso, de modo que la atención médica dispensada en un Estado miembro diferente no tiene un impacto desfavorable en la sostenibilidad de su sistema sanitario, pues asume igual gasto que si dichos servicios se hubiesen prestado en su territorio. Esto acarrea, sin embargo, el riesgo de que sea el paciente el que sufrague por sí mismo el exceso correspondiente a la asistencia sanitaria que supere el coste previsto en el Estado de afiliación, con el consiguiente efecto potencialmente disuasorio respecto de las personas sin suficiencia de recursos<sup>609</sup>.

Conviene poner de relieve que es ciertamente amplio el margen de maniobra que el texto de la Directiva concede a los Estados miembros, dado que pueden decidir reembolsar el coste total de la asistencia sanitaria transfronteriza, incluso en el caso de que éste supere la cuantía que habrían asumido si dicha asistencia se hubiese dispensado en el marco de su propio sistema. Y, aún más, queda bajo la libre decisión del Estado miembro de afiliación el reembolso de otros gastos conexos, tales como los gastos de alojamiento y de viaje, o los gastos adicionales en que puedan incurrir las personas con discapacidad cuando reciban asistencia sanitaria transfronteriza debido a una o más discapacidades, de conformidad con la legislación nacional y a condición de que se aporte documentación suficiente en la que se precisen tales gastos. Se acoge aquí la jurisprudencia comunitaria<sup>610</sup>, que precisamente se pronunció en el mismo sentido en relación con los gastos de alojamiento y viaje, en calidad de gastos accesorios. Así, el TJUE ha señalado que el art. 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que un paciente “sólo tiene derecho a exigir a la institución competente que cubra los gastos accesorios de dicho desplazamiento transfronterizo por razones médicas en la medida en que la legislación del Estado miembro competente imponga a su sistema nacional una obligación de cobertura equivalente en el caso de un tratamiento dispensado en un establecimiento local integrado en dicho sistema”.

El art. 7.7 de la Directiva también habilita a los Estados miembros de afiliación para imponer a un asegurado que pida el reembolso de gastos de asistencia sanitaria

---

<sup>609</sup> BIURRUN MANCISIDOR, G.: “El derecho a la asistencia sanitaria y la libre circulación en la UE. El papel de la comunicación al paciente”, Conferencia de clausura del XIV Congreso de la Asociación Española de Gestión de Riesgos Sanitarios, celebrado del 9 al 11 de junio de 2011 en San Sebastián. Documento disponible en [http://www.aegris.org/XIVCongreso/descargas/ponencias/c\\_gbiurrun.pdf](http://www.aegris.org/XIVCongreso/descargas/ponencias/c_gbiurrun.pdf).

<sup>610</sup> SSTJUE de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, *Watts*, apartado 143; y de 15 de junio de 2006, asunto C-466/04, *Acereda Herrera*, apartado 38.

transfronteriza las mismas condiciones, criterios de admisibilidad y trámites reglamentarios y administrativos que impondría si la asistencia sanitaria se prestase en su territorio. En concreto, se puede incluir la exigencia de una “evaluación por un profesional de la salud o un administrador sanitario que presten servicios en el sistema de Seguridad Social o el sistema nacional de sanidad obligatorio del Estado miembro de afiliación, tal como el médico generalista o de atención primaria que tiene atribuido el paciente, si ello es necesario para determinar el derecho de ese paciente a la asistencia sanitaria”. La ambigüedad de esta previsión no ha dejado de ser oportunamente denunciada<sup>611</sup>, y es que la particular referencia a “un administrador sanitario” en la evaluación parece dejar paso a que sean criterios económicos y de organización los que influyan en el proceso y no sólo estrictamente de salud. En todo caso, la Directiva prohíbe que los criterios de elegibilidad o los trámites que se impongan puedan constituir discriminación u obstáculo a la libre circulación de los pacientes, los servicios o los bienes, salvo que se justifique de forma objetiva<sup>612</sup>.

En una, cabe considerar, excesiva limitación del derecho al reembolso, la Directiva ofrece a los Estados miembros de afiliación la posibilidad de restringir la aplicación de las normas de reintegro de la asistencia sanitaria transfronteriza por razones imperiosas de interés general, aludiendo o bien a necesidades de programación relacionadas con el objeto de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el Estado miembro de que se trate, o bien a la voluntad de controlar los costes y evitar, en la medida de lo posible, cualquier despilfarro de los recursos. El modo alternativo en que se configura la posible concurrencia de tales motivos de restricción, a diferencia del cumulativo que emplea el TJUE<sup>613</sup>, bien avala que la

---

<sup>611</sup> Consúltese CANTERO MARTÍNEZ, J.: “La asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea: entre ciudadanía sanitaria y reglas de mercado”, en AA. VV.: *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, GASCÓN ABELLÁN, M., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 114.

<sup>612</sup> Sería exigible que este tipo de trámites estuviesen contemplados en el Derecho interno. En otro caso, su previsión en el ámbito de la asistencia sanitaria transfronteriza vulneraría la libre prestación de servicios, pues supondría imponer requisitos más gravosos para acceder a la asistencia sanitaria en otro Estado miembro que en el propio.

<sup>613</sup> SSTJUE de 12 de julio de 2001, asunto C-157/99, *Smits y Peerbooms*, apartados 76-79; de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, *Watts*, apartados 108 y 109; de 5 de octubre de 2010, asunto C-173/09, *Elchinov*, apartado 43.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

Directiva ha resultado en este extremo más restrictiva que la jurisprudencia comunitaria<sup>614</sup>. Distorsiones como ésta entre la norma europea y la labor jurisprudencial son las que llevan a cuestionar si aquélla ha llevado a cabo una asunción realmente fiel de esta última. La problemática que ello suscita no es menor si se tiene en cuenta que una de las posibilidades que contempla la Directiva abre la puerta a la limitación del reembolso sobre la exclusiva base de evitar el despilfarro económico en los sistemas nacionales. Los múltiples supuestos en que los Estados puedan escudarse en este pretexto económico para acotar su obligación de reembolso pueden venir a la mente de todos sin demasiado esfuerzo imaginativo. De ahí que la jurisprudencia resulte significativamente más garantista, mediante la adición del otro requisito referido a criterios de programación en la accesibilidad y calidad de las prestaciones sanitarias a proveer.

Por último, y siguiendo en el marco de maniobra que deja la Directiva a la decisión de los Estados miembros, ésta contempla la posibilidad de que articulen como alternativa al reembolso la técnica del pago directo. De este modo, los sistemas nacionales pueden optar por prescindir del reembolso y abonar, en su lugar, directamente los servicios sanitarios recibidos por personas afiliados a ellos en otro Estado miembro. Como siempre, tal desembolso no podría superar el límite de la cuantía que habría asumido dicho Estado si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en su territorio, ni exceder del coste real de la asistencia sanitaria efectivamente prestada. Por razones obvias, esta posibilidad supone grandes ventajas para los pacientes afiliados al Estado miembro que se hubiese adscrito a esta opción, ya que no tendrían que anticipar los costes de la asistencia sanitaria recibida en otro Estado miembro. Todo dependerá, en cualquier caso, de la voluntad política de cada Estado, y de la transposición correspondiente que se acometa de la norma europea. Aunque se tendrá oportunidad de verlo más adelante, se puede avanzar que España ha prescindido de esta habilitación, articulando de forma exclusiva la técnica del reembolso.

---

<sup>614</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P.: "El derecho del ciudadano europeo...", pág. 1089. En el mismo sentido, CARRASCOSA BERMEJO, D. Y CARRILLO MÁRQUEZ, D.: "Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre asistencia sanitaria y libre prestación de servicios. Su recepción en la Directiva 2011/24/UE y el riesgo de una tercera vía", en AA. VV.: *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea*, CARRASCOSA BERMEJO, D. (Dir.), Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pág. 98. Las autoras concluyen que la Directiva en este punto podría considerarse contraria a la libre prestación de servicios, lo que sería extensible a las normas de transposición amparadas en estas "razones tan laxas contrarias a la libre prestación de servicios".

Por lo que respecta al régimen de reembolso de los gastos no intrínsecamente sanitarios, pero conexos a la atención médica transfronteriza, tales como los de viaje o alojamiento en el país de tratamiento, la Directiva mantiene cierta ambigüedad<sup>615</sup>. En efecto, si bien el art. 7.4 reconoce la discrecionalidad de los Estados miembros de la Unión para decidir si reembolsan o no los gastos accesorios que haya asumido el paciente con ocasión del tratamiento recibido, no es ésta la misma solución extraíble del preámbulo de la norma europea. De su Considerando 34 parece desprenderse, en cambio, que los Estados miembros sólo son libres para prever o no el reembolso de tales costes cuando su legislación interna no lo establece respecto de la asistencia sanitaria dispensada en su territorio nacional, pues de establecerlo, habría de articular igual norma para su aplicación comunitaria<sup>616</sup>.

Para el disfrute de asistencia sanitaria transfronteriza y el reembolso de los gastos sanitarios contraídos en otro Estado miembro, se requiere la articulación de procedimientos administrativos en cada Estado miembro. La Directiva, por razones obvias, no acomete una prescripción de la tramitación de los mismos, sino que perfila los principios básicos que han de respetarse en todos ellos. Así, como premisa básica, la norma establece que los criterios en que se basen han de ser objetivos y no discriminatorios, necesarios y proporcionados al objetivo que se pretende lograr. Asimismo, prescribe que todo procedimiento debe resultar fácilmente accesible y la información al respecto de tal procedimiento deberá ponerse a disposición al nivel adecuado. En concreto, se ha de garantizar que las solicitudes de asistencia sanitaria transfronteriza se tramiten con objetividad e imparcialidad, y todo ello valiéndose de plazos razonables, divulgados con antelación. Por su parte, las decisiones individuales relativas al disfrute de asistencia sanitaria transfronteriza y al reembolso de los gastos contraídos en otro Estado miembro deben motivarse oportunamente y someterse a control

---

<sup>615</sup> GREER, S. L. AND SOKOL, T., loc. cit., pág. 77.

<sup>616</sup> Previsión ésta más honesta con la jurisprudencia comunitaria, que estableció en las Sentencias de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, *Watts*, apartado 139, y de 15 de junio de 2006, asunto C-466/04, *Acereda Herrera*, apartado 38, que el Derecho comunitario se opone a una normativa nacional que excluya la cobertura de los gastos accesorios en que incurra un paciente autorizado a desplazarse a otro Estado miembro para recibir en él tratamiento hospitalario, si al mismo tiempo dicha legislación dispone que tales gastos están cubiertos cuando el tratamiento se dispense en un centro integrado en el sistema nacional de que se trate.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

en función de las circunstancias concretas de cada caso, debiendo poder ser impugnadas en procedimientos judiciales.

De nuevo en este ámbito, la Directiva deja un considerable margen de acción, en el sentido de espacio de mejora, a los Estados miembros para que, si así lo estiman oportuno, puedan ofrecer a los pacientes un sistema voluntario de notificación previa según el cual, como resultado de dicha notificación, el paciente deberá recibir por escrito una estimación del importe máximo reembolsable. Dicha estimación tendrá en cuenta el caso clínico del paciente, especificando los procedimientos médicos que puedan aplicarse. Según se tendrá ocasión de comprobar más adelante, España no se ha acogido a esta opción, lo que habría resultado del todo conveniente, habida cuenta de lo ventajoso que resulta para los pacientes trasladarse sabiendo con certeza la cantidad que podrían ver posteriormente reembolsada.

### **C.- El régimen de autorización previa.**

Según se acaba de exponer, la Directiva reconoce el derecho a recibir asistencia sanitaria en un Estado miembro diferente del de afiliación, con el consiguiente reintegro de los costes asumidos. Si bien, y como regla general, el Estado miembro de afiliación no ha de supeditar este reembolso a procedimiento alguno de autorización previa (art. 7.8), lo cierto es que el art. 8 introduce importantes excepciones al respecto. En efecto, en dicho precepto se dedica especial atención a aquellos supuestos (tasados) en los que cabe establecer un sistema de autorización previa<sup>617</sup> para el reembolso de los gastos de la asistencia sanitaria transfronteriza. La Directiva no procede a configurar, pues, un listado detallado y concreto de las posibles prestaciones sanitarias requirentes de autorización previa, sino que en su exposición genérica abre la puerta a los Estados miembros para que sea la regulación de cada uno de ellos la que determine los supuestos que demandarán la

---

<sup>617</sup> Cuando un paciente aquejado o sospechoso de padecer una enfermedad rara solicite una autorización previa, podrán llevar a cabo una evaluación clínica expertos en ese ámbito. En caso de que no puedan encontrarse expertos en el Estado miembro de afiliación o de que el dictamen del experto no sea concluyente, el Estado miembro de afiliación podrá solicitar asesoramiento científico (art. 8.4).

autorización. Los sistemas nacionales cuentan, así, con amplios márgenes de actuación y, con ello, se genera más espacio para la inseguridad<sup>618</sup>.

- En primer lugar, la exigencia de autorización previa está consentida cuando la asistencia sanitaria requiera necesidades de planificación relacionadas con el objeto de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el Estado miembro de que se trate, o de controlar los costes evitando en lo posible cualquier despilfarro de los recursos financieros, técnicos y humanos. Se exige, igualmente, que el paciente tenga que pernoctar en el hospital al menos una noche, o bien que haga uso de infraestructuras o equipos médicos sumamente especializados y costosos. Estas previsiones no son sino fiel trasposición de la jurisprudencia comunitaria, en la que, tal y como se ha señalado líneas arriba, las prestaciones hospitalarias y aquellas que, de tipo hospitalario o ambulatorio, implicasen el empleo de dispositivos pesados y onerosos, justificaban la autorización previa.

- También puede ser exigida en los casos en que la atención médica entrañe “tratamientos que presenten un riesgo particular para el paciente o la población”. Este criterio se antoja excesivamente indefinido, tanto que se ha llegado a considerar que, por ser difícilmente objetivable, la decisión debe hacerse depender de evaluaciones equivalentes acometidas tanto en el Estado de tratamiento como en el de afiliación, lo que implicaría, de suyo, una demora en el tiempo de dicha decisión<sup>619</sup>.

- Cuando la asistencia sanitaria sea proporcionada por un prestador que, en función de las circunstancias concretas de cada caso, pueda suscitar motivos graves y específicos de inquietud en relación con la calidad o seguridad de los cuidados, la Directiva también justifica el procedimiento de autorización previa. Lo cierto es que en este supuesto se admite una marcada ampliación de la potestad de los Estados en la concesión de la autorización<sup>620</sup>. No deja de resultar cuando menos curioso que se admita como motivo de justificación de una restricción a la libre prestación de servicios como la que la autorización previa representa, las sospechas sobre la calidad de las prestaciones que

---

<sup>618</sup> En este sentido, LANDA ZAPIRAIN, J. P.: “El derecho del ciudadano europeo...”, págs. 1090 y 1091.

<sup>619</sup> *Ibidem*, pág. 1091.

<sup>620</sup> CERVELL HORTAL.: “Pacientes en Unión Europea: libertad restringida y vigilada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2011, pág. 65.



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

dispensa un proveedor de la Unión. Ya el TJUE, en el emblemático asunto *Kohll*, había rechazado este mismo argumento aducido por el gobierno luxemburgués sobre la base de que el ejercicio de las profesiones médicas es objeto de reconocimiento recíproco entre los Estados miembros.

En este extremo, los Estados miembros gozan de un margen de maniobra más amplio del que les proporciona la jurisprudencia del TJUE. Y es que la Directiva habilita la exigencia de autorización previa en un mayor número de supuestos que los asentados por el TJUE, que los circunscribió, según se acaba de ver, a la asistencia hospitalaria y a aquella que implica equipos materiales especialmente pesados y onerosos<sup>621</sup>. Bien puede afirmarse, así, que la Directiva resulta más restrictiva que la jurisprudencia comunitaria, advirtiéndose una distorsión en la labor codificadora de aquélla.

La Directiva europea, con vocación pretendidamente agotadora, expone de manera concreta las razones por las que el Estado miembro de afiliación puede proceder a denegar una autorización previa, asentando iguales razones que prevé el sistema de coordinación respecto de la asistencia sanitaria programada, si bien de manera más completa. Así, no cabe denegación alguna de la misma cuando dicha asistencia sanitaria figure entre las prestaciones a las que el asegurado tiene derecho en el Estado miembro de afiliación y ésta “no pueda prestarse en su territorio en un plazo médicamente justificado, sobre la base de una evaluación médica objetiva del estado de salud del paciente, su historial y la evolución probable de su enfermedad, el grado de dolor que padezca o la naturaleza de su discapacidad en el momento en que la solicitud de autorización fue efectuada o renovada”. La Directiva incorpora en este punto los criterios aportados por el TJUE en la delimitación de la noción de “tiempo oportuno”, lo que no hace el Reglamento 883/2004, que según se ha visto más arriba, alude sin más a “un plazo justificable desde el punto de vista médico” (art. 20.2), sin incorporar concreción alguna al respecto.

Pero la norma europea no sólo enuncia las causas de concesión de la autorización previa, pues procede también a enumerar con carácter no exhaustivo aquellas por las que el Estado miembro de afiliación puede denegarla:

---

<sup>621</sup> GREER, S. L. AND SOKOL, T., loc. cit., pág. 77.

- Cuando exista un grado razonable de certeza de que el paciente, según una evaluación clínica, vaya a exponerse a un riesgo que no pueda considerarse aceptable, teniendo en cuenta el beneficio potencial que pueda obtener de la asistencia sanitaria transfronteriza solicitada.

- Siempre que exista un grado razonable de certeza (concepto jurídico indeterminado donde los haya) de que la población en general pueda quedar expuesta a un riesgo sustancial (he aquí otro) como consecuencia de la asistencia sanitaria transfronteriza considerada. Prima, en estos supuestos, el interés general de la población en su conjunto sobre el interés individual del paciente.

- En caso de que dicha asistencia sanitaria sea proporcionada por un prestador de asistencia sanitaria que suscite motivos graves y específicos de inquietud respecto a las normas y directrices relativas a la calidad y a la seguridad del paciente, incluidas las disposiciones en materia de supervisión, tanto cuando dichas normas y directrices se establezcan mediante disposiciones legales y reglamentarias, como cuando lo sean por medio de sistemas de acreditación establecidos por el Estado miembro de tratamiento<sup>622</sup>.

- Todas las veces que la atención sanitaria pueda prestarse en el territorio del Estado de afiliación en un plazo médicamente justificable, teniendo en cuenta el estado de salud de cada paciente y la posible evolución de su enfermedad<sup>623</sup>.

El empleo de dos listados de motivos, uno de concesión y otro de denegación de la autorización previa, ha sido cuestionado en la doctrina. No en vano, ha habido quienes han propuesto incluso el establecimiento de un único elenco de tipo negativo, ya que podría plantearse la paradoja de concurrir ambos requisitos de concesión, pero también alguno de denegación, como por ejemplo cuando el médico no ofreciese suficientes garantías de calidad<sup>624</sup>. Esto plantearía un claro problema interpretativo, pues no resulta fácil

---

<sup>622</sup> Bien puede reproducirse en esta previsión la misma crítica realizada al motivo de justificación de autorización previa con igual contenido.

<sup>623</sup> Es ésta una motivación declarativa y no constitutiva, pues se concreta en el supuesto contrario a la causa de concesión de autorización.

<sup>624</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D. Y CARRILLO MÁRQUEZ, D.: “Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre asistencia sanitaria y libre prestación de servicios. Su recepción en la Directiva 2011/24/UE y el riesgo de una tercera vía”, en AA. VV.: *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea*, CARRASCOSA BERMEJO, D. (Dir.), Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pág. 101.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

determinar cuál sería la voluntad real de la Directiva, si otorgaría prioridad a la concurrencia de los requisitos de concesión o, si por el contrario, prevalecería el de denegación.

### **D.- El reconocimiento de las recetas.**

La Directiva no podía dejar de prestar en el marco de la asistencia sanitaria transfronteriza una atención cualificada a la prestación farmacéutica y, en particular, al régimen de reconocimiento de recetas extendidas en otro Estado miembro. Lo cierto es que esta temática juega un papel clave en la movilidad de pacientes en el territorio de la Unión y, a pesar de ello, no es abordada con carácter específico por el sistema de coordinación.

A efectos del reembolso de los costes de la asistencia sanitaria transfronteriza, la Directiva, y así lo reconoce en el preámbulo, no abarca sólo la situación en la que el paciente recibe asistencia sanitaria en un Estado miembro distinto del de afiliación, sino también la prescripción, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios cuando estos son provistos en el contexto de un servicio sanitario. Así pues, la definición de asistencia sanitaria transfronteriza debe incluir tanto la situación en que un paciente adquiere dichos medicamentos y productos sanitarios en un Estado miembro que no es el Estado miembro de afiliación, como la situación en que adquiere dichos medicamentos y productos sanitarios en un Estado miembro que no es aquel en que fue expedida la receta. Luego es posible acceder a medicamentos aun no autorizados en el Estado de afiliación, lo que plantea según la doctrina dos problemas<sup>625</sup>: uno se refiere a la dificultad de continuación del tratamiento, una vez que el paciente se traslade y vuelva a su Estado de afiliación, y el otro al coste añadido para el paciente, ya que si el medicamento no se encuentra entre las prestaciones de asistencia sanitaria del Estado de afiliación, dudosamente se hará cargo éste de su financiación. En efecto, el Estado miembro de afiliación no está obligado a reembolsar a un asegurado los medicamentos recetados en el

---

<sup>625</sup> BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: "Los Derechos de los pacientes en asistencia sanitaria transfronteriza...".

Estado miembro de tratamiento que no figuren entre las prestaciones a que tiene derecho en aquél<sup>626</sup>.

El art. 11 es el precepto escogido por la norma europea para el tratamiento de la cuestión específicamente farmacéutica. Ahora bien, se halla únicamente circunscrito al reconocimiento de recetas, sin afectar pues a las normas sobre reembolso de los gastos de medicamentos, extremo éste que se rige según lo estudiado más arriba en relación con el conjunto de prestaciones sanitarias. Como regla general, cuando la comercialización de un determinado medicamento está autorizada en un Estado miembro, éste ha de permitir que en su territorio se dispensen, de conformidad con su legislación nacional, las recetas del mismo extendidas en un Estado miembro diferente. En coherencia con ello, está prohibida cualquier restricción a su reconocimiento<sup>627</sup>, a no ser que la misma se limite a lo que sea necesario y proporcionado para proteger la salud humana y no sea discriminatoria, o bien se base en dudas legítimas y justificadas sobre la autenticidad, el contenido o la inteligibilidad de una receta determinada.

El propósito de estas disposiciones relativas al reconocimiento de prescripciones farmacéuticas radica en preservar el seguimiento y la continuidad en el tratamiento recibido en un Estado miembro diferente al de residencia<sup>628</sup>, al tiempo que tratan de garantizar la seguridad del paciente, evitando todo mal uso o confusión de los medicamentos<sup>629</sup>. En cualquier caso, no está de más advertir, como se ha hecho<sup>630</sup>, el reto

---

<sup>626</sup> Así se desprende del Considerando trigésimo sexto de la Directiva, según el cual, “la presente Directiva debe establecer el derecho del paciente a recibir cualquier medicamento cuya comercialización se haya autorizado en el Estado miembro del tratamiento, aun en el caso de que la comercialización del medicamento no esté autorizada en el Estado miembro de afiliación, cuando se considere este indispensable para la eficacia del tratamiento prestado en otro Estado miembro. El Estado miembro de afiliación no debe estar obligado a reembolsar a un asegurado los medicamentos recetados en el Estado miembro de tratamiento que no figuren entre las prestaciones a dicho asegurado establecidas por el sistema de seguridad social o sistema nacional de sanidad obligatorio del Estado miembro de afiliación”.

<sup>627</sup> De esta previsión se excluyen los medicamentos sujetos a receta médica especial (art. 11.6).

<sup>628</sup> MARCOS MARTÍN, M. T. Y QUESADA ALCALÁ, C.: “Influencia de la Unión Europea en la protección de la salud en España”, en AA. VV.: *La protección de la salud en tiempos de crisis. Nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A. Y PÉREZ ÁLVAREZ, S. (Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

<sup>629</sup> CHICHARRO LÁZARO, A.: “El rompecabezas de la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea”, en AA. VV.: *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, ALENZA GARCÍA, J. F. Y ARCOS VIEIRA, M. L. (Dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 525.

<sup>630</sup> Véase LOMAS HERNÁNDEZ, V.: “Comentario sobre el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el RD

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

que se adivina para las oficinas de farmacia a la hora de dispensar los medicamentos, dada la amplia variedad de nombres comerciales y la dificultad añadida de conocer la identidad del profesional sanitario prescriptor. El intercambio de información entre los Estados miembros deviene fundamental en este ámbito. Precisamente, en España, el Registro Estatal de Profesionales Sanitarios, creado por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, y regulado en el Real Decreto 640/2014, de 25 de julio, cumple una función esencial para facilitar a los demás Estados miembros información sobre el derecho a ejercer de los profesionales sanitarios.

En virtud del principio de igualdad de trato y no discriminación, se ampara el derecho del farmacéutico a negarse por razones éticas a dispensar el medicamento recetado en otro Estado miembro, en caso de que hubiera ostentado tal derecho a negarse a dispensar el medicamento si la receta se hubiese extendido en el Estado miembro de afiliación.

### **E.- Información de los pacientes: los Puntos Nacionales de Contacto.**

La seguridad de la libre movilidad de pacientes en el territorio de la Unión está en buena medida condicionada a un efectivo acceso por parte de los mismos a toda la información pertinente al respecto. En efecto, la persona que se plantea acudir a los servicios de salud de otro Estado miembro necesita orientarse sobre los posibles tratamientos a los que puede tener acceso, los costes a los que debe hacer frente, el reembolso, en su caso, de los mismos, o la necesidad o no de recabar autorización previa. Son muchos, pues, los interrogantes que surgen a la hora de cruzar las fronteras del país de origen con fines médicos. De ahí que la información ocupe un lugar clave en la Directiva, en lo que constituye otra de las remarcables diferencias con el sistema de coordinación, en el que no se prevén mecanismos específicos de información.

En la norma europea se articulan los denominados puntos nacionales de contacto (en adelante, PNC). A instaurar en cada Estado miembro, cada uno de ellos ha de facilitar a los ciudadanos toda la información precisa en materia de asistencia sanitaria transfronteriza. En una nueva demostración del respeto a las competencias que en este

---

1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pág. 185.

terreno ostentan los Estados miembros, desde el Preámbulo se advierte que pertenece al ámbito de decisión de los mismos la determinación concreta del número y modalidades de cada PNC, sin que su articulación impida a los Estados miembros "establecer otros puntos de contacto vinculados a nivel regional o local, reflejando así la organización específica de sus sistemas de asistencia sanitaria". De la lectura de estos términos, lo razonable sería haber pensado que en España, cuyo sistema sanitario está territorialmente descentralizado, se configurarían varios puntos de contacto<sup>631</sup>, al menos uno por cada Comunidad Autónoma. Sin embargo, más adelante, en el análisis del Real Decreto de trasposición se verá que, sorprendentemente, no ha sido ésta la opción finalmente elegida.

Con vistas a favorecer un amplio conocimiento en materia asistencial sanitaria transfronteriza, y sabiendo que la persona mejor informada es la persona que mejor puede decidir, la información que compete dispensar a los puntos nacionales es muy extensa. En concreto, ésta incluye la relativa a los prestadores de asistencia sanitaria, con especial alusión, en su caso, a la pertinente información sobre el derecho de un prestador específico a prestar asistencia sanitaria y de las posibles restricciones en su práctica; los derechos de los pacientes y los procedimientos para presentar reclamaciones y mecanismos para pedir reparación, de conformidad con la legislación de dicho Estado miembro; sin olvidar las opciones jurídicas y administrativas disponibles para la resolución de litigios, incluidos los casos de daños derivados de la asistencia sanitaria transfronteriza.

La provisión de toda esta información corresponde al Estado miembro de tratamiento, según se extrae del art. 4.2.a) de la Directiva, el cual incluye entre las responsabilidades de dicho Estado el garantizar que los pacientes reciban del punto nacional de contacto, cuando lo soliciten, la información pertinente acerca de las normas y directrices sobre calidad y seguridad, incluidas las disposiciones sobre supervisión y evaluación de los prestadores de asistencia sanitaria, así como sobre la accesibilidad de los hospitales para las personas con discapacidad.

---

<sup>631</sup> Así se ha procedido en otros Estados descentralizados. Un ejemplo es Italia, país en el que el Decreto Legislativo n. 38, de 4 de marzo de 2014, crea en su art. 7 un Punto Nacional de Contacto en el Ministerio de la Salud, sin perjuicio de la posibilidad que se reconoce a las regiones para instituir sus propios puntos regionales de contacto.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

Por su parte, compete al Estado miembro de afiliación proporcionar a los pacientes que lo soliciten información sobre sus derechos en dicho Estado en relación con la recepción de asistencia sanitaria transfronteriza, en particular en lo que respecta a las condiciones de reembolso de los gastos, y a los procedimientos para acceder a dichos derechos y determinar cuáles son, así como para reclamar y solicitar reparación, cuando el paciente considere que sus derechos han sido vulnerados. Igualmente, los pacientes que busquen o reciban asistencia sanitaria transfronteriza ostentan el derecho a tener acceso remoto a su historial médico o a disponer, al menos, de una copia del mismo, de conformidad con las medidas nacionales de aplicación de las disposiciones de la Unión sobre protección de los datos personales.

La dispensación de la información recientemente referida estaba sujeta, en la propuesta de Directiva del año 2008 a un plazo máximo de quince días. Desafortunadamente, el texto definitivo ha eliminado esta referencia de límite temporal, con los efectos desfavorables que ello es susceptible de acarrear en supuestos en que se requiera un tratamiento urgente<sup>632</sup>.

### 4.3.3.- La transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico interno: el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero.

Retrasándose algunos meses respecto del plazo de trasposición señalado por la Directiva<sup>633</sup>, el 9 de febrero de 2014 entró en vigor el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación. Como bien se reconoce desde sus líneas introductorias, la liberalización en el sector que acomete la Directiva representa una oportunidad para la sanidad privada, pero también un importante reto para el sector sanitario público, que en cualquier caso debe respetar los valores esenciales de universalidad, acceso a una atención sanitaria de elevada calidad, equidad y solidaridad

---

<sup>632</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P.: "El derecho del ciudadano europeo...".

<sup>633</sup> "Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 25 de octubre de 2013" (art. 21.1).

para los ciudadanos con independencia de su Estado miembro de afiliación<sup>634</sup>. En este sentido, los servicios autonómicos de salud deben afrontar, de un lado, el posible incremento de pacientes provenientes de otros Estados miembros y, de otro, el reembolso de los gastos de los afiliados que deciden ser atendidos en otro Estado de la Unión.

La norma reglamentaria regula el acceso de asegurados por el sistema español a los sistemas sanitarios de otros Estados miembros de la Unión Europea y el posterior reembolso de los gastos asumidos<sup>635</sup>, que queda condicionado al mismo requisito que ya se ha visto que imponía la Directiva. Así pues, la asistencia sanitaria cuyo reintegro se pretenda ha de figurar incluida entre las prestaciones a las que el asegurado tiene derecho según la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud o, en su caso, la cartera complementaria de la Comunidad Autónoma correspondiente.

En coherencia con ello, y a título ilustrativo, el asegurado español que se desplazase a otro Estado miembro para someterse a un tratamiento ortodóncico no podría obtener en nuestro país el reembolso de las cantidades que hubiese anticipado con motivo del mismo, pues dicha prestación no se halla cubierta en el sistema público sanitario<sup>636</sup>. Sin embargo, el paciente sí que vería reintegrados los gastos derivados de un implante coclear que le hubiese sido practicado en otro Estado miembro, pues el mismo se haya incluido en la cartera de servicios comunes del SNS. Queda claro, pues, que el Real Decreto no ha querido mejorar por ampliación los mínimos que asienta la Directiva<sup>637</sup>, de modo que

---

<sup>634</sup> En el Considerando trigésimo cuarto de la Directiva se establece que "el Estado miembro de afiliación debe dar a los pacientes el derecho a recibir en otro Estado miembro como mínimo las mismas prestaciones que se prevén en la legislación del Estado miembro de afiliación".

<sup>635</sup> Se ha advertido la contradicción que supone el que mientras que cualquier ciudadano "asegurado" procedente de otro país miembro de la Unión puede acceder directamente a los servicios médicos de atención primaria de nuestro Sistema Nacional de Salud, los españoles residentes en el exterior que retornen a España, así como los pensionistas españoles residentes en el exterior en sus desplazamientos temporales a nuestro país tienen derecho a la asistencia sanitaria siempre que, de acuerdo con las disposiciones de la legislación de Seguridad Social española, las del estado de procedencia o de las normas o convenios internacionales de Seguridad Social establecidos al efecto, no tengan prevista esta cobertura. LOMAS HERNÁNDEZ, V.: "El impacto de la asistencia sanitaria transfronteriza en el sistema nacional de salud: retos y realidades de la legislación sanitaria", *Revista Derecho y Salud*, Vol. 24, núm. extraordinario, 2014, pág. 205.

<sup>636</sup> Este tipo de tratamiento se encuentra expresamente excluido de la cartera común de servicios del SNS en virtud del noveno apartado del Anexo II del Real Decreto 1030/2006.

<sup>637</sup> Recuérdese que la Directiva establece que "el hecho de que la obligación de reembolsar la asistencia sanitaria transfronteriza en virtud de la presente Directiva se limite a la asistencia sanitaria que figure entre las prestaciones a que el paciente tenga derecho en su Estado miembro de afiliación no impide a los Estados



## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

rehúye de extender el régimen de la asistencia sanitaria transfronteriza a prestaciones que no se encuentran incluidas en su legislación nacional.

La regla general que inspira la vía de la Directiva y, por tanto, su norma transponedora, es el anticipo por el paciente de los costes a que dé lugar la atención médica recibida en otro Estado miembro. Con posterioridad podrá reclamar al sistema español el correspondiente reembolso, limitado éste en todo caso a la cuantía que se habría asumido si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en territorio nacional por los correspondientes servicios asignados. Dicho de otro modo, los precios públicos que determine el sistema de afiliación del paciente condicionan el importe que podrá ver reintegrado. Así, se utilizarán como tarifas aplicables para el reembolso de los costes abonados en otros Estados miembros los precios públicos o tarifas que se aplican por la prestación de servicios sanitarios aprobados y publicados por la respectiva administración sanitaria competente<sup>638</sup>, sin exceder del coste real de la asistencia sanitaria efectivamente prestada. Esto, en un sistema descentralizado como el nuestro, implica la puesta en marcha de diversas tarifas, según el servicio autonómico de salud al que esté inscrito el paciente, por lo que sería deseable que los diversos procedimientos para su fijación fuesen especialmente objetivos tendiendo a la mayor aproximación posible de sus cuantías<sup>639</sup>.

Según dispone el apartado sexto del art. 10, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo informe del CISNS, puede limitar la aplicación de las normas de reembolso por razones imperiosas de interés general, especialmente por la necesidad de planificación para garantizar una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad, o por la voluntad de asegurar un uso racional de los recursos financieros, técnicos y

---

miembros reembolsar el coste de la asistencia sanitaria transfronteriza más allá de esos límites” (Considerando trigésimo cuarto).

<sup>638</sup> A título ilustrativo, cabe destacar el Decreto 56/2014, de 30 de abril, por el que se establecen las tarifas de los servicios sanitarios prestados en los centros dependientes del Servicio Gallego de Salud y en las fundaciones públicas sanitarias; la Orden 731/2013, de 6 de septiembre, del Consejero de Sanidad, por la que se fijan los precios públicos por la prestación de los servicios y actividades de naturaleza sanitaria de la Red de Centros de la Comunidad de Madrid; la Orden SAN/12/2011, de 20 de abril, por la que se fijan las cuantías de los precios públicos de los Servicios Sanitarios prestados por el Servicio Cántabro de Salud; el Decreto 81/2009, de 16 de junio, por el que se establecen los precios públicos de los servicios sanitarios prestados por el Servicio canario de salud y se fijan sus cuantías; o la Orden andaluza de 1 de junio de 2010, por la que se modifica la de 14 de octubre de 2005, por la que se fijan los precios públicos de los servicios sanitarios prestados por centros dependientes del sistema sanitario público de Andalucía.

<sup>639</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Reembolso en el Real Decreto 81/2014: la implementación de la Directiva 2011/24/UE”, en AA. VV.: *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea*, CARRASCOSA BERMEJO, D. (Dir.), Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pág. 119.

humanos. Esta decisión se restringirá a lo que sea necesario y proporcionado sin que ello pueda constituir un medio de discriminación arbitraria ni un obstáculo a la libre circulación de las personas cuyo Estado de afiliación sea España. Las medidas que se adopten en este sentido, serán notificadas previamente a la Comisión Europea.

En cuanto a los gastos accesorios, no específicamente sanitarios, como los derivados del traslado a otro Estado miembro o del propio alojamiento en el mismo, lo cierto es que en el marco de la discrecionalidad que a este respecto reconoce la Directiva a los Estados miembros<sup>640</sup>, su trasposición española opta por excluirlos del posible reembolso.

Por otra parte, en relación con los pacientes cuyo Estado de afiliación es otro Estado miembro de la Unión y reciben asistencia sanitaria transfronteriza en España, los proveedores de atención médica han de aplicarle para el cobro de los gastos sanitarios correspondientes las mismas tarifas que aplican a los pacientes nacionales en situaciones médicas comparables. En concreto, respecto a las prestaciones sanitarias recibidas en centros y servicios del Sistema Nacional de Salud que estén sujetas a facturación, se aplican los precios públicos a los que se acaba de hacer mención. Si bien, en el caso de que se haya facilitado asistencia por proveedores privados, se aplican las tarifas que éstos tengan publicadas.

En términos procedimentales, el reembolso de los gastos ha de solicitarse al organismo asignado a tal efecto por la administración sanitaria competente, en un plazo máximo de tres meses a partir de la fecha de pago de la asistencia recibida, como también es de tres meses el plazo máximo para la notificación de la resolución del procedimiento<sup>641</sup>, siendo considerado positivo el silencio administrativo, en su caso. Lo que es correcto, porque quizá la consideración negativa podría estimarse contraria a la libre prestación de servicios. A la solicitud de reembolso, y en aras de facilitar la

---

<sup>640</sup> “Los Estados miembros son libres, por ejemplo, de reembolsar los costes adicionales, como los gastos de alojamiento y de viaje o los costes adicionales incurridos por las personas con discapacidad, incluso cuando dichos costes no sean reembolsados en el caso de la asistencia sanitaria prestada en su territorio” (Considerando trigésimo cuarto de la Directiva).

<sup>641</sup> Coincide este plazo con el de noventa días que prevé el Anexo del Real Decreto 286/2003, de 7 de marzo, para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social, siendo mucho más breve que el previsto en el art. 43 LGSS.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

estimación de la oportunidad del reintegro y de su cuantía, se han de acompañar las facturas originales de la asistencia sanitaria provista, del proveedor de asistencia sanitaria o establecimiento dispensador, en las que debe indicarse la identificación del paciente, del profesional que asiste, así como los diversos conceptos asistenciales, el importe de cada uno y la fecha de realización. A su vez, debe presentarse una copia de la prescripción médica o el informe clínico de la atención prestada con mención de la razón clínica por la que se presta la asistencia sanitaria transfronteriza, los procedimientos diagnósticos terapéuticos realizados (indicando siempre que sea posible el código de identificación homologado), las revisiones que deben realizarse y el plazo estimado para las mismas<sup>642</sup>.

Aunque habría sido recomendable, la norma española de transposición no ejecuta la opción que la Directiva ofrece en su art. 9.5, relativa al establecimiento de un sistema voluntario de notificación previa en aras de facilitar a los pacientes una estimación del importe máximo reembolsable<sup>643</sup>. La articulación de este procedimiento habría añadido, de seguro, un plus de seguridad en la asistencia sanitaria transfronteriza. Y es que, en la mayor parte de los casos, es el posible temor a no ver reintegrados en su totalidad los gastos derivados de la atención médica uno de los principales obstáculos que advierten los pacientes en la movilidad sanitaria.

Según se señaló líneas arriba, la Directiva habilita a los Estados miembros a articular un procedimiento de autorización previa para el reembolso de los gastos de la asistencia sanitaria transfronteriza por razones de interés general y de preservación del equilibrio financiero de los sistemas nacionales. Lo cierto es que no todos los países han hecho uso de esta opción<sup>644</sup>, pero sí España, que en el Real Decreto ahora analizado exige para las técnicas o procedimientos que se relacionan en su anexo II la previa autorización por las autoridades competentes de la Comunidad Autónoma donde esté domiciliado el asegurado, por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria o por la mutualidad de funcionarios que, en su caso, corresponda.

En concreto, dicha autorización deviene un requisito imprescindible para obtener el reembolso de los gastos asumidos con motivo de cualquier tipo de atención sanitaria que

---

<sup>642</sup> Anexo I del Real Decreto.

<sup>643</sup> Dicha estimación tendrá en cuenta el caso clínico del paciente, especificando los procedimientos médicos que puedan aplicarse.

<sup>644</sup> Es el caso de Suecia, por ejemplo.

implique que el paciente tenga que pernoctar en el hospital al menos una noche. También se exige respecto de aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos incluidos en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud que han sido seleccionadas en base a la exigencia del uso de procedimientos o equipos médicos sumamente especializados, a la necesidad de atención a pacientes con problemas complejos, o a su elevado coste económico<sup>645</sup>.

El problema surgiría si un mismo tratamiento incorporase tanto técnicas incluidas entre las anteriores y, por tanto, requirentes de autorización previa, como otras que no lo estuviesen. Tal sería el caso de la atención que es preciso dispensar como paso previo a una intervención quirúrgica. Parece que la solución más adecuada al respecto estribaría en exigir dicha autorización únicamente respecto de los procedimientos contemplados en el listado reglamentario, siempre y cuando resultase posible la segmentación de los no incluidos en el mismo<sup>646</sup>.

Al igual que la Directiva, el Real Decreto que acomete su trasposición al ordenamiento jurídico español establece las posibles causas de denegación de la autorización previa (art. 17)<sup>647</sup>. Concretamente, la norma alude a los supuestos en que la misma se pretenda respecto de una prestación no incluida en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud o, en su caso, la cartera complementaria de la Comunidad Autónoma correspondiente, o bien no reúna las condiciones en las que se presta. Y es que, como ya se ha señalado, la asistencia sanitaria transfronteriza no puede en modo alguno

---

<sup>645</sup> A tal efecto, la norma reglamentaria incorpora la enumeración de una serie de prestaciones (aunque nada se dice al respecto, cabe entender que no tiene carácter exhaustivo): tomografía por emisión de positrones (PET), y combinada con el TC (PET-TC) y SPECT; reproducción humana asistida; diálisis; cirugía mayor ambulatoria que requiera la utilización de un implante quirúrgico; tratamientos con radioterapia y tratamientos farmacológicos o con productos biológicos, cuyo importe mensual sea superior a 1.500 euros; radiocirugía; análisis genéticos orientados a diagnósticos de casos complejos, incluidos el diagnóstico prenatal y el preimplantacional, análisis genéticos presintomáticos y de portadores y análisis de farmacogenética y farmacogenómica; tratamientos de discapacidades que requieran para su corrección o mejoría (sillas de ruedas eléctricas, prótesis de miembro superior excepto las prótesis parciales de mano, prótesis de miembro inferior excepto las prótesis parciales de pie, audífonos y bitutores); tratamientos con fórmulas completas para nutrición enteral domiciliaria y con fórmulas y módulos nutricionales para trastornos congénitos del metabolismo de los hidratos de carbono, aminoácidos y lípidos; así como atención a patologías y realización de procedimientos para los cuales se han designado servicios de referencia.

<sup>646</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., op. cit., pág. 121. Argumenta el autor que la extensión de la exigencia de autorización a supuestos no contemplados en la norma resultaría interpretar restrictivamente los derechos de los pacientes.

<sup>647</sup> Nótese que, a diferencia de la Directiva, no incorpora un listado con las causas de concesión.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

imponer la ampliación de las prestaciones reconocidas y cubiertas en los sistemas nacionales. Asimismo, cabe rechazar la autorización previa cuando exista un grado razonable de certeza de que el paciente, según una evaluación clínica, vaya a exponerse a un riesgo que no pueda considerarse aceptable, teniendo en cuenta la evidencia del beneficio potencial que pueda obtener de la asistencia sanitaria transfronteriza solicitada; cuando exista un grado razonable de certeza de que la población en general pueda quedar expuesta a un riesgo sustancial como consecuencia de la asistencia sanitaria transfronteriza considerada; cuando la prestación vaya a ser proporcionada por un proveedor de asistencia sanitaria que suscite motivos graves y específicos de inquietud respecto a las normas y directrices de calidad y seguridad del paciente; o cuando la atención sanitaria pueda prestarse en el territorio nacional en un plazo que sea médicamente justificable.

Como ya preveía la Directiva, acogiendo la interpretación del TJUE al respecto, en la determinación de lo que constituya un “plazo médicamente justificable”, se ha de llevar a cabo una evaluación clínica individualizada que tenga en cuenta el estado de salud de cada paciente, la posible evolución de su enfermedad, el grado de dolor que padezca o la naturaleza de su discapacidad en el momento en que la solicitud de autorización fue efectuada. La norma reglamentaria adiciona a estos criterios, también con ánimo orientativo, la consideración de los plazos determinados en el Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio, por el que se establecen los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud y las normas de garantías de tiempos de espera vigentes en cada Comunidad Autónoma.

Sobre la instrucción del procedimiento concreto de autorización previa<sup>648</sup>, pocas pautas ofrece el Real Decreto, a excepción del plazo de notificación de la resolución de concesión o, en su caso, denegación, que no puede exceder de cuarenta y cinco días, a partir de la fecha de recepción de la solicitud por la autoridad sanitaria competente. Transcurrido el plazo sin que hubiese recaído resolución expresa, cabe entenderla

---

<sup>648</sup> Desafortunadamente, el Real Decreto no contempla la posibilidad que plantea la Directiva, según la cual, "cuando un paciente aquejado o sospechoso de padecer una enfermedad rara solicite una autorización previa, podrán llevar a cabo una evaluación clínica expertos en ese ámbito. En caso de que no puedan encontrarse expertos en el Estado miembro de afiliación o de que el dictamen del experto no sea concluyente, el Estado miembro de afiliación podrá solicitar asesoramiento científico" (art. 8.4).

estimada por silencio administrativo. Se trata de un plazo breve con el objeto de evitar que la demora pueda causar perjuicios sobre el estado de salud del asegurado.

Distinta de la autorización previa es la evaluación previa, que procede siempre y cuando así sea requerido en el propio Sistema Nacional de Salud. Acogiéndose a la habilitación contenida en el art. 7.7 de la Directiva<sup>649</sup>, el Real Decreto dispone que dicha evaluación previa, que ha de justificar la indicación de la prestación sanitaria a proporcionar al paciente es acometida por un médico de atención primaria, cuando se realice en España (art. 10.4). Se trata de eludir las denominadas prácticas de “doctor shopping” (peregrinaje de un paciente por varios médicos, entre muy diversas razones, por obtener fármacos sometidos a restricciones o por lograr un segundo diagnóstico) o de “doctor hopping” (sucesivos cambios de médico que el paciente lleva a cabo en cortos periodos de tiempo)<sup>650</sup>.

Parece que este requisito de la evaluación previa podría estimarse salvado cuando el beneficiario que visitase a un especialista en otro Estado miembro estuviese ya provisto de un volante nacional que avalase la percepción de esa misma prestación sanitaria en España. En todo caso, la evaluación ha de realizarse siempre en base a criterios ecuanimes y transparentes, lejos de constituir un obstáculo a la libre prestación de servicios en general, y a la asistencia sanitaria transfronteriza, en particular, salvo la arriesgada excepción que en este ámbito contiene el Real Decreto, cuando se refiere, sin más, a “justificaciones objetivas”. Y se le califica de arriesgada por la imprecisión de la expresión que la contiene. En efecto, es cuando menos cuestionable que la norma nacional legitime expresamente un obstáculo a la libre movilidad de pacientes sin referencia a criterio alguno que ayude a delimitar esas justificaciones objetivas. La puerta a tales restricciones queda excesivamente abierta, planteándose el riesgo de devenir esta evaluación previa en

---

<sup>649</sup> El Estado miembro de afiliación puede imponer a un asegurado que pida el reembolso de gastos de asistencia sanitaria transfronteriza, incluida la asistencia sanitaria recibida mediante telemedicina, las mismas condiciones, criterios de admisibilidad y trámites reglamentarios y administrativos, ya sea en el nivel local, regional o nacional, que impondría si la asistencia sanitaria se prestase en su territorio. Esto podrá incluir una evaluación por un profesional de la salud o un administrador sanitario que presten servicios en el sistema de Seguridad Social o el sistema nacional de sanidad obligatorio del Estado miembro de afiliación, tal como el médico generalista o de atención primaria que tiene atribuido el paciente, si ello es necesario para determinar el derecho de ese paciente a la asistencia sanitaria.

<sup>650</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., op. cit., pág. 116.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

un obstáculo tanto o más gravoso que la autorización previa, con la diferencia de que ésta sí ha sido justificada en supuestos tasados por el TJUE.

El Real Decreto de trasposición también se refiere, como no podía ser de otro modo, a la información en la asistencia sanitaria transfronteriza. A este respecto el PNC español asume todo el protagonismo. Establecido en la Unidad administrativa responsable de la información al ciudadano del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, lleva a cabo su labor de forma complementada con la actividad informativa de las unidades responsables de las Comunidades Autónomas, del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y de las mutualidades de funcionarios, en el ámbito de sus competencias. A pesar de que la Directiva habilitaba a la designación de uno o varios puntos nacionales de contacto (art. 6.1), ya se adelantó líneas arriba que la norma española de transposición, en contra de lo que cabría haber esperado, ha optado por la instalación de un único punto nacional. Lo cierto es que atendiendo a la naturaleza descentralizada de la que participa nuestro sistema sanitario, organizado en tantos servicios de salud como Comunidades Autónomas, cada uno de ellos con su propia cartera complementaria de servicios y sus propias tarifas a aplicar en el reembolso correspondiente, lo más conveniente habría sido instalar un punto de contacto en cada Comunidad Autónoma<sup>651</sup>.

El abanico de destinatarios de la información a dispensar por el PNC es significativamente amplio, si se tiene en cuenta que pueden beneficiarse de la misma no sólo los pacientes cuyo Estado de afiliación es España, respecto de la asistencia sanitaria transfronteriza, sino también aquellos cuyo Estado de afiliación es otro Estado miembro, respecto de la asistencia sanitaria que puedan recibir en nuestro país. En el primer caso, la información esta referida específicamente a las condiciones de reembolso de los gastos; los procedimientos para acceder a la asistencia sanitaria transfronteriza y para determinar su alcance y contenido, en particular la asistencia sanitaria que requiera autorización previa, junto a la información relativa al sistema de autorización previa; los procedimientos para formular reclamaciones o solicitar reparación de daños; así como los elementos que deben figurar en las recetas expedidas en un Estado miembro y dispensadas en otro. En el segundo caso, por su parte, el PNC debe suministrar la información que se

---

<sup>651</sup> También es éste el parecer de BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: "Los Derechos de los pacientes en asistencia sanitaria transfronteriza...".

revele necesaria en relación con los proveedores de asistencia sanitaria, incluyendo, si la solicitan, información sobre el derecho de un proveedor específico a prestar asistencia sanitaria y de las posibles restricciones en su práctica; las normas y directrices de calidad y seguridad establecidas en España, incluidas las disposiciones sobre supervisión y evaluación de los proveedores de asistencia sanitaria, e información sobre cuáles de ellos están sometidos a estas normas y directrices; la accesibilidad de los hospitales para las personas con discapacidad; los derechos de los pacientes, y los procedimientos para presentar reclamaciones, los mecanismos para solicitar reparación de daños, además de las opciones jurídicas y administrativas disponibles para la resolución de litigios derivados de la asistencia sanitaria transfronteriza, de conformidad con lo previsto en el ordenamiento jurídico español; así como los elementos que deben figurar en las recetas expedidas en un Estado miembro y dispensadas en otro.

Pero no sólo el PNC va a desempeñar una labor crucial en materia informativa. El Real Decreto otorga también a los mismos proveedores de asistencia sanitaria un papel no menos importante a fin de informar a los pacientes. En efecto, compete a aquellos proveer información sobre su ubicación, organigrama, oferta de servicios, los indicadores de calidad del centro, su acreditación o certificación respecto a sistemas de calidad, el conjunto de procedimientos y técnicas sanitarias y el estado de la lista de espera. Asimismo, han de facilitar cuantas aclaraciones y ayudas de índole práctica demande el usuario en todo lo relativo al acceso, horario de funcionamiento, documentación y condiciones administrativas o asistenciales que debe cumplir el paciente para acceder a los servicios incluidos en la oferta. Se trata, así, de favorecer la elección por parte del paciente, como señala la norma reglamentaria, “con pleno conocimiento de causa”, entre las opciones de tratamiento o alternativas asistenciales. A tal efecto, el plano económico no queda desatendido, pues el proveedor sanitario ha de contar con una lista actualizada de precios a disposición de los ciudadanos, adaptada a su oferta de servicios. Nótese que esta información resulta, paradójicamente, más amplia que la que la Ley 41/2002 regula en relación con los proveedores de asistencia sanitaria y la población asegurada de la Comunidad Autónoma de que se trate<sup>652</sup>.

---

<sup>652</sup> LOMAS HERNÁNDEZ, V.: “Comentario sobre el Real Decreto 81/2014...”, pág. 184.



#### 4.4.- Notas divergentes en la regulación de ambos sistemas.

El sistema de coordinación y el articulado por la Directiva 2011/24/UE, traspuesta al ordenamiento jurídico español por el Real Decreto 81/2014, vienen a representar dos rutas en el reembolso de los gastos asumidos a consecuencia del acceso a los servicios de salud establecidos en otro Estado miembro. Su existencia paralela no tendría sentido si viniesen a regular el mismo fenómeno con igual contenido. Antes al contrario, se advierten entre el régimen de una y otra vía una serie de diferencias que se pasan a sistematizar a continuación.

En primer lugar, y por lo que respecta al tipo de proveedores de servicios médicos a los que se puede acceder en otro Estado miembro, el sistema de los Reglamentos gira únicamente en torno a la asistencia sanitaria pública, es decir, cubre la atención dispensada por prestadores afiliados a un sistema sanitario público. Ello es coherente con la lógica en que se inserta esta vía, aneja a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. La Directiva, por el contrario, abre acceso a toda suerte de proveedor, ya sea público o privado. Así lo corrobora la lectura de su art. 1.2, que dispone la aplicación de la norma europea a la prestación de asistencia sanitaria a los pacientes, “con independencia de cómo se organice, se preste y se financie”<sup>653</sup>.

La Directiva habilita, pues, una libertad de elección que, sin embargo, no existe en nuestro Derecho interno, lo que puede generar escenarios ciertamente paradójicos. Y es que si un paciente español recibe un determinado tratamiento sanitario en un proveedor privado radicado en España, no recibirá reembolso alguno de los gastos afrontados, excepto en los supuestos de urgencia vital que establece restrictivamente la legislación nacional. Por el contrario, dicho paciente sí que vería reembolsados los gastos asumidos si el médico privado al que acudiera estuviese instalado fuera de las fronteras españolas. El enfrentamiento de ambos supuestos continuará manteniéndose, sin que la Directiva pueda

---

<sup>653</sup> Se hace eco así de la jurisprudencia comunitaria que, según se ha visto, inicialmente se pronunció respecto a los sistemas de reembolso (SSTJUE de 28 de abril de 1998, asunto C-120/95, *Decker*, y asunto C-158/96, *Kohll*, y de 12 de julio de 2001, asunto C-368/98, *Vanbraekel y otros*), más tarde en relación con los sistemas de concierto (SSTJUE de 12 de julio de 2001, asunto C-157/99, *Smits y Peerbooms*, de 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99, *Müller-Fauré y Van Riet*) y, por último, respecto a los Sistemas Nacionales de Salud (STJUE de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, *Watts*).

incidir en modo alguno para implantar la concurrencia del sector privado con el público en la sanidad española. En efecto, según establece el art. 1.4 de la Directiva, ésta “no afectará a las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros relativas a la organización y financiación de la asistencia sanitaria en situaciones que no guardan relación con la asistencia sanitaria transfronteriza”. Por si hubiese dejado lugar a dudas, matiza que “nada de lo dispuesto en la presente Directiva obligará a un Estado miembro a reembolsar los gastos de la asistencia sanitaria prestada por prestadores establecidos en su propio territorio, si dichos prestadores no forman parte del sistema de seguridad social o de sanidad pública de dicho Estado miembro”.

En segundo lugar, el reembolso en la vía de coordinación opera, como regla general, interinstitucionalmente. La liquidación de los costes, y las consiguientes transferencias económicas, se llevan a término entre las administraciones de Seguridad Social de los Estados miembros implicados en la asistencia sanitaria transfronteriza. El paciente, por tanto, no ha de anticipar cantidad alguna, excepto en aquellos casos en que la legislación del Estado de tratamiento imponga alguna posible técnica de copago<sup>654</sup>. Como de ello se desprende, y así lo ha destacado la doctrina, los Reglamentos de coordinación persiguen el principio de neutralidad respecto al paciente, mientras que la Directiva mantiene el principio de neutralidad económica respecto a los sistemas de salud<sup>655</sup>.

En el mismo sentido se posiciona el Real Decreto de trasposición, que señala en su Disposición adicional sexta que las medidas en él establecidas no pueden suponer un incremento del gasto público. Ciertamente, en el régimen que la Directiva articula, el ciudadano debe avanzar el importe de los servicios médicos recibidos y posteriormente ha de solicitar el pertinente reembolso al Estado de origen. Esto hace que la de la Directiva se configure, según se ha avanzado anteriormente, como una vía un tanto privilegiada para las personas que cuentan con capacidad económica suficiente para soportar anticipadamente estos gastos, asumiendo incluso el riesgo financiero de pagos que no

---

<sup>654</sup> En el sistema de coordinación rige, no se olvide, el principio de igualdad de trato respecto de los asegurados en el país en el que se recibe la asistencia sanitaria. Dicho de otra forma, el derecho de acceso a la atención médica en otro Estado miembro se ha de realizar en las mismas condiciones que los beneficiarios de dicho sistema. Luego si la legislación del Estado de tratamiento prevé determinadas de técnicas de participación en el pago, los pacientes procedentes de otros Estados miembros deberán abonar tales contribuciones o copagos, tal y como hacen los pacientes asegurados en dicho Estado.

<sup>655</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., op. cit., pág. 119.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

resulten finalmente reintegrados (como sería el caso de la asistencia sanitaria cuyo coste en el Estado de tratamiento fuese superior al coste en el Estado miembro de origen). Esto incide negativamente en el principio de equidad, ya que la Directiva beneficia preferentemente a los ciudadanos que cuentan con más recursos económicos, pero también con mayor formación y conocimiento de los servicios sanitarios disponibles y de su calidad<sup>656</sup>, al tiempo que puede disuadir a aquellos pacientes sin la suficiente capacidad económica de acceder a la asistencia sanitaria transfronteriza.

Otra importante diferencia puede advertirse en la articulación del mismo reembolso. Así, en la asistencia sanitaria transfronteriza regulada por la Directiva, los pacientes acceden a un reintegro determinado en base a las tarifas vigentes en el Estado de origen, que no abonará más cantidad de la que habría abonado por ese mismo tratamiento si se hubiese dispensado en su territorio, y siempre con el límite de lo efectivamente sufragado por el individuo. En consecuencia, en los casos en que los costes de la atención médica sean superiores en el Estado de tratamiento que en el de origen, tal reintegro no llegaría a alcanzar el total desembolsado por el paciente. La norma europea no acoge la solución adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión en el asunto *Vanbraekel*, sin que proceda ningún reembolso complementario en el caso de que el coste de las prestaciones sanitarias en el Estado de tratamiento sea inferior a los gastos que habría cubierto el Estado de afiliación<sup>657</sup>. De ahí que esta vía termine siempre por beneficiar a los pacientes procedentes de Estados miembros que cuentan con tarifas más elevadas, porque verán comúnmente reembolsado todo o casi todo lo que han debido anticipar.

Sin embargo, en los Reglamentos de coordinación, el reembolso se calcula con arreglo a las tarifas del Estado miembro que provee la asistencia sanitaria, de forma que el Estado competente abona la factura emitida por el de tratamiento según sus propias normas. En la regulación contenida en el sistema de coordinación, únicamente adoptan relevancia las tarifas del Estado competente cuando el coste de la atención médica recibida en el Estado de tratamiento es superior respecto a cuanto es cubierto en aquél, esto es, cuando se pretende determinar el complemento diferencial *Vanbraekel*, que sólo opera,

---

<sup>656</sup> Véase BELTRÁN AGUIRRE, J. L., op. cit., págs. 106 y 107.

<sup>657</sup> DI FEDERICO, G.: “La direttiva 2011/24/UE e l'accesso alle prestazioni mediche nell'Unione europea”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, núm. 3, 2012, pág. 701.

conviene recordar, en la asistencia sanitaria programada, sin que el TJUE lo haya considerado extrapolable a la no programada.

Por otra parte, la Directiva se basa en el principio general de ausencia de autorización previa. Siendo así, sólo en determinados supuestos, que enuncia de forma tasada, los Estados miembros quedan excepcionalmente habilitados a implantar un procedimiento de autorización previa al que someter el reembolso de los gastos sanitarios que haya afrontado el paciente. Sin embargo, en el marco del sistema de coordinación, es precisamente la autorización previa uno de los principales rasgos característicos de la asistencia sanitaria programada en otro Estado miembro. Así pues, con arreglo a los Reglamentos puede exigirse autorización previa para todos los tratamientos, pero con arreglo a la Directiva sólo para algunos<sup>658</sup>, que además pueden diferir de unos Estados a otros, en función de la trasposición concreta que de la norma europea se acometa en cada uno de ellos.

#### **4.5.- La articulación e interacción entre las diferentes vías.**

Por más que la Directiva pretenda articular un régimen ordenadamente diferenciado de la regulación contenida en el Reglamento<sup>659</sup> (no en vano, reconoce como uno de sus objetivos la aclaración de su relación con el marco existente para la coordinación de sistemas de Seguridad Social), lo cierto es que no son escasas las referencias que la misma realiza al sistema de coordinación y que dificultan a la postre la articulación independiente de cada herramienta jurídica. A título ilustrativo, en su art. 9.5, la Directiva faculta a los Estados miembros a optar por aplicar los mecanismos de compensación financiera previstos en el Reglamento 883/2004. Incluso en otras ocasiones,

---

<sup>658</sup> COM(2014) 44 final Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 3 de febrero de 2014, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20, apartado 3, de la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, pág. 7.

<sup>659</sup> En el Considerando vigésimo octavo se señala que “la presente Directiva no afecta a los derechos de la persona asegurada en relación con la asunción de los costes de la asistencia sanitaria que se haya hecho necesaria, por razones médicas, durante la estancia temporal en otro Estado miembro, con arreglo al Reglamento (CE) no 883/2004. Tampoco debe afectar al derecho de una persona asegurada a obtener autorización para recibir tratamiento en otro Estado miembro cuando se cumplan las condiciones establecidas en los reglamentos de la Unión sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, en particular en el Reglamento (CE) no 883/2004”.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

hace depender las mismas definiciones que contiene a lo regulado en el sistema de coordinación, como cuando el art. 3.c) conceptúa el Estado miembro de afiliación como el Estado miembro que es competente para conceder al asegurado una autorización previa para recibir un tratamiento adecuado fuera del Estado miembro de residencia “de conformidad con el Reglamento (CE) no 883/2004 y el Reglamento (CE) no 987/2009”, o cuando define a los asegurados como las personas “contempladas en el artículo 2 del Reglamento (CE) no 883/2004, que sean aseguradas en la acepción del artículo 1, letra c) de dicho Reglamento”. Es por ello que se ha afirmado con acierto que la Directiva, con estas remisiones continuas al sistema de coordinación, “amplía per se la confusión que plantea el complicado entramado normativo de dichos reglamentos que, unido a la aparición de la Directiva, hacen menos alentador su entendimiento”<sup>660</sup>.

En cualquier caso, y con independencia de estos más o menos desafortunados reenvíos, ambas vías de reembolso de la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión coexisten paralelamente, sin que el régimen de una quede alterado por el de la otra. En este sentido, el Considerando trigésimo de la Directiva prescribe que “los dos sistemas deben ser coherentes; o bien se aplica la presente Directiva, o bien se aplican los Reglamentos de la Unión sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social”. El empleo de tales instrumentos, por tanto, sólo puede ser alternativo, debiéndose optar por uno u otro, de forma que no es posible solicitar el reembolso de gastos sanitarios asumidos en otro Estado miembro simultáneamente en base a los Reglamentos de coordinación y a la Directiva.

Ahora bien, nada parece obstar que se pueda recurrir a ambas regulaciones en el marco de un determinado tratamiento, ya sea de forma sucesiva, ya sea de forma subsidiaria. Así, se asistiría a una aplicación sucesiva de los dos instrumentos en los casos en que el paciente busca una opinión médica extranjera en base a la Directiva y se somete a una operación derivada del diagnóstico obtenido en la anterior sobre la base del Reglamento. Por otra parte, si se solicita autorización previa en base al sistema de

---

<sup>660</sup> MORENO CORDERO, G.: “Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza”, en AA. VV.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. Y MORENO VIDA, M. N. (Dir.), Comares, Granada, 2011, págs. 757.

coordinación, y ésta resulta denegada, siempre cabría solicitarla subsidiariamente según lo establecido en la Directiva.

Precisamente en el ámbito de las solicitudes de autorización previa que realice una persona asegurada con objeto de recibir asistencia sanitaria transfronteriza, el Estado miembro de afiliación debe comprobar, en primer lugar, que se cumplen las condiciones establecidas en el Reglamento 883/2004. Así lo dispone expresamente la Directiva, añadiendo que, cuando se reúnan tales condiciones, la autorización previa se debe conceder de conformidad con el Reglamento, salvo que el paciente solicite otra cosa (art. 8.3). Luego bien puede afirmarse, como se ha hecho, que en la Directiva “nos encontramos ante un sistema subsidiario más que alternativo al de los Reglamentos de coordinación”<sup>661</sup>. Y es que, según se advierte, aquélla otorga una clara prioridad al sistema de coordinación, el cual resulta aplicable con carácter preferente, excepto cuando el paciente inste expresamente la aplicación de un tratamiento en virtud de la Directiva<sup>662</sup>, en cuyo caso, “los beneficios que se apliquen al reembolso quedarán limitados a los aplicables en virtud de la Directiva” (Considerando trigésimo primero).

El fundamento de esta preferencia por los instrumentos de coordinación puede localizarse en su carácter más tuitivo, ya que en base a los mismos el paciente no ha de anticipar cantidad alguna, a excepción de posibles copagos, al tiempo que el reembolso se articula de forma íntegra, luego suele ser económicamente más ventajoso para el individuo. Sin embargo, esta apuesta clara por el régimen que contienen los Reglamentos de coordinación parece olvidar que la Directiva debe ser traspuesta a cada uno de los veintiocho Estados miembros y, en dichas trasposiciones, los sistemas nacionales pueden disponer un régimen más ventajoso y ofrecer mayores garantías para los pacientes, superando la regulación mínima (y mejorable) que contiene la Directiva<sup>663</sup>.

El Real Decreto español de transposición también prioriza la vía de los Reglamentos de coordinación, al establecer en su art. 16.2 que la administración sanitaria competente debe comprobar si se cumplen las condiciones establecidas en el art. 20 del Reglamento

---

<sup>661</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P.: “El derecho del ciudadano europeo...”, pág. 1085.

<sup>662</sup> Piénsese en el supuesto en que el paciente pretendiese acudir a un prestador privado.

<sup>663</sup> En el mismo sentido, DI FEDERICO, G., loc. cit., pág. 703.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA

883/2004, relativo como se sabe a la asistencia sanitaria programada. Así, de reunirse tales condiciones, ha de conceder la autorización previa de conformidad con lo previsto en el Reglamento de coordinación, salvo que el paciente opte por la aplicación del Real Decreto que incorpora la Directiva al ordenamiento jurídico español.

Con objeto de facilitar esta elección, corresponde al PNC informar al paciente sobre las consecuencias derivadas de la aplicación de las dos opciones, sobre los derechos que, en definitiva, le asisten en virtud de la norma reglamentaria española y aquellos emanados de los Reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social. La decisión final corresponde en última instancia al paciente. Aunque se haya llegado a calificar de “un gran error”<sup>664</sup> dejar a su exclusiva voluntad la elección de la normativa aplicable, por el riesgo de que no conozca en profundidad las implicaciones de una u otra, lo cierto es que esta delegación de la opción en el paciente, no es sino expresión del principio de autonomía que preside el ámbito de la asistencia sanitaria. Resulta claro que la elección se debe siempre hacer sobre una base fundada en la debida información que a tal efecto, conviene insistir, compete al PNC, o incluso al propio personal facultativo. Pero, recibida dicha información, la determinación final corresponde, no puede ser de otra manera, al mismo paciente.

---

<sup>664</sup> BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: "Los Derechos de los pacientes en asistencia sanitaria transfronteriza...". La autora estima que la elección del mejor derecho debería dejarse al facultativo, no al paciente.

**TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD  
Y SEGURIDAD SOCIAL**



## CAPÍTULO I. LA DINÁMICA DEL DERECHO.

### 1.- NACIMIENTO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS RIESGOS PROTEGIDOS.

Según se ha señalado<sup>665</sup>, el derecho a la asistencia sanitaria nace cuando se produce la contingencia protegida (bien alteración de la salud, bien necesidad de atención médica por cualquier otra razón), pero, desde un punto de vista formal, el derecho se adquiere cuando se reconoce la condición de asegurado o beneficiario. Es por ello que en las siguientes páginas se abordarán, en primer lugar, los riesgos protegidos a través de las prestaciones sanitarias para, a continuación, analizar el reconocimiento del derecho de acceso a las mismas.

La razón de ser de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social reside en la preservación del adecuado estado sanitario de la persona en aquellos casos en que éste ha sido perturbado o mermado. Ciertamente, la dispensación de asistencia sanitaria pretende la conservación a la par que el restablecimiento de la salud (art. 98 LGSS'74) o, en otras palabras, aspira a garantizar la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades, tal y como reza el art. 3.1 LGS. Se ha apuntado que “el hablar de contingencias protegidas supone una selección entre los múltiples acaecimientos imaginables para delimitar los que van a adquirir entidad jurídica”, de forma que “razones extrajurídicas, con fundamentos de oportunidad socioeconómica e incluso coyuntural, son las que han llevado al legislador a efectuar dicha selección”<sup>666</sup>.

Siguiendo el esquema clásico, las contingencias protegidas se hallan representadas en los factores de necesidad que resultan jurídicamente significativos en términos de cobertura, con lo que, coherentemente, en el ámbito de la salud, se reconducen a aquellas que traen con su actualización la privación o alteración de la misma. En concreto, vienen de la mano de la enfermedad<sup>667</sup>, el accidente<sup>668</sup>, el embarazo, parto y posparto<sup>669</sup>. Cuando

---

<sup>665</sup> AA.VV.: *Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad Social*, MARTÍN VALVERDE, A. Y GARCÍA MURCIA, J. (Dirs. y Coords.), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 729.

<sup>666</sup> RODA LÓPEZ, A., loc. cit., pág. 206.

<sup>667</sup> Sea ésta común o profesional. De conformidad con el art. 117.2 LGSS, se consideran enfermedades comunes “las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de

se materializa alguno de tales riesgos, acaece una situación de necesidad frente a la que la Seguridad Social dispone un amplio abanico de prestaciones sanitarias.

A los riesgos recién referidos alude el art. 38.1.a) LGSS, precepto que incluye en la acción protectora del sistema de Seguridad Social “la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo”. En el mismo sentido, el art. 99 de la LGSS’74, todavía vigente, dispone que “las contingencias cubiertas por las prestaciones de la asistencia sanitaria serán la enfermedad común o profesional, las lesiones derivadas de accidente, cualquiera que sea su causa, así como el embarazo, el parto y el puerperio”.

Sentado lo anterior, conviene poner de relieve que la situación de necesidad que la falta o merma de la salud representa es fuente de dos tipos de prestaciones. Así, por lo que respecta a la ausencia de ingresos derivados de la imposibilidad de obtener rendimientos para el trabajo, se articula la incapacidad temporal, mientras que, frente a la asunción de

---

enfermedades profesionales, conforme a lo dispuesto, respectivamente, en los apartados 2.e, f y g del artículo 115 y en el artículo 116”. Por su parte, este precepto indica que la enfermedad profesional es aquella contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo del texto legal, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional.

<sup>668</sup>Según el art. 117.1 LGSS, es accidente no laboral el que, conforme a lo establecido en el artículo 115, no tenga el carácter de accidente de trabajo. Al no ser considerados accidentes de trabajo, se reputan accidentes no laborales los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente (excluyéndose a estos efectos la insolación, el rayo y otros fenómenos de análoga naturaleza); además de los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado.

A sensu contrario, este último precepto dispone que constituye accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena. El segundo apartado del artículo concreta los supuestos que revisten la consideración de accidente de trabajo, refiriéndose a los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo; con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos; los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa; los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo; las enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo; las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente; así como las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.

<sup>669</sup>El embarazo constituye un estado biológico en nada análogo a la enfermedad, de ahí que sea objeto de protección específica, si bien participando de iguales reglas que la enfermedad común.

los gastos que la atención médica en sus diversas manifestaciones supone, se dispensa la asistencia sanitaria<sup>670</sup>. A juicio de APARICIO TOVAR, en cambio, la única contingencia es la alteración de la salud en sí misma considerada. Siendo importante el aspecto de los gastos, el autor estima más acertadamente que el real objeto de las prestaciones sanitarias radica en la devolución al individuo de lo que denomina “la capacidad de ser normativo en relación a su medio”<sup>671</sup>.

Si bien ha habido quien ha defendido la escasa relevancia de la referencia a los riesgos que propician la alteración de la salud<sup>672</sup>, lo cierto es que la detenida alusión diferenciada a cada uno de ellos en modo alguno resulta baladí, ya que, no se olvide, existen reveladores supuestos que ejemplifican las no escasas modulaciones que experimenta la articulación de la asistencia sanitaria en función del riesgo actualizado. La primera tiene que ver con el mismo mecanismo de financiación, ya que la asistencia sanitaria derivada de enfermedad profesional o accidente de trabajo, al ostentar la consideración de prestación contributiva del sistema de Seguridad Social (art. 86.2.a. LGSS), se basa en las cotizaciones sociales, mientras que la derivada de enfermedad común o accidente no laboral, de carácter no contributivo (art. 86.2.b. LGSS), se financia con cargo a presupuestos y, en concreto, dado que la gestión se halla transferida a las CCAA, se atiende en todas ellas al sistema de financiación autonómica.

Asimismo, las prestaciones sanitarias derivadas de contingencias profesionales implican la posible entrada en escena de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social<sup>673</sup>, que dispensan aquéllas a través de los medios e instalaciones gestionados por ellas mismas, mediante convenios con otras Mutuas o con las Administraciones Públicas Sanitarias, así como mediante conciertos con medios privados (arts. 68.3.a. LGSS y 12.1 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social). También puede darse la intervención de las empresas en régimen de colaboración voluntaria en la gestión de la Seguridad Social (arts. 77.1.a. LGSS y 5.a. y

---

<sup>670</sup> ALONSO OLEA, M.: *"Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud..."*, pág. 23, y AA.VV.: *Curso de Seguridad Social*, MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 522.

<sup>671</sup> APARICIO TOVAR, J.: *"La Seguridad Social y la protección de la salud..."*, pág. 234.

<sup>672</sup> PEMÁN GAVÍN, J.: *"Del Seguro Obligatorio de Enfermedad al Sistema Nacional de Salud..."*, pág. 1045.

<sup>673</sup> Artículo único de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

8.a. de la Orden de 25 de noviembre de 1966, por la que se regula la colaboración de las empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social).

Como egregia muestra del régimen privilegiado del que tradicionalmente gozan las contingencias profesionales<sup>674</sup>, cabe asimismo destacar que las personas con tratamientos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional se encuentran exentos de aportación en la prestación farmacéutica ambulatoria, según preceptúa la letra e) del octavo apartado del art. 94.bis de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Valga la referencia a estos simples ejemplos para ilustrar la importancia de determinar el riesgo protegido del que emana la necesidad de articular la vertiente sanitaria de la protección social.

Con el acaecimiento de cualquiera de los riesgos arriba señalados, se asiste, en definitiva, a una situación digna de protección, concretada en la pérdida de salud. El peligro de que ello se produzca acecha el proyecto vital de todo individuo, al ser la enfermedad “un hecho que verosímilmente no dejará de existir”<sup>675</sup>. En efecto, la amenaza de la alteración de la salud acompaña inexorablemente a la existencia humana con independencia de la edad, sexo, o cualquier otro condicionante social del individuo en cuestión. No se exagera, pues, si se afirma, con todas sus implicaciones, que constituye el riesgo social por excelencia. Se trata, además, de un riesgo en continua evolución, toda vez que es creciente el ritmo de aparición de enfermedades nuevas que desafían los planteamientos y recursos de la ciencia médica y de la técnica.

## **2.- RECONOCIMIENTO Y ACREDITACIÓN DEL DERECHO: LA TARJETA SANITARIA INDIVIDUAL Y LA IMPLANTACIÓN DE UN MODELO ÚNICO.**

Según establece el art. 3 bis LCC, tanto el reconocimiento como el control de la condición de asegurado o de beneficiario del derecho a la asistencia sanitaria corresponde

---

<sup>674</sup> El principio de reparación íntegra del daño que había tradicionalmente regido en las prestaciones sanitarias derivadas de riesgos profesionales ha desaparecido, a consecuencia de la derogación del Decreto 2766/1967 por el Real decreto 1192/2012. APILLUELO MARTÍN, M.: "Derecho y contenido de la asistencia sanitaria", en AA. VV.: *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, ALENZA GARCÍA, J. F. Y ARCOS VIEIRA, M. L. (Dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 476-478.

<sup>675</sup> ALONSO OLEA, M., op. cit., pág. 23.

## TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Social de la Marina, a través de sus Direcciones Provinciales<sup>676</sup>. Fue ésta una modificación importante que introdujo el RDley 2012, pues con anterioridad al mismo, el INSS sólo ostentaba competencia en cuanto al reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria de los incluidos en el sistema de Seguridad Social. Tras la entrada en vigor de dicha norma, la entidad gestora pasa a asumir también el reconocimiento del derecho de aquéllos que, residiendo en España, carecen de rentas suficientes (así se desprende del segundo apartado de su art. 1, que introduce el referido art. 3 bis en la LCC), tramitación que, hasta ahora, había correspondido al ámbito de las administraciones autonómicas.

Reconocida la condición de asegurado o beneficiario, compete a las administraciones sanitarias correspondientes hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria facilitando el acceso a los servicios de salud. La forma de acreditar el derecho a dicho acceso se concreta en la expedición de la tarjeta sanitaria individual. Ésta es definida en el art. 57 LCC como el documento administrativo que “acredita determinados datos de su titular y facilita el acceso de los ciudadanos a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud”. En la tarjeta se contienen los datos básicos de identificación del titular de la misma, del derecho que le asiste en relación con la prestación farmacéutica y del servicio de salud o entidad responsable de la asistencia sanitaria.

En desarrollo de las previsiones contenidas en dicho texto legal, el Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, aborda la normalización de los datos básicos y la disponibilidad de la lectura, en todo el territorio del Estado, de los dispositivos que incorporen las tarjetas para almacenar la información. Asimismo, desarrolla la creación de la base de datos de población protegida por el Sistema Nacional de Salud y el proceso de asignación y características del Código de Identificación Personal del Sistema Nacional de Salud. El objetivo no es otro que favorecer el intercambio de información entre los Servicios de Salud sobre la población protegida, a fin de garantizar la asistencia sanitaria de todos los

---

<sup>676</sup> El reconocimiento se realizará de oficio o previa solicitud del interesado, según los casos (arts. 4, 5 y 6 del Real Decreto 1192/2012). En concreto, el reconocimiento es automático respecto de los trabajadores por cuenta ajena o propia, pensionistas, los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, los desempleados que hubiesen agotado la prestación por desempleo, los que, sin estar incluidos en ninguno de los supuestos anteriores, no tienen ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía. En los demás casos, el reconocimiento requiere la presentación de una solicitud de los interesados al efecto.

españoles en sus desplazamientos a Comunidades Autónomas diferentes<sup>677</sup>. Dicho de otra forma, se aspira a eliminar cualquier barrera en el acceso a un Servicio autonómico de Salud distinto al de origen.

Más recientemente, el Real Decreto 702/2013, de 20 de septiembre, procedió a modificar la regulación de los datos normalizados a incluir en la tarjeta individual sanitaria, así como las características técnicas de la misma. Dicha norma reglamentaria venía a cumplir con el mandato contenido en el Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011, referido al establecimiento por parte del Gobierno de un formato único y común de tarjeta sanitaria válido para todo el Sistema Nacional de Salud. El art. 3 del Real Decreto de 2013 preceptúa que todas las tarjetas sanitarias han de incorporar una serie de datos básicos relativos a la persona en su condición de usuaria del Sistema Nacional de Salud<sup>678</sup>, independientemente del título por el que accede al derecho a la asistencia sanitaria y de la administración sanitaria emisora. Asimismo, las tarjetas deben hallarse vinculadas a un código de identificación personal único para cada ciudadano en el conjunto de la organización sanitaria.

El nuevo formato que introduce la norma reglamentaria aludida está llamado a sustituir progresivamente las actuales tarjetas, “con motivo de su renovación por cualquier causa o de nuevas emisiones, debiendo estar finalizado antes de cinco años contados a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto, siempre que las disponibilidades presupuestarias de las diferentes administraciones públicas competentes lo permitan” (Disposición Adicional única del Real Decreto 702/2013).

---

<sup>677</sup> El artículo 4.c) LCC establece que los ciudadanos tienen derecho a recibir por parte del servicio de salud de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre desplazado, la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud que pudieran requerir, en las mismas condiciones e idénticas garantías que los ciudadanos residentes en esa Comunidad Autónoma.

<sup>678</sup> En particular, los datos básicos que se incluyen en la tarjeta sanitaria son la identidad institucional de la Comunidad Autónoma o entidad que la emite, los rótulos de “Sistema Nacional de Salud de España” y “Tarjeta Sanitaria”, el Código de identificación personal asignado por la administración sanitaria emisora de la tarjeta (CIP-AUT), el nombre y apellidos del titular de la tarjeta, el Código de identificación personal único del Sistema Nacional de Salud (CIP-SNS) y el Código de identificación de la administración sanitaria emisora de la tarjeta.

## TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

Con este formato común de tarjeta sanitaria para el conjunto del Sistema Nacional de Salud, se pretende garantizar de manera efectiva el derecho que reconoce el art. 4.c) LCC al paciente de recibir, por parte del servicio de salud de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre desplazado, la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud que pudiera requerir, en las mismas condiciones e idénticas garantías que los ciudadanos residentes en esa comunidad autónoma. Se trata de preservar, en definitiva, la igualdad en el acceso al SNS con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento los usuarios del mismo<sup>679</sup>. Y es que, hasta la fecha, no habían sido escasas las ocasiones en que se habían puesto de manifiesto los perjuicios que sufrían los pacientes desplazados como consecuencia de la descoordinación entre las distintas administraciones autonómicas y la opacidad de sus sistemas de información. No en vano, estas situaciones venían siendo denunciadas en sucesivos informes del Defensor del Pueblo<sup>680</sup>.

Siendo así, el nuevo modelo de tarjeta sanitaria individual se revelaba como una necesidad perentoria. Sin embargo, las no escasas dificultades en el logro de un acuerdo entre todas las Comunidades ocasionaron el retraso en su configuración<sup>681</sup>. Más aún, cabe destacar que el conflicto no quedó cerrado ni siquiera una vez aprobado el formato único. Recuérdese que la Comunidad Autónoma del País Vasco interpuso un recurso contra el Real Decreto de 2013, al estimar que invadía las competencias autonómicas en la legislación de desarrollo en materia sanitaria. Recurso que ha sido desestimado por STS de 2 de febrero de 2015<sup>682</sup>, en la que el Tribunal Supremo arguye, como punto de partida, que "la tarjeta, en cuanto tal documento, no afecta al contenido sustantivo de la prestación sanitaria ni a la forma en que el correspondiente servicio se organice en cada Comunidad Autónoma porque en sí misma se limita a incorporar datos preexistentes de identificación

---

<sup>679</sup> Garantía de movilidad proclamada en el art. 24 LCC.

<sup>680</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D.: "Reembolso de gasto farmacéutico generado por prescripción de tratamiento farmacéutico con hormona del crecimiento", *Revista Aranzadi Social*, núm. 17, 2011 (Westlaw BIB 2010\2882).

<sup>681</sup> En cualquier caso, el modelo aprobado en 2013 dista poco, en lo esencial, del intento fallido hace una década, pues el consenso ha sido posible precisamente porque se ha optado por incorporar en la tarjeta tan sólo los datos básicos: la administración sanitaria autonómica que lo emite, el código de identificación personal asignado por ésta, el nombre y apellidos del paciente, así como el código de identificación personal único del Sistema Nacional de Salud. ACOSTA GALLO, P.: "La nueva regulación de la tarjeta sanitaria individual y los problemas financieros de la sanidad pública", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, pág. 29 y ss.

<sup>682</sup> Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. núm. 214/2014.

del propio titular o que afecten a su relación con el Sistema", de forma que no puede considerarse que la tarjeta presione el contenido material o la organización de la sanidad de cada uno de los subsistemas regidos por las respectivas Comunidades Autónomas. Entre otras pretensiones anulatorias, el País Vasco cuestiona la inclusión como dato básico en el anverso de la tarjeta el rótulo de "Sistema Nacional de Salud de España", alegando que esta denominación no se ajusta a la fijada por la Ley de Cohesión y Calidad que, al igual que hace el conjunto de la legislación en la materia, se refiere al Sistema Nacional de Salud sin incorporar la mención "de España". Frente a ello, el TS opone que este inciso, perfectamente integrado en la expresión "Sistema Nacional de Salud", que es justamente el de España entendida como Nación (art. 2 CE), "nada quita ni nada obstaculiza el legítimo desarrollo por las Comunidades Autónomas de sus políticas sanitarias propias en el marco de la normativa básica del Estado". Otro de los argumentos esgrimidos por el País Vasco, referido a la introducción obligatoria de determinados datos en la tarjeta, es igualmente rechazado por el Alto Tribunal, al sostener que ello no cercena, desde la perspectiva del binomio "bases-desarrollo", las posibilidades de incluir datos complementarios en el reverso de la tarjeta según las políticas sanitarias propias de cada Comunidad Autónoma.

### **3.- CAUSAS DE EXTINCIÓN.**

La extinción de la condición de asegurado o beneficiario se produce cuando se dejan de reunir las circunstancias que motivaron su reconocimiento<sup>683</sup> y en caso de fallecimiento. Asimismo, los beneficiarios dejan de ostentar esta condición el mismo día en que les es reconocida la de persona asegurada (art. 7 RD 1192/2012).

En este sentido, conviene tener en cuenta que el interesado debe poner en conocimiento del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina, cualquier modificación de circunstancias relacionadas con la condición de persona asegurada o beneficiaria. Ello sin perjuicio de los controles que

---

<sup>683</sup> En este caso, la condición de persona asegurada se extingue el primer día del segundo mes siguiente a aquél en que concurra la causa extintiva, salvo que se trate de la superación del límite de ingresos normativamente previstos, en cuyo caso la extinción surte efectos el día uno de enero del año siguiente a aquél en que tal hecho se produzca.



pueda llevar a cabo el INSS o, en su caso, el Instituto Social de la Marina precisamente a efectos de reconocer la variación o la extinción de dicha condición (art. 8 RD 1192/2012).

Así pues, en caso de que el interesado incumpla la obligación de comunicar toda modificación que se produzca en alguna de las circunstancias que puedan dar lugar a la variación o extinción de la condición de persona asegurada o beneficiaria, o bien acometa una comunicación inexacta o fraudulenta de las mismas, dicha variación o extinción opera con efectos retroactivos desde el momento en que la misma debiera haber producido efectos y conlleva la obligación del interesado de reintegrar, cuando proceda, al servicio público de salud o al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria el coste de las prestaciones obtenidas indebidamente.

### **CAPÍTULO II . ÁMBITO SUBJETIVO**

#### **1.- SUJETOS BENEFICIARIOS DE LA ASISTENCIA SANITARIA.**

##### **1.1.- Títulos de acceso al derecho.**

Los beneficiarios de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social habían sido tradicionalmente ordenados y clasificados por contingencias en el art. 2 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social. Tras la derogación del precepto por el Real Decreto 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 Sistema Nacional de Salud, queda ésta como principal norma de referencia en la determinación de los titulares del derecho a la asistencia sanitaria en nuestro país<sup>684</sup>. Si bien prescindiendo de la

---

<sup>684</sup> La norma no derogó y permanece, por tanto, vigente la regulación contenida al efecto en la LGSS'74. En concreto, el texto legal dispone en su art 101 que "la asistencia sanitaria se prestará al titular y a los beneficiarios a su cargo, con la extensión, duración y condiciones que reglamentariamente se determinen para las distintas contingencias constitutivas del hecho causante". Por su parte, el art. 100 otorga la condición de beneficiario de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral a: "los trabajadores por cuenta ajena que reúnan el requisito general exigido en el número 1 del artículo 94" (entiéndase en la actualidad referido al primer apartado del art. 124 LGSS, que alude al requisito general de afiliación y alta en el Régimen General, o en el especial correspondiente, o en situación de asimilada al alta al sobrevenir la contingencia); "los pensionistas de este Régimen General y los perceptores de prestaciones periódicas del mismo que no tengan el carácter de pensiones, en los términos que

contingencia como criterio organizativo empleado en la norma anterior, lo cierto es que el Real Decreto 1192/2012 mantiene la catalogación diferenciada de los sujetos, en base, esta vez, al título por el que se accede a la protección. En concreto, el reconocimiento subjetivo de la asistencia sanitaria se lleva a cabo distinguiéndose entre la condición de asegurado y de beneficiario de la persona asegurada, según se verá detenidamente a lo largo del presente epígrafe.

Lo cierto es que la opción político-jurídica de desglose por títulos no se halla exenta de crítica, en tanto supone a todas luces una amenaza a la lucha contra la estigmatización social que reside en la razón de ser del derecho a las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social<sup>685</sup>. Y es que la lógica de la articulación de la asistencia sanitaria como derecho social fundamental reside en la pretensión de garantizar la protección de la salud de toda persona, sin referencia concreta alguna a la condición en que se dispensa. En otras palabras, se trata de promover el acceso a los servicios públicos sanitarios empleando, como único título jurídico, el derecho social fundamental a las prestaciones sanitarias. Más certero, pues, habría resultado el empleo del título de derecho subjetivo como señera clave de acceso a la cobertura sanitaria pública y, de esta forma, reconducir la técnica del listado a una cláusula genérica que guardase correspondencia con la universalidad predicada a nivel constitucional y supranacional del derecho a la protección de la salud. Sin embargo, no ha sido ésta postura hegemónica en la actual normativa, asistiéndose en el tiempo presente a un panorama jurídico-positivo que acarrea un neto desafío entre la realidad de aquellas normas que predicán un acceso universal a la asistencia sanitaria<sup>686</sup> y aquellas otras que, según se analizará seguidamente, reconocen títulos específicos para la provisión de la misma, completando el rompecabezas dispersas normas sectoriales en la materia<sup>687</sup>.

---

reglamentariamente se determinen”; así como “los familiares o asimilados que estén a cargo de las personas indicadas en los apartados anteriores y, en caso de separación de hecho, los cónyuges e hijos de dichas personas, siempre que unos y otros reúnan las condiciones que reglamentariamente se determinen”.

<sup>685</sup> APARICIO TOVAR, J., "*La Seguridad Social y la protección de la salud...*", pág. 217.

<sup>686</sup> Arts. 2.b) LCC, 1.2 y 3.2 y Disposición Transitoria quinta de la LGS. Preceptos que se aferran a la universalidad del modelo sanitario.

<sup>687</sup> - La Ley 13/1982 de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, reconoce el derecho de acceso al sistema sanitario de los minusválidos no incluidos en el sistema de Seguridad Social siempre que se cumplan los requisitos previstos en el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero.

- El apartado d) del primer artículo del Real Decreto 2448/1981, de 19 de octubre, sobre protección a los afectados por el síndrome tóxico, reconoce el reembolso del importe total de los gastos sanitarios a los afectados por el síndrome tóxico no beneficiarios de la Seguridad Social.

### 1.1.1.- Condición de asegurado.

El Capítulo I del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (en adelante, RD-ley 2012) ha acometido determinantes modificaciones en el ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria, a través de una completa renovación de la redacción del art. 3 LCC. Resulta, en primer lugar, harto revelador el cambio de rúbrica del precepto. Si anteriormente se hacía referencia a los “titulares de los derechos”, se alude ahora a “la condición de asegurado”, noción ésta que lejos de ser aséptica, acarrea importantes implicaciones. Permite adivinar, en concreto, una voluntad político-jurídica centrada en el regreso a una concepción de aseguramiento que se había ido diluyendo en los últimos años en pro de una noción más universal e integradora. El operador jurídico ya no menciona, pues, la titularidad del derecho a la protección de la salud, sino que configura el concepto de asegurado como puerta de acceso a los servicios sanitarios, residiendo en esta modificación el principal enclave del cambio de paradigma experimentado en la vertiente subjetiva de las prestaciones sanitarias.

Teniendo en cuenta lo establecido en el RD-ley 2012, el Real Decreto 1192/2012, por el que se lleva a cabo su desarrollo reglamentario, así como el artículo 3.2 LCC, ostentan la condición de asegurados:

---

- El art. 3 del Real Decreto 2234/1981, de 20 de agosto, por el que se regula la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración pública en el extranjero dispone que los familiares del titular, beneficiarios de la prestación de asistencia sanitaria que residan en España gozan de dicha asistencia en la misma forma y condiciones que los restantes beneficiarios de la misma del régimen general de la Seguridad Social.

- El Real Decreto 1658/1998, de 24 de julio, por el que se regula el convenio especial en materia de asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social en favor de los españoles residentes en territorio nacional con la condición de funcionarios o empleados de Organizaciones Internacionales, señala que aquellos que no tengan derecho a la asistencia sanitaria, con carácter obligatorio, en cualquier Régimen del sistema de la Seguridad Social, son considerados en situación asimilada a la de alta, respecto a la asistencia sanitaria por enfermedad común, accidente no laboral y maternidad, mediante la suscripción del oportuno convenio especial.

- Los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional, que reciban la prestación económica reconocida en la Ley 3/2005, de 18 de marzo, tienen derecho a la asistencia sanitaria en aquellos países en los que queden excluidos de ella o en los que, teniendo acceso, su contenido y alcance se consideren insuficientes.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- Los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia<sup>688</sup>, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta<sup>689</sup> o asimilada a alta.
- Los pensionistas del sistema de la Seguridad Social<sup>690</sup>. Resulta lógico que no se excluya de la titularidad de esta condición de asegurados a quienes, por razones biológicas, ostentan más posibilidades de enfermar. No en vano, ALONSO OLEA sostiene que “una asistencia sanitaria que no incluyera al pensionista, al viejo en general, fallaría donde es más necesaria”<sup>691</sup>.
- Los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, tales como la prestación y el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza.

---

<sup>688</sup> El Real Decreto 43/1984, de 4 de enero, amplió la acción protectora de cobertura obligatoria del régimen especial de los trabajadores por cuenta propia, con la inclusión de las prestaciones de asistencia sanitaria para los supuestos de enfermedades común, maternidad y accidente. Con respecto a la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, añadió una Disposición Adicional trigésimo cuarta en la LGSS, cuyo primer apartado señala que “los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos podrán mejorar voluntariamente el ámbito de la acción protectora que dicho Régimen les dispensa, incorporando la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, siempre que los interesados, previa o simultáneamente, hayan optado por incluir, dentro de dicho ámbito, la prestación económica por incapacidad temporal”.

<sup>689</sup> En el ámbito de la asistencia sanitaria opera el alta de pleno derecho, independientemente de que el empresario incumpla sus obligaciones relativas a la afiliación, alta o cotización, en supuestos de enfermedad común o profesional, accidente de trabajo o no laboral y maternidad.

<sup>690</sup> El art. 100.1.b) LGSS'74 añade a “los perceptores de prestaciones periódicas del mismo que no tengan el carácter de pensiones, en los términos que reglamentariamente se determinen”, es decir, a los pensionistas del extinguido SOVI (Orden Ministerial de 31 de enero de 1970), pensionistas de la desaparecida “Obra de 18 de julio” (Orden Ministerial de 26 de junio de 1976) y los pensionistas de clases pasivas (art. 22 del Real Decreto 1288/1990, de 25 de octubre).

Téngase en cuenta que, a efectos de asistencia sanitaria, gozan de la condición de pensionistas integrados en el Régimen General: los mutilados ex combatientes de la zona republicana (Real Decreto 391/1982, de 12 de febrero); el Personal que, durante la guerra civil, formó parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República (Ley 37/1984, de 22 de octubre y Real Decreto 1033/1985, de 19 de junio que la desarrolla); los mutilados de guerra que no puedan integrarse en el Cuerpo de caballeros mutilados; los mutilados civiles de guerra (Ley 6/1982, de 29 de marzo); los titulares de pensiones extraordinarias por actos de terrorismo (Real Decreto 851/1992, de 10 de julio); y, por último, las viudas y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia de la guerra civil española (Ley 5/1979, de 18 de septiembre), si bien, con respecto a estos últimos, la Ley 37/1988, de 28 de diciembre señaló expresamente que dicho derecho no se pregonaba de cuantos fuesen titulares.

<sup>691</sup> ALONSO OLEA, M., op. cit., pág. 56.

### TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

- Quienes hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza y se encuentren en situación de desempleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título<sup>692</sup>.

- Dentro de la condición de asegurado se mantiene la distinción entre los incluidos en el sistema de Seguridad Social (resulta suficiente, a estos efectos, cumplir los requisitos legales<sup>693</sup>, sin ninguna otra exigencia) y los que, no estando afiliados a ninguno de sus regímenes, carecen de rentas suficientes para atender la pérdida de salud. En concreto, ostentan la consideración de personas aseguradas cuantas, sin hallarse comprendidas en ninguno de los supuestos recién enumerados, carezcan de ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros<sup>694</sup>, así como de cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía<sup>695</sup>. El criterio de la insuficiencia de recursos es la vigente plasmación jurídica del logro que cristalizó el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes<sup>696</sup>, el cual, en cumplimiento del art. 80 LGS<sup>697</sup>, reconoció el derecho a las prestaciones sanitarias a todos los españoles residentes en territorio nacional y carentes de un nivel suficiente de recursos económicos, con lo que se viabilizaron los compromisos internacionales al efecto<sup>698</sup>. Contrastando ambas normas, se evidencia que el Real Decreto 1192/2012 ha acometido una más que remarcable elevación del límite de

---

<sup>692</sup> El Real Decreto 1192/2012 excluye al respecto a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España.

<sup>693</sup> Resulta exigible el requisito general de afiliación y alta o situación asimilada al alta al sobrevenir la contingencia (art. 124.1 LGSS), sin que se requiera período alguno de carencia.

<sup>694</sup> Para la aplicación de tal límite de ingresos, el art. 2.3 del Real Decreto 1192/2012 precisa que se computan los ingresos íntegros obtenidos por rendimientos del trabajo, del capital, de actividades económicas y por ganancias patrimoniales. A estos efectos, en el caso de haberse presentado la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas aplicado en territorio español, se tiene en cuenta la suma del importe de las bases liquidables de dicho impuesto. Además, en dicha aplicación, se toma como referencia el último ejercicio fiscal para los períodos comprendidos entre el 1 de noviembre del año siguiente a tal ejercicio y el 31 de octubre posterior.

<sup>695</sup> Según el art. 2.4 del Real Decreto 1192/2012, no se considera cobertura obligatoria de la prestación sanitaria la prevista normativamente para la cobertura, a través de seguros obligatorios especiales, de riesgos para la salud derivados de actividades concretas desarrolladas por la persona asegurada, bien los concierte por sí misma, bien a través de un tercero. Tampoco ostenta esta consideración el encuadramiento en una mutualidad de previsión social alternativa al régimen correspondiente del sistema de la Seguridad Social.

<sup>696</sup> Derogado por el Real Decreto 1192/2012.

<sup>697</sup> “El Gobierno regulará el sistema de financiación de la cobertura de la asistencia sanitaria del sistema de la Seguridad Social para las personas no incluidas en la misma que, de tratarse de personas sin recursos económicos, será en todo caso con cargo a transferencias estatales”.

<sup>698</sup> Recuérdese que el art. 1 del Convenio europeo de asistencia social y médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953, dispone que “toda Parte Contratante se compromete a garantizar que los nacionales de las demás Partes Contratantes, con legítima residencia en cualquier parte del territorio de dicha Parte al que se aplique la presente Convención y sin recursos suficientes, tengan derecho, al igual que sus propios nacionales y en las mismas condiciones, a la asistencia social y médica”.

rentas que hasta entonces establecía el Real Decreto de 1989, concretado en la percepción de rentas iguales o inferiores en cómputo anual al salario mínimo interprofesional. Se favorece, así, el acceso al sistema público sanitario de un mayor número de personas. En todo caso, el goce de atención sanitaria mediante esta vía exige la nacionalidad española y residencia en territorio español, la nacionalidad de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o bien, la nacionalidad de un país distinto de los mencionados, o la apatridia, y una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en la normativa específica.

#### 1.1.2.- Condición de beneficiario de una persona asegurada.

Sin perjuicio de lo controvertido de la terminología empleada<sup>699</sup>, el disfrute de la condición de beneficiario requiere la concurrencia de alguno de los supuestos que siguen:

- El cónyuge de la persona asegurada<sup>700</sup> o el conviviente con una relación de afectividad análoga a la conyugal<sup>701</sup>, constituyendo una pareja de hecho. Se exige, pues, la acreditación de la inscripción oficial correspondiente, de conformidad con el art. 3 LCC.

- El ex cónyuge o separado judicialmente. En ambos casos, el beneficiario lo será de la persona asegurada por tener derecho a percibir una pensión compensatoria por parte de ésta.

- El descendiente o persona asimilada<sup>702</sup> del asegurado o de su cónyuge, aun separado judicialmente, de su ex cónyuge a cargo o de su pareja de hecho, en ambos casos

---

<sup>699</sup> La impropiedad de los términos de “titular del derecho” y “beneficiario” se denuncia en ALMANSA PASTOR, J. M., op. cit., pág. 391, sosteniéndose que “todos ellos son beneficiarios al actualizarse la protección, sólo que el sujeto causante lo es con derecho propio y los familiares lo son con derecho derivado”. En el mismo sentido, AA. VV.: *Curso de Seguridad Social*, MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), op. cit., pág. 528. Otros autores estiman más acertado referirse a “un derecho originario y directo que surge y se mantiene en virtud del cumplimiento de determinados requisitos vinculados tanto al trabajador como a la propia situación de los familiares”. ALARCÓN CARACUEL, M. R. Y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 157.

<sup>700</sup> De igual o diferente sexo (Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio).

<sup>701</sup> La Resolución de 29 de diciembre de 1984 extendió por primera vez la asistencia sanitaria a los que convivieran sin ser cónyuges.

a cargo del asegurado<sup>703</sup> y menor de veintiséis años o, siendo mayor de dicha edad, con discapacidad reconocida en un grado igual o superior al sesenta y cinco por ciento. Por “persona asimilada” a la figura del descendiente, el Real-Decreto 1192/2012 incluye a los hermanos de la persona asegurada y a los menores sujetos a la tutela o al acogimiento legal de una persona asegurada, de su cónyuge, aunque esté separado judicialmente, o de su pareja de hecho, así como de su ex cónyuge a cargo cuando, en este último caso, la tutela o el acogimiento se hubiesen producido con anterioridad al divorcio o de la nulidad matrimonial<sup>704</sup>.

Se considera que los descendientes y personas a ellos asimiladas se encuentran a cargo de una persona asegurada si conviven con la misma<sup>705</sup> y dependen económicamente de ella<sup>706</sup>. Por tanto, convivencia y dependencia económica siguen siendo las dos notas características de la figura del beneficiario<sup>707</sup>. Y ello a pesar de que algún sector doctrinal ha estimado que el elemento verdaderamente determinante viene de la mano de la carencia de recursos económicos para hacer frente a los gastos dimanados del acceso a los servicios públicos sanitarios, de manera que se ha llegado a calificar de “superfluo” el requisito de la convivencia, asumido el considerable número de excepciones que por medio de la separación tienen lugar<sup>708</sup>.

Conviene precisar que el disfrute de la condición de beneficiario requiere que no se ostente la de asegurado, confirmándose, así, la incompatibilidad entre diferentes títulos de acceso a las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social. La condición de beneficiario resulta, pues, excluyente de la de asegurado, ya que quien reúna los requisitos exigidos para tener la primera, no podrá acceder a la segunda. Por otra parte, cuando la condición

---

<sup>702</sup> En relación con los hijos adoptivos, la Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 11 de noviembre de 1985 relativa al reconocimiento del derecho a asistencia sanitaria de la Seguridad Social en casos de adopción, también reconoce derecho al menor en el periodo que transcurra, en su caso, entre el acogimiento familiar y la adopción estricta.

<sup>703</sup> Se considera que los menores de edad no emancipados se encuentran siempre a cargo de la persona asegurada.

<sup>704</sup> La Resolución de 16 de septiembre de 1987 de la Secretaría General de la Seguridad Social aclaró que el derecho a la asistencia sanitaria persiste en supuestos de cambio de titularidad en la custodia de niños acogidos sin interrupción de la misma.

<sup>705</sup> Se considera que existe convivencia con la persona asegurada en los casos de separación por razón de trabajo, estudios o circunstancias similares.

<sup>706</sup> Se estima que los mayores de edad y los menores emancipados no dependen económicamente de la persona asegurada si cuentan con unos ingresos anuales superiores en más del doble a la cuantía del IPREM, en cómputo anual.

<sup>707</sup> “Vivir con el titular del derecho y a sus expensas”, rezaba el derogado art. 2.3.a) del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre.

<sup>708</sup> Véase ALMANSA PASTOR, J. M., op. cit., pág. 392.

de beneficiario derive de dos o más personas aseguradas, sólo se podrá reconocer la misma por una de ellas, prevaleciendo, en todo caso, la condición de beneficiario de una persona asegurada en virtud de su inclusión en el sistema de Seguridad Social. Asimismo, únicamente puede acceder al sistema público sanitario en clave de beneficiario quien tenga residencia autorizada y efectiva en España, salvo en el caso de aquellas personas que se desplacen temporalmente a España y estén a cargo de trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español, siempre que éstos se encuentren en situación asimilada al alta, cotizando en el correspondiente régimen de Seguridad Social español.

Una vez expuestos los supuestos acogidos bajo la condición de beneficiario de la persona asegurada, conviene reparar en la restricción operada por la reforma del año 2012. Una restricción que afecta no sólo a la figura de los ascendientes, hasta entonces incluidos en dicha condición<sup>709</sup>, sino también, y muy señaladamente, a los descendientes. En efecto, la regulación vigente vino a introducir un cambio importante a este respecto, pues el art. 2.2 del Decreto 2766/1967 hacía referencia a los descendientes o hijos adoptivos, sin mayor concreción. De modo taxativo, la nueva redacción del art. 3 LCC atribuye la condición de beneficiarios únicamente a los descendientes menores de veintiséis años o a los que, superando tal edad, tengan una discapacidad en grado igual o superior al sesenta y cinco por ciento.

La introducción de un límite de edad para la inclusión de los hijos en la tarjeta sanitaria de sus padres ha supuesto una de las reformas más controvertidas. Si bien no es la primera vez que el ordenamiento jurídico articula un requisito de este tipo en el acceso a los servicios sanitarios por la vía del beneficiario<sup>710</sup>, lo cierto es que sí resulta novedosa la asistencia a un retroceso en el nivel de extensión subjetiva que existía hasta la fecha, ya que todos los descendientes, con independencia de su edad, habían venido disfrutando del derecho a la asistencia sanitaria. Desde la entrada en vigor del RD-ley 2012 (acontecida el

---

<sup>709</sup> El art. 2.2.c) del Decreto 2766/1967 preveía que “los ascendientes legítimos, naturales o por adopción, tanto del titular del derecho como de su cónyuge y los cónyuges de tales ascendientes por ulteriores nupcias” ostentaban la condición de beneficiario.

<sup>710</sup> El art. 2.2.b) del Decreto 2766/1967, en su redacción anterior a la reforma operada por el Real Decreto 1682/1987, de 30 de diciembre, aludía a “los descendientes legítimos, legitimados o ilegítimos, aunque estos últimos no tengan la condición legal de naturales, y los hijos adoptivos menores de veintiún años de edad, así como los hermanos menores de dieciocho años y los mayores de dichas edades que padezcan una incapacidad permanente y absoluta que les inhabilite por completo para toda profesión u oficio”.



31 de agosto de 2012, según su Disposición Transitoria primera), aquellas personas que sobrepasen los veintiséis años y no se hallen incluidas en el sistema de Seguridad Social (art. 3.2 LCC) carecen de acceso a los servicios públicos sanitarios, salvo que acrediten “que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente” (3.3 LCC). En otro caso, únicamente pueden acceder al sistema sanitario mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (art. 3.5 LCC). Son fácilmente imaginables numerosos supuestos que quedan privados de cobertura tras esta reforma. Baste citar al efecto el caso de los descendientes que, a la edad aludida en el precepto, aún no se han incorporado al mercado laboral, lo que en coyunturas de crisis económica como la actual constituye una situación harto frecuente, o el de los estudiantes que se retrasan en la culminación de sus titulaciones universitarias.

### 1.1.3.- Especial referencia a los extranjeros en situación administrativa irregular: La restricción operada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

#### **A.- Significación y alcance jurídico.**

Según se acaba de exponer, la exclusión de los hijos que superen la edad de veintiséis años respecto de la asistencia sanitaria supone una brecha en el arduo camino emprendido hacia una plena universalización y, con ello, un coadyuvante a la “re-mercantilización” de la protección de la salud que vaticina la doctrina<sup>711</sup>. Sin embargo, no es ésta la única restricción acometida en el RD-ley de 2012. De hecho, la que ha suscitado mayor controversia ha sido la referida a la población inmigrante en situación irregular.

En concreto, el tercer apartado del art. 1 del RD-ley introdujo un art. 3 ter en la LCC, cuyo tenor literal es el siguiente: “Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave<sup>712</sup> o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica; b) de asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”. A sensu contrario, los inmigrantes en situación irregular,

---

<sup>711</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2013, pág. 499.

<sup>712</sup> Resulta criticable la vaguedad e imprecisión de la referencia, sin más, a la “enfermedad grave”.

mayores de edad, quedan compelidos al pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial<sup>713</sup> para acceder a los servicios sanitarios.

Tal y como se desprende de lo anterior, el reconocimiento del derecho a la cobertura sanitaria exige que los extranjeros sean titulares de una autorización para residir en territorio español (art. 3.3 LCC), no siendo suficiente el empadronamiento, único requisito formal que se había venido exigiendo desde la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx)<sup>714</sup>. Asistimos, por tanto, a un notorio retroceso, en este caso, al régimen precedente a dicho texto legal, quedando redactado su art. 12 del modo que sigue: “los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”.

El panorama jurídico existente con carácter previo al RD-ley 2012 había alcanzado una *cuasi universalización*, pues, en ausencia de requisitos de residencia legal, se reputaba suficiente el empadronamiento en algún municipio español. Criterio que se flexibilizaba aún más en los supuestos de menores, mujeres embarazadas y asistencia sanitaria de urgencia, donde la exigencia del requisito formal de la inscripción en el padrón desaparecía. En particular, se reconocía el derecho de los extranjeros que se encontrasen en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tuviesen su domicilio habitual, a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles<sup>715</sup>. Por tanto, desde el año 2000, los extranjeros empadronados, “legales” o “ilegales”, accedían a los servicios sanitarios y, al hacerlo en igualdad de condiciones que los nacionales, habían de ostentar

---

<sup>713</sup> El art. 6 del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, cifra la contraprestación económica a abonar por la suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria en una cuota mensual de 60 euros, si el suscriptor tiene menos de sesenta y cinco años, y de 157 euros, si tiene sesenta y cinco o más años.

<sup>714</sup> Véase DE VAL TENA, A. L.: “El derecho de los extranjeros a la protección de la salud”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, 2002, págs. 45-77.

<sup>715</sup> Determinadas normas autonómicas fueron aún más ambiciosas y supusieron un importante impulso en la universalización sanitaria. Señaladamente, la Ley Foral 2/2000, de 25 de Mayo, de modificación de la Ley Foral 10/1990, de 23 de Noviembre, de Salud, extendió la cobertura de asistencia sanitaria navarra a todos los ciudadanos residentes en la Comunidad Autónoma con independencia de su situación legal o administrativa. Con anterioridad, el Decreto valenciano 26/2000, de 22 de febrero, había proclamado el derecho a la asistencia sanitaria de los ciudadanos extranjeros en la Comunidad Valenciana y creado la denominada Tarjeta Solidaria.

un título que les habilitase para ello: bien por afiliación al sistema de la Seguridad Social, bien mediante debida acreditación de insuficiencia de recursos económicos. No se tenía en cuenta, pues, criterio alguno atinente a la situación administrativa de residencia. La LOEx supuso, en este sentido, un verdadero hito ya que, por primera vez en nuestra historia, se reconocía el derecho a la asistencia sanitaria del extranjero, en igualdad de condiciones que el nacional, distanciándose de la exigencia de autorización tradicional en el marco socio-laboral<sup>716</sup>. Por ello, la aprobación del RD-ley 2012 y, con él, la exigencia de residencia legal supone un paso atrás que aleja aún más de la plena universalización instada constitucionalmente. Lo cierto es que, hasta entonces, el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros inmigrantes había destacado por ser uno de los que gozaba de mayor estabilidad, en tanto en cuanto no había estado sujeto a los intensos vaivenes de que fueron objeto muchos otros derechos sociales en las diversas reformas de la LOEx<sup>717</sup>.

Ahora bien, cabe precisar que en la actualidad se sigue reconociendo la asistencia sanitaria de urgencia a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España (art. 3 ter LCC), respetándose fielmente lo que establecía la anterior redacción del art. 12 LOEx. Y ello resulta lógico, asumido que la situación irregular del extranjero en ningún caso puede suponer un obstáculo al ánimo de preservar el derecho a la vida de toda persona (art. 15 CE).

Por su parte, la situación con respecto a los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentran en España (art. 3 ter in fine) también persiste sin modificación alguna, pues se mantiene el reconocimiento de asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, con independencia de su situación legal o no, tal y como indicaba la anterior redacción del art. 12 LOEx. El fiel respeto de lo previsto entonces se muestra coherente tanto con la jurisprudencia del CEDS, como con el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, cuyo apartado primero dispone que “los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al

---

<sup>716</sup> Al respecto, "Población migrante y derechos sociales. Una visión panorámica", en AA. VV.: *Migraciones y tercer sector en tiempos de crisis: nuevos retos de intervención, participación e inclusión*, ABOUSSI, M. Y MORATA GARCÍA DE LA PUERTA, B. (Coords.), 2014, pág. 80 y ss.

<sup>717</sup> Véase TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012, págs. 313-327.

disfrute de esos servicios sanitarios”, estableciendo la letra b) del segundo que “los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños”. En términos constitucionales, el art. 39.4 de la Carta Magna señala que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, ampliándose, así, lo preceptuado en el art. 10 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero<sup>718</sup>.

El RD-ley 2012, con buen criterio, tampoco perturbó la regulación de la asistencia sanitaria de las extranjeras embarazadas, quienes siguen ostentando derecho de acceso a los servicios sanitarios concretados en el seguimiento del embarazo, parto y postparto, de igual forma que el anterior tenor literal del art. 12 LOEx. Se respeta, así, el art. 24.2.d) de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual, los Estados Partes “adoptarán las medidas apropiadas para asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”.

La principal modificación introducida afecta, en definitiva, a los inmigrantes mayores de edad en situación irregular, quienes quedan privados de asistencia sanitaria, excepción hecha de la atención de urgencia y, en el caso de embarazadas, la asistencia durante el embarazo, parto y postparto. Mediante la controvertida reforma introducida por el RD-ley 2012, los extranjeros irregulares fueron formalmente<sup>719</sup> despojados de un derecho que les había sido garantizado y que habían ejercido desde el año 2000. Es, por tanto, notorio que la norma supuso una flagrante ruptura con el panorama político-jurídico previo. Ahora bien, conviene resaltar que lo cuestionable tras esta norma, lejos de radicar en la ausencia de una neta universalización (pues con anterioridad a su entrada en vigor tampoco existía, y mucho menos antes de la LOEx), viene referido a la restricción de derechos conquistados en el camino a un sistema sanitario de todos y para todos. Si el derecho a la asistencia sanitaria no constituye una “opción del legislador sino una exigencia

---

<sup>718</sup> “Tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España”.

<sup>719</sup> Más adelante se verá que, en el plano material, han sido muchas las Comunidades Autónomas que han tratado de dejar sin efecto esta medida.

constitucional”<sup>720</sup>, resulta evidente que al RD-ley 2012, que realiza unas limitaciones subjetivas de las características apuntadas, le acechan cuanto menos atisbos de rechazo en clave constitucional. El paso atrás operado por dicha norma deviene, pues, en aún más lejana la consecución de una plena universalización que dote de efectividad al derecho a la protección de la salud de “todos” reconocido en el art. 43 CE.

### **B.- Valoración jurídico-crítica.**

Al inicio del año 2012, las únicas críticas que cabía realizar en la materia residían en diversos elementos que quedaban pendientes en la consecución de un modelo de sistema sanitario netamente universalizado, al persistir colectivos formalmente excluidos del mismo así como sectores con ciertas particularidades en su régimen sanitario. Sin embargo, la aprobación del Real Decreto-ley de 2012 supuso, como se viene sosteniendo, un marcado retroceso en el nivel subjetivo de cobertura sanitaria conseguido hasta la fecha, principalmente (aunque no es el único supuesto controvertido, según se ha advertido) con la exclusión de los inmigrantes en situación irregular. La norma pronto emergió en un nuevo obstáculo a salvar en el camino hacia la consecución de una real universalización del derecho a las prestaciones sanitarias, al tiempo que implícitamente potencia los seguros privados y públicos de asistencia sanitaria, abriendo la puerta a sistemas de aseguramiento diferenciados según grupos de población y, con ello, a dos sistemas sanitarios distintos según niveles económicos de los ciudadanos<sup>721</sup>. Los cuestionamientos constitucionales de la norma no son pocos si se tiene en cuenta que nuestra Carta Magna se refiere a “todos” y la universalización aparece reiteradamente como objetivo a alcanzar en los textos legales que desarrollan el art. 43 CE.

Asimismo, desde el punto de vista técnico-jurídico, parece cuestionable el uso de un Real Decreto-ley para adoptar las medidas referidas, sin que pueda afirmarse con

---

<sup>720</sup> MENÉNDEZ REXACH, A.: “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas”, *Revista Derecho y Salud*, Volumen 11, Número Extraordinario, mayo de 2003, pág. 26.

<sup>721</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2012 (Westlaw BIB 2012\940). En el mismo sentido, SÁNCHEZ BAYLE, M.: “Comienza la contrarreforma sanitaria”, *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 27, 2012, págs. 177-178.

seguridad que concurre el presupuesto habilitante para el empleo de dicha norma<sup>722</sup>. A este respecto, la reforma del año 2012 se limita a alegar de modo bastante vago e impreciso el impacto de la crisis económica y la consiguiente necesidad de reducir el gasto sanitario, sin llegar a identificar y cuantificar los términos del pretendido ahorro. Siendo ésta la finalidad perseguida, e introduciéndolo en el debate propio de medios y fines, cabe poner en entredicho el propósito de esta restricción subjetiva. En concreto, la finalidad formal de la reforma acometida por el RD-ley 2012 reposa en el sostenimiento y viabilidad financiera del Sistema Nacional de Salud<sup>723</sup>. Y, ciertamente, parece que simples criterios de racionalización y eficiencia en la gestión del gasto sanitario no son suficientes para justificar la exclusión del colectivo inmigrante en situación irregular respecto del ámbito de un derecho social fundamental como la asistencia sanitaria.

Asistimos en este ámbito a la reproducción de la tendencia que MONEREO PÉREZ denuncia en el modelo social europeo<sup>724</sup> y que conlleva la superposición del plano económico sobre el social, sometiéndose la lógica de los derechos sociales a la racionalidad del orden económico. La estrategia en cuestión resulta más que controvertida, ya que la sostenibilidad del SNS no puede consolidarse a costa del detrimento del ámbito subjetivo de la protección social sanitaria como el que representa la reforma que se analiza. Esto es, cuando del ámbito de un derecho tan básico como la salud se trata, ningún criterio económico puede primar en la definición de sus titulares. Al contrario, se ha de lograr una adecuada sintonía que garantice la viabilidad y sostenibilidad financiera en el marco de una sanidad tendencialmente universal en cuanto es ésta una nota constitucionalmente preservada. Como con acierto advirtiera BEVERIDGE, la Seguridad

---

<sup>722</sup> Sobre el espacio constitucional reservado al decreto-ley y su presupuesto habilitante, consúltese PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: "La abusiva utilización del Decreto-Ley por la política de empleo", *Revista de Derecho Social*, núm. 19, 2002, págs. 82-89.

<sup>723</sup> Son continuas las referencias económicas en el texto del RD-ley: "situación de grave dificultad económica", "insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias", así como la aseveración de que "los datos estructurales y las cifras más significativas del gasto sanitario público muestran que la sanidad pública no puede obviar por más tiempo una situación claramente incompatible con su imprescindible sostenibilidad".

<sup>724</sup> Sobre la subordinación del Derecho social (razón jurídico-social) al Derecho de la economía (razón jurídico-económica), y la instrumentalidad, en fin, de los derechos fundamentales a las exigencias del orden económico, consúltese MONEREO PÉREZ, J. L.: "*La protección de los derechos fundamentales...*", págs. 190-213. Dicha subordinación ha estado presente, desde su mismo origen, en la construcción europea. Al respecto, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: "La libre circulación de los trabajadores comunitarios", *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, núm. 1, 1993, págs. 125 y 126.

Social “no debe darles todo a algunos, debe darles algo a todos”, siendo el aserto plenamente aplicable en el ámbito sanitario.

En coherencia con lo anterior, los postulados que emanan de la protección de la salud como un derecho fundamental constitucionalmente reconocido exigen que la solución al problema que pone en jaque financiero a nuestro modelo sanitario se localice en coordenadas diferentes a la reducción de la plataforma basal que constituye su grupo de destinatarios. A este respecto, cobra todo su sentido el principio de prohibición del retroceso social<sup>725</sup> que, en combinación con el deber de progresividad del Derecho internacional<sup>726</sup>, reconoce y asienta buena parte del constitucionalismo latinoamericano como el principal instituto de garantía de los derechos sociales fundamentales frente a las medidas adoptadas por los poderes públicos, susceptibles de ser particularmente perniciosas en coyunturas de crisis económica como la actual. Lógicamente, el principio carece, *per se*, de la fuerza necesaria para compeler las maniobras jurídico-políticas al respecto, si bien, puede servir a tejer una dogmática jurídico-constitucional comprometida con la efectividad de la universalidad que prácticamente se hallaba culminada a comienzos de siglo. Universalidad de la que hace el art. 43 CE una seña de identidad de la vertiente sanitaria de nuestro modelo de protección social y que, como tal, ha de ser preservada desde el mismo cuerpo normativo que desarrolla precisamente el precepto constitucional que la consagra.

Por tanto, la contención del gasto para asegurar la viabilidad del sistema público sanitario bajo la que se ampara la restricción subjetiva efectuada, con ser necesaria, no alcanza a respaldar el marcado retroceso que se advierte en la realización del contenido del derecho social fundamental a la protección de la salud en su vertiente individual. Si bien no se obvia el condicionamiento económico que acompaña ineludiblemente a la

---

<sup>725</sup> Un profundo análisis del concepto y su fundamento jurídico-constitucional en WOLFGANG SARLET, I.: “Posibilidades y desafíos de un derecho constitucional común latinoamericano. Un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición de retroceso social”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, 2009.

<sup>726</sup> Recuérdese, según se vio en la anterior Parte temática, que el art. 2.1 PIDESC dispone que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

realización de todo derecho social<sup>727</sup>, lo cierto es que éste no puede ser empleado a modo de carta blanca en la definición de la política sanitaria, hasta el punto de justificar un vaciamiento de la misma esencia del derecho a la asistencia sanitaria como la exclusión del colectivo inmigrante sin duda representa. Procede superar, pues, la tendencia actual de relegar los derechos sociales a derechos de mera disponibilidad político-legislativa, y ello se ha de hacer oponiendo el decidido carácter de fuerza normativa vinculante de las previsiones constitucionales al respecto<sup>728</sup>.

Es ésta una espléndida oportunidad para darle toda la virtualidad que merece, y posee de forma directa, el texto constitucional. La cuestión radica en determinar si la asistencia sanitaria constituye un derecho que se predica de la persona y no del ciudadano. Y, en este sentido, parece evidente que la ciudadanía política no opera como criterio en la articulación de la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria. Dicha inoperancia obedece al hecho de que el derecho en concreto representa, como ningún otro, un insigne correlato de la dignidad inherente al ser humano, la cual, a su vez, supone el presupuesto antropológico de la configuración del Estado social y democrático de Derecho. Ya se sabe que los dos esenciales principios que rigen la articulación de la asistencia sanitaria en cuanto canon de cohesión social se concretan tanto en la universalidad como en la igualdad y no discriminación. Así pues, justificado en anteriores Capítulos que nos hallamos ante un derecho social fundamental, no parece coherente con los requerimientos de nuestro modelo social la exclusión de un colectivo del acceso a los servicios sanitarios sobre la única base de su situación jurídico-administrativa. Si el derecho a la protección de la salud pertenece a la persona, dada la intrínseca relación entre éste y el valor humano de la dignidad, resulta irrefutable que las prestaciones sanitarias han de resultar accesibles a toda la sociedad<sup>729</sup>.

---

<sup>727</sup> Precisamente, las limitaciones presupuestarias a la socialidad del Estado y a los derechos de prestación que reconoce constituyen buena parte de las dificultades jurídicas inherentes a los derechos sociales. MONEREO PÉREZ, J. L., op. cit., pág. 185 y ss.

<sup>728</sup> "Hoy resulta necesario volver a recordar a todos, y en especial a quienes rigen la política económica, que la Constitución es la norma fundante de nuestra convivencia y tiene, toda ella, carácter normativo". APARICIO TOVAR, J.: "La Constitución es normativa. A propósito de la política de empleo", *Jueces para la democracia*, núm. 71, 2011, pág. 65.

<sup>729</sup> Véase INTRAND, C. ET SIMMONOT, N.: "L'Europe et les sans-papiers - Politique de santé ou politique d'immigration?", *Revue Hommes et Migrations*, num. 1282, novembre-décembre 2009.



Parece oportuno reiterar las palabras del Tribunal Constitucional cuando sostuvo que "la dignidad de la persona, como «fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1 CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes"<sup>730</sup>. Lo cierto es que resulta tarea compleja la localización de un derecho más intrínsecamente enlazado a la dignidad humana que el derecho a la protección de la salud, toda vez que el goce de este bien jurídico representa una dimensión fundamental del individuo y de su inclusión social.

Asimismo, conviene recurrir a la cláusula del art. 10.2 CE, la cual, a modo de canon interpretativo, remite al fructífero Derecho internacional de Derechos Humanos. Y se le adjetiva como fructífero porque son abundantes los Tratados que inciden en el derecho a la protección de la salud de toda persona<sup>731</sup>. Se confirma, pues, que la asistencia sanitaria es concebida en el doble enfoque internacional y regional europeo como un derecho inherente al ser humano, sin restricción alguna derivada de la condición jurídico-política o jurídico-administrativa del mismo. Y si éste es el espíritu que está llamado a inspirar la interpretación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, cabe concluir que la articulación de la asistencia sanitaria como un derecho de ciudadanía política se evidencia contraria al espíritu constitucional. Es sabido que la Constitución "obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia"<sup>732</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, la interpretación del derecho de acceso al sistema público sanitario conforme a unos instrumentos internacionales que aluden reiteradamente a "toda persona", se opone al condicionamiento adicional que el legislador

---

<sup>730</sup> STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3.

<sup>731</sup> Por no reiterar más de lo preciso, dado que en la anterior Parte temática se incidió detenidamente en el ámbito internacional de la protección de la salud, baste destacar siquiera los arts. 25.1 DUDH ("Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios"), 12.1 PIDESC ("los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental") o, en el ámbito de la Unión Europea, el art. 35 CDFUE ("toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria").

<sup>732</sup> STC 36/1991, de 14 de febrero.

ha establecido en la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria respecto de los inmigrantes en situación irregular.

La propia jurisprudencia del CEDS tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la asistencia médica de los inmigrantes irregulares en la Decisión de 8 de septiembre de 2004<sup>733</sup>. En ella, se declara que la dignidad humana representa el valor fundamental que reposa en el mismo corazón del derecho europeo positivo en materia de derechos del hombre, constituyendo la asistencia sanitaria un presupuesto esencial para la preservación de aquélla. De ahí que concluya que una legislación o práctica nacional que niega el derecho a la atención médica a los extranjeros en situación irregular resulta contraria a la Carta.

Los instrumentos internacionales coadyuvan a la delimitación de un contenido mínimo, irreductible del derecho social fundamental a la salud. Así, en la Observación General nº3 (1990), se puso de manifiesto que “para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”. En igual sentido, diez años más tarde, el Comité se reafirmaría en esta idea, al establecer en la Observación General Nº 14 (2000) que “al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”.

Concluido, como se acaba de hacer, que la reforma operada en la normativa española resulta manifiestamente contraria a la concepción internacional de este derecho y, en

---

<sup>733</sup> Réclamation nº 14/2003. *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme c. France*, § 31 y 32. Véase el texto completo de la Decisión en [https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/complaints/CC14Merits\\_fr.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/complaints/CC14Merits_fr.pdf).

consecuencia, a la interpretación constitucional que se ha de acometer en virtud del art. 10.2 CE, procede advertir que aquélla constituye, a su vez, un marcado distanciamiento de la senda promovida a nivel supranacional. En efecto, la segregación del colectivo inmigrante respecto del ámbito subjetivo de cobertura de la asistencia sanitaria se desvía, y mucho, de lo instado desde la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 67/81, de 12 de diciembre de 2012, la cual insta a los países a avanzar hacia una cobertura sanitaria universal<sup>734</sup>. Resulta cuanto menos paradójico que, mientras desde instancias internacionales se impulsa la consolidación de la universalización sanitaria, determinadas normativas internas como la española asumen la dirección contraria restringiendo el derecho de acceso a un considerable sector de la población.

En todo caso, si el telón de fondo de la restrictiva reforma objeto de análisis reside en una ambiciosa estrategia de contención del gasto sanitario, la opción político-jurídica finalmente acogida dista mucho de revelarse como la más efectiva. Antes al contrario, han sido abundantes los estudios que han demostrado que el inmigrante no es el colectivo que registra una mayor frecuentación de los servicios públicos sanitarios<sup>735</sup>. A su vez, emergiendo la vía de urgencias en el único resquicio a su disposición para acceder al sistema público de salud, resulta evidente que se producirán situaciones de colapso que no harán sino acarrear mayor número de indeseables dificultades de tipo organizativo y económico.

Conviene señalar, por otra parte, que la privación de atención sanitaria a los inmigrantes irregulares puede implicar una puesta en peligro de la salud de toda la población, asumido que gran proporción de los mismos son potenciales portadores de

---

<sup>734</sup> La Resolución reconoce “la importancia de que los sistemas nacionales de salud tengan una cobertura universal, especialmente por medio de mecanismos de atención primaria de la salud y protección social, a fin de proporcionar acceso a los servicios de salud a todos, en particular a los sectores más pobres de la población”, señalando expresamente que “la cobertura universal de salud implica que toda persona tiene acceso sin discriminación a un conjunto de servicios médicos básicos de promoción, prevención, cura y rehabilitación así como a medicamentos esenciales, seguros, asequibles, efectivos y de calidad, velando por que la utilización de esos servicios no exponga a los usuarios a graves dificultades económicas, con especial hincapié en los segmentos pobres, vulnerables y marginados de la población”.

<sup>735</sup> Véase GIMENO-FELIU, L. A; MACIPE-COSTA, R. M; DOLSAC, I.; MAGALLÓN-BOTAYA, R.; LUZÓN, L.; PRADOS-TORRES, A. Y GARCÍA-CAMPAYO, J.: “Frecuentación de la población inmigrante versus autóctona en atención primaria: ¿quién consume más servicios?”, *Revista Atención Primaria*, Vol. 43, núm. 10, 2011, págs. 544-550. Se concluye que la población inmigrante tanto pediátrica como adulta tuvo una menor frecuentación que la autóctona en cualquier tramo etario. En el mismo sentido, consúltese VALL-LLOSERA CASANOVAS, L.; SAURINA CANALS, C. Y SAEZ ZAFRA, M.: “Inmigración y salud: necesidades y utilización de los servicios de atención primaria por parte de la población inmigrante en la región sanitaria girona”, *Revista Española de Salud Pública*, Vol. 83, núm. 2, 2009, págs. 291-307.

enfermedades infectocontagiosas<sup>736</sup>. En efecto, la falta de seguimiento y tratamiento de las enfermedades de que adolezca el colectivo inmigrante, la ausencia en definitiva, del debido control sanitario, puede derivar a pocos lances en un elemento de riesgo para la salud del conjunto de la sociedad. Se constata, así, que la incidencia en una cuestión de salud individual, puede devenir en un problema de salud pública, asumida la unidad completa que conforma la protección de la salud como un bien jurídico integrador, conformado por dos entrelazadas vertientes: una individual y otra colectiva.

Asistimos, por las razones apuntadas, a un palpitante desafío jurídico-social, pues, si la protección de la salud, en cuanto derecho social y, con él, elemento de la ciudadanía, supone una premisa esencial para la integración y participación en el Estado democrático, resulta palmario que la restricción subjetiva operada se aproxima arriesgadamente a los contornos de la exclusión social. Pero también se trata de una contienda de tipo ético, toda vez que la regulación vigente coloca al personal sanitario en una problemática situación, y es que la inatención a los integrantes del colectivo inmigrante irregular contradice los postulados de su código deontológico<sup>737</sup>.

### **C.- La desigual aplicación de la reforma en las Comunidades Autónomas.**

Por último, el reto es, asimismo, de índole competencial, en tanto en cuanto son abundantes los Estatutos autonómicos que, contrariamente a lo establecido tras la reforma de 2012, aluden a una protección de la salud “universal” o “para todas las personas”, siendo ésta una de las razones por la cual Comunidades Autónomas, como el País Vasco<sup>738</sup>, han promovido conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional.

---

<sup>736</sup> También es ésta la opinión de SÁNCHEZ BAYLE, M., loc. cit., pág. 178.

<sup>737</sup> En concreto, en el registro de objetores facilitado por la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (semFYC) figuran inscritos hasta la fecha más de 2.300 facultativos españoles. [http://www.semfy.com/es/noticias/destacadas/listado/Atendemos\\_personas\\_noasegurados\\_Comunicado\\_RD\\_Regsitro\\_objeci%F3n/](http://www.semfy.com/es/noticias/destacadas/listado/Atendemos_personas_noasegurados_Comunicado_RD_Regsitro_objeci%F3n/)

<sup>738</sup> Providencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2012, por la que se acuerda la admisión a trámite del conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno Vasco contra los artículos 4, 5, 6, 7 y 8 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto. BOE núm. 307 de 22 diciembre de 2012.

## TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

Descendiendo al terreno propio de las reacciones, lo cierto es que la reforma ha provocado el rechazo de un considerable porcentaje de la sociedad española<sup>739</sup>, así como, a nivel institucional, de determinadas Comunidades Autónomas. Ello arroja un panorama ciertamente diverso, en el que concurren administraciones sanitarias que han optado por una respuesta de insumisión a la norma estatal, mientras que otras la han acatado introduciendo ciertas modulaciones. Los resultados son, como cabe imaginar, muy dispares, poniendo en riesgo la equidad territorial entre unas Comunidades Autónomas y otras. En concreto, Comunidades como Andalucía y Asturias siguen reconociendo el derecho a la atención sanitaria en condiciones iguales al resto de la población residente; Aragón, Canarias, Cantabria, Cataluña, Extremadura, Galicia y la Comunidad Valenciana articulan programas específicos para el colectivo de personas no aseguradas ni beneficiarias sin recursos; mientras que Madrid, Baleares, Castilla y León, Murcia, y Rioja han definido condiciones de acceso a la atención médica en determinados supuestos (por ejemplo, los enfermos crónicos que contaban ya con un proceso abierto antes del 31 de agosto de 2012 pueden recibir seguimiento médico de su especialista en Madrid y Murcia, al tiempo que las personas con enfermedades mentales graves pueden ser atendidas en Baleares y Madrid). Castilla-La Mancha es la única Comunidad que se ajusta al RDley 2012 en sus estrictos términos<sup>740</sup>.

El País Vasco aprobó el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en el que, desoyendo la reforma operada, seguía manteniendo la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. Frente al mismo, el Gobierno de la Nación interpuso conflicto positivo de competencia. Aunque aún no ha recaído sentencia al respecto, sí que el Tribunal Constitucional emitió Auto de 12 de diciembre de 2012 por el que levanta la suspensión que pesaba desde la admisión de dicho conflicto sobre la vigencia de aquellas disposiciones del Decreto vasco atinentes al ámbito subjetivo de cobertura de la asistencia sanitaria. El Auto es contundente y de suma oportunidad, dado que viene a confirmar todos los motivos que se han invocado en las líneas precedentes en aras de demostrar la improcedencia de la restricción operada con ocasión de la reforma

---

<sup>739</sup> El 64% de los ciudadanos españoles rechaza la medida, considerando ocho de cada diez que resulta contraria a los derechos fundamentales de las personas, según un sondeo de Metroscopia. Diario El País, de 22 de diciembre de 2012.

<sup>740</sup> *Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo*. Informe de Médicos del Mundo, Madrid, abril de 2014, págs. 13-16.

analizada. En concreto, el Tribunal Constitucional recalca la función que compete a los poderes públicos en el sentido de “garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud”, añadiendo que la indubitada importancia (“importancia singular”, en términos del Tribunal) del derecho a la protección de la salud en su vertiente individual y colectiva en el marco constitucional “no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”. Debe prevalecer, pues, conforme se ha venido exponiendo a lo largo del presente epígrafe y tal y como reitera ahora el máximo intérprete de la Constitución, la protección del bien jurídico salud sobre cualquier estrategia de contención del gasto público. Y es que la exclusión subjetiva del sector inmigrante irregular, según el mencionado auto, “repercutiría no sólo en su estado de salud individual sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto-contagiosas, afectando seriamente a la salud de toda la sociedad”.

El caso del País Vasco no ha sido aislado. Por su parte, la Comunidad Foral de Navarra aprobó el Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, por el que se modifica el Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, por el que se establece el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del Régimen de Universalización de la Asistencia Sanitaria Pública en la Comunidad, norma cuya vigencia y aplicación ha sido objeto de suspensión a raíz de un conflicto positivo de competencia también promovido por el Gobierno de la Nación<sup>741</sup>.

Según se advierte, la reforma acometida por el RD-ley 2012 ha provocado más sacudidas de terreno de las que en un primer momento podrían haberse pronosticado. A los cuestionamientos que provoca en los planos de la política jurídica, la ética y la justicia social, se añaden los derivados del nada apacible telar competencial. En cualquier caso, habrá que esperar, como siempre, a que el Tribunal Constitucional se pronuncie en lo que constituirá, no hay duda, una sin par oportunidad para profundizar en la universalización de la asistencia sanitaria, una excelente ocasión, en fin, para el regadío de un campo que, desde su implantación, se halla sediento de doctrina constitucional.

---

<sup>741</sup> BOE núm. 29 de 2 de febrero de 2013.

**D.- Una pretendida rectificación: el acceso circunscrito a la atención primaria.**

Desde el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad se ha anunciado muy recientemente que los extranjeros en situación administrativa irregular recuperarán el derecho de acceso al nivel de atención primaria. Esta pretendida rectificación es del todo desacertada desde el punto de vista técnico-jurídico, ya que desatiende el principio de reserva de ley contenido en el art. 43 CE, al remitirse a un ulterior acuerdo en el CISNS, sin prever ninguna modificación a nivel jurídico-legal al respecto.

Además, se trata de una medida a todas luces insuficiente, pues sigue privando a dicho colectivo social de la tarjeta sanitaria, luego éstos carecen de acceso a las prestaciones propias de la atención médica especializada, en manifiesta incongruencia con el carácter integral que en este trabajo de investigación ya se ha señalado que define el bien jurídico de la salud. Conviene hacer constar que la universalidad no sólo supone garantizar el acceso a toda la población, sino también conlleva hacerlo en condiciones de igualdad. Esto es, la asistencia sanitaria universal, además de referirse a la condición subjetiva de los destinatarios, lo hace muy señaladamente a los concretos términos en que se ejerce dicha posición (art. 3 LGS). Tan importante es proclamar el acceso de todas las personas a una asistencia sanitaria “suficiente” o “de calidad” como asegurar que ésta sea idéntica para unos y otros. Los servicios públicos sanitarios dispensados deben ser, en definitiva, los mismos. Ésta es la auténtica garantía del componente igualitario que reposa en el contenido esencial del derecho a la asistencia sanitaria y, aunque constituye un enfoque poco referido de la universalidad, es el que, sin duda, le dota de mayor significación. Sólo así se cristaliza la cohesión social como valor inspirador de la asistencia sanitaria, emergiendo la universalización en la más patente muestra de la dimensión solidaria de nuestro sistema sanitario.

**1.2.- Los derechos de los pacientes.**

1.2.1.- Marco regulador.

Entre el paciente o destinatario de la asistencia sanitaria y quien la brinda, el personal sanitario<sup>742</sup>, se entabla una auténtica relación jurídica dotada de todos sus elementos y, por tanto, cuenta con un objeto, concretado en las prestaciones sanitarias, una causa, reconducible a la pérdida o merma de la salud, así como unos sujetos que emergen en titulares de una serie de correlativos derechos y obligaciones, constitutivos éstos del contenido que dota de sentido la relación jurídica sanitaria. Ya se sabe que toda obligación se ve correspondida con un derecho subjetivo o, como estimaba CARNELUTTI más apropiado, a cada obligación corresponde una facultad<sup>743</sup>.

Lo cierto es que los derechos que se predicán en el ámbito sanitario no son sino una traslación al mismo de los derechos fundamentales proclamados con carácter general. Y es que, en este contexto, más allá de la vida o la salud, se ponen en juego otros bienes jurídicos que participan de su órbita y que requieren también protección mediante su articulación en forma de derechos del paciente. Todos ellos son corolario, según se constatará seguidamente, de la preservación del valor de la dignidad humana inherente al beneficiario de las prestaciones provistas desde el Sistema Nacional de Salud. Es éste el fundamento en el que reposa el cuadro regulador de los derechos de los pacientes, tendente a constituir un eficaz mecanismo de garantía de la posición de usuario del sistema público sanitario.

El marco internacional fue el primero en acoger la inquietud por la preservación de los derechos de los pacientes<sup>744</sup>, de modo que en el seno de las diversas organizaciones internacionales se fueron desarrollando paulatinamente determinantes declaraciones al respecto. El primer instrumento que dedicó atención a la materia fue la Declaración sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa promovida el año 1994 por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud. Con posterioridad,

---

<sup>742</sup> Sobre el Estatuto Marco del personal estatutario del SNS, consúltase MORENO VIDA, M. N.: "La situación jurídica del personal sanitario. El régimen estatutario de los profesionales de la sanidad", en AA. VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dir.), Comares, Granada, 2007, págs. 145-171.

<sup>743</sup> CARNELUTTI, F.: *Teoría general del Derecho. Metodología del Derecho*, con estudio preliminar "La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti" de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2003, pág. 205.

<sup>744</sup> Un interesante recorrido histórico institucional en PIGA RIVERO, A. Y ALFONSO GALÁN, T.: "Una perspectiva internacional de los derechos de los pacientes", *La salud y los derechos humanos. Aspectos éticos y morales*, Organización Panamericana de la Salud y Consejo de Europa. Publicación Científica No. 574, Washington, DC, 1999, págs. 91-99.



vería la luz el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano sobre la aplicación de la biología y la medicina, suscrito el 4 de abril de 1997 y cuya entrada en vigor en España se produjo el 1 de enero del año 2000. Siendo éste el primero que ostentaba carácter jurídico vinculante para los Estados partes, incide en la preservación de estos derechos como consecuencia de una serie de factores que concreta en “el desarrollo de los sistemas de salud, su creciente complejidad, el hecho de que la práctica médica se haya vuelto más arriesgada y en muchos casos más impersonal y deshumanizada, a menudo implicando burocracia, y sin olvidar el progreso realizado en la ciencia médica y de salud y en la tecnología”.

En el orden nacional, el principal texto legal en la gestación de un cuadro asistencial netamente garantista viene de la mano de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP). Este cuerpo normativo vino a sentar un tan decisivo como indispensable marco común que pusiera orden en las muy diversas normativas que las Comunidades Autónomas habían ido aprobando en la materia, a la vez que sustituyó a buena parte de lo sentado en la LGS, dado su carácter marcadamente fraccionado, impreciso y asistemático. En una única norma legal, se procedió, pues, a reconocer diversos derechos si bien intrínsecamente conectados todos ellos con el más genérico derecho a la asistencia sanitaria reconocido en el art. 43 CE. En todo caso, conviene indicar que no es éste el único elemento jurídico-positivo a tener en cuenta, pues, aunque no con atención integral como aquél, lo cierto es que también se proclaman ciertos derechos en la LGS (arts. 10 y 11) y la LCC (arts. 4, 7.2 y 26).

El reconocimiento expreso de un catálogo de derechos del paciente supuso una necesaria ruptura con la hasta entonces imperante tradición médica de corte paternalista, que traía consigo la articulación de relaciones verticales entre el profesional sanitario y el usuario de los servicios públicos de salud. En la actualidad, tales relaciones han devenido en horizontales, de modo que se toma como centro de consideración la situación y circunstancias que rodean a la persona del paciente, desterrando la pretendida superioridad de la posición del profesional sanitario, para lograr el equilibrio y sintonizarla con la del enfermo<sup>745</sup>. El eje de rotación pasó de estar constituido por los criterios clínicos y

---

<sup>745</sup> Consúltense al respecto GUERRERO ZAPLANA, J.: *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria: doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios*, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 222 y 223.

terapéuticos del personal médico, a consolidarse en el respeto de los derechos que se predicen titularidad del paciente, cimentados, remarcablemente, en el valor humano de la dignidad. El enfermo dejaba de ser objeto para ser sujeto titular de un poder jurídico activo y, por tanto, protagonista en la determinación de los derroteros a seguir en la lucha por el restablecimiento de su salud, en el seno de una destacada “democratización de las relaciones servicios sanitarios-ciudadanos y médico-paciente”<sup>746</sup>. El motor que impulsó el cambio de paradigma vino de la mano de la superación de la tradicional concepción de una asistencia sanitaria únicamente incidente en la salud o la vida. Con mayor ambición, cabe afirmar que en el desarrollo de la actuación asistencial sanitaria intervienen otros bienes jurídicos e intereses del paciente entre los que, como se verá a lo largo de este epígrafe, la autonomía de la voluntad ocupa un lugar altamente remarcable. Todo ello ha constituido el germen de una real conciencia de titularidad de derechos subjetivos y, en consecuencia, una mayor exigencia de garantía de los mismos.

#### 1.2.2.- El derecho de información sanitaria.

La información juega en la relación sanitaria un papel esencial, toda vez que opera como condicionante de las decisiones que el paciente ha de adoptar en cuanto al tratamiento a seguir o la intervención a la cual someterse. En efecto, la libre decisión del paciente no puede operar si no media con carácter previo la oportuna información por parte del personal médico, tal y como el texto legal indica hasta en tres ocasiones<sup>747</sup>. Así, cuanto más completa sea ésta, mayor amplitud de opción tendrá el paciente en la determinación de las actuaciones sanitarias de las que será destinatario, en la línea del protagonismo que el mismo debe ostentar en el proceso de toma de decisiones, según se acaba de señalar líneas arriba. Y es que, como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo, “la actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no es quien le

---

<sup>746</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “La información en la Ley General de Sanidad y en la jurisprudencia”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 3, Enero-Diciembre 1995, pág. 192.

<sup>747</sup> El art. 2.2 LAP dispone que “el consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada (...)”; el art. 2.3 LAP señala que “el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles” y el art. 8.1 LAP, por su parte, preceptúa que “toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información (...)”

informa sino él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses”<sup>748</sup>, por lo que el derecho del paciente a conocer y entender los riesgos que asume y las alternativas que tiene a la intervención o tratamiento constituye una faceta integrante del derecho fundamental a la vida, en su vertiente de autodisposición sobre el propio cuerpo<sup>749</sup>.

Sentado lo anterior, no resulta exagerado afirmar que este derecho de información sanitaria, reconocido desde el 7.2 LCC<sup>750</sup>, constituye la piedra angular que propicia la articulación de la autodeterminación del titular del derecho a la asistencia sanitaria. No en vano, la dispensación de información ha llegado a ser catalogada como auténtico derecho humano fundamental<sup>751</sup>, en virtud del cual, se materializa a favor del paciente la garantía del ejercicio con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) del derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses<sup>752</sup>.

En cualquier caso, es menester señalar, como punto de partida, que la noción de información manejada en el texto legal resulta sumamente amplia y, con ello, irreconducible a una única categoría. Conviene y procede, pues, diferenciar entre:

- Información asistencial: los pacientes ostentan, según se desprende del art. 4 LAP, el derecho a conocer toda la información existente y disponible sobre su estado de salud, así como la naturaleza, objeto y finalidad de cada intervención, con la debida precisión de sus riesgos y de sus posibles efectos positivos y negativos. Todo ello a fin de que el sujeto, antes de ejercer el derecho al consentimiento, que será objeto de análisis más abajo, adquiera una idea completa del diagnóstico y tratamiento a seguir. Es decir, ha de contar con una información adecuada y suficiente y, a la luz de la misma, optar de forma juiciosa entre las diversas alternativas posibles, si las hubiese. La importancia de este derecho ha sido confirmada desde sede jurisprudencial, al recalcarse que, lejos de suponer un simple trámite administrativo, la debida información al paciente, básica y personalizada, le permite adquirir una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la

---

<sup>748</sup> STS de 20 de noviembre de 2012.

<sup>749</sup> STS de 9 de octubre de 2012.

<sup>750</sup> “Las personas que reciban estas prestaciones tendrán derecho a la información y documentación sanitaria y asistencial de acuerdo con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”.

<sup>751</sup> SSTS de 22 de julio de 2003 y 12 de enero de 2001.

<sup>752</sup> STS de 20 de noviembre de 2012.

intervención<sup>753</sup>. A este respecto, el art. 2.2 de la Declaración indica que “los pacientes tienen derecho a ser informados en detalle sobre su estado de salud, incluyendo los datos médicos sobre su estado; sobre los procedimientos médicos propuestos, junto a los riesgos potenciales y beneficios de cada procedimiento; sobre alternativas a los procedimientos propuestos, incluyendo el efecto de no aplicar un tratamiento; y sobre el diagnóstico, pronóstico y progreso del tratamiento”.

Al contenido concreto de la información se refiere el art. 10 LAP, precepto que alude a la información básica relativa a las consecuencias relevantes que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con la intervención, así como las contraindicaciones. Se trata, pues, de dotar al enfermo de todos los elementos de juicio adecuados para formar y conformar su decisión en la forma que estime más apropiada. De ahí que la actuación del facultativo de negarse a emitir informes se encuentre vacía de fundamento<sup>754</sup>. Según se desprende del texto legal, la prescripción de la oportuna información en modo alguno queda exclusivamente circunscrita a la intervención a practicar. Antes al contrario, la articulación de este derecho goza de una naturaleza mucho más amplia. En concreto, resulta extensible a los tratamientos alternativos que puedan darse al margen de aquélla, exigiéndose que el paciente consienta su realización una vez que haya sido debidamente informado de las posibilidades al respecto<sup>755</sup>. A su vez, y dado que la normativa no diferencia entre riesgos raros o riesgos frecuentes, ni tampoco si sus consecuencias son graves o son leves, se ha de proporcionar información sobre todos los posibles riesgos conocidos que puedan derivar de la intervención, las posibles complicaciones y las probables secuelas<sup>756</sup>. Ciertamente, la debida información adecuada

---

<sup>753</sup> STS de 15 de noviembre de 2006.

<sup>754</sup> GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “El derecho a la información médica: derecho de los pacientes a conocer versus deber de los facultativos a ofrecerla”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 2, 2005 (Westlaw BIB 2005\867).

<sup>755</sup> SSTS de 4 de diciembre de 2009 y 2 de marzo de 2005. A modo de ejemplo, la STS de 1 de febrero de 2008 estima que en el documento relativo al consentimiento informado figura la información referente a los riesgos que pueden derivarse de la laminectomía descompresiva practicada, pero no consta que se informase al paciente de un posible tratamiento alternativo con radioterapia, por lo que se concluye que “si la propia Administración sanitaria visto el Informe de la Inspección, consideraba inevitable la paraplejía, con mucha más razón hubiera debido informar a la recurrente sobre los tratamientos alternativos, no limitándose a la prescripción del más agresivo de ellos”.

<sup>756</sup> STS de 25 de marzo de 2010.

al enfermo comprende todos los riesgos típicos, en cuanto susceptibles de producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia, quedando excluidos los llamados riesgos atípicos por “imprevisibles o infrecuentes”<sup>757</sup>. La información debe contemplar, pues, todos aquellos riesgos no inciertos que entraña una intervención, aun cuando tengan una reducida tasa de probabilidad<sup>758</sup>. Es por ello que constituye infracción lo que la jurisprudencia ha denominado “descuidos parciales”, incluyendo en tal noción la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entraña una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar una vez iniciada una asistencia hospitalaria con cambio de centro médico y tipo de anestesia<sup>759</sup>.

Las anteriores exigencias no vienen sino a confirmar lo sostenido por el Tribunal Supremo cuando señala que los documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado no conforman “debida ni correcta información”<sup>760</sup>, siendo por el contrario “documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable”<sup>761</sup>.

Si la exhaustividad y autenticidad<sup>762</sup> suponen cualidades esenciales de la preceptiva información sanitaria, lo mismo debe predicarse respecto de la claridad. Como bien se ha apuntado, “en este tema importa no sólo el qué, sino muy especialmente el cómo”<sup>763</sup>. No se trata exclusivamente, por tanto, de transmitir verazmente todo dato relativo al estado físico y la salud de la persona, o el modo de preservarla, cuidarla, mejorarla o

---

<sup>757</sup> SSTS (Civil) de 23 de octubre de 2008 y 4 de octubre de 2007.

<sup>758</sup> La STS de 29 de junio de 2010 afirma que “una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque sí existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento”.

<sup>759</sup> SSTS de 25 de marzo y 29 de junio de 2010.

<sup>760</sup> SSTS (Civil) de 29 de mayo de 2003 y 27 de abril de 2001.

<sup>761</sup> STS (Civil) de 15 de noviembre de 2006. Precisamente, en este caso se determina que no se proporcionó al paciente la información adecuada al tratarse de documentos tipo en los que no aparece particularizado su historial, constituyendo, a juicio del alto tribunal, “simples y escuetos formularios, más próximos a un mero acto administrativo, que médico”.

<sup>762</sup> La STS (Civil) de 28 de noviembre de 2007 sostiene que “la información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen”.

<sup>763</sup> GALLARDO CASTILLO, M. J.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 99.

recuperarla<sup>764</sup>, sino de hacerlo, además, de una manera que asegure la comprensión por parte del paciente, resultando adecuada a su nivel de formación o entendimiento. Así pues, en este contexto, los requerimientos del propio paciente sirven a modo de criterio de actuación.

Si la información emerge en un derecho de todo usuario del sistema sanitario, resulta coherente concluir que ninguna circunstancia puede suponer un obstáculo para su pleno ejercicio. Y es que de nada sirve el fiel cumplimiento formal del deber de información si ésta no es finalmente asimilada por quien es su destinatario, de ahí el esfuerzo que corresponde acometer al personal sanitario por adecuarse a la capacidad de comprensión del mismo. En particular, resulta esencial evitar tecnicismos susceptibles de desorientar al paciente, procurando emplear palabras sencillas y manifestar disponibilidad a efectos de aclarar dudas al respecto<sup>765</sup>. En este sentido, la Declaración alude a la conveniencia de minimizar el uso de terminología técnica poco familiar. La información debe ser proporcionada, en consecuencia, en términos accesibles y comprensibles por todos los pacientes, sean nacionales o extranjeros<sup>766</sup>, de modo que se garantice el ejercicio de la capacidad de decisión en base a criterios fundamentados<sup>767</sup>. Se trata de procurar que el enfermo sopesa adecuadamente los efectos y riesgos de la intervención en cuestión, para, en función de los mismos, proceder a la elección o rechazo de un tratamiento concreto. Así, el art. 4.2 LAP señala que la información clínica “se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades”, insistiendo de nuevo el siguiente apartado en que “el paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión”. Según se desprende, la información ha de contar con la

---

<sup>764</sup> Es ésta la definición de información clínica que recoge el art. 3 LAP.

<sup>765</sup> DE COSSÍO RODRÍGUEZ, P.: “Los derechos y obligaciones de los pacientes. El consentimiento informado”, en AA. VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 408.

<sup>766</sup> Ciertamente, el idioma puede suponer un obstáculo en el acceso a la información. Sobre tales barreras comunicativas en la relación médico-paciente, véase ARBELÁEZ RUDAS, M.: “El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes. Elementos diferenciales y regulación en España”, en AA. VV.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. Y MORENO VIDA, M. N. (Dir.), Comares, Granada, 2011, págs. 718 y 719.

<sup>767</sup> La STS de 21 de diciembre de 2006 concluyó la existencia de una infracción de la *lex artis* como consecuencia de la facilitación al paciente de un modelo impreso, sin especificación alguna en cuanto a la concreta operación a realizar, tratándose de una intervención de riesgo medio-alto, por lo que resultaba indispensable explicarle de forma clara y concluyente en qué consistía dicho riesgo.

extensión y alcance adecuado de forma que sea inteligible, concluyente y adaptada a la posibilidad del paciente para entender y conocer los extremos de la asistencia que se le va a prestar<sup>768</sup>, por lo que se rechaza toda información articulada “ilimitada” o “infinita”<sup>769</sup>. Y es que el objetivo reside en una debida sintonía entre, de un lado, la pretensión de la máxima completitud de información posible, siempre en el ámbito de una razonable precisión, asumido el carácter determinante de ésta en la adecuada reflexión y formación de decisión del paciente y, de otro, el rechazo que merece cualquier exceso informativo al mismo, que, lejos de orientarle, es susceptible de ocasionarle efectos abrumadores y perturbadores de más, lo que privaría de funcionalidad al ejercicio del derecho en cuestión.

Queda claro, y así lo confirma el art. 5.1 LAP, que el titular de tal derecho a la información asistencial es el paciente en exclusiva, en cuanto sujeto a las actuaciones sanitarias tendentes al mantenimiento o recuperación de la salud, sin perjuicio de que, si lo permite de forma expresa o tácita, puedan participar también de dicha información las “personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho”. En ausencia de tal consentimiento, se asistiría a un marcado quebrantamiento del derecho a la intimidad del paciente, el cual será objeto de análisis más adelante. En cualquier caso, si el enfermo carece de capacidad para entender la información debido a su estado físico o psíquico<sup>770</sup>, ésta ha de ser puesta en conocimiento de las personas a él vinculadas por razones familiares o de hecho, siendo el médico la persona a la que corresponde la determinación de la capacidad del paciente en orden a la procedente comprensión de la información suministrada. Precisamente, al “médico responsable”<sup>771</sup> compete el deber de informar, sin

---

<sup>768</sup> STS de 20 de noviembre de 2012.

<sup>769</sup> La STS de 9 de octubre de 2012 señala que la información “ha de ser acorde tanto a la clínica planteada como también al acto concreto a plantear, entendiéndose que un exceso lo que produciría sería el efecto contrario, puesto que toda medicina, no es una ciencia exacta y perfecta ante determinados indicios. La información debe ser completa, sí, pero proporcionada y acorde al acto a realizar, rigurosa y adaptada al receptor”. En el mismo sentido, la STS de 16 de enero de 2007 afirma que “la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo”.

<sup>770</sup> Si bien la regulación normativa parece referirse, en exclusiva, a la incapacidad de carácter originario y natural, no han faltado autores que también incluyen en el supuesto la incapacidad derivada. GALLARDO CASTILLO, M. J., op. cit., págs. 104 y 105. Otros estiman que el texto legal se refiere a falta de capacidad en sentido vulgar, no jurídico, reputando más acertado que se refiriese a que “no está en condiciones”. Véase DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2003, págs. 193 y 194.

<sup>771</sup> El art. 3 LAP define el “médico responsable” como el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del

perjuicio de que los diversos profesionales que le asisten a lo largo de todo el proceso o le apliquen una técnica concreta sean también responsables de la provisión de dicha información (art. 4.3 LAP).

En cuanto a la forma en que procede proporcionar la información asistencial, la regulación vigente alude a la modalidad verbal<sup>772</sup>, debiendo quedar constancia en el historial clínico (4.1 LAP). Además, resulta esencial que el paciente disponga de la procedente información con carácter previo a la intervención de que se trate. A estos efectos, si bien el texto legal no indica una referencia temporal expresa, cabe entender que dicho carácter previo no implica una antelación inmediata<sup>773</sup>, ya que conviene que transcurra el plazo suficiente para la oportuna asimilación y reflexión, para la adecuada valoración, en definitiva, que exige todo proceso de formación de decisiones.

Cabe precisar que el paciente es titular de un derecho a la información sanitaria, pero igualmente lo es de un derecho a no ser informado, si ésta resulta ser su voluntad explícita (4.1 LAP y 2.5 Declaración), sin perjuicio de que el respeto a dicha determinación no exima de la obligación de recabar el debido consentimiento del paciente que opera con anterioridad a toda actuación sanitaria. La renuncia es viable, pues, frente a la información, pero no frente al consentimiento informado, que ha de articularse en todo caso. Ahora bien, el art. 9.1 LAP matiza que “la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente<sup>774</sup>, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso”, elemento este último que no es

---

mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales.

Compleja resulta la determinación del médico responsable en aquellos supuestos en que es un equipo médico el que asiste y no un profesional individualizado. Véase al respecto LARIOS RISCO, D.: “La nueva relación asistencial”, en AA. VV.: *Marco jurídico de las profesiones sanitarias*, LARIOS RISCO, D. (Coord.), Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 193-195 y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., op. cit., págs. 162-164.

<sup>772</sup> Resulta relevante a estos efectos lo concluido en la STS de 18 de junio de 2012, en la que se considera que la ausencia de un documento escrito no impide apreciar que sí existió información suficiente, de forma verbal, a la vista, en el caso concreto, del número de visitas prenatales y de ecografías realizadas, que evidencian una relación fluida y de entendimiento entre los servicios médicos y la paciente, lo que se une a la práctica de técnicas invasivas e ingresos urgentes, que evidencian que la paciente debió ser consciente de la gravedad de su estado gestacional y, por tanto, del proceso en que se encontraba inmersa.

<sup>773</sup> RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R.: “Los derechos y obligaciones de los pacientes. La información sanitaria y la historia clínica”, en AA. VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 504. En igual sentido, GUERRERO ZAPLANA, J., op. cit., pág. 232.

<sup>774</sup> Ello resulta coherente con una exigencia ética de responsabilidad al individuo. CORBELLA DUCH, J.: *Manual de Derecho sanitario*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 114.



sino concreción del código deontológico. Resulta a todas luces razonable que, en caso de puesta en peligro de la salud pública (emblemáticamente, el padecimiento de una enfermedad infectocontagiosa), prime el interés general sobre el particular y, con ello, proceda la obtención de la pertinente información sin condicionamientos.

En cuanto concreción del derecho a la información, especial mención merece el derecho de acceso a la documentación del historial clínico y la obtención de copia de los datos que figuran en la misma (art. 18.1 LAP). Siendo de exclusiva titularidad del paciente, sin perjuicio de que medie acreditada representación o de que sea consultado por profesionales asistenciales que intervengan en el diagnóstico o tratamiento, lo cierto es que supone un instrumento fundamental para la adecuada asistencia sanitaria, quedando sujeto, en todo caso, al deber de secreto (art. 16.6 LAP). El acceso de terceras personas al historial exige, lógicamente, el consentimiento del paciente pues, de lo contrario, el derecho a la intimidad que le asiste quedaría vulnerado. En todo caso, conviene resaltar que el paciente no tiene acceso ilimitado a toda la información contenida en el historial clínico, de modo que el médico puede oponer la reserva de sus consideraciones subjetivas<sup>775</sup>. No en vano, el art. 2.3 de la Declaración dispone que “la información podrá ser ocultada a los pacientes de forma excepcional, cuando existan buenas razones para pensar que esta información les causaría un gran daño, sin ningún efecto positivo”.

- Información sobre el SNS (arts. 12 LAP, 10.2 LGS y 26.1 LCC): incluye aquella relativa a los servicios y unidades asistenciales disponibles, la calidad y los requisitos de acceso a ellos para su utilización adecuada. Por su parte, los centros y servicios sanitarios deben contar con una guía o carta de servicios que detalle los derechos y obligaciones de los usuarios, las prestaciones y cartera de servicios, las condiciones para su acceso, las características asistenciales del centro o del servicio, así como sus dotaciones de personal, instalaciones y medios técnicos.

En este contexto, asiste a los usuarios y pacientes del Sistema Nacional de Salud, tanto en la atención primaria como en la especializada, el derecho a la información previa correspondiente para elegir médico y centro, con arreglo a los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes (art. 13 LAP). Corresponde, por tanto, a los entes autonómicos la articulación del concreto derecho.

---

<sup>775</sup> RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R., op. cit., pág. 521, se vale del recurrente ejemplo de la asistencia psiquiátrica, en la que podría ser abiertamente perjudicial el conocimiento de tales datos.

- Información epidemiológica (art. 6 LAP): referida a la vertiente colectiva del bien jurídico salud, su razón de ser reside en dar a conocer a los ciudadanos de forma veraz, comprensible y adecuada aquellos problemas sanitarios que conlleven un riesgo para la salud. Este derecho se inscribe, pues, en el ámbito más amplio de tutela de la salud pública, enmarcándose en la prevención del contagio de enfermedades y en la actuación determinante frente a los posibles desafíos que puedan poner en jaque la seguridad sanitaria colectiva. Correlativamente, recae sobre el paciente el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria (art. 2.5 LAP). Capital importancia reúne a este respecto la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica que, con origen en el Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre<sup>776</sup>, tiene por cometido la recogida y el análisis de la información epidemiológica con el fin de valorar los cambios en el tiempo y en el espacio, contribuir a la aplicación de medidas de control individual y colectivo de los problemas que supongan un riesgo para la salud de incidencia e interés nacional o internacional y difundir la información a sus niveles operativos competentes.

### 1.2.3.- El derecho al consentimiento informado.

El derecho al consentimiento del paciente requiere como presupuesto ineludible el ejercicio del derecho a la información recién analizado, de forma que no cabe la articulación del uno sin el otro. La información cumple, en efecto, una labor instrumentalmente determinante en la formación de la voluntad, tal y como confirma el art. 8.1 LAP, el cual preceptúa que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información correspondiente, haya valorado las opciones propias del caso<sup>777</sup>. Lo cierto es que carecería de toda lógica el goce de la libertad de consentir un determinado tratamiento

---

<sup>776</sup> El texto legal ha sido desarrollado y completado por las Órdenes del Ministerio de Sanidad de 21 de febrero de 2001, de 4 de junio de 2003 y de 13 de octubre de 2006.

<sup>777</sup> En el mismo sentido, el art. 2.2 LAP preceptúa que “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios”, consentimiento que, según el precepto, “debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada”.

si previamente no se hubiese recibido la adecuada y veraz información al respecto. No en vano, el consentimiento informado del paciente aparece configurado en la Declaración como el requisito previo a toda intervención médica (art. 3.1). Por ello, una persistente doctrina del Tribunal Supremo<sup>778</sup> tiene señalado que el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial, constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica. De lo anterior se desprende la “doble faz” que compone el concepto del consentimiento informado: una, en cuanto derecho básico del paciente, con pleno poder de decisión sobre la actuación sanitaria a practicar en su persona, y otra, como deber que corresponde al profesional médico, permitiendo valorar el nivel de cumplimiento de las normas y técnicas que resultan de aplicación al caso concreto<sup>779</sup>.

Con independencia de la concreta terminología empleada<sup>780</sup>, lo cierto es que este derecho constituye la mayor expresión de la libertad individual de decidir, la autodeterminación, en fin, que asiste al paciente en el sentido de elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales<sup>781</sup>, y así es entendido por el Tribunal Constitucional<sup>782</sup>. Lejos de constituir un mero trámite formalmente preceptivo, el consentimiento informado es concebido en la doctrina del Tribunal Supremo como un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud<sup>783</sup>. En coherencia con ello, no parece exagerado que el consentimiento informado haya sido referido en calidad de derecho humano fundamental<sup>784</sup>, lo que es corroborado, en el ámbito de la UE, desde el propio texto de la CDFUE, cuyo art. 3.2.a) lo configura como contenido del derecho a la integridad de la persona.

---

<sup>778</sup> SSTS de 21 de diciembre de 2006, 21 de diciembre 2005 y 23 de julio de 2003.

<sup>779</sup> GALLARDO CASTILLO, M. J., op. cit., págs. 91 y 92.

<sup>780</sup> La STS de 23 de marzo de 2011 sostiene que la expresión del consentimiento informado “contiene una redundancia, pues no puede existir, para serlo, un consentimiento carente de información”. En este sentido, se ha denunciado una inexacta traducción del vocablo anglosajón “informed consent” en CORBELLA DUCH, J., op. cit., pág. 117.

<sup>781</sup> STS de 9 de octubre de 2012.

<sup>782</sup> La STC 37/2011, de 28 de marzo, configura el consentimiento como una “facultad de autodeterminación del propio paciente, en uso de su autonomía de la voluntad”.

<sup>783</sup> STS de 21 de diciembre de 2006.

<sup>784</sup> SSTS (Civil) de 12 de enero y 11 de mayo de 2001.

El consentimiento informado, definido en el art. 3 LAP como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud”, reúne las siguientes notas caracterizadoras<sup>785</sup>: se trata de un acto volitivo de la persona en el ejercicio de su derecho de autodeterminación y autonomía, con carácter previo a la actuación sobre la salud del paciente. Siendo así, la validez del consentimiento se hace depender, cumulativamente, de la información asistencial en cuanto requisito previo, la voluntariedad y la capacidad del paciente<sup>786</sup>. A su vez, en cuanto derecho personalísimo, ostenta todas las propiedades del género, concretadas en la imprescriptibilidad, inalienabilidad e intransmisibilidad.

Por lo que respecta a la forma, el consentimiento ha de ser otorgado verbalmente. Ésta es la regla general que sienta el art. 8.2 LAP, si bien el precepto aduce una serie de supuestos en los que es la escrita la forma preceptiva, pudiendo el consentimiento, en tal caso, ser revocado en cualquier momento y procediendo la inversión de la carga de la prueba<sup>787</sup>. En concreto, se alude a la intervención quirúrgica, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, así como la aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Todo ello, a salvo, como ha apreciado la jurisprudencia, de situaciones en que deban adoptarse decisiones urgentes adecuadas para salvar la vida del paciente o cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones<sup>788</sup>. Es al médico responsable al que le corresponde, pues, ponderar en cada caso “que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente” (art. 10.2 LAP), de forma que existe una relación directamente proporcional entre la dificultad y confusión de la actuación y la intensificación de la garantía del derecho del paciente.

En la práctica se recurre a formularios escritos que han dado lugar a no escasos pronunciamientos judiciales. Lo cierto es que el texto legal no hace referencia a ningún

---

<sup>785</sup> Véase RIVAS LÓPEZ, A. L.: *Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (aspectos de su práctica administrativa y procesal)*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2012, págs. 119 y 120.

<sup>786</sup> LARIOS RISCO, D., op. cit., págs. 208 y 209.

<sup>787</sup> SSTS de 29 de junio de 2010, 16 de enero de 2007, 9 de marzo de 2005 y 18 de junio de 2004.

<sup>788</sup> SSTS de 26 de marzo de 2012 y 25 de marzo de 2010.

modelo tipo oficial, como sí existe en las respectivas normativas de las Comunidades Autónomas. En cualquier caso, tal y como ha sostenido el alto tribunal, se hace preciso, para no convertir la exigencia del consentimiento informado en una mera “rutina formularia”, sino, al contrario, ofrecer al paciente la posibilidad de una plena y efectiva información que le permita adoptar una decisión en orden a la prestación sanitaria, que el documento en que se preste el consentimiento no constituya un “simple documento de consentimiento informado genérico”, debiendo adecuarse por el contrario a las exigencias de concreción de la específica intervención<sup>789</sup>. Es esta especificidad la que determina que el consentimiento sea prestado en relación con la intervención en cuestión, sin que constituya en modo alguno una vía abierta a la práctica de cualquier actuación en la persona del paciente.

La Ley recoge una serie de supuestos (tasados) en los que el consentimiento es prestado por representación. En todos ellos, el paciente, que es el único legitimado en principio para otorgarlo, no puede hacerlo, bien porque no es capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permite hacerse cargo de su situación<sup>790</sup>; bien porque se halla incapacitado legalmente<sup>791</sup>; o bien porque el paciente menor de edad no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este último caso, compete al representante legal del menor prestar el consentimiento después de haber escuchado su opinión, si tiene doce años. Tal y como se colige, se aspira a garantizar la implicación de los pacientes en el proceso de toma de decisiones, aun cuando se requiera el consentimiento del representante. Tratándose de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres han de ser informados, teniéndose en cuenta su opinión para la toma de la decisión correspondiente. Si existe negativa a prestar consentimiento y el profesional médico en concreto considera que la intervención beneficia al paciente, el art. 3.6 de la Declaración difiere la decisión a un tribunal o a algún mecanismo de arbitrio.

---

<sup>789</sup> SSTS de 23 de marzo de 2011 y 10 de octubre de 2007.

<sup>790</sup> Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento es prestado por las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

<sup>791</sup> En caso de que la resolución judicial se abstenga de dictaminar una incapacitación para el ejercicio de derechos personalísimos, será el correspondiente facultativo el encargado de decidir si el paciente puede prestar válidamente consentimiento por sí mismo o bien debe entrar en escena el representante legal. DE COSSÍO RODRÍGUEZ, P., op. cit., pág. 412.

El derecho que se viene analizando en modo alguno resulta ilimitado. Antes al contrario, no resulta obligado contar con el consentimiento del paciente cuando se advierta riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley<sup>792</sup> o en los denominados supuestos de necesidad terapéutica, esto es, cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo sin que sea posible conseguir su autorización, debiendo consultarse, si es posible, a sus familiares o personas vinculadas de hecho (9.2 LAP). En estos supuestos, dada la urgencia de la situación y la incapacidad de expresar la voluntad por parte del paciente, se reputa oportuno proceder a la presunción del consentimiento del enfermo, si bien, tal y como el Tribunal Constitucional sostiene, “no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad”<sup>793</sup>.

Hasta el momento se ha analizado el acto de otorgamiento del consentimiento en sí mismo considerado, por lo que procede ahora determinar las consecuencias derivadas. En este sentido, cuando el paciente no acepta el tratamiento prescrito<sup>794</sup>, procede la propuesta del alta voluntaria. En el caso de que no la firme, la Dirección del centro, a propuesta del médico responsable, puede disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley (art. 21.1 LAP). Ahora bien, el precepto matiza que el hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no lleva aparejado el alta forzosa en el caso de que existan tratamientos alternativos, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Sin que el texto legal indique a quién compete la determinación de tales tratamientos de tipo alternativo que se revelan aconsejables, se ha apuntado al médico responsable y, en caso de controversia con el paciente o representante, se diferiría la cuestión al órgano jurisdiccional<sup>795</sup>. No aceptándose el alta por parte del paciente, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, ha de oírlo y, si persiste en su negativa, debe ponerlo en conocimiento del órgano jurisdiccional competente a efectos de confirmar o revocar la decisión.

---

<sup>792</sup> Las medidas pertinentes adoptadas han de ser comunicadas a la autoridad judicial en el plazo máximo de veinticuatro horas, siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

<sup>793</sup> STC 37/2011, de 28 de marzo.

<sup>794</sup> El art. 2.4 LAP reconoce que “todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito”.

<sup>795</sup> LARIOS RISCO, D., op. cit., pág. 223.

Como se apuntaba en las líneas iniciales de este epígrafe, el derecho del paciente al consentimiento informado, al igual que todos los demás, se ve correspondido con un deber que incumbe al profesional que interviene en la actividad asistencial, el cual, según reza el art. 2.6 LAP “está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”. Se asiste, pues, a una configuración diferenciada e independiente entre el deber de recabar el preceptivo consentimiento y la actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria, esto es, la prestación de asistencia sanitaria conforme a las exigencias de la *lex artis*. Es por ello que el Tribunal Supremo concluye que “la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada”<sup>796</sup>, de forma que “la prestación de la información suficiente ha de permitir al paciente formar libremente una decisión sobre las distintas alternativas, en definitiva consentir a la finalmente elegida en atención a los riesgos que cada una de ellas comporta, pero no tiene como finalidad ni objeto la asunción de la actuación incorrecta de la prestación de medios que es exigible a la Administración sanitaria, que la ciencia pone razonablemente en el momento a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales”<sup>797</sup>.

Directamente relacionadas con el derecho al consentimiento informado, en cuanto igual manifestación del principio de autonomía de la voluntad, se hallan las instrucciones previas, documento escrito en el que una persona mayor de edad, capaz y libre<sup>798</sup>, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarse personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo (art. 11.1 LAP). Se trata, pues, de anticipar el consentimiento para que se haga efectivo en aquellos supuestos en que no se reúnan las condiciones para prestarlo. En aras de garantizar el cumplimiento de las instrucciones previas de la persona, que pueden ser libremente

---

<sup>796</sup> STS de 10 de octubre de 2000.

<sup>797</sup> STS de 16 de mayo de 2012.

<sup>798</sup> Constátese que no se exigen las previsiones que al respecto incorpora el consentimiento informado.

revocadas, siempre que se deje escrita constancia, es exigencia legal que cada uno de los servicios de salud regule el procedimiento adecuado al respecto.

Conviene señalar que las instrucciones previas no resultan de aplicación en todo caso. Lo cierto es que aquellas contrarias al ordenamiento jurídico o a la *lex artis*, así como las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas no son tenidas en cuenta, debiendo quedar en la historia clínica del paciente constancia razonada de las anotaciones relacionadas con tales previsiones.

El texto legal, por último, encomienda la creación en el Ministerio de Sanidad de un Registro nacional de instrucciones previas, cometido que materializó el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. El ánimo de su creación no es otro que asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas.

#### 1.2.4.- El derecho a la intimidad.

El contenido de la información sanitaria pertenece, por razones obvias, a la esfera más íntima de la persona. De ahí que queden reservados al ámbito de la privacidad del paciente los datos pertenecientes a su historial médico, de modo que aquellos a los que tiene acceso el médico en base a razones estrictamente sanitarias no deben ser facilitados a personas ajenas a la relación jurídica sanitaria. En este sentido, el primer apartado del art. 7 LAP señala que “toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley”. Es, pues, el paciente el único legitimado para decidir sobre el destino de la información relativa a su estado sanitario y, por tanto, a él compete determinar si puede o no ser compartida con terceros. No en vano, el respeto a la intimidad es uno de los principios básicos (junto a la dignidad humana y la autonomía de la voluntad) que orientan toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica, según reza el art. 2.1 LAP.



### TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

Este derecho no es sino una concreción, en el contexto sanitario, del derecho a la intimidad constitucionalmente reconocido en el art. 18 CE. No podía ser de otro modo, asumida la sanitaria como una parcela en la que se maneja constante información de contenido altamente sensible. Es por ello que se reconoce expresamente a todo paciente la confidencialidad de la información relacionada con su proceso y estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público (art. 10.3 LAP). Asimismo, el art. 4.1 de la Declaración alude al carácter confidencial de toda información sobre el estado de salud del paciente, condición médica, diagnóstico, pronóstico, tratamiento y cualquier otra de índole personal, indicando en buena lógica el siguiente apartado que únicamente puede ser revelada si el paciente da su consentimiento explícito o si la ley lo ordena expresamente.

En estrecha vinculación con el derecho a la confidencialidad, el correlativo deber de secreto profesional no sólo es establecido en los diversos códigos deontológicos, sino a su vez, en sede legal. Al mismo se refiere el art. 16.6 LAP al enunciar que “el personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto”. Resulta hartamente acertado configurar esta derivación del secreto profesional como deber, tal y como ha sido reconocido desde el Tribunal Supremo<sup>799</sup>, señalando que “no se trata en sí mismo de un derecho fundamental”, asumido que los derechos fundamentales realmente protegidos en este contexto son los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La importancia del secreto en la relación entre médico y paciente se sustenta en la propia naturaleza de ésta, basada según el Tribunal Constitucional<sup>800</sup>, “en la confidencialidad y discreción y de los diversos datos relativos a aspectos íntimos de su persona que con ocasión de ella suelen facilitarse”. Es por ello que el secreto profesional es concebido en este ámbito por el máximo intérprete de la Constitución como “norma deontológica de rigurosa observancia, que encuentra una específica razón de ser no ya en la eficiencia misma de la actividad médica, sino en el respeto y aseguramiento de la intimidad de los pacientes”.

En este contexto opera la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en la que los datos sobre la salud de los pacientes ostentan la consideración de “especialmente protegidos”, señalando el art. 7 del texto legal, en su

---

<sup>799</sup> STS de 2 de julio de 1991.

<sup>800</sup> Auto del Tribunal Constitucional 600/1989, de 11 de diciembre de 1989.

apartado tercero, que los datos de carácter personal relativos a la salud sólo pueden ser recabados, tratados y cedidos cuando “por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente”. En cualquier caso, el apartado sexto del precepto precisa, de forma excepcional, que dichos datos pueden ser objeto de tratamiento cuando resulte necesario para la prevención o el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que este tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sometida a una obligación equivalente. A su vez, se permite el tratamiento de datos cuando el mismo se revele necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, si se halla física o jurídicamente incapacitado para prestar su consentimiento. En tales supuestos, si bien el consentimiento no es preceptivo, la debida información al paciente no debe desaparecer<sup>801</sup>.

## **2.- SUJETOS RESPONSABLES DE LA PROVISIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA.**

### **2.1.- El Sistema Nacional de Salud: subsistema protector diferenciado del Sistema de Seguridad Social.**

#### 2.1.1.- Aspectos generales sobre su configuración.

La efectividad del derecho a la asistencia sanitaria proclamado en el art. 43 CE implica necesariamente la articulación por parte de los poderes públicos de servicios sanitarios al efecto. Éstos son provistos en el marco del Sistema Nacional de Salud, que viene así a representar la primera materialización del derecho fundamental, al constituir la organización en base a la que se dispensan las prestaciones contempladas normativamente. En este sentido, ha llegado a ser calificado como “el fruto del dinamismo del Sistema de Seguridad Social. El más acabado, desarrollado e importante de sus servicios sociales en

---

<sup>801</sup> DE COSSÍO RODRÍGUEZ, P.: “Los derechos y obligaciones de los pacientes. La confidencialidad de los datos médicos”, en AA. VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 469.

tanto está llamado a proveer prestaciones sanitarias con el título jurídico de derecho subjetivo”<sup>802</sup>.

Como se ha venido argumentando a lo largo del presente trabajo de investigación, las prestaciones sanitarias se encuadran en la acción protectora del sistema de Seguridad Social, si bien, dada la naturaleza de éstas, entre otras razones<sup>803</sup>, su eficaz provisión requiere la configuración de un subsistema diferente, el SNS<sup>804</sup>. Uno y otro conviven, diferenciadamente, conformando la esfera conceptual e institucional de la asistencia sanitaria. Es esta última la que constituye el objeto de análisis de las páginas que siguen. Se concreta en un sistema que ha sido calificado como un modelo único edificado sobre la triple base de la participación, la descentralización y la concurrencia entre gestión pública directa y gestión privada de los servicios sanitarios<sup>805</sup>.

Lo cierto es que, recurriendo a una perspectiva histórica, bien puede afirmarse que el del SNS es el ámbito en el que “el proceso de revisión y modernización ha experimentado mayores cambios”<sup>806</sup>. En efecto, gran parte de las reformas introducidas en materia sanitaria han incidido en la propia organización territorial de los recursos sanitarios. De ahí que la LGS apunte ya en la primera frase de su preámbulo que “de todos los empeños que se han esforzado en cumplir los poderes públicos desde la emergencia misma de la

---

<sup>802</sup> APARICIO TOVAR, J.: “El derecho a la protección de la salud...”, pág. 1563.

<sup>803</sup> Razones que MOLINA NAVARRETE concreta en la complejidad técnica, generalización financiera y oportunidad de mayor competencia autonómica que contraen las prestaciones sanitarias. MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud en el sistema de Seguridad Social: dos historias inacabadas y confusas de segregación normativa e institucional”, en AA. VV.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Coords.), Comares, Granada, 2008, pág. 1219.

<sup>804</sup> Dentro del sistema sanitario, conformado por todas las acciones públicas y privadas en el campo de la salud, cabe diferenciar entre la actividad sanitaria privada, cuando dichas acciones son ejercidas por el sector privado, y el sistema sanitario público, el cual aúna todas las acciones sanitarias desarrolladas por las Administraciones públicas, constituyendo el conjunto de las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud. Es el Sistema Nacional de Salud. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública: sistema de prestaciones y coordinación sanitaria*, Comares, Granada, 2007, pág. 105.

<sup>805</sup> Véase MOLINA HERMOSILLA, O., VILLAR CAÑADA, I. Y GÓMEZ JIMÉNEZ, J. M.: “La asistencia sanitaria como prestación del sistema de Seguridad Social y su provisión a través del Sistema Nacional de Salud”, en AA. VV.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Coords.), Comares, Granada, 2008, pág. 1226. VILLAR CAÑADA, I.: “El Sistema Nacional de Salud”, en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008, pág. 403.

<sup>806</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2013, pág. 528.

Administración contemporánea, tal vez no haya ninguno tan reiteradamente ensayado ni con tanta contumacia frustrado como el de la reforma de la Sanidad”.

Es sabido que, si bien la Constitución rehusó a cerrarse en torno a un determinado sistema, sí procedió a establecer dos premisas básicas del modelo sanitario: el carácter público y descentralizado del sistema. En desarrollo de ambas, la Ley General de Sanidad configuró la ordenación estructural de un sistema sanitario único e integrado en su Título III. Pero no es éste el único texto legal a tener en cuenta. El estudio de la estructura orgánica, funcional y territorial del servicio público sanitario no sería completo sin la referencia a la importante reconfiguración que llevó a cabo la LCC. Ley que vino a aportar las notas de coordinación y cooperación una vez que todas las Comunidades Autónomas habían asumido competencias en materia sanitaria<sup>807</sup>. Este texto legal ha protagonizado una mayor concreción del marco de organización del sistema sanitario. De alguna manera, puede decirse que la LGS configuró un proyecto, mientras que la LCC pulió una realidad.

Ya en estas primeras líneas han aparecido referidas las principales características de la organización sanitaria, a saber, la unidad, la descentralización y la coordinación del sistema, siendo esta última ineludible consecuencia de la segunda. Todas ellas serán objeto de estudio seguidamente.

#### 2.1.2.- Criterios organizativos.

##### **A.- El principio de unidad y su conjunción con el principio de descentralización.**

La integración constituye un principio continuamente presente en el mismo espíritu de la ordenación sanitaria. Y no sólo en el plano institucional, que será el que, por razones obvias, constituya objeto de tratamiento en estas páginas, sino también en el plano prestacional. Baste en esta parte referirse siquiera brevemente al carácter integrado normativamente reconocido a la prestación sanitaria en sentido estricto, a consecuencia del carácter global que reviste la salud como bien jurídico. Así, el art. 51.2 LGS establece que

---

<sup>807</sup> Con razón LANDA ZAPIRAIN había aludido a la configuración “inconclusa en alguna medida” del sistema sanitario. LANDA ZAPIRAIN, J. P.: *La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, pág. 46.

“la ordenación territorial de los Servicios será competencia de las Comunidades Autónomas y se basará en la aplicación de un concepto integrado de atención a la salud”. En el mismo sentido, el art. 45 del texto legal preceptúa que “el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud”. Por su parte, el art. 2.d) LCC dispone que “la prestación de una atención integral a la salud, comprensiva tanto de su promoción como de la prevención de enfermedades, de la asistencia y de la rehabilitación, procurando un alto nivel de calidad, en los términos previstos en esta ley y en la Ley General de Salud Pública”. Incluso en algún precepto legal se puede hallar una combinación del enfoque organizativo y prestacional de la integración. Es el caso del art. 46.b) LGS, en el que se alude a “la organización adecuada para prestar una atención integral a la salud, comprensiva tanto de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad como de la curación y rehabilitación”. Según se ha advertido acertadamente, “una sanidad integral demanda un “sistema integrado”<sup>808</sup>.

Como se apuntaba, no es ésta la sede apropiada para abordar el carácter integrador propio del contenido prestacional de la asistencia sanitaria<sup>809</sup>, sino que en las páginas siguientes será el marco organizativo, y el impacto en él del principio de integración, el centro de atención. Y es que si hay una nota que identifica el modelo sanitario implantado en 1986, ésta es la concepción integral del propio sistema<sup>810</sup>, que deriva en una sola organización. En este sentido, el art. 46 LGS, en su letra c), establece la integración de todos los recursos sanitarios públicos en un dispositivo único como una de las características fundamentales del SNS.

La creación del Sistema Nacional de Salud vino a poner fin a la descoordinación que imperaba en la concurrencia de diferentes Administraciones en el mismo propósito de atender la pérdida de la salud, dando lugar a sistemas asistenciales inconexos (Disposición

---

<sup>808</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008, pág. 383.

<sup>809</sup> Será objeto de tratamiento en la cuarta Parte temática del presente trabajo.

<sup>810</sup> NAVARRO ESPEJO, A. J.: “El Sistema Nacional de Salud (I): organización y funciones”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario*, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.), Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 346-348.

Final segunda de la LGS)<sup>811</sup>. En un complejo engranaje convergían la Administración del Estado, competente en salud colectiva y sanidad exterior, de conformidad con la Ley de bases de 25 de noviembre de 1944<sup>812</sup>; la Seguridad Social (cuyos centros gestionaba en un principio el INP y, desde 1978, el INSALUD), en materia de protección sanitaria de los colectivos incluidos en el sistema de Seguridad Social; así como la Administración local, que asumía las correspondientes funciones de la beneficencia. Por tanto, Sanidad Nacional, Seguridad Social y beneficencia local conformaban una compleja amalgama de redes con lógicas financieras y estructurales diferenciadas. Siendo sus funciones frecuentemente coincidentes, resultaba criticable la prodigalidad de medios y recursos económicos que se constataba. De ahí la necesidad de configurar una estructura racionalizada y coherente.

El reto para el legislador de 1986 era de gran envergadura, pues se trataba de remediar esta complejidad de sistemas mediante su integración en uno solo y, al tiempo, adaptar su estructura a la descentralización territorial consentida en el texto constitucional. Dicho en otros términos, el mérito de la organización sanitaria que nace con la LGS no sólo reside en crear la coherencia que demandaba el referido mosaico de redes asistenciales, sino, sobre todo, materializar el principio autonómico en el ámbito sanitario.

Según definición legal, el SNS constituye el conjunto de los servicios de salud de la Administración del Estado y de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas (art. 44.2 LGS) e integra, además, todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud (art. 45 LGS). No se trata, por tanto, de una conjunción de servicios, sin más, sino que esta conjunción ha de ser inmediatamente calificada como coordinada. Esto es, lejos de constituir una mera yuxtaposición, los diferentes servicios de salud vienen a formar parte de un todo coherente e integrado.

---

<sup>811</sup> Véase CORBELLA DUCH, J.: *Manual de Derecho sanitario*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 31 y 32. Los problemas de duplicidad, coordinación y falta de delimitación competencial son puestos de relieve en LANDA ZAPIRAIN, J. P., op. cit., pág. 23 y ss.

<sup>812</sup> Los centros asistenciales de la Sanidad nacional creados para la atención de determinadas enfermedades y los centros de la Beneficencia del Estado, junto al Instituto Nacional de Sanidad fueron agrupados en un único organismo autónomo: la Administración Institucional de la Sanidad Nacional (AISNA).

La organización sanitaria acoge, en definitiva, un sistema único. No se olvide que, precisamente, una de las características propias del modelo *beveridgeano* en el que se inscribe el español reside en la regla de las tres U: universalidad, uniformidad de prestaciones y unidad del sistema<sup>813</sup>, de forma que se cuenta con un único sistema situado bajo la autoridad directa del Estado si bien, y dado nuestro modelo descentralizado, se diversifica en tantos servicios públicos como Comunidades Autónomas integran la ordenación territorial. Tal unidad deriva expresamente de la concepción integral del sistema sanitario al que alude el art. 4.1 LGS<sup>814</sup>, lo que permite calificar a la organización sanitaria como única, pero plural, en cuanto compuesta de los diferentes servicios autonómicos de salud<sup>815</sup>, junto a los propios de la Administración estatal (en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla), cuya gestión compete al INGESA. La reunión de todos ellos conforma el Sistema Nacional de Salud, de forma que éste, lejos de encontrarse en una posición jerárquicamente superior, los acoge en un todo integrado. En este elemento reside precisamente la clave organizativa del SNS: es éste un sistema integral, y no sólo integrador<sup>816</sup>.

Lo cierto es que el autonómico representa un componente característico del sistema sanitario, y así es reconocido desde la Exposición de Motivos de la LGS, cuando afirma que “el eje del modelo que la Ley adopta son las Comunidades Autónomas, Administraciones suficientemente dotadas y con la perspectiva territorial necesaria para que los beneficios de la autonomía no queden empeñados por las necesidades de eficiencia en la gestión”. Por tanto, cada una de las Comunidades cuenta con una estructura sanitaria propia concretada en un servicio de salud dotado de la organización y gestión determinadas en el marco de su autonomía, sin perjuicio de respetar, en todo caso, los

---

<sup>813</sup> PELLET, R. Y SKZRYERBAK, A.: *Leçons de droit social et de droit de la santé*, Sirey, Paris, 2008, pág. 229.

<sup>814</sup> “Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas competentes, organizarán y desarrollarán todas las acciones sanitarias a que se refiere este título dentro de una concepción integral del sistema sanitario”.

<sup>815</sup> Con carácter general, se ha afirmado que la existencia de entes públicos territoriales dotados constitucionalmente de autonomía política y competentes, pues, para la promulgación de normas jurídicas sobre los más variados aspectos de la realidad social “abre las puertas, ciertamente, a un marco institucional complejo y plural, en el que la diversidad de regímenes jurídicos territoriales sobre una misma materia se convierte en un elemento caracterizador del sistema en su conjunto”. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “Estado autonómico y constitución social: las políticas autonómicas de bienestar social”, en AA. VV.: *Comentario a la constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dir.), Comares, Granada, 2002, pág. 1957.

<sup>816</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., op. cit., pág. 75.

principios básicos que sienta la LGS<sup>817</sup>, a fin de promover una organización mínimamente uniforme y garantizar así el principio de igualdad en el contexto sanitario. A su vez, y como consecuencia de lo anterior, las Comunidades ostentan competencias para elaborar sus propios cuerpos normativos que ordenan los centros y recursos adscritos a sus organizaciones autonómicas.

Tal y como enuncia el art. 4 LGS, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas son competentes en la organización y desarrollo de todas las acciones sanitarias dentro de una concepción integral del sistema sanitario. Es el principio de globalidad al que alude VILLAR CAÑADA<sup>818</sup>. Por tanto, estando el marco de actuación unificado en un solo sistema, las entidades autonómicas intervienen cada una en el ámbito de sus competencias, y lo han de hacer de forma cohesionada y coordinada. El art. 52 LGS, en una clara traslación del principio de autonomía al ámbito sanitario, señala que “las Comunidades Autónomas, en ejercicio de las competencias asumidas en sus Estatutos, dispondrán acerca de los órganos de gestión y control de sus respectivos Servicios de Salud, sin perjuicio de lo que en esta Ley se establece”. Cada Comunidad dispone, por tanto, conforme a sus propios criterios de organización, gestión y personal, los servicios a inscribir en su demarcación territorial.

Según se ha tenido ocasión reiterada de ver en este trabajo, el principio de autonomía territorial tiene variadas manifestaciones en el ámbito sanitario, si bien es en la esfera prestacional y organizativa en la que su vestigio es mayor. Ciertamente, se trata de uno de los principios definitorios del sistema sanitario español, que le aparta de los modelos a los que tradicionalmente se le asocia<sup>819</sup>. Así, el SNS se halla conformado en diversos servicios autonómicos de salud, responsables de la provisión de las prestaciones sanitarias recogidas en el catálogo normativamente articulado a fin de garantizar el derecho a la protección de

---

<sup>817</sup> El art. 49 LGS dispone que “las Comunidades Autónomas deberán organizar sus Servicios de Salud de acuerdo con los principios básicos de la presente Ley”.

<sup>818</sup> VILLAR CAÑADA, I.: “El Sistema Nacional de Salud”, en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008, pág. 404.

<sup>819</sup> En el NHS británico se advierte un carácter centralizado en el plano político y financiero.



la salud consagrado en el art. 43 CE. No resulta extraño, en consecuencia, que se haya llegado a hablar de él como un Sistema “Interautonómico” de Salud<sup>820</sup>.

Pero si, en efecto, constituye una de las principales características del sistema, también se ha de afirmar que implica el mayor reto del mismo, al configurarlo en torno a los binomios unidad-pluralidad e igualdad-diversidad<sup>821</sup>. En efecto, el logro de la plena armonización entre los principios de autonomía política (art. 137 CE) y aun financiera (art. 156.1 CE) con la igualdad de derechos y obligaciones que proclama la Constitución en cualquier parte del territorio del Estado (art. 139.1 CE) se revela como una tarea cuando menos compleja.

Cada servicio autonómico de salud es, por tanto, responsabilidad de la Comunidad Autónoma respectiva<sup>822</sup>, en virtud de su potestad de autoorganización. Todos ellos disponen de los medios personales y materiales necesarios en la provisión de las prestaciones sanitarias. En consecuencia, se asiste a una considerable disparidad estructural y organizativa en el territorio nacional, fundamentalmente en el ámbito de la atención primaria. No así en la especializada, en la que impera como lógica común la red hospitalaria, sin perjuicio de las divergencias que en política de gestión de centros se presenta entre las Comunidades y que serán referidas más adelante.

En todo caso, conviene enfatizar que dicha autoorganización no habilita una discrecionalidad absoluta, pues la LGS sienta una serie de principios básicos que deben orientar la acción autonómica, con el fin de preservar determinados elementos comunes capaces de proveer al sistema de la coherencia necesaria. A este respecto, conviene señalar que no todo el texto legal es considerado norma básica, de obligada aplicación en el territorio del Estado, pues quedan excluidos de dicha condición los artículos 31, apartado 1, letras b) y c), así como los arts. 57 a 69, que constituyen Derecho supletorio en las Comunidades Autónomas (art. 2.1 LGS). Por tanto, y respetando siempre lo dispuesto en

---

<sup>820</sup> OTEROS VALCARCE, G.: “La Administración sanitaria”, en AA. VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 95.

<sup>821</sup> Véase DE LA VILLA GIL, L. E.: Prólogo a la obra de LANTARÓN BARQUÍN, D.: “*Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...*”, págs. 18-20.

<sup>822</sup> Insiste la LGS, desde su Exposición de Motivos, en que los servicios sanitarios se concentran bajo la responsabilidad de las Comunidades Autónomas y bajo los poderes de dirección, en lo básico, y la coordinación del Estado. Por su parte, el art. 55.1 del texto legal enuncia que “dentro de su ámbito de competencias, las correspondientes Comunidades Autónomas regularán la organización, funciones, asignación de medios personales y materiales de cada uno de los Servicios de Salud”.

los arts. 49 a 56 LGS, revestidos de carácter básico, cada Comunidad tiene reconocida la potestad de diseñar, articular y organizar sus respectivos servicios de salud del modo que se estime conveniente. De ahí que el panorama actual arroje una regulación autonómica diversa. Ahora bien, por lo que respecta a la estructura orgánica, la regla general viene dada por la existencia de una Dirección-Gerencia como órgano superior de los Servicios de Salud autonómicos, una secretaría técnica y diversas direcciones generales o subdirecciones generales. Como tareas generalmente comunes, los servicios autonómicos de salud asumen la gestión de los centros, servicios y establecimientos sanitarios que actúan bajo la dependencia orgánica y funcional de la organización; la gestión del conjunto de prestaciones sanitarias en el terreno de la promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria y rehabilitación en sus centros y servicios asistenciales; así como la gestión de los recursos humanos, materiales y financieros que le sean asignados para el desarrollo de sus funciones<sup>823</sup>.

En cuanto a su naturaleza jurídica, cada servicio autonómico de salud es articulado a modo de ente instrumental con personalidad jurídica y capacidad de obrar propias, si bien la configuración estricta difiere de unas Comunidades a otras. Así, algunos servicios autonómicos son constituidos como organismos autónomos, mientras que otros recurren a fórmulas jurídicas distintas, tales como entidades de Derecho público, con las implicaciones propias en términos de régimen jurídico<sup>824</sup>. Mención especial merece al

---

<sup>823</sup> HERNÁNDEZ BEJARANO, M. op. cit., págs. 170-178.

<sup>824</sup> Así, el SAS se configura como organismo autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía adscrito a la Consejería de Salud (art. 64.1 Ley 2/1998, de 15 de junio, de salud de Andalucía); el Servicio de Salud de las Illes Balears constituye un ente público de carácter autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, y con plena capacidad para actuar en el cumplimiento de sus fines, adscrita a la consejería competente en materia de sanidad (art. 64 Ley 5/2003 de 4 de abril, de salud de las Illes Balears); el Servicio Canario de la Salud conforma un organismo autónomo encargado de la ejecución de la política sanitaria de la Comunidad Autónoma de Canarias y de la gestión de las prestaciones y centros, servicios y establecimientos de la Comunidad Autónoma responsables de las actividades de salud pública y asistencia sanitaria (art. 45 Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias); el Servicio Extremeño de Salud es un organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, de tesorería propia y facultades de gestión del patrimonio afecto, para el cumplimiento de sus fines y adscrito a la Consejería competente en materia sanitaria (art. 57 Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura); el Servicio Catalán de la Salud constituye un ente público de naturaleza institucional, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus finalidades, que queda adscrito al Departamento de Sanidad y Seguridad Social (art. 4 Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria); el Servicio de Salud de Castilla y León, denominado Gerencia Regional de Salud, se configura como un organismo autónomo adscrito a la Consejería competente en materia de sanidad, dotado de personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propios, y con plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines (art. 26.1 Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación

## TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

respecto la Comunidad Valenciana, pues el art. 101 de la Ley 5/2013, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat (DOCV de 27 de diciembre de 2013) suprimió la Agencia Valenciana de Salud, creada por la Ley 3/2003, de 6 de febrero, de Ordenación Sanitaria de la Comunitat Valenciana, como organismo autónomo de carácter administrativo. Las funciones atribuidas a dicha Agencia han sido asumidas, desde el 1 de enero de 2014, por la Conselleria competente en materia de sanidad. En todo caso, conviene recordar que no es la primera vez que la Comunidad Valenciana adopta una previsión como ésta, pues ya la Ley 6/1993, de Presupuestos de la Generalidad de Valencia para 1994 suprimió el Servicio Valenciano de Salud, asumiendo sus funciones la Consejería de Sanidad y Consumo.

Al margen de la excepcionalidad referida, lo cierto es que los servicios autonómicos de salud constituyen el principal elemento en la estructura sanitaria autonómica en tanto en cuanto son competentes para gestionar los establecimientos, servicios y centros sanitarios radicados en el ámbito territorial de su demarcación. Integrados por los respectivos centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, cada

---

del Sistema de Salud de Castilla y León); el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha es un organismo autónomo dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscrito a la Consejería competente en materia de sanidad (art. 68 Ley 8/2000, de 30-11-2000, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha); el Servicio Gallego de Salud reviste la forma de organismo autónomo de naturaleza administrativa, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines y adscrito a la Conselleria de Sanidad (art. 92 Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia); el Servicio Madrileño de Salud es un Ente de derecho público, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscrito a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (art. 59.1 Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid); el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea constituye un organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscrito al Departamento de Salud (art. 45 Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud); el Servicio Riojano de Salud es un organismo autónomo administrativo, dotado de personalidad jurídica propia, patrimonio y tesorería propios y de autonomía de gestión, adscrito a la Consejería competente en materia de salud del Gobierno de La Rioja (art. 73 Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud); el Servicio de Salud del Principado de Asturias se ordena como Ente de Derecho público dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscrito a la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales (art. 5.1 Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias); el Servicio Murciano de Salud se configura como un ente de Derecho público de los previstos en el artículo 6.1.a) de la Ley 3/1990, de 5 de abril, de Hacienda de la Región de Murcia, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, que tiene plena capacidad de obrar, pública y privada, para el cumplimiento de sus fines, adscrito a la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales (art. 21 Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia); por último, el ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, bajo la naturaleza jurídica de ente público de Derecho privado y adscrito al Departamento de la Administración General competente en materia de sanidad, cuenta con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de su finalidad (art. 20 Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación sanitaria de Euskadi).

servicio está gestionado bajo la responsabilidad de la Comunidad Autónoma de que se trate (art. 50.1 LGS)<sup>825</sup>.

En la organización de cada servicio autonómico de salud, resulta obligado referirse, en primer lugar, a las Áreas de salud<sup>826</sup>, configuradas en la LGS como los elementos básicos de demarcación territorial. En concreto, el art. 56 del texto legal encomienda a las Comunidades Autónomas la delimitación y constitución de las mismas en su territorio, quedando responsabilizadas de la gestión unitaria de los centros y establecimientos del Servicio de Salud de la respectiva Comunidad y de las prestaciones sanitarias y programas sanitarios a desarrollar por ellos.

En cuanto a sus funciones, sigue señalando el precepto que les corresponde, en el ámbito de la atención primaria de salud<sup>827</sup>, mediante fórmulas de trabajo en equipo, la atención al individuo, la familia y la comunidad, ejercida ésta en virtud de programas, funciones de promoción de la salud, prevención, curación y rehabilitación, a través tanto de sus medios básicos como de los equipos de apoyo a la atención primaria<sup>828</sup>. Asimismo,

---

<sup>825</sup> El apartado segundo del precepto matiza que “no obstante el carácter integrado del Servicio, cada Administración Territorial podrá mantener la titularidad de los centros y establecimientos dependientes de la misma, a la entrada en vigor de la presente Ley, aunque, en todo caso, con adscripción funcional al Servicio de Salud de cada Comunidad Autónoma”. De esta forma, los centros pertenecientes a la Seguridad social, al AISNA, o a las corporaciones locales, y los de titularidad privada, que con anterioridad a esta Ley persistían, quedaron tras la entrada en vigor de la misma, adscritos al Servicio autonómico de Salud correspondiente. Ahora bien, las entidades locales conservaron el derecho a participar en la gestión de los hospitales que venían gestionando, proponiendo objetivos, fines y presupuestos de los mismos, así como el posible personal de dirección. Véase RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L.: *Integración o desmoronamiento: crisis y alternativas del sistema nacional de salud español*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 269 y 270.

<sup>826</sup> Las denominaciones dadas a las estructuras equivalentes al Área de Salud varían de unas Comunidades a otras. Así, en Cataluña, el término acuñado es Región sanitaria; en la Comunidad Valenciana se emplea la fórmula Departamento de salud; en Galicia, se organizan por Áreas sanitarias; mientras que en el País Vasco se denominan Comarcas Sanitarias. En Madrid, cabe destacar la implantación en el año 2010 de la denominada Área única Sanitaria mediante el Decreto 52/2010, de 29 de julio.

<sup>827</sup> LANDA ZAPIRAIN resume las notas esenciales de la reforma sanitaria a nivel organizativo en la atención primaria del modo siguiente: de un lado, los centros de salud como respuesta a una atención integral permanente, continuada y coordinada, tal y como requiere el nuevo concepto de salud que maneja el legislador de la reforma: integrador de lo individual y colectivo en un mismo esquema organizativo; de otro, la idea de unidad de todos los servicios y medios personales y físicos se obtiene a través de la constitución de un mismo Equipo de Atención Primaria, cuya sede se constituye precisamente en el centro de salud, para favorecer el trabajo multidisciplinar, con arreglo a una propia jerarquización interna que lo hace funcionalmente operativo. LANDA ZAPIRAIN, J. P., op. cit., pág. 66.

<sup>828</sup> Entre otras, las funciones de los equipos de atención primaria pueden resumirse en la prestación de asistencia sanitaria, tanto a nivel ambulatorio como domiciliario y de urgencia, a la población adscrita a los Equipos en coordinación con el siguiente nivel asistencial; la realización de las actividades encaminadas a la promoción de la salud, a la prevención de la enfermedad y a la reinserción social; la contribución a la educación sanitaria de la población; la realización del diagnóstico de salud de la Zona; la evaluación de las

si bien en el nivel de atención especializada, a realizar en los hospitales y centros de especialidades dependientes funcionalmente de aquéllos, compete a las Áreas de salud la atención de mayor complejidad a los problemas de salud y el desarrollo de las demás funciones propias de los hospitales. Lo más frecuente es que la atención primaria se dispense en establecimientos y centros propios. Sin embargo, en el ámbito de la atención especializada, sin perjuicio de que se cuente con recursos de titularidad exclusiva de la Administración, suele ser habitual la intervención de la iniciativa privada, tal y como se constatará más adelante.

Por lo que respecta a la delimitación de las Áreas de salud, en ésta se toman en consideración factores geográficos (proximidad de los servicios a los usuarios), socioeconómicos, demográficos, laborales, epidemiológicos, culturales, climatológicos y de dotación de vías y medios de comunicación, así como las instalaciones sanitarias<sup>829</sup>. Lo cierto es que la proximidad juega un papel esencial respecto de los dos niveles asistenciales que se inscriben en las Áreas. No en vano, es el sanitario uno de los ámbitos de actuación pública en el que la proximidad de los servicios al usuario y la promoción de su participación se hace más imperiosa, de ahí que la competencia autonómica asuma una estructura diversificada en Áreas de salud.

Teniendo en cuenta los factores recién aludidos, cada Área de Salud extiende su acción, como regla general, a una población no inferior a 200.000 habitantes ni superior a 250.000. Ahora bien, en la práctica, lo cierto es que en las zonas rurales así como en las que presentan una población relativamente dispersa, las demarcaciones rara vez superan los 150.000 habitantes, encontrándose generalmente entre los 70.000 y los 100.000<sup>830</sup>. Quedan exceptuadas al respecto las Comunidades Autónomas de Baleares y Canarias, así como las ciudades de Ceuta y Melilla, las cuales pueden acomodarse a sus específicas peculiaridades. En todo caso, cada provincia ha de contar, al menos, con un Área.

---

actividades realizadas y los resultados obtenidos; la realización de actividades de formación pregraduada y posgraduada de atención sanitaria y de los estudios clínicos y epidemiológicos que se determinen; así como la participación en los programas de salud mental, laboral y ambiental (art. 5.1 RD 137/1984).

<sup>829</sup> Señala el art. 56.4 LGS a este respecto que “aunque puedan variar la extensión territorial y el contingente de población comprendida en las mismas, deberán quedar delimitadas de manera que puedan cumplirse desde ellas los objetivos que en esta Ley se señalan”.

<sup>830</sup> RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., op. cit., pág. 273.

Los órganos que, como mínimo, deben componer las Áreas de salud son órganos de participación (el Consejo de Salud de Área), de dirección (el Consejo de Dirección de Área) y de gestión (el Gerente de Área):

- Los Consejos de Salud de Área constituyen órganos colegiados de participación comunitaria para la consulta y el seguimiento de la gestión de las Áreas de salud, según dispone el art. 58 LGS. Es el mismo precepto el encargado de determinar la composición y las funciones de tales órganos. Así, en cuanto a la primera, los Consejos de Salud de Área se hallan constituidos por la representación de los ciudadanos a través de las Corporaciones Locales comprendidas en su demarcación, lo que supone el 50 por ciento de sus miembros<sup>831</sup>; las organizaciones sindicales más representativas, en una proporción no inferior al 25 por ciento, a través de los profesionales sanitarios titulados; así como la Administración Sanitaria del Área de Salud. Los Consejos de Salud del Área son los que mejor encarnan la necesaria participación social en la planificación, participación que se hace aún más imperativa en una materia como la sanitaria.

Compete a estos órganos la verificación de la adecuación de las actuaciones en el Área de Salud a las normas y directrices de la política sanitaria y económica, la orientación de las directrices sanitarias del Área, a cuyo efecto pueden elevar mociones e informes a los órganos de dirección, la proposición de medidas a desarrollar en el Área de Salud para estudiar los problemas sanitarios específicos de la misma, así como sus prioridades, la promoción de la participación comunitaria en el seno del Área de Salud, el conocimiento e información del anteproyecto del Plan de Salud del Área y de sus adaptaciones anuales, además del conocimiento e información de la Memoria anual del Área de Salud. Para el eficaz cumplimiento de estos cometidos, el apartado cuarto del art. 58 LGS faculta a los Consejos de Salud del Área a crear órganos de participación de carácter sectorial.

---

<sup>831</sup> Pero no se atiende sólo al elemento participativo en base a la representatividad política propia de estos entes respecto de los ciudadanos que residen en su territorio. La Ley pretendía, asimismo, consagrar, a través de esta participación de las corporaciones locales, una transición ordenada de los servicios de la antigua sanidad local al sistema implantado en la LGS. Consúltase RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., op. cit., págs. 274 y 275.

## TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

- El Consejo de dirección del Área de Salud es el órgano encargado de formular las directrices en política de salud y controlar la gestión del Área, dentro de las normas y programas generales establecidos por la Administración autonómica (art. 59 LGS). Está constituido por la representación de la Comunidad Autónoma, que supone el 60 por ciento de los miembros, así como los representantes de las Corporaciones Locales elegidos por quienes ostenten tal condición en el Consejo de Salud.

Compete a este órgano la propuesta de nombramiento y cese del gerente del Área de Salud, la aprobación del proyecto del Plan de Salud del Área, dentro de las normas, directrices y programas generales establecidos por la Comunidad Autónoma, la aprobación de la Memoria anual del Área, el establecimiento de los criterios generales de coordinación en el Área de Salud, la aprobación de las prioridades específicas del Área, la aprobación del anteproyecto y de los ajustes anuales del Plan de Salud del Área y la elaboración del Reglamento del Consejo de Dirección y del Consejo de Salud del Área, dentro de las directrices generales que establezca al respecto la Comunidad Autónoma.

- El Gerente del Área de Salud, regulado en el art. 60 LGS, constituye el órgano de gestión de la misma, nombrado y cesado por la Dirección del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma, a propuesta del Consejo de Dirección del Área. En el marco funcional, cabe señalar su competencia en la ejecución de las directrices establecidas por el Consejo de Dirección, de las propias del Plan de Salud del Área y de las normas correspondientes a la Administración autonómica y del Estado. Asimismo, le corresponde la presentación de los anteproyectos del Plan de Salud y de sus adaptaciones anuales, junto al proyecto de Memoria Anual del Área de Salud. Puede, por último, asistir con voz, pero sin voto, a las reuniones del Consejo de Dirección, previa convocatoria.

Cada una de las Áreas de Salud queda dividida en zonas básicas de salud<sup>832</sup>, en cuya delimitación establece el art. 62.2 LGS una serie de criterios a tomar en consideración, a

---

<sup>832</sup> Señala el art. 1 del Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de salud que “la Zona de Salud, marco territorial de la atención primaria de salud, es la demarcación poblacional y geográfica fundamental; delimitada a una determinada población, siendo accesible desde todos los puntos y capaz de proporcionar una atención de salud continuada, integral y permanente con el fin de coordinar las funciones sanitarias afines”. Añade el precepto que “la delimitación del marco territorial que abarcará cada Zona de Salud se hará por la Comunidad Autónoma, teniendo en cuenta criterios demográficos, geográficos y sociales. En aplicación de estos criterios, la población protegida por la Seguridad Social a atender en cada Zona de Salud podrá oscilar entre 5.000 y 25.000 habitantes, tanto en el medio rural como en el medio urbano. No obstante, y con carácter excepcional, podrá determinarse una Zona cuya cifra de población sea inferior a 5.000 habitantes para medios rurales, donde la dispersión geográfica u otras condiciones del medio

saber, las distancias máximas de las agrupaciones de población más alejadas de los servicios y el tiempo normal a invertir en su recorrido usando los medios ordinarios, el grado de concentración o dispersión de la población, las características epidemiológicas de la zona y las instalaciones y recursos sanitarios de la zona.

Define el art. 63 LGS la zona básica de salud como el marco territorial de la atención primaria de salud donde desarrollan las actividades sanitarias los Centros de Salud<sup>833</sup>. Estos centros integrales de atención primaria desarrollan en base al trabajo en equipo todas las actividades encaminadas a la promoción, prevención, curación y rehabilitación de la salud, tanto individual como colectiva, de los habitantes de la zona básica. En concreto, albergan la estructura física de consultas y servicios asistenciales personales correspondientes a la población en que se ubican, engloban los recursos materiales precisos para la realización de las exploraciones complementarias de que se pueda disponer en la zona, sirven como centros de reuniones entre la comunidad y los profesionales sanitarios, facilitan el trabajo en equipo de los profesionales sanitarios de la zona, al tiempo que mejoran la organización administrativa de la atención de salud en su zona de influencia. A tal efecto, los centros de salud están dotados de los medios personales y materiales que se revelan precisos. Como medio de apoyo técnico para desarrollar la actividad preventiva, existe un Laboratorio de Salud encargado de realizar las determinaciones de los análisis higiénico-sanitarios del medio ambiente, higiene alimentaria y zoonosis.

Asimismo, en cada Área de salud se prevé la vinculación o disposición de, al menos, un hospital general, con los servicios que aconseje la población a asistir, la estructura de ésta y los problemas de salud (art. 65 LGS). El hospital constituye el establecimiento encargado tanto del internamiento clínico como de la asistencia especializada y complementaria que requiera su zona de influencia. Según el art. 68 LGS, además de las tareas estrictamente asistenciales, asume funciones de promoción de salud, prevención de

---

lo aconsejen. Asimismo, y también con carácter excepcional, podrá abarcar una población mayor cuando las circunstancias poblacionales lo aconsejen”.

<sup>833</sup> Definidos en el art. 2 del Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de salud, como “la estructura física y funcional que posibilita el desarrollo de una atención primaria de salud coordinada globalmente, integral, permanente y continuada, y con base en el trabajo de equipo de los profesionales sanitarios y no sanitarios que actúan en el mismo. En él desarrollará sus actividades y funciones el Equipo de Atención primaria”.



las enfermedades e investigación y docencia, de acuerdo con los programas de cada Área de Salud, con objeto de complementar sus actividades con las desarrolladas por la red de atención primaria.

Resulta curioso que a día de hoy la única normativa estatal en materia de hospitales se concrete en el Real Decreto 521/1987, de 15 de abril, por el que se aprueba el reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud<sup>834</sup>. Todavía vigente, sin perjuicio de la superación de la norma por el proceso transferencial consolidado, valga siquiera referenciar, dada la ausencia de otra regulación, la disposición estructural que de los hospitales estableció este Real Decreto, y que se desglosa en la Gerencia, la División Médica, la División de Enfermería, la División de Gestión y los Servicios Generales<sup>835</sup>.

Como se acaba de avanzar, hasta el momento no se ha aprobado ninguna normativa que actualice y adapte a nuestros días la regulación de los hospitales en cuanto piezas esenciales en la dinámica de la atención especializada<sup>836</sup>. La mera alusión al INSALUD en el propio título de la norma recién referida o el transcurso de casi treinta años desde su aprobación parecen argumentos suficientes para valorar la inadecuación de esta ordenación en la actualidad. En cualquier caso, también se han puesto de relieve una serie de defectos de carácter material<sup>837</sup>. En particular, el Real Decreto en cuestión establece un esquema demasiado rígido que ha dado lugar a diversas disfunciones, pues no resulta adecuado a la realidad y diversidad prácticas de cada hospital, dificulta las conexiones con el Área de salud, impide conseguir criterios de eficiencia (técnicos y de gestión) y no se refiere a los cuerpos técnicos de gestión ni a las “unidades básicas de gestión”, manteniendo en todo momento un modelo de estructura vertical. Consecuentemente, el Reglamento impide que las estructuras organizativas hospitalarias se ajusten a una deseable flexibilidad organizativa, autonomía de gestión y profesionalización de los equipos médicos.

---

<sup>834</sup> Tras la deslegalización que llevó a cabo la Disposición Final 2.3 del Real Decreto-ley de 16 noviembre 1978 y reiterada en la Disposición Derogatoria segunda de la LGS.

<sup>835</sup> Véase una crítica a la jerarquización como criterio de funcionamiento de las instituciones sanitarias en LANDA ZAPIRAIN, J. P., op. cit., págs. 103-105.

<sup>836</sup> Lo que constituye buena muestra del déficit de atención que se advierte en este nivel.

<sup>837</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: “El Sistema Nacional de Salud (II): ordenación de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario*, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.), Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 387 y 389.

La ausencia de una normativa que sienta los criterios básicos y que se revele más adaptada a las exigencias actuales provoca una notable disparidad en modelos organizativos y de gestión de hospitales, generando divergencias organizativas entre los diferentes entes autonómicos.

Si se hace un examen analítico de la situación de la atención primaria y especializada en el SNS, son varias las virtudes y varias las deficiencias a destacar<sup>838</sup>. De un lado, la mejora de la gestión del tiempo intrínsecamente atado a la calidad del servicio ha protagonizado un gran avance en los últimos años, fundamentalmente de la mano del sistema de cita previa. De otro, lo cierto es que la organización de la atención primaria requiere de un mayor impulso en materia de coordinación con la atención especializada, una coordinación exhortada desde el apartado tercero del art. 65 LGS. La falta de una adecuada interrelación entre ambos niveles asistenciales representa aún hoy un déficit que evidencia la necesidad de adoptar mejoras en las técnicas de coordinación entre la atención primaria y la especializada<sup>839</sup>. Lejos de resultar baladí, los desajustes advertidos al respecto amenazan seriamente el mismo desarrollo eficaz de las prestaciones sanitarias, particularmente en las derivaciones al segundo nivel asistencial, que no suelen hacerse con la premura que sería deseable.

En el concreto ámbito de la atención primaria, resulta destacable la contradicción que entraña el que sea una de las piezas responsables de la calidad de nuestro sistema sanitario y que, sin embargo, su progreso técnico no constituya una prioridad en nuestros días. En este sentido, si bien los indicadores sanitarios han mejorado debido fundamentalmente a la atención primaria, en base a su accesibilidad, amplitud prestacional y gratuidad, lo cierto es que el determinismo tecnológico ha favorecido el crecimiento de la medicina hospitalaria. De ahí que se reclamen en el nivel primario mejoras en su financiación, junto a una adaptación de su organización y competencias clínicas para hacer frente a la burocracia y al incremento de la demanda, mejorando así su capacidad resolutoria y

---

<sup>838</sup> *Ibidem*, págs. 381-390. En concreto, la autora alude a las listas de espera, la escasa cultura de servicio, que se manifiesta en información deficiente a los pacientes y/o familiares, trato poco personal, arbitrariedades organizativas, mobiliario y mantenimiento descuidado, deficiencias de la atención primaria a domicilio, y, en general, la ausencia de atención a los detalles del servicio.

<sup>839</sup> SÁNCHEZ BAYLE, M.: "Los retos del Sistema Nacional de Salud", *Revista de Administración Sanitaria*, Vol. 1, núm. 3, 2003, pág. 484. Alerta el autor de que las tendencias de fragmentación y empresarización de los centros sanitarios van en el sentido contrario, el de la competencia y no en el de la coordinación.

evitando el descontento de los profesionales<sup>840</sup>. En el marco de estas deficiencias resulta oportuno, pues, encuadrar el reto de una población cada vez más envejecida, cuyo incesante crecimiento no se ve del todo acompasado con el repertorio material y personal sanitario. Antes al contrario, a consecuencia de la crisis económica iniciada en el 2008, la dotación de recursos y facultativos ha experimentado una preocupante disminución. En cualquier caso, la creciente demanda sanitaria no sólo se encuentra en conexión con elementos demográficos. Al fenómeno converge, asimismo, un frecuente abuso, que no uso, del sistema, lo que conduce a terrenos de educación sanitaria y revela que todavía queda mucho que avanzar en este campo de actuación.

Expuestas estas carencias en el sistema sanitario, bien puede advertirse la necesidad de la revisión de los aspectos organizativos del mismo, pues impiden consolidar la plena eficacia de la atención primaria y especializada. Ahora bien, las referidas deficiencias no sólo repercuten en ambos niveles asistenciales, sino que extienden sus efectos a los propios servicios de urgencias, generándose colapsos que obedecen a la búsqueda de inmediatez de pruebas y diagnósticos. Por ello, resulta preciso establecer tiempos de consulta más consecuentes con las necesidades del paciente y la disponibilidad del médico<sup>841</sup>. Se trata, en fin de cuidar de mejor forma la proporción paciente-médico, procurando una mayor dotación de éstos y una mejor gestión de la demanda<sup>842</sup>.

Por otra parte, y a nivel burocrático, es preciso desarrollar sistemas de información eficaces que viabilicen el intercambio recíproco de información entre facultativos y permitan un seguimiento del paciente más activo. Y es que se ha denunciado oportunamente que los sistemas de información y de estadística de la mayoría de los servicios de salud autonómicos no son interoperables y que se han conformado como “compartimentos prácticamente estancos entre sí, que raramente permiten comparaciones,

---

<sup>840</sup> PALOMO, L., GENÉ-BADIA, J. Y RODRÍGUEZ-SENDÍN, J. J.: "La reforma de la atención primaria, entre el refugio del pasado y la aventura de la innovación", *Gaceta Sanitaria*, Vol. 26, núm 1, 2012, pág. 14.

<sup>841</sup> Los pacientes son asignados con un promedio de aproximadamente 6,5 minutos al médico de familia. "Impulsar un cambio posible en el sistema sanitario". McKinsey&Company, Fundación de Estudios de Economía Aplicada, 2009, pág. 6.

<sup>842</sup> Se ha señalado que la gestión de la demanda mediante la racionalización del contenido de las consultas, "eliminando lo inútil, que no es poco, y reorientando lo útil (otros profesionales, nuevas tecnologías) tiene un impacto en la utilización de las consultas que permite liberar tiempo". CASAJUANA, J.: "La renovación de la Atención Primaria desde la consulta", en AA. VV.: *La renovación de la Atención Primaria desde la consulta*, CASAJUANA, J. Y GÉRVAS, J. (Dirs.), Springer Healthcare, Madrid, 2013, pág. 27.

ni favorecen obtener una visión global del sistema”<sup>843</sup>. Esto no sólo entorpece la planificación de recursos acorde con las necesidades de los usuarios, sino que también amenaza la atención adecuada en los supuestos, cada vez más frecuentes, en que los pacientes son tratados en Comunidades Autónomas distintas de las de origen y deviene necesario, por razones obvias, un intercambio de información apropiado y seguro. Los sistemas de información sanitaria deberían ser comunes a todo el SNS y basarse en un conjunto mínimo básico de datos para disponer continuamente de la información sanitaria de la población, del total de la actividad, de la gestión económica y administrativa y de la historia clínica estructurada por episodios de atención<sup>844</sup>.

Desafortunadamente, todas estas deficiencias que se han ido revelando en el desarrollo del Sistema Nacional de Salud no han sido abordadas en la reforma sanitaria de 2012. Centrado, o más bien cegado, por el componente económico y la reducción del gasto sanitario, el Real Decreto-Ley no toma en consideración estos aspectos organizativos, lo que no deja de resultar paradójico en una norma cuyo mismo título alude a la “calidad de las prestaciones”<sup>845</sup>. Y desde luego, en este elemento tiene mucho que decir la organización del servicio desde el que se dispensan. Lo cierto es que el financiero es un problema, no menor, de nuestro sistema sanitario, pero no es el único existente. Las deficiencias que presenta en el ámbito organizativo deben, igualmente, ser objeto de revisión.

## **B.- El principio de coordinación y su función en un sistema integrado.**

---

<sup>843</sup> RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., op. cit., pág. 394. El autor denuncia específicamente la falta de utilización de sistemas informáticos compatibles.

<sup>844</sup> PALOMO, L., GENÉ-BADIA, J. Y RODRÍGUEZ-SENDÍN, J. J.: "La reforma de la atención primaria, entre el refugio del pasado y la aventura de la innovación", *Gaceta Sanitaria*, Vol. 26, núm 1, 2012, pág. 17.

<sup>845</sup> Únicamente, el RDley 2012 ha introducido ciertas modificaciones con el fin de “ganar en cohesión territorial” (tal y como enuncia en sus primeras líneas introductorias), si bien bajo la justificación errónea de señalar que “el Sistema Nacional de Salud viene sufriendo situaciones de descoordinación entre los servicios de salud autonómicos lo que se traduce en la aparición de considerables diferencias en las prestaciones y en los servicios a los que acceden los pacientes en las distintas comunidades autónomas”. Y es, a nuestro entender, errónea porque la consecuencia que se denuncia no es propia de la descoordinación sino del mismo desarrollo del principio autonómico.

En coherencia con el principio de autonomía territorial, resulta lógica la existencia de diferencias entre Comunidades Autónomas, diferencias en buena parte debidas a la diversa distribución de componentes financieros, organizativos, técnicos e incluso demográficos. Lo que la Constitución española exige es que estas diversidades, se insiste, inevitables en un Estado descentralizado, no deriven en un quebrantamiento del principio de igualdad de todos los ciudadanos en el acceso y en el disfrute de los servicios sanitarios. A tal efecto, se articulan una serie de mecanismos tendentes a asegurar la equidad y cohesión en todo el territorio nacional.

Por tanto, la existencia de elementos diferenciales en las acciones autonómicas en materia sanitaria, lejos de verse como una deficiencia, han de ser valorados en clave de oportunidad, bajo la óptica de la complementariedad, de la acción mutua, el enriquecimiento recíproco, la adaptación e innovación. Precisamente, la coordinación tiene mucho que ver en la consolidación de tales elementos. No en vano, se ha señalado expresivamente que representa la “función estrella” de la organización sanitaria estatal<sup>846</sup>.

El acogimiento en un sistema único de las diversas estructuras dispuestas al servicio de la salud justifica que el principio de coordinación emerja en una de las claves de su misma articulación<sup>847</sup>. En este sentido, el ente central asume un papel determinante en clave de acicate de esta acción coordinada, a través de la cual, se trata de lograr el avance de todos los servicios autonómicos como un todo. Dicho principio de coordinación aparece, así, como claro condicionante de la efectividad de los no menos relevantes principios de cohesión y equidad. Precisamente, esta última, tal y como aparece enunciada en los arts. 3<sup>848</sup> y 12<sup>849</sup> LGS, implica una “igualdad de acceso para igual necesidad”<sup>850</sup>. A ella concede la Exposición de Motivos de la LCC toda la importancia que merece cuando la proclama como uno de los objetivos propios de las acciones de coordinación y

---

<sup>846</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “Coordinación general sanitaria”, *Revista Derecho y salud*, Vol. 15, Nº. Extra 2, 2007, pág. 5.

<sup>847</sup> El art. 46.c) LGS la configura como una característica fundamental del Sistema Nacional de Salud.

<sup>848</sup> “El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva” y “la política de salud estará orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales”.

<sup>849</sup> “Los poderes públicos orientarán sus políticas de gasto sanitario en orden a corregir desigualdades sanitarias y garantizar la igualdad de acceso a los Servicios Sanitarios Públicos en todo el territorio español”.

<sup>850</sup> MOLINA GARRIDO, M. C.: *Análisis del proceso de descentralización de la asistencia sanitaria de las Comunidades Autónomas de régimen común: implicaciones del nuevo modelo de financiación autonómica*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 103 y bibliografía citada.

cooperación de las Administraciones públicas sanitarias<sup>851</sup>, capaz de garantizar tanto el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio, como la libre circulación de todos los ciudadanos.

Tan estrecho resulta el vínculo entre la coordinación y cooperación entre administraciones y la cohesión, que la propia LCC establece como uno de los principios informadores del texto legal “la coordinación y la cooperación de las Administraciones públicas sanitarias para la superación de las desigualdades en salud” (art. 2.c.). A este respecto, no debe olvidarse que la cohesión forma parte intrínseca del concepto de calidad que debe ejemplificar el SNS pues, como se ha señalado con acierto, permite que “al margen de quien ostenta cada concreta competencia, permiten un Sistema unitario, coherente y equitativo, social y territorialmente, y la elaboración de la técnicas o instrumentos -políticos, económicos, técnicos, jurídicos- necesarios para su desarrollo en la práctica”<sup>852</sup>.

En el análisis del papel que juega la coordinación en el Sistema Nacional de Salud, el texto legal aludido constituye la norma de referencia. No en vano, la LCC, al enunciar su objeto en el primer artículo, indica el establecimiento del “marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se garantice la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud, así como la colaboración activa de éste en la reducción de las desigualdades en salud”. De nuevo, el texto legal afirma la conexión existente entre la coordinación y cooperación interadministrativa y el logro de la igualdad en materia sanitaria.

Lo cierto es que la LCC vio la luz en el momento oportuno, esto es, surgió cuando todas las Comunidades habían asumido competencias en materia sanitaria y se

---

<sup>851</sup> La cooperación constituye un valor seguro en la articulación de todo Estado descentralizado y resulta promovido desde el propio texto constitucional, cuando señala que “los Estatutos podrán prever los supuestos, requisitos y términos en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre sí para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales. En los demás supuestos, los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales” (art. 145.2).

<sup>852</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica...”, pág. 364.

evidenciaba la imperiosa necesidad de establecer patrones de guía para el aseguramiento de notas básicas de cohesión<sup>853</sup> y equidad territorial. Por tanto, el texto legal vuelve a abordar órganos ya creados en la LGS, pero dotándolos de renovado contenido en base a la total descentralización sanitaria. Así, la composición<sup>854</sup> y funciones del CISNS<sup>855</sup>, el Fondo de Cohesión, el Sistema de Información o el Observatorio del SNS, entre otros, quedaron reconfigurados. Por tanto, la ley resultó clave tanto en el propósito que la promovió como en el simbolismo que estaba detrás de su nacimiento, al suponer el fin de una primera etapa en que sólo primaba el aumento de las competencias de gestión en el marco autonómico<sup>856</sup>. Una vez concluido el proceso transferencial de competencias sanitarias a las Comunidades Autónomas, la LCC se centra en la necesaria adopción de elementos de enlace y congruencia entre los eslabones que conforman un sistema común. El texto legal puso de relieve, en fin, la unidad del sistema y la consiguiente cohesión a la que debe aspirar en el propósito de un funcionamiento integrado.

En consecuencia, si consolidado se encuentra hoy el carácter descentralizado de nuestro sistema, no menos consolidada está la idea de la necesaria coordinación con que debe contar el mismo a fin de asegurar y preservar la equidad en el conjunto. Se trata de eludir, en lo posible, disfunciones indeseables que interfieren en la cohesión del sistema. Y es que el principio autonómico no resulta incompatible con el de cohesión, pues el

---

<sup>853</sup> Según ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: "*Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública...*", pág. 191, la cohesión constituye una suerte de "tertium genus" entre la coordinación y la cooperación, de forma que carece de la dirección de la coordinación y de la voluntariedad de la cooperación. Se podría, según la autora, "entender la cohesión sanitaria como el conjunto de reglas, valores, principios y actitudes de las distintas instituciones públicas sanitarias (Administración central, autonómica y local) y de los diferentes niveles de gobierno y administración (área de salud, centro de salud, hospital, etc.) relativas a sus relaciones recíprocas, que permitan un regular y ordenado funcionamiento de todos ellos para la consecución del fin que constitucionalmente les está atribuido, que no es otro que la protección del derecho a la salud de todos los ciudadanos".

<sup>854</sup> La LCC puso fin a la composición paritaria que, entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas había diseñado la LGS (un representante de cada Comunidad e igual número de miembros de la Administración del Estado, bajo la presidencia del Ministro de Sanidad). En efecto, la LCC señala en el art. 70 que "está constituido por el Ministro de Sanidad y Consumo, que ostentará su presidencia, y por los Consejeros competentes en materia de sanidad de las Comunidades Autónomas".

<sup>855</sup> La LCC trataba de consolidar el cometido del CISNS en consonancia con lo instado desde el Informe Abril y el Informe de la Subcomisión parlamentaria para la Consolidación y Modernización del SNS de 1997.

<sup>856</sup> Expresivamente, señala PALOMAR OLMEDA que "el efecto de la pérdida de referencia en el ámbito general de la organización de los servicios fue, en gran parte, un defecto de origen en la trasmutación de los servicios ya que, realmente, lo importante, durante algún tiempo, fue únicamente el incremento de las capacidades de gestión autónoma. Este incremento reduce la visión de conjunto y es la que propicia el proceso de reconquistar parte de la visión común con la aprobación de la Ley de Cohesión de 2003". PALOMAR OLMEDA, A.: "La asistencia sanitaria en España", en PALOMAR OLMEDA, A., LARIOS RISCO, D. Y VÁZQUEZ GARRANZO, J.: *La reforma sanitaria*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2012, pág. 40.

correcto funcionamiento del Estado descentralizado lo promueve como nota condicionante de su efectividad.

Lo cierto es que acoplar coordinadamente las actuaciones de diferentes esferas de actuación concretadas en diecisiete servicios autonómicos de salud no se antoja tarea sencilla, máxime cuando de ella depende la realización de una serie de derechos que se predicen comunes respecto de todos los ciudadanos. En consecuencia, si comunes son los derechos, resulta lógico que se preserve una acción también común en la garantía de los mismos. En este propósito se instala la coordinación que se enuncia necesaria respecto del funcionamiento del Sistema Nacional de Salud y que, conviene recordar, no es concebida como cometido exclusivo y privativo del Estado, sin participación de las Comunidades Autónomas. Antes al contrario, el ordenamiento jurídico preserva su implicación mediante diversas técnicas, normativas y orgánicas. Todas ellas tienden a la articulación de un sistema congruente y racionalizado, en el propósito más amplio, de reforzar la cohesión y la equidad que un Estado descentralizado como el nuestro requiere desde su propia definición.

Por lo que respecta a las estrategias de tipo orgánico diseñadas en la LCC, cabe aludir a una serie de órganos especializados, abiertos a la participación de las Comunidades Autónomas. Así, cumplen un papel fundamental al respecto la Agencia de Evaluación de Tecnologías, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, la Comisión de Recursos Humanos, la Comisión Asesora de Investigación en Salud, el Instituto de Salud Carlos III, la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud y el Observatorio del Sistema Nacional de Salud.

En todo caso, es el CISNS<sup>857</sup> el órgano clave en la interacción entre Estado central y Comunidades Autónomas. No en vano, es catalogado como “el órgano básico de cohesión” desde la propia Exposición de Motivos de la LCC, ya que juega un papel determinante en la toma de decisiones y en la búsqueda de consensos, vinculando a las partes en la asunción de las decisiones. Sobre él pivota, pues, toda la estrategia de

---

<sup>857</sup> Aunque no deja de lamentarse el hecho de que el CISNS “sigue planteando problemas que impiden su funcionamiento como órgano vertebral de la cohesión del Sistema Nacional de Salud”. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: “El Sistema Nacional de Salud (II): ordenación de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas...”, pág. 373.



coordinación que un Estado descentralizado como el nuestro requiere en pro de la equidad y de la calidad, también configuradas, recuérdese, como prerrogativas constitucionales de nuestro sistema sanitario. A sus funciones legalmente estipuladas, añade la Disposición Adicional cuarta del RDley 2012 el fomento de las actuaciones conjuntas de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas para la adquisición de cualquier producto que por sus características sea susceptible de un mecanismo de compra conjunta y centralizada.

Conviene señalar que el CISNS está bien concebido, como lo demuestra el ambicioso listado de funciones que tiene atribuidas, si bien aspectos concretos, como el carácter no vinculante de las decisiones<sup>858</sup> o la operatividad del criterio de la unanimidad<sup>859</sup> en su adopción, dificultan la eficacia plena del funcionamiento de este órgano al obstruir la consecución de acuerdos en cuestiones básicas de la asistencia sanitaria. Es más, en estos lastres que se advierten en la configuración del Consejo se ha llegado a situar la causa de la situación de indefinición teórica y dispersión real que caracteriza la dirección del Sistema, sin que el CISNS se haya configurado como el “órgano de dirección” que muchos hubieran deseado que fuese<sup>860</sup>.

En la actualidad, también la Subdirección General de Calidad y Cohesión, dependiente de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, acomete una labor de suma importancia, al tener asignadas, entre otras, funciones de alta inspección, con la tramitación de acuerdos y convenios suscritos en el ámbito competencial de la Secretaría General de Sanidad y Consumo con otras Administraciones y entidades públicas o privadas, realizando el seguimiento de los mismos; la gestión de la secretaría técnica del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud; así como la elaboración y difusión de información objetiva, fiable y comparable en el desarrollo del sistema de información del Sistema Nacional de Salud, en consonancia con el marco de normalización de la Unión Europea para dichos sistemas, incluida la elaboración del

---

<sup>858</sup> Tras denunciar la insuficiencia derivada de su estructura logística y su propio carácter de “lugar de encuentro”, ALVAREZ GONZÁLEZ propone una entidad dotada de personalidad jurídica capaz de asumir realmente la gestión de la competencia estatal de la coordinación general sanitaria, una Administración institucional vinculada al Ministerio de Sanidad. ALVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: “El Sistema Nacional de Salud (II): ordenación de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas...”, pág. 395.

<sup>859</sup> En RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., op. cit., pág. 415, se llega a afirmar que este criterio condena a este órgano “a la inanidad”.

<sup>860</sup> REY DEL CASTILLO, J.: “Algunos comentarios para el análisis de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud”, *Revista de Administración Sanitaria*, Vol. 1, núm. 3, 2003, pág. 389.

informe anual sobre el estado del Sistema Nacional de Salud y los estudios comparativos de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas.

Avanzamos ya líneas arriba que la coordinación y cohesión del sistema no sólo se valen de mecanismos orgánicos, pues también los de tipo normativo vienen a jugar un papel determinante en el logro de decisiones que corresponde asumir conjuntamente al Estado y a las Comunidades Autónomas. En este sentido, uno y otras pueden celebrar convenios y elaborar los programas en común que se requieran para la mayor eficacia y rentabilidad de los servicios sanitarios, tal y como señala el art. 48 LGS.

No existe como tal un Sistema Nacional de Salud dotado de personalidad jurídica propia<sup>861</sup>, pues la responsabilidad compete a las Comunidades Autónomas, las cuales, en virtud de su potestad de autoorganización ya analizada, articulan los respectivos servicios autonómicos de salud, que sí se hallan revestidos de personalidad jurídica. Como se ha apuntado razonadamente, “este aparente abandono del Estado no supone una disminución de sus compromisos, antes al contrario, implica un reforzamiento de sus responsabilidades, desde una nueva perspectiva”<sup>862</sup>. Esta perspectiva es la del compromiso por la cohesión y la equidad que debe procurar de todas las entidades a través de la debida coordinación general de la que es responsable, y lograr de este modo la materialización del principio de igualdad en el contexto sanitario. Conviene tener presente que el título competencial en coordinación general no sólo tiene significación normativa, sino muy significativamente programática y ejecutiva.

Sin embargo, y a pesar de los esfuerzos aludidos por preservar una razonable coordinación global del SNS, lo cierto es que las disfunciones advertidas al respecto en la práctica siguen representando uno de los principales problemas estructurales que azotan la eficacia del sistema<sup>863</sup>. Y es que, si bien, y conforme se ha apuntado líneas arriba, la LCC vino a adaptar la estructura y funcionamiento del SNS al modelo descentralizado ya

---

<sup>861</sup> Lo que no ha quedado exento de crítica. RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., op. cit., pág. 45. El autor denuncia su condición “pura y simplemente, existencial”.

<sup>862</sup> AA. VV.: *Lecciones de Derecho sanitario*, Gómez y Díaz-Castroverde, J. M. y Sanz Larruga J. (Dir.), Universidad de La Coruña, 1999, pág. 155.

<sup>863</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: “El Sistema Nacional de Salud (II): ordenación de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas...”, págs. 391 y 392. La autora también cita entre tales problemas la insatisfacción de la población, el inadecuado marco organizativo y de gestión, así como una implantación parcial.

consolidado y, con ello, a implantar la lógica cohesiva y coordinadora en el sistema sanitario, hoy día, transcurridos más de diez años desde su entrada en vigor, cabe sostener que la ley no cumplió su cometido, o al menos, no todo lo deseable. Quizá sea muy exagerado afirmar, como se ha hecho, que “está vacía y que no funciona”<sup>864</sup>, pero sí hay razones para sostener que ha mostrado carencias, y que éstas avanzan a pasos agigantados en forma de divergencias autonómicas. A esta constatación coadyuva la ausencia de un verdadero intercambio de información entre los entes territoriales y un marcado déficit de participación, en tanto en cuanto las estructuras de participación de los servicios de salud autonómicos no cumplen satisfactoriamente sus objetivos<sup>865</sup>, lo que dificulta que la complejidad relacional entre la Administración sanitaria y los ciudadanos se vea remediada por la participación y debate público que precisa la calidad del sistema prestacional.

Desde luego, cualquier descripción de la organización del SNS resultaría parca si no se aludiera a la inherente complejidad administrativa de que adolece. Una complejidad razonablemente justificada en la propia dimensión organizativa, la naturaleza de las prestaciones y los servicios profesionales del sistema<sup>866</sup>, y acentuada por los riesgos de sostenibilidad del mismo. En este sentido, bien puede afirmarse que gran parte de los desafíos que vienen de la mano del envejecimiento demográfico, la innovación tecnológica, o la misma insuficiencia financiera son, por lo general, comunes a otros sistemas sanitarios del entorno comparado. Sin embargo, debe reconocerse que aquéllos derivados de la descoordinación son nuestros, y muy nuestros. Ciertamente, del contexto autonómico

---

<sup>864</sup> RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., op. cit., pág. 163.

<sup>865</sup> Una crítica al respecto en RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., op. cit., págs. 277-285. El autor denuncia el “burocratismo y la rigidez formal” de las actuales fórmulas de participación ciudadana. En este sentido, propone una mayor participación y un régimen de la misma más efectivo, capaz de combinar las representaciones de segundo y tercer grado, esto es, las establecidas por medio de concejales, líderes sindicales y cargos de las asociaciones de consumidores, con otras directamente imbricadas en la problemática sanitaria del lugar, o de los afectados, entidades altruistas emanadas de la sociedad civil.

<sup>866</sup> ALONSO OLEA achaca tal complejidad intrínseca al sistema, en primer lugar, a la multiplicación del personal, “factor básico en toda complicación administrativa” y, en segundo lugar, a la propia condición de las prestaciones, que “no son dinerarias, sino en especie, prestaciones de bienes y servicios carentes de la ductilidad y sencillez de los pago en numerario propios de otros riesgos sociales; aparte de que bastantes de los servicios tienen que estar colectivizados por exigirlo bien las prestaciones (por ejemplo, las hospitalizaciones), lo que a su vez requiere conciertos con los titulares de instalaciones costosas y delicadas –hospitales, sanatorios, clínicas- o su construcción, organización y administración directas, así como los servicios de profesiones sanitarias y no sanitarias, que imponen elevados costes de personal; bien por la exigencia misma de la medicina”. ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 31.

resultan retos de gran altura que deben ser adecuadamente afrontados a fin de lograr un auténtico sistema coherente y cohesionado.

A día de hoy, parece que todas las entidades han comprendido razonablemente sus competencias, pero no tanto la exigencia de colaboración que su ejercicio eficaz requiere. De ahí que se haya denunciado con acierto el “fracaso de las técnicas y de los órganos de cooperación, coordinación y cooperación inter-administrativos”<sup>867</sup>. En este sentido, y siguiendo la propia lógica del principio de autonomía, parece fuera de todo debate que la mayor carga competencial asumida por las Comunidades Autónomas deba correr en paralelo a una afirmación de las funciones estatales en materia de dirección de políticas, coordinación de actividades y control de las mismas. Pero la realidad muestra que este postulado no se ha visto suficientemente asentado en la práctica. En esta línea, se ha llegado a afirmar con contundencia que “el sistema en su conjunto está fraccionado”, de modo que los diversos subsistemas se han desarrollado conforme a sus propias reglas “marginando en muchos casos esa visión constitucional del servicio en red”<sup>868</sup>.

Las reformas normativas de los últimos años también se hacen eco de estas deficiencias en la ordenación del sistema sanitario. En particular, el RDley 2012, al exponer en sus líneas introductorias los argumentos para justificar su oportunidad (insuficientes éstos, dicho sea de paso), señala que “el Sistema Nacional de Salud viene sufriendo situaciones de descoordinación entre los servicios de salud autonómicos, lo que se traduce en la aparición de considerables diferencias en las prestaciones y en los servicios a los que acceden los pacientes en las distintas comunidades autónomas. La cohesión territorial y la equidad se han visto puestas en cuestión con determinadas medidas adoptadas durante estos últimos años”. Es por ello que la norma establece toda una serie de medidas cuyo objetivo fundamental consiste en “afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando

---

<sup>867</sup> PALOMAR OLMEDA, A.: “El modelo de sanidad pública: algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario*, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.), Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 83. El autor alega la acción judicial que en sustitución de esa cooperación ha tenido que ordenar la convocatoria del CISNS: “haber judicializado el conflicto sobre la necesidad o la oportunidad de la convocatoria de un órgano de colaboración en el marco de un servicio en red demuestra por sí la insuficiencia consciencia de las técnicas de colaboración interadministrativa”.

<sup>868</sup> *Ibidem*, pág. 83.

las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo”. Sin embargo, estas palabras quedan reducidas a una mera alegación de propósitos que no se ven acompañados de la configuración de los mecanismos oportunos para su consecución. De la lectura del cuerpo normativo no se extrae medida alguna que contribuya a mejorar, como se requiere, los tres elementos que se han designado claves en el sistema: la coordinación general sanitaria, la cooperación institucional y la potenciación del papel del CISNS<sup>869</sup>, más allá de la creación del Fondo de Garantía Asistencial. La problemática, en nada nimia, sigue por tanto necesitada de solución, la cual pasa inexorablemente por la implantación de auténticas fórmulas de coordinación<sup>870</sup>, capaces de superar las insuficiencias advertidas en las existentes. Con razón, se ha defendido que “la flexibilidad, racionalización de los órganos de cooperación y colaboración, la confianza en los mismos y la búsqueda de instrumentos legales para la optimización en su conjunto de los sistemas de provisión de bienes y servicios constituyen un futuro más sencillo que confiar en la recentralización inmediata del Estado o, simplemente, en que –sin reformas estructurales- se consiga el milagro de que la gestión pública estatal supere las disfuncionalidades del sistema y el mismo se vuelva rentable sólo por el cambio de los titulares de la gestión”<sup>871</sup>.

### **C.- La calidad en la configuración del modelo sanitario.**

No sólo la coordinación o la cohesión encuentran expresión en la organización del servicio público de salud. Por su parte, la calidad también constituye un propósito prioritario en la configuración de nuestro modelo sanitario. Realzado en el propio texto constitucional, ha tenido asimismo plasmación legal, como no podía ser de otro modo. En concreto, la LCC dedica su Capítulo VI a la materia, en el que proclama una infraestructura para la mejora de la calidad del Sistema Nacional de Salud, conformada por normas de calidad y seguridad, llamadas a determinar los requerimientos que deben guiar los centros y servicios sanitarios para poder realizar una actividad sanitaria de forma segura; indicadores, que son elementos estadísticos que permiten comparar la calidad de

---

<sup>869</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: “*Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública...*”, pág. 185 y ss.

<sup>870</sup> PALOMAR OLMEDA, A., op. cit., pág. 84. El autor descarta la recentralización como una “solución traumática”. En consecuencia, opta por una “reconfiguración orgánica de los sistemas de cooperación interadministrativa que les dote de una flexibilidad que no tienen en la actualidad pero que sitúe la concertación en el primero de los planos de la visión”.

<sup>871</sup> *Ibidem*, pág. 85.

diversos centros y servicios sanitarios de forma homologada, ajustada al riesgo y fiable; guías de práctica clínica y guías de práctica asistencial, que son descripciones de los procesos por los cuales se diagnostica o trata un problema de salud; el registro de buenas prácticas, que recoge información sobre aquellas prácticas que ofrezcan una innovación o una forma de prestar un servicio mejor a la actual; así como el registro de acontecimientos adversos, que aglutina información sobre las prácticas que han constituido un problema potencial de seguridad para el paciente.

En este mismo objetivo cualitativo, el art. 60 LCC queda dedicado a la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud, órgano dependiente del Ministerio de Sanidad y responsable de la elaboración y el mantenimiento de los elementos de la infraestructura de la calidad. Al mismo compete la instauración o adaptación de los elementos de la infraestructura con el asesoramiento de sociedades científicas y expertos del sector, a partir de la experiencia nacional e internacional. A su vez, puede promover convenios con instituciones científicas para elaborar o gestionar los elementos de la infraestructura, así como para difundirlos para su conocimiento y utilización por parte de las Comunidades Autónomas y los centros y servicios del Sistema Nacional de Salud.

La calidad asume una envergadura de tal magnitud en la lógica y razón de ser del sistema sanitario, que ha sido el motor de varios planes acometidos por el Ministerio de Sanidad y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. A la elaboración periódica de estos planes de calidad se refiere el art. 61 LCC, según el cual, los mismos contienen los objetivos de calidad prioritarios para el período correspondiente. Hasta la fecha, dos han sido los Planes que han materializado el contenido del precepto. Así, el Plan de 2006 insistía en este aspecto, junto a la equidad. Años más tarde, tomaría el testigo el Plan de calidad de 2010. Al igual que su antecesor, este plan se divide en seis grandes ámbitos operativos, a saber, protección, promoción de la salud y prevención; fomento de la equidad; apoyo de la planificación y el desarrollo de los recursos humanos en salud; fomento de la excelencia clínica; utilización de las tecnologías de la información para

## TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

mejorar la atención a los ciudadanos y mayor transparencia<sup>872</sup>. Tal y como indica el Plan y, conforme con lo previsto en los artículos 59 y 60 LCC, la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud coordina las acciones necesarias para cumplir los objetivos previstos en el mismo. Para ello emplea los recursos asignados a la Dirección General de la Agencia, así como los convenios, contratos y encomiendas de gestión normativamente previstos.

Por su parte, al Observatorio del SNS, órgano adscrito a la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación (art. 11.8 del Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales), le corresponde no sólo proporcionar un análisis permanente del Sistema Nacional de Salud en su conjunto, mediante estudios comparados de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas en el ámbito de la organización, provisión de los servicios, gestión sanitaria y resultados, sino también elaborar anualmente un informe sobre el estado del Sistema Nacional de Salud (art. 63 LCC). Lo cierto es que el intercambio de datos se revela crucial en todo sistema descentralizado, a fin de lograr la necesaria coherencia y permitir la extensión efectiva al conjunto de servicios autonómicos de salud de los avances y progresos experimentados en términos técnicos y científicos.

La Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, dentro del informe que el Consejo de Ministros aprobó el 21 de junio de 2013, estableció 118 medidas relativas a duplicidades entre administraciones. En el marco de las mismas, se hacía referencia a la necesaria fusión de los Observatorios del Sistema Nacional de Salud, de Salud de la Mujer, de Salud y Cambio Climático y para la prevención del tabaquismo, en un único órgano que se denominará "Observatorio Común del Sistema Nacional de Salud"<sup>873</sup>. Sin embargo, lo anterior quedó en una mera declaración de intenciones. Hoy,

---

<sup>872</sup> Estas áreas de actuación se concretizan en doce estrategias: salud y hábitos de vida; proteger la salud; impulsar políticas de salud basadas en las mejores prácticas; analizar políticas de salud y proponer acciones para reducir las inequidades en salud con énfasis en las desigualdades de género; adecuación de los recursos humanos del SNS a las necesidades de los servicios sanitarios; evaluar las tecnologías y procedimientos clínicos como soporte a las decisiones clínicas y de gestión; acreditar y auditar centros y servicios sanitarios; mejorar la seguridad de los pacientes atendidos en los centros sanitarios del SNS; mejorar la atención a pacientes con determinadas patologías; mejorar la práctica clínica; sanidad en línea; así como consolidar un sistema de información del SNS fiable, oportuno y accesible.

<sup>873</sup> Pág. 137.c.

dos años después de aquel anuncio de modificación, el Observatorio del SNS persiste con entidad propia, sin que se haya procedido a su transformación en otro órgano.

#### **D.- Particular referencia al sistema de información sanitaria.**

No son la cooperación, la coordinación y la calidad las únicas pautas legalmente estipuladas en el logro de un conjunto integrado y coherente, pues también la información, a través del sistema de información sanitaria, desempeña un papel muy importante, tanto en la gestión de los recursos sanitarios y una más eficaz asignación del gasto, como en la búsqueda de la armonía en el seno del SNS. Regulado en el art. 53 LCC, este sistema garantiza la disponibilidad de la información y la comunicación recíprocas entre las Administraciones sanitarias, en beneficio de sus destinatarios, que no son sino las Autoridades sanitarias<sup>874</sup>, los profesionales<sup>875</sup>, los ciudadanos<sup>876</sup>, así como las organizaciones y asociaciones en el ámbito sanitario<sup>877</sup>, los cuales quedan facultados para acceder a dicha información en los términos acordados en el CISNS. En particular, el sistema de información sanitaria contiene información sobre las prestaciones y la cartera de servicios en atención sanitaria pública y privada, e incorpora, como datos básicos, los relativos a población protegida, recursos humanos y materiales, actividad desarrollada, farmacia y productos sanitarios, financiación y resultados obtenidos, así como las expectativas y opinión de los ciudadanos, todo ello desde un enfoque de atención integral a la salud, quedando los datos desagregados por sexo en cuantos supuestos sea posible.

Las Comunidades Autónomas, la Administración General del Estado y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social son las entidades competentes para aportar a este sistema de información sanitaria los datos necesarios para su mantenimiento y desarrollo,

---

<sup>874</sup> La información favorece el desarrollo de políticas y la toma de decisiones, dándoles información actualizada y comparativa de la situación y evolución del Sistema Nacional de Salud.

<sup>875</sup> La información tiende a mejorar sus conocimientos y aptitudes clínicas, incluyendo directorios, resultados de estudios, evaluaciones de medicamentos, productos sanitarios y tecnologías, análisis de buenas prácticas, guías clínicas, recomendaciones y recogida de sugerencias.

<sup>876</sup> Información sobre sus derechos y deberes y los riesgos para la salud, facilitando la toma de decisiones sobre su estilo de vida, prácticas de autocuidado y utilización de los servicios sanitarios.

<sup>877</sup> Información sobre las asociaciones de pacientes y familiares, las organizaciones no gubernamentales que actúan en el ámbito sanitario y sociedades científicas, con la finalidad de promover la participación de la sociedad civil en el Sistema Nacional de Salud.



quedando las Administraciones autonómicas y estatal habilitadas al acceso y disposición de los datos que forman parte del sistema de información que precisen para el ejercicio de sus competencias. Con el fin de lograr la máxima fiabilidad de la información, corresponde al Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, la definición y normalización de datos y flujos, la selección de indicadores y los requerimientos técnicos necesarios para la integración de la información y para su análisis desde la perspectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

La utilidad de estos mecanismos de información repercute no sólo en la eficacia del sistema, en términos de estrategias y objetivos, sino también en los pacientes, que pueden conocer de esta forma la calidad de la asistencia prestada. Aunque es cierto que se están dando importantes pasos en aras de conseguir una mayor transparencia, todavía es preciso seguir avanzando en la elaboración de informes comparativos específicos (a nivel de hospital o de servicio clínico o profesional) y periódicos a fin de garantizar que los gestores sanitarios puedan identificar oportunidades de mejora “en tiempo real”, acelerando la publicación de los distintos indicadores<sup>878</sup>.

Por último, la participación también supone un elemento clave en la organización estructural del sistema sanitario. En concreto, y por lo que respecta a la participación de tipo social, alude la LCC, en su art. 67 al Comité Consultivo, el Foro Abierto de Salud y el Foro Virtual.

El Comité Consultivo constituye un órgano dependiente del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, mediante el cual se hace efectiva, de manera permanente, la participación social en el Sistema Nacional de Salud<sup>879</sup>, y se ejerce la participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales en el Sistema Nacional de Salud. Entre sus funciones, destaca la de información, asesoramiento y formulación de propuestas sobre materias que resultan de especial interés para el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud y, en particular, sobre los proyectos normativos que afectan a las prestaciones sanitarias, su financiación y el gasto farmacéutico, los planes integrales de

---

<sup>878</sup> "Impulsar un cambio posible en el sistema sanitario". McKinsey&Company, Fundación de Estudios de Economía Aplicada, 2009, pág. 27.

<sup>879</sup> Particular incidencia reviste en el ámbito de la salud pública. No en vano, el art. 46 de la LGSP dispone que “el Comité Consultivo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud actuará como órgano especializado, colegiado y permanente de consulta y participación social en las políticas de salud pública, de tal modo que se asegure una adecuada gobernanza del sistema”.

salud, cuando sean sometidos a su consulta, las disposiciones o acuerdos del CISNS, que incidan directamente en materias relacionadas con los derechos y deberes de los pacientes y usuarios del sistema sanitario, los proyectos de disposiciones que afecten a principios básicos de la política del personal del Sistema Nacional de Salud, así como cuantas otras materias le sean atribuidas por el CISNS.

El Comité Consultivo recibe los anteproyectos de ley y los proyectos de disposiciones generales en materia sanitaria elaborados por la Administración General del Estado, así como los informes anuales sobre el estado del Sistema Nacional de Salud, los análisis y estudios que se elaboren sobre las prestaciones sanitarias. Asimismo, por iniciativa propia o del Consejo Interterritorial, formula propuestas de cuantas medidas estime oportunas acerca de la política sanitaria.

En cuanto a su composición, está integrado por seis representantes de la Administración General del Estado, seis representantes de las Comunidades Autónomas, cuatro representantes de la Administración local, ocho representantes de las organizaciones empresariales y ocho representantes de las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito estatal. La presidencia del órgano corresponde al representante de la Administración General del Estado que a tal efecto designe el Ministro de Sanidad.

El Foro Abierto de Salud, por su parte, goza de carácter temporal, pues es constituido a convocatoria del Ministro de Sanidad para el estudio, debate y formulación de propuestas sobre temas específicos que en un determinado momento tengan impacto en el Sistema Nacional de Salud. Pueden participar en el mismo las organizaciones, consejos, sociedades o asociaciones que en cada momento se determine según la materia a tratar.

### 2.1.3.- La gestión sanitaria.

#### **A.- La dialéctica de lo público y lo privado en la provisión de los servicios sanitarios.**

El art. 43.2 CE insta a la organización de los servicios necesarios para la provisión de las prestaciones que materializan el contenido del derecho a la asistencia sanitaria. Pero lo cierto es que el precepto constitucional, lejos de decantarse por una determinada opción y

limitar las posibilidades de desarrollo del mismo, no circunscribe las técnicas de gestión de los servicios sanitarios, ni siquiera su naturaleza pública o privada. En este sentido, el Tribunal Supremo<sup>880</sup> ha señalado que “la Constitución no impone un determinado modelo de gestión y prestación de la asistencia sanitaria. El texto constitucional remite a la Ley la regulación del mismo, por lo que el legislador puede optar por uno u otro, es decir, gestión y prestación totalmente pública, privada o mixta, siempre que quede debidamente garantizada y de forma suficiente la prestación del servicio sanitario”. Añade el Tribunal que los arts. 41 y 43 CE “no imponen la gestión pública directa y exclusiva del sistema de salud”, valiéndose de las palabras del Tribunal Constitucional cuando afirmó en su Sentencia 37/1994 que “el derecho de que los ciudadanos puedan ostentar en materia de seguridad social salvando el carácter indisponible para el legislador de la garantía constitucional de esta institución, es un derecho de estricta configuración legal, y que el carácter Público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada”, de modo que “no toda la asistencia sanitaria pública se presta por instituciones públicas”.

La Constitución, por tanto, si bien rechaza cerrarse en torno a un modelo sanitario determinado y, consiguientemente, no se opone a la introducción de mecanismos privados de gestión, lo cierto es que sí asienta una pauta clara, al condicionar cualquier opción a la salvaguardia de la naturaleza eminentemente pública del servicio sanitario. Ésta es también la premisa de la que parte la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, cuyo artículo único encomienda expresamente que se garantice y preserve la condición de servicio público de la que goza el Sistema Nacional de Salud. Luego la norma descarta desde un principio que la articulación de las diversas formas de gestión pueda implicar una suerte de privatización de dicho servicio, aludiendo en clave de baluarte al carácter público que le preside y que es consagrado desde el mismo texto constitucional.

En consecuencia, la modalidad de gestión escogida no puede amenazar la naturaleza pública del sistema. Titularidad del servicio y materialización de la gestión son, por tanto, dos elementos diferentes, de manera que el carácter público que impregna la actividad sanitaria no puede ser alterado a través de la inmersión de componentes privados en la gestión o, como lo expresa LANTARÓN BARQUÍN, “no existe una correspondencia

---

<sup>880</sup> STS de 20 de diciembre de 2005.

absoluta entre el carácter público de la asistencia sanitaria y de la institución prestadora de la misma”<sup>881</sup>. Ni el carácter privado del ente que asuma la actividad, ni el del régimen jurídico por el que se rija, condicionan la catalogación del servicio como público. Así lo confirma la Audiencia Nacional, que en coherencia con el texto constitucional, ha señalado que “lo racionalmente determinante es que se actúen las facultades administrativas propias del desenvolvimiento del servicio público de que se trate, con independencia de la condición o cualidad de quien ejerza tales facultades”<sup>882</sup>.

Pero no es la Constitución la única norma que guarda silencio sobre las posibles técnicas de gestión de la sanidad. Por su parte, la LGS, encargada de desarrollar el art. 43 CE, tampoco contiene una opción a favor de determinadas fórmulas al respecto. El texto legal se limita, como se acaba de estudiar en el anterior epígrafe, a fijar el Área de salud como estructura organizativa básica, de lo que se puede extraer implícitamente que la LGS se inclina por la modalidad directa de prestación de servicios sanitarios como punto de partida<sup>883</sup>, sin perjuicio de sendas referencias a la posibilidad de vinculación de hospitales en la red pública a través de los convenios singulares y a la figura del concierto.

Sería a finales de la década de los noventa y, en concreto, tras el Informe Abril<sup>884</sup>, cuando se propugnase formalmente la introducción de las reglas de mercado en la gestión sanitaria, la irrupción del Derecho privado en la organización y gestión del SNS, cuando se impulsase, en definitiva, la iniciativa privada entre las fórmulas de gestión de los recursos sanitarios. No obstante, con anterioridad a su previsión formal, ya se habían implantado diversas técnicas gerenciales de la empresa privada (dirección por objetivos) y,

---

<sup>881</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., op. cit., pág. 90.

<sup>882</sup> SAN de 9 de febrero de 2012.

<sup>883</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.: “Formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud: de la Ley General de Sanidad a las fórmulas de colaboración público-privada”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario*, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dirs.), Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 406.

<sup>884</sup> En el mismo sentido, el Informe de la Subcomisión parlamentaria para la Consolidación y Modernización del SNS de 1997 instaba a la introducción de nuevas formas de gestión. También en su día el plan estratégico del INSALUD (libro azul) estableció un modelo mixto de competencia regulada, entre el modelo de competencia pública y el modelo puro de mercado por medio de diversas vías concretadas en la descarga de la regulación administrativa y el incentivo de la competencia entre proveedores, el fomento de la participación de los usuarios, la implicación de los profesionales sanitarios en la gestión, la reducción de las listas de espera, la promoción de la estabilidad laboral del sector a través de una disminución del porcentaje de profesionales en situación de interinidad, así como la culminación de las transferencias competenciales autonómicas en materia sanitaria, mediante la modernización de las infraestructuras y actualización de sus formas de gestión y organización. Véase al respecto HERNÁNDEZ BEJARANO, M., op. cit., pág. 204.

con ellas, planes estratégicos, sistemas de información de costes, así como contratos-programa en la realidad organizativa del sistema sanitario. En este sentido, la incipiente normativa de finales del siglo pasado no vino sino a formalizar muchas de las experiencias previamente puestas en marcha a nivel autonómico.

En concreto, la Ley 15/1997<sup>885</sup> faculta expresamente al Gobierno y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, en los ámbitos de sus respectivas competencias, a determinar reglamentariamente las normas jurídicas, los órganos de dirección y control, el régimen de la garantía de la prestación, la financiación y las peculiaridades en materia de personal de las entidades que se pudieran crear para la gestión de los servicios. En virtud de dicha habilitación, se fue reconociendo la introducción en la gestión sanitaria de numerosas fórmulas de distinto tipo y naturaleza materializadas en personas jurídico-privadas, públicas o de carácter mixto que hoy conforman un engranaje de gran complejidad. Complejidad a la que coadyuva la propia diversidad que incorpora la organización territorial descentralizada. Ciertamente, las Comunidades Autónomas han ido incorporando mecanismos de gestión distintos a los tradicionalmente públicos, y lo han hecho con intensidades variadas, a ritmos diferentes<sup>886</sup>. No en vano, se ha afirmado que “se ha pasado de una marcada rigidez legal en materia organizativa a la más absoluta libertad en esa materia, y de la uniformidad, a la más absoluta variedad”<sup>887</sup>. En coherencia con ello, el riesgo de descoordinación entre los diversos servicios de salud queda revalidado, pues en cada uno se imponen lógicas organizativas divergentes, que generan, a la postre, una organización sanitaria fragmentada que dificulta en grado sumo la cooperación necesaria entre los diferentes niveles de atención sanitaria<sup>888</sup>.

---

<sup>885</sup> La Ley vino a elevar a rango legal la regulación al respecto, así como a aclarar cuestiones que había dejado pendientes el anterior RDL 10/1996, de 17 de junio, dando una nueva redacción al anterior art. único de la norma y subrayando el carácter público de las entidades cuya intervención se preveía en la gestión de la sanidad. Asimismo, el texto legal prescinde en su título del término INSALUD, a fin de extender su aplicación a todo el territorio nacional. Véase HERNÁNDEZ BEJARANO, M., op. cit., págs. 199-201.

<sup>886</sup> Cataluña suele ser referida como la “pionera” en la materia. Data de 1990 la Ley de ordenación sanitaria de Cataluña, en la que se diseñó una gran gama de modalidades de gestión de la sanidad, de tipo jurídico-público y de tipo jurídico-privado, que sirvieron de referencia para las restantes autonomías, gozando de gran difusión entre ellas. LANDA ZAPIRAIN, J. P., op. cit., pág. 94.

<sup>887</sup> RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., op. cit., pág. 298.

<sup>888</sup> VILLAR CAÑADA, I.: “Régimen jurídico de la organización y gestión sanitaria. El nuevo modelo legal de la sanidad pública: el Sistema Nacional de Salud”, en AA. VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dir.), Comares, Granada, 2007, pág. 132. En el mismo sentido, OTEROS VALCARCE, G., op. cit., pág. 109.

No resulta costoso advertir, pues, que el sanitario constituye uno de los ámbitos en el que más se proyecta la diversidad que el principio autonómico incorpora<sup>889</sup>. Cada Comunidad participa de lo que se ha considerado como “una carrera por la búsqueda de un modelo de gestión eficaz, de calidad y sostenible”, a la que se achaca estar “plagada de improvisación y de falta de criterio que, por lo demás, es común al conjunto de la gestión pública”<sup>890</sup>. Lo cierto es que desde la aparición de las nuevas formas de gestión, en los servicios autonómicos de salud se han sucedido modalidades directas, tradicionales hasta entonces, con la articulación de mecanismos indirectos, variando considerablemente las fórmulas de gestión, y su proporción, de un ente territorial a otro, imposibilitando toda delimitación clara de modelos al respecto, lo que no ha sido objeto de alabanza en la doctrina<sup>891</sup>. De hecho, se ha llegado a calificar de “caótica” la visión que arroja la gestión sanitaria en el Estado autonómico<sup>892</sup>.

El modelo actual consiente, por tanto, la colaboración de la iniciativa privada en el ejercicio de una función típicamente pública como es la sanitaria, reconociendo la complementariedad entre el carácter público del sector, así como el general del interés al que sirve, con el privado de las diversas fórmulas organizativas de las que aquél puede valerse. En otras palabras, las prestaciones sanitarias no sólo pueden ser provistas en el marco de los establecimientos propios del Sistema Nacional de Salud. De hecho, cada vez resulta más frecuente el recurso al convenio, concierto, acuerdo o contrato con otras entidades ajenas a los mismos, ya sean de carácter público o privado. Y es que lo público y lo privado, lejos de constituir hoy compartimentos estancos, se insertan combinadamente en la organización del sistema sanitario. Concurren, así, diversas fórmulas de colaboración público-privado (correspondiente a la fórmula inglesa “public-private partnerships”) que

---

<sup>889</sup> Recuérdese que el art. 42.1 LGS consagra la potestad que tienen las Comunidades Autónomas para disponer sobre la organización de sus respectivos servicios de salud, al tiempo que el art. 55.1 insiste en que, dentro de su ámbito de competencias, las Comunidades Autónomas regulan la organización, funciones, asignación de medios personales y materiales de cada uno de los Servicios de Salud.

<sup>890</sup> PALOMAR OLMEDA, A.: “El modelo de sanidad pública...”, pág. 81.

<sup>891</sup> En VILLAR CAÑADA, I., op. cit., pág. 128, se critica la introducción de nuevas entidades por quebrar las exigencias de simplificación gestora y coordinación entre los entes.

<sup>892</sup> “La gestión de la sanidad no ha encontrado un modelo con una mínima estabilidad ni con una configuración estructurada que tenga una validez universal o, cuando menos, mínimamente aceptable para el conjunto de los proveedores de servicios sanitarios”. PALOMAR OLMEDA, A.: “El modelo de sanidad pública...”, pág. 82.

se encuadran en todo un largo listado de técnicas diversas, cada vez más empleadas<sup>893</sup> en la búsqueda tanto de la eficacia, celeridad y economía a las que orientan los servicios sanitarios su organización y funcionamiento<sup>894</sup>, como de la satisfacción de necesidades concretas de ordenación y de optimización de recursos en el territorio. En efecto, el propósito reside principalmente en la tan traída flexibilidad, que por oposición a la lógica jerárquica tradicional, dote de mayor autonomía a los entes intervinientes en la dispensación de la asistencia sanitaria. En este sentido, la Exposición de Motivos del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud alude a la necesidad, en materia de organización y gestión, de impulsar la autonomía en la gestión sanitaria, potenciando la separación de las funciones de planificación, financiación, compra y provisión de servicios, configurando los centros asistenciales como organizaciones autónomas, con facultades de decisión efectivas y responsables, dotándoles de órganos de gobierno operativos y participativos, facilitando la extensión de las nuevas formas de gestión a toda la red de asistencia pública y compatibilizando el establecimiento de garantías en la correcta prestación del servicio público con la aplicación de mayores cuotas de autonomía.

Lo cierto es que la “huida del Derecho administrativo”<sup>895</sup> se ha asentado en el centro de continuos debates que, tras los últimos acontecimientos, reviven con más fuerza que nunca. Se trata, con ello, de sustraer la aplicación de las técnicas de control y normas propias de la formación de la voluntad de las Administraciones públicas, recurriendo al Derecho privado en el ámbito de la contratación y del presupuesto, que no resulta tan severo.

Habilitadas las “nuevas formas de gestión” en la Ley 15/1997, fue el RD 29/2000 el texto normativo encargado de dotarlas de concreción y especificación, en su propósito genérico de contribuir al “necesario proceso de flexibilización, descentralización y

---

<sup>893</sup> Hasta 1982 el sistema se hallaba gestionado en su totalidad en base a criterios enteramente rígidos y burocratizados, tanto en el ámbito económico-presupuestario como en el de gestión de personal. A partir de tal año, empezaron a ponerse en práctica diversos intentos de gestión de establecimientos asistenciales, en su mayoría hospitalarios, si bien dotados de escasa coordinación. Consúltense al respecto RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., op. cit., págs. 285-288.

<sup>894</sup> Art. 7 LGS.

<sup>895</sup> Se ha señalado que la expresión “huida del Derecho administrativo” resulta muy gráfica, si bien “hoy resulta insuficiente para describir la amplitud del fenómeno. Por ello sería más exacto hablar de «huida del Derecho administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros», pues todas las instituciones hacendísticas se ven afectadas, aunque no en la misma medida”. Véase PASCUAL GARCÍA, J.: “La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público”, *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 60, 2010, pág. 110.

autonomía de la gestión sanitaria” y a “la mejora de la eficacia y eficiencia del Sistema Nacional de Salud y a su consolidación”, según se indica en el Preámbulo de la norma. En concreto, su art. 3 aúna las diversas modalidades de gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, señalando que ésta “podrá llevarse a cabo a través de fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre [referencia que ha de entenderse hoy hecha a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones], consorcios, sociedades estatales y fundaciones públicas sanitarias, así como mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho”<sup>896</sup>.

Las modalidades normativamente habilitadas son, en definitiva, numerosas, de forma que la gestión sanitaria arroja un panorama variado que combina órganos de titularidad pública que ejercen potestades públicas, supuestos en que tales potestades se ejercen a través de formas jurídicas típicas del Derecho privado, tales como sociedades o fundaciones, o incluso sujetos privados, así como otros en que intervienen figuras de derecho público o entidades jurídico-públicas regidas por el Derecho privado<sup>897</sup>.

En esta primera aproximación, conviene remarcar desde un principio que lo decisivo es que cualquiera que sea la técnica escogida para la gestión del servicio público sanitario, los ciudadanos accedan al mismo en iguales condiciones y garantías. Luego el mecanismo de gestión no puede suponer un obstáculo a la igualdad predicable en el ámbito sanitario, esto es, no podría justificar unas condiciones de acceso o de provisión diferentes, o una asistencia con alcance distinto. En este sentido, el art. 9 del RD 29/2000 señala que “el Instituto Nacional de la Salud [entiéndase en la actualidad Servicio Autónomo de Salud o INGESA] en el ámbito de sus competencias, garantizará asimismo el respeto y la protección de todos los derechos reconocidos legalmente a favor de los ciudadanos, estableciendo procedimientos y órganos que faciliten la exigencia y el cumplimiento de los mismos”, de modo que “en todos los centros sanitarios que adquieran personalidad jurídica existirán unidades de garantías a los ciudadanos que permitan hacer efectivo el

---

<sup>896</sup> Según establece la Disposición Adicional quinta, y al objeto de preservar el régimen estatutario del personal que presta sus servicios en los centros sanitarios, éstos sólo podrían adquirir personalidad jurídica mediante su conversión en fundaciones públicas sanitarias o a través de la constitución de consorcios. En consecuencia, las otras dos modalidades de gestión quedaban reservadas a la nueva creación de centros.

<sup>897</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., op. cit., págs. 403-405.



ejercicio de los derechos y garantías correspondientes”. Tal precepto ha sido interpretado en el sentido de que en todos los centros que recurran a las nuevas formas de gestión, se han de aplicar el régimen de garantías de las prestaciones sanitarias que establece para los centros públicos la LCC<sup>898</sup> y cuyo fundamento reposa precisamente en el principio de igualdad. Y es que el límite, como siempre, del desarrollo de estas fórmulas de gestión, y la autonomía de la que gozan al respecto las diversas administraciones territoriales, se concreta en los principios inspiradores del servicio público al que sirven.

La gestión de todas estas entidades se realiza en base a criterios de descentralización y autonomía<sup>899</sup>, acomodados, a su vez, a los principios de eficacia, eficiencia, calidad y satisfacción de los ciudadanos (art. 11.1 RD 29/2000). En particular, entre las pautas de gestión capitales quedan comprendidas la planificación, coordinación y cooperación, el servicio orientado a los ciudadanos y continuidad asistencial, la eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados, la eficiencia en la asignación y utilización de los recursos, el desarrollo y gestión de planes de calidad total e impulso de la mejora continua de la calidad del servicio, el control de la gestión y de sus resultados, así como la responsabilidad en la gestión.

### **B.- Modalidades de gestión.**

#### *B.1.- La gestión directa.*

La actividad sanitaria es gestionada de forma directa cuando es la misma Administración<sup>900</sup> la que provee la asistencia sanitaria a través de los medios que le son

---

<sup>898</sup> CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.: “Modelos de gestión sanitaria: público y privado en la gestión de la salud”, en AA. VV.: *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2013, pág. 34.

<sup>899</sup> La autonomía de gestión se ejerce “conforme a las características que le sean propias a cada una de las formas de gestión que adopten los centros sanitarios, ajustándose en todo caso a lo establecido en el presente Real Decreto y a las disposiciones y criterios generales que dicte el Instituto Nacional de la Salud, concretándose en los siguientes aspectos: desarrollo de su estructura organizativa, desarrollo y gestión de los planes de calidad total del centro, elaboración y aplicación de las normas internas de funcionamiento, gestión de sus recursos económicos, orientada al cumplimiento de los objetivos de actividad y calidad y desarrollada siempre con arreglo a principios de economía, celeridad y eficacia, gestión de tesorería y patrimonio, gestión de los recursos humanos y desarrollo de la carrera profesional en los términos establecidos en la normativa aplicable” (art. 12 RD 29/2000).

<sup>900</sup> Esta gestión directa puede caracterizarse como centralizada, cuando es jurídicamente la propia Administración la que gestiona y presta el servicio, o bien descentralizada, en los casos en que la Administración recurre a tal efecto a la creación de entidades jurídico-privadas. MEDINA GONZÁLEZ, S., op. cit., pág. 167.

propios, asumiendo su explotación económica. Por tanto, es la titularidad de los dispositivos con los que se lleva a cabo la prestación del servicio sanitario la clave para determinar si nos hallamos ante un supuesto de gestión directa o indirecta<sup>901</sup>.

En concreto, y por lo que respecta a la modalidad directa de gestión, la Administración titular del servicio puede actuar, bien valiéndose de su propia organización de manera indiferenciada<sup>902</sup>, bien recurriendo a la configuración de organismos públicos<sup>903</sup> interpuestos, provistos de personalidad jurídica propia<sup>904</sup> y diferenciada de la Administración territorial matriz, si bien dependientes de ella y, por tanto, ostentadores de un carácter instrumental (organismos autónomos, entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles de capital exclusivamente público, por ejemplo). Son entes configurados y provistos por la misma Administración sanitaria, de ahí el carácter directo de la gestión. Según se ha afirmado, “el hecho de que la personificación del órgano gestor dé lugar a una persona interpuesta, no varía el carácter directo de la gestión”<sup>905</sup>, por lo que éste queda reafirmado en todos los supuestos de formas de personificación jurídico-pública y, en las formas privadas, en todos aquellos casos en los que el capital sea íntegramente de la Administración matriz, creadora de la entidad en cuestión<sup>906</sup>.

Son varias las notas caracterizadoras de la gestión a través de órganos interpuestos<sup>907</sup>. En primer lugar, éstos llevan a cabo funciones de carácter instrumental, por lo que tanto la

---

<sup>901</sup> También es éste el criterio defendido en VILLAR ROJAS, F. J.: “Responsabilidad en la gestión directa. Especial referencia a las nuevas fórmulas de gestión: fundaciones”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 8, núm. 1, 2000, pág. 2.

<sup>902</sup> Opción que actualmente no se pone en práctica, pues siempre se recurre a entidades de personalidad jurídica diferenciada.

<sup>903</sup> El art. 43 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado clasifica los organismos públicos en organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales.

<sup>904</sup> En la relación de instrumentalidad que media entre el ente matriz y el instrumental no corresponde a los entes institucionales valorar por sí solos la política correspondiente al servicio público que gestionan. Tal servicio sigue siendo propio del ente matriz y a éste corresponde la definición de la estrategia general, su dirección y responsabilidad últimas. En definitiva, el ente filial está puesto por su matriz en una posición de autonomía ejecutiva. SÁNCHEZ-CARO, J.: “Régimen jurídico de las nuevas formas de gestión en la sanidad española (la perspectiva del Instituto Nacional de la Salud)”, *Revista de Administración Sanitaria*, núm. 14, 2000, pág. 104.

<sup>905</sup> GARRIDO FALLA, F.: “El concepto de servicio público en Derecho español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, págs. 30-31. Citado en HERNÁNDEZ BEJARANO, M., op. cit., pág. 207.

<sup>906</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., op. cit., pág. 415. Añade la autora que el carácter directo de la gestión no condiciona el carácter público del Derecho al que se somete. Así, el régimen jurídico es de Derecho público en los supuestos de organismos autónomos, pero de Derecho privado en el de las sociedades mercantiles.

<sup>907</sup> HERNÁNDEZ BEJARANO, M., op. cit., págs. 208 y 209 y doctrina citada.

titularidad como la responsabilidad derivada del ejercicio de las actividades correspondientes competen a la entidad matriz. En segundo lugar, la vinculación con ésta se concreta en una relación directiva, es decir, el ente instrumental cuenta con autonomía ejecutiva, si bien sujeto a la dirección y control de la entidad fundadora. Asimismo, y aunque cuentan con patrimonio propio, las entidades instrumentales se hallan sometidas en su régimen financiero a la decisión del ente matriz, que es quien decide la conformación de los presupuestos.

En la gestión de un servicio que, como el sanitario, le es propio, la Administración puede valerse, por tanto, de la interposición de personificaciones jurídico-públicas o bien jurídico-privadas. Dado que la gran mayoría de ellas serán objeto de detenida e individualizada atención más adelante, procede referirse en estas líneas siquiera brevemente a los organismos públicos y las entidades públicas empresariales. Una y otra figura constituyen organismos públicos dotados de personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión. Tienen por fin la realización de cualquiera de las actividades previstas en el apartado 3 del artículo 2 LOFAGE<sup>908</sup>, cuyas características justifiquen su organización y desarrollo en régimen de descentralización funcional.

Mientras que los organismos autónomos<sup>909</sup> se rigen por el Derecho administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos (art. 45.1 LOFAGE)<sup>910</sup>, a las entidades públicas empresariales<sup>911</sup> les corresponde la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación. En concreto, se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en la normativa aplicable, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria (art. 53 LOFAGE). El régimen jurídico de estos organismos resulta, por tanto, de Derecho público, si bien las relaciones con terceros se rigen con

---

<sup>908</sup> Realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico.

<sup>909</sup> La gran mayoría de servicios autonómicos de salud se conforman bajo esta técnica.

<sup>910</sup> Para el desarrollo de sus funciones, los organismos autónomos disponen de los ingresos propios que estén autorizados a obtener, así como de las restantes dotaciones que puedan percibir por vía presupuestaria.

<sup>911</sup> En Andalucía, agencias públicas empresariales.

arreglo al Derecho privado, quedando el personal sometido al régimen laboral. En este sentido, los contratos que formalizan se hallan sujetos al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) en lo relativo a su preparación y adjudicación, mientras que en la extinción y determinación de los efectos resultan de aplicación las normas correspondientes de Derecho privado<sup>912</sup>. Estas entidades públicas empresariales han sido utilizadas en la sanidad pública en dos niveles claramente diferenciados: de un lado como figura jurídica de determinados Servicios Autonómicos de Salud, como es el caso del Servicio Madrileño de Salud y, de otro, como forma jurídico-organizativa de empresas proveedoras de servicios sanitarios.

Junto a ambos organismos, emergen en el contexto sanitario lo que se ha dado en denominar “otras entidades de Derecho público con estatuto específico”<sup>913</sup>, las cuales, no pudiendo ser incluidas en ninguna categoría de organismo público de las establecidas, se rigen por lo dispuesto en sus respectivos Estatutos, sin perjuicio de frecuentes remisiones al Derecho privado.

Las restantes modalidades de gestión directa quedan concretadas en las líneas que siguen.

- Conviene referirse, en primer lugar, a las denominadas “fundaciones en mano pública”. Fue el Real Decreto-ley 10/1996 la primera norma en inscribir formalmente esta fórmula entre las posibilidades de gestión sanitaria, reproduciéndose con posterioridad la habilitación en la Exposición de Motivos de la Ley 15/1997, que no su artículo único<sup>914</sup>,

---

<sup>912</sup> MORENO VERDUGO, M.: “Experiencias en el ámbito de la gestión sanitaria de las fórmulas de colaboración público-privadas”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 23, núm. extraordinario, 2013, pág. 79.

<sup>913</sup> En esta categoría integra CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., op. cit., págs. 36 y 37, las agencias estatales, y en el ámbito autonómico, el Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, configurado como ente público de Derecho privado, así como el Instituto Catalán de la Salud, el cual constituye una entidad de Derecho público, que actúa sometido al Derecho privado, sin perjuicio de determinados ámbitos en los que actúa sujeto al Derecho público.

<sup>914</sup> Si bien referidas en el RDL 10/1996, lo cierto es que el articulado de la Ley 15/1997 rehúsa aludir a las mismas, sin perjuicio de la referencia contenida en su Exposición de Motivos (“entre otras formas jurídicas, la presente disposición ampara la gestión a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones -en los mismos términos a las ya creadas-”). Según HERNÁNDEZ BEJARANO, M., op. cit., págs. 218 y 219, de la ausencia de referencia expresa a estas fundaciones en el artículo único de la Ley 15/1997 no puede desprenderse, sin más, la prohibición de utilización de estas figuras en la gestión del servicio sanitario. Al contrario, se ha de partir de un error de

así como en el art. 40 del RD 29/2000. En esta última norma se definen tales fundaciones como organizaciones sanitarias sin ánimo de lucro que, teniendo por objeto la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria, destinan y afectan un patrimonio a la realización de fines sanitarios de interés general (art. 38). Son, pues, entidades creadas por iniciativa pública, si bien se hallan sometidas al Derecho privado, en lo que constituye el principal rasgo distintivo respecto de las fundaciones públicas sanitarias, que serán objeto de estudio más adelante<sup>915</sup>. Precisamente, uno de los elementos más criticados de las fundaciones ahora analizadas ha venido concretado en su régimen jurídico privado o, en términos de contrapartida, en la huida del Derecho administrativo que protagoniza. En efecto, no han faltado voces en la denuncia de la elusión que su misma constitución implica respecto de las reglas de contratación pública, del sistema de responsabilidad, de inalienabilidad de los bienes, así como de incidencia en las políticas de personal, cuyo vínculo es laboral<sup>916</sup>.

Lo cierto es que desde su misma previsión normativa, surgió cierta controversia en torno a la mención de estas fundaciones como “entes públicos” contenida en la Exposición de Motivos del RDL 10/1996, volviéndose a afirmar dicho carácter público en la Ley 15/1997. Y es que se advirtió una contradicción en el tenor literal de este texto legal. Por una parte, habilita la posibilidad de gestionar los centros, servicios y establecimientos sanitarios directa o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades “de titularidad pública” admitidas en Derecho, entre las cuales no parece que tenga cabida la fundación en sentido estricto<sup>917</sup>. Por otra, la misma norma, también en su Exposición de Motivos, se refiere entre las formas organizativas de la gestión de los centros sanitarios a la constitución de fundaciones. Hoy día esta controversia ha quedado totalmente superada, toda vez que el carácter público no se ha de entender referido a la titularidad dominical de la fundación, sino a la iniciativa de su creación, que corresponde a un órgano público y no privado, así como al propio patrimonio que compone la fundación que resulta igualmente

---

concepto incorporado en este texto legal, en el sentido de que las fundaciones hoy reguladas en la Ley 50/2002 son de naturaleza privada, mientras que la Ley 15/1997 estima que las fundaciones hospitalarias surgidas en virtud del RDL 10/1996 son entidades públicas.

<sup>915</sup> No en vano, la Disposición Adicional tercera de la Ley 50/2002 señala que las fundaciones públicas sanitarias a que se refiere el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, seguirán rigiéndose por su normativa específica.

<sup>916</sup> Véase OTEROS VALCARCE, G., op. cit., pág. 109 y doctrina citada.

<sup>917</sup> VILLAR CAÑADA, I., op. cit., págs. 126 y 127. Señala la autora que “si algo caracteriza a la fundación es que no tiene titular, ni público ni privado, sino que la titularidad recae sobre ella misma, con lo que de hermetismo y opacidad puede derivarse de esta situación”.

público<sup>918</sup>. No cabe, pues, confundir la naturaleza pública del acto de decisión de creación de la fundación (pues supone el ejercicio de una potestad administrativa de carácter organizativo y, sujeta, pues, al Derecho público) con la privada del acto jurídico que crea efectivamente la fundación<sup>919</sup>.

Según el ámbito territorial de que se trate, las fundaciones en mano pública son constituidas al amparo de la legislación estatal o de la autonómica correspondiente. Dado que, en términos generales, esta última no hace sino reproducir el contenido de la primera, cabe detenerse en la configuración de dichas técnicas de gestión directa en el plano estatal. En la actualidad, es la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, el texto legislativo de referencia. Conviene retener que la Disposición Final primera de esta norma enumera los preceptos que resultan de aplicación a todas las fundaciones, sean estatales o autonómicas, bien por regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de fundación ( artículo 149.1.1.<sup>a</sup> CE), bien por su naturaleza procesal (art. 149.1.6.<sup>a</sup> CE), bien por incorporar normas de Derecho civil, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del Derecho foral o especial allí donde exista (art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE). Así, los restantes preceptos legales son de aplicación únicamente a las fundaciones de competencia estatal.

Según la definición contenida en el art. 2 de la Ley, las fundaciones constituyen organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general<sup>920</sup>,

---

<sup>918</sup> HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: “La controvertida naturaleza jurídica de la fundación sanitaria hospital de Manacor y la modificación del régimen jurídico de su personal”, *Temas Laborales*, núm. 109, 2011, pág. 213. En el mismo sentido, SÁNCHEZ-CARO, J., loc. cit., pág. 117, quien estima que el carácter público se circunscribe, no a la propiedad sobre la fundación, sino a la capacidad o competencia para su creación.

<sup>919</sup> HERNÁNDEZ BEJARANO, M., op. cit., pág. 216 y doctrina citada.

<sup>920</sup> El art. 3.1 dispone que las fundaciones deben perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico.

## TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

rigiéndose por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley<sup>921</sup>. Según se colige, el carácter público del ente que asume la iniciativa en su creación no se extiende a su naturaleza y régimen jurídico, que siguen siendo privados. Queda, pues, conceptualizada como una entidad de derecho privado interviniente en la gestión de un servicio eminentemente público como es el sanitario.

Aunque son fundaciones, incorporan la peculiaridad de ser creadas en el marco del sector público, lo que se traduce en un régimen jurídico dotado de ciertas singularidades<sup>922</sup>. Así, la constitución, modificación estatutaria, fusión o extinción de dichas entidades no sólo requiere la voluntad de los fundadores en este sentido, pues también se reputa precisa la autorización del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en la que se creen, con carácter previo a la adopción del correspondiente acuerdo. A su vez, y en cuanto a la selección de personal, debe llevarse a cabo con arreglo a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria, ajustándose su contratación a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar se revele incompatible con estos principios.

En términos prácticamente idénticos a los del art. 44 de la Ley 50/2002, las legislaciones autonómicas de fundaciones<sup>923</sup> configuran como fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma respectiva, aquellas en las que la mayoría de los miembros de su patronato se designe por entidades componentes de dicho sector público, siempre que además concurra en ellas alguna de las siguientes circunstancias, preservándose por tanto el carácter alternativo, que no cumulativo: bien que se constituyan con una aportación mayoritaria directa o indirecta de la Administración General de la Comunidad Autónoma o demás entidades del sector público de la Comunidad Autónoma, o bien que su patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas

---

<sup>921</sup> La Disposición Adicional cuarta de la Ley 50/2002 establece que las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, continúan rigiéndose por su normativa específica, aplicándoseles los preceptos del Capítulo XI con carácter supletorio.

<sup>922</sup> Véase HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: “La controvertida naturaleza jurídica de la fundación sanitaria...”, págs. 215-217.

<sup>923</sup> A modo de ejemplo, cabe citar el art. 23 bis 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.

entidades. En claro distanciamiento de las fundaciones típicas del Derecho privado, las que intervienen como técnicas de gestión directa sanitaria gozan, por tanto, de un capital fundacional mayoritariamente público. Pero no es éste el único elemento distintivo respecto de las fundaciones privadas, pues cabe señalar asimismo que las entidades que resultan ahora objeto de estudio se caracterizan por el papel preponderante que asume la Administración en la conformación de los órganos que las componen, señaladamente el protectorado y el patronato –control político del cumplimiento de los fines-, o en la aplicación de la legislación de hacienda pública de la Comunidad de que se trate en cuanto se refiere a presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas.

Si bien en un principio fue Galicia el territorio en el que se acudió con mayor frecuencia a la implantación de este tipo de fundaciones (señaladamente, hospitales de Verín, Salnés, Valdeorras, Monforte, Barbanza), lo cierto es que en el resto de Comunidades Autónomas el recurso a estas técnicas no ha quedado como un fenómeno aislado. Destaca así la Fundación Hospital de Manacor que, junto a la de Alcorcón, resultó pionera, la Fundación Hospital de Calahorra, la Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital Universitario Clínico “San Carlos”, la Fundación Hospital Palma II (Sont Llátzer), la Fundación Vasca de Innovación e Investigación Sanitarias/B+I+O eusko fundazioa, la Fundación "Hospital de l'illa del rei" o la Fundación andaluza Beturia para la Investigación en Salud.

- El consorcio constituye, por su parte, otra de las figuras de las que se vale la gestión directa de los centros y servicios sanitarios. Se trata de organizaciones comunes, dotadas de personalidad jurídica propia y suficiente para el cumplimiento de sus fines, que se constituyen mediante convenios celebrados bien con otros entes públicos, como es el caso de las entidades que integran la Administración local, bien con entidades privadas sin ánimo de lucro, que persiguen fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones públicas, o bien con todas ellas conjuntamente (art. 46 RD 29/2000). Según se advierte, el sector privado, siempre que carezca de ánimo de lucro, puede converger en esta asociación de organismos públicos como técnica de organización, sin que ello desvirtúe en modo alguno la naturaleza pública del ente. Es ésta una de las principales singularidades que reviste el consorcio en el ámbito sanitario.



## TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

Consiste, por tanto, en una corporación interadministrativa e instrumental basada en la asociación voluntaria de entidades con el objeto de satisfacer intereses de carácter público, de gestionar conjuntamente, en concreto, competencias comunes. A tal efecto, se encuentra dotada de personalidad jurídica independiente de la de sus miembros. A pesar de que ha habido quien ha rechazado su consideración como forma de gestión<sup>924</sup>, lo cierto es que la ausencia de formalidad de la técnica consorcial y, con ello, la versatilidad de su régimen jurídico, que puede variar y ajustarse mejor al tipo de entidades asociadas, al tipo de actuación a desarrollar y a los términos de la asociación, suelen ser destacadas entre las virtudes que presenta la utilización del consorcio en la gestión sanitaria.

A efectos presupuestarios, los consorcios sanitarios se inscriben en el sector público administrativo<sup>925</sup>, tal y como se confirma de la lectura de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. De una parte, la letra h) del art. 2.1 incluye en el sector público a los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando un sujeto de naturaleza pública, o varios, haya aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado. De otra parte, el art. 3.1.b) del texto legal integra en el sector público los consorcios dotados de personalidad jurídica propia que cumplan alguna de las dos características siguientes: o bien que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro; o bien que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, entendiéndose como tales los ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de la entregas de bienes o prestaciones de servicios.

Cataluña fue la primera Comunidad Autónoma en recurrir a esta fórmula de gestión en el ámbito sanitario, mediante la constitución de, entre otros, el consorcio hospitalario de

---

<sup>924</sup> SÁNCHEZ-CARO, J., loc. cit., pág. 112.

<sup>925</sup> CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., op. cit., pág. 38

Vic en 1986, el consorcio hospitalario del Parc Taulí de Sabadell, del mismo año, el consorcio hospitalario de Terrassa de 1988 y el Consorcio sanitario de Barcelona (con participación de la Generalidad de Cataluña y el Ayuntamiento de Barcelona) en 1989. Un año más tarde se constituiría el consorcio unidad de diagnóstico para la imagen de alta tecnología, siendo 1991 el año en que vio la luz el consorcio para la gestión del hospital de la cruz roja de Hospitalet de Llobregat<sup>926</sup>. También ha sido empleada esta fórmula de gestión en el resto del país. Así, y a modo de ejemplo, en Andalucía se recurrió a esta técnica consorcial en el hospital del Aljarafe, gestionado mediante un consorcio conformado por la Administración sanitaria y la orden hospitalaria San Juan de Dios.

- En la gestión sanitaria se recurre también a sociedades públicas en cuanto personificaciones jurídico-privadas. Y es que este tipo de sociedades ostentan carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto, según establece el art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, a las que quedan sujetas como régimen legal.

En la actualidad se acepta comúnmente que sólo en los casos en que la Administración sanitaria constituya la única titular del capital, nos hallamos ante un supuesto de gestión directa, no así cuando la participación en el capital sea mayoritaria, tratándose en este caso de una técnica de gestión indirecta con independencia de que haya otros partícipes públicos. Se requeriría, pues, en este caso, la correspondiente contratación de la gestión de los servicios públicos en la modalidad de sociedad de economía mixta (art. 277.d. LCSP)<sup>927</sup>.

La cuestión no es del todo simple si se tiene en cuenta, con CAYÓN DE LAS CUEVAS<sup>928</sup>, la antinomia existente entre la normativa sanitaria y la de contratación. Así, valga señalar que el art. 54 del RD 29/2000 alude a un capital mayoritaria o completamente público en estas sociedades. Por el contrario, el art. 8.2 LCSP sólo incluye en la gestión directa la llevada a cabo por sociedades cuyo capital sea público en su

---

<sup>926</sup> Véase LAFARGA I TRAVER, J. L.: “El consorcio: un instrumento al servicio del consenso en la gestión de los servicios sanitarios. La experiencia de Cataluña”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 2, núm. 1, 1994, págs. 109-116.

<sup>927</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., op. cit., pág. 419. En el mismo sentido, MEDINA GONZÁLEZ, S., op. cit., pág. 175.

<sup>928</sup> CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., op. cit., pág. 39.

totalidad. En concreto, el precepto dispone que las disposiciones del texto legal en que se inscribe referidas a este tipo de contrato no resultan aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública. En esta oposición de preceptos, el autor defiende acertadamente la prevalencia de este último criterio, asumido el carácter de “norma de cabecera del grupo normativo” que asume la LCSP.

Configurada como sociedad mercantil creada por la Administración con capital enteramente público, esta técnica de gestión sanitaria constituye una forma de organización empresarial sujeta al Derecho privado, excepto en aquellos supuestos en que procede la aplicación de la legislación de control financiero y presupuestario.

Esta figura ha tenido una presencia considerable en el campo sanitario, fundamentalmente en Cataluña, Andalucía y Galicia. En la primera, se ha recurrido a esta fórmula en el marco del sistema de emergencias médicas, S.A., el Servicio coordinador de urgencias de Barcelona, S.A.; el Instituto Catalán de Oncología; la Empresa pública servicios sanitarios de referencia-centro de transfusión y banco de tejidos. En Andalucía, destaca el Hospital de la Costa del Sol; la empresa pública para la gestión de los servicios de emergencias sanitarias; el Instituto de medicina técnica, S.A.; o la empresa pública Alto Guadalquivir, responsable de la gestión del Hospital de Andújar y del Hospital de Montilla. En Galicia, por su parte, cabe aludir al Instituto gallego de medicina interna, S.A. o al Hospital de Fuenlabrada.

- Las fundaciones públicas sanitarias son proclamadas formalmente en el art. 111 de la Ley 50/1998, precepto que habilita la creación de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho y, entre ellas, cita expresamente a “las fundaciones públicas sanitarias, que se regulan por las disposiciones contenidas en el presente artículo, por lo que se refiere al ámbito del Instituto Nacional de la Salud, y por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma, en lo referente a las fundaciones públicas sanitarias que se puedan crear en sus respectivos ámbitos territoriales”.

Lo controvertido de esta figura se advierte desde su propia denominación, en tanto en cuanto introdujo una considerable confusión con las entidades referidas líneas arriba, igualmente llamadas fundaciones, y empleadas en la gestión sanitaria. La diferenciación de unas y otras se revela necesaria, siendo el régimen jurídico del todo diferente. En concreto, las fundaciones que ahora se abordan gozan de naturaleza jurídica pública.

Constituyen, por tanto, personificaciones de Derecho público, si bien regidas por disposiciones de Derecho privado. Las fundaciones públicas sanitarias no pueden ser identificadas, pues, ni con las fundaciones en mano pública analizadas anteriormente ni, mucho menos, con las fundaciones privadas tradicionales. Sin embargo, en relación con su terminología, hay quien no ve problema al considerar que el término fundación ha de ser siempre comprendido en el marco de un contexto que lo individualiza de forma absoluta<sup>929</sup>. La naturaleza pública de las fundaciones públicas sanitarias emerge así en uno de los elementos principales en la demarcación de las demás fórmulas. Según VILLAR CAÑADA, esta previsión ha de valorarse como un giro en la tendencia privatizadora que inauguró en su momento el RDL 10/1996, “al menos formalmente”, en el sentido de que otorga carácter público a las fundaciones intervinientes en la gestión sanitaria<sup>930</sup>.

Por su parte, la propia delimitación jurídico-positiva también conduce a separar la figura de las fundaciones en mano pública respecto de las fundaciones públicas sanitarias. La Disposición Adicional tercera de la Ley 50/2002 establece expresamente que “las fundaciones públicas sanitarias a que se refiere el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, seguirán rigiéndose por su normativa específica”.

Lo cierto es que la concisión de la definición normativa<sup>931</sup> de las fundaciones públicas sanitarias no se ha visto correspondida con la extensión del debate suscitado en torno a su propia naturaleza. Y es que, tal y como se confirma desde la Introducción del RD 29/2000<sup>932</sup>, las fundaciones públicas sanitarias se configuran como la adecuada adaptación al ámbito sanitario de las entidades públicas empresariales, armonizando la descentralización de la gestión y el mantenimiento del régimen estatutario del personal<sup>933</sup>. He aquí por tanto la principal razón de la irrupción de esta nueva figura en el

---

<sup>929</sup> SÁNCHEZ-CARO, J., loc. cit., pág. 123. Señala el autor que “la utilización de palabras con significación conceptual diferente y que encuentran su definitiva concreción y naturaleza jurídica en un determinado marco legal, es corriente en el Derecho”, citando a modo de ejemplo la compraventa o el arrendamiento.

<sup>930</sup> VILLAR CAÑADA, I., op. cit., pág. 128.

<sup>931</sup> El art. 62 del RD 29/2000 se limita a enunciar que constituyen organismos públicos, adscritos al INGESA con personalidad jurídica propia.

<sup>932</sup> De hecho, la atención con que aborda esta figura el RD 29/2000 aspira precisamente a paliar las críticas que originó las misma desde su propia creación por el art. 111 Ley 50/1998.

<sup>933</sup> En lo que implica un distanciamiento de las entidades públicas empresariales, cuyo personal se rige por el Derecho laboral (art. 55 LOFAGE).

rompecabezas de la gestión sanitaria, aspirándose a lograr el máximo ajuste posible al contexto sanitario y, en consecuencia, el régimen estatutario del personal (art. 111.5 Ley 50/1998).

No siendo, pues, entidades públicas empresariales en sentido estricto, sí que participan del mismo “género” de éstas, al hallarse igualmente configuradas como organismos públicos. Ahora bien, mientras los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales pertenecientes a dicha categoría genérica requieren una Ley que viabilice su creación, en el caso de las fundaciones públicas sanitarias se reputa suficiente el acuerdo del Consejo de Ministros para su constitución, modificación y extinción, así como la de sus estatutos (art. 111.3 Ley 50/1998), acercándose más a las sociedades mercantiles públicas en este aspecto. El déficit democrático que ejemplifica la ausencia legalmente consentida de intervención del poder legislativo ha constituido, con razón, uno de los principales elementos de crítica de esta técnica de gestión<sup>934</sup>, en el sentido de que el Gobierno goza de “carta blanca” en la delimitación del régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias.

Se trata, en definitiva, de un organismo público a medio camino entre los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales. A diferencia de estas últimas, no se rigen con arreglo al principio de autofinanciación, separándose de las primeras en la sujeción al Derecho privado<sup>935</sup>.

En la razón de ser del recurso a estas fundaciones en la gestión sanitaria reside, como se ha avanzado líneas arriba, la pretensión de lograr una específica adaptación del régimen de los organismos públicos al ámbito sanitario, de acomodar, en fin, su autonomía orgánica y funcional a las peculiaridades del sector, en términos de patrimonio y contratación<sup>936</sup>.

En todo caso, no ha sido la naturaleza jurídica el único aspecto controvertido en las fundaciones públicas sanitarias, toda vez que la misma técnica legislativa empleada en su previsión resultó también polémica desde un principio. Y es que no fueron escasas las ocasiones en que se cuestionó la introducción formal de la figura a través de una ley de acompañamiento. En este sentido, resultó determinante la STS 411/2003, de 27 de enero,

---

<sup>934</sup> Véase VILLAR CAÑADA, I., op. cit., pág. 132.

<sup>935</sup> VILLAR ROJAS, F. J., loc. cit., pág. 6.

<sup>936</sup> MEDINA GONZÁLEZ, S., op. cit., pág. 169.

que vino a superar toda polémica al enunciar que “el artículo 134 de la Constitución sólo impone límites a las leyes de presupuestos y que, por ende, una ley ordinaria como la de acompañamiento, cualquiera que sea la premura con que se haya aprobado, puede en principio abarcar cualquier materia, pues así lo permite la libertad de configuración normativa de que goza el legislador”. En particular, el Tribunal no considera procedente plantear cuestión de inconstitucionalidad del artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, por infracción del principio de seguridad jurídica. En primer lugar, estima que la materia regulada no puede considerarse como una modificación sustancial de los preceptos de una ley principal o cabeza de grupo, puesto que no es total ni se produce ex novo. Reviste, pues, un valor sectorial, sin que resulte en ningún modo modificada la regulación general. Por otra parte, representa la regulación más concreta de un nuevo régimen que ya había sido introducido por la Ley 15/1997. Asimismo, se sostiene que la materia regulada no puede considerarse ajena a la materia presupuestaria, dado que la Ley 65/1997, de 30 diciembre, de Presupuestos generales del Estado para 1998, establece el régimen presupuestario de las fundaciones de naturaleza o titularidad pública. La insuficiencia de la regulación sustantiva existente es la que motiva, a juicio del Tribunal Supremo, la necesidad de la nueva regulación tendente a posibilitar la puesta en marcha del sistema, de donde se deriva la “indudable relación con la voluntad de resolver los problemas de la financiación del sistema público sanitario”.

También resultó objeto de discusión en la resolución referida la posible vulneración del principio de reserva de ley en la creación de las fundaciones públicas sanitarias, ya que podía entenderse que el art. 111 de la Ley 50/1998 infringía el artículo 103.2 de la Constitución, al deferir al Gobierno la creación de las fundaciones públicas sanitarias. Sin embargo, el Tribunal Supremo estima que la reserva de ley que establece la Constitución en relación con la creación de órganos de la Administración (la cual puede entenderse que comprende los entes instrumentales con personalidad jurídica propia que forman parte de la Administración del Estado) “no tiene carácter absoluto, sino relativo, como se desprende de la expresión «creados... de acuerdo con la ley» (no «por ley») y, en consecuencia, como recoge la sentencia del Tribunal Constitucional 60/1986, permite compartir la regulación de una materia entre la ley -o norma con fuerza o valor de ley- y el reglamento, ya que la Constitución no ha reservado expresa y directamente a la ley la creación, modificación y supresión de tales órganos”. Es así como concluye el Tribunal,

por suficiente, la validez de la fijación legal (en el artículo 111 de la Ley 50/1998) de los rasgos fundamentales del régimen jurídico del ente, junto al establecimiento de las particularidades del procedimiento de creación, sus requisitos y el órgano competente para acordarla.

### *B.2.- La gestión indirecta.*

Junto a la modalidad directa, el ordenamiento jurídico contempla igualmente la gestión indirecta. En concreto, la Exposición de Motivos de la Ley 15/1997 establece que la gestión de los centros y servicios sanitarios y sociosanitarios puede llevarse a cabo “directamente o indirectamente a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho; entre otras formas jurídicas, la presente disposición ampara la gestión a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones -en los mismos términos a las ya creadas- u otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en nuestro ordenamiento jurídico”. Éste fue uno de los grandes logros del texto legal, la conversión de las instituciones sanitarias, en cuanto establecimientos públicos, en personificaciones dotadas de autonomía funcional y patrimonial<sup>937</sup>. Asimismo, el apartado segundo del artículo único de la Ley enuncia que “la prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad<sup>938</sup>”. Precisamente sobre la base de lo establecido en esta norma, el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social<sup>939</sup> formaliza la materialización de formas indirectas de

---

<sup>937</sup> VILLAR ROJAS, F. J., loc. cit., págs. 3 y 5.

<sup>938</sup> Tal y como se señaló en la STS 20 de diciembre de 2005, esta referencia a la Ley General de Sanidad no se puede entender referida a los modos de gestión previstos en dicho texto legal, “pues ello sería tanto como dejar sin efecto esa habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud que la norma posibilita y también en buena medida derogar la propia Ley que las regula, Ley 15/97”. Al contrario, estima “procedente y obligado entender que esa referencia a la Ley General de Sanidad, se ha interpretar y aplicar del único modo congruente y posible, estimando que esa referencia deja en vigor, como no podía menos, las nuevas formas de gestión que la nueva norma autoriza y dispone, siempre que se respeten y salvaguarden los derechos de los usuarios, a que se refiere la Ley General de Sanidad, esto es, que apliquen las nuevas formas de gestión autorizadas por la Ley, pero cuidando que ello no redunde en perjuicio del usuario del servicio, en definitiva, que se le otorgue un servicio con las adecuadas garantías y sometido a los controles oportunos”.

<sup>939</sup> Desarrollada por el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud.

gestión en la asistencia sanitaria, preceptuando que “para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrán crearse cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho”.

El Tribunal Constitucional ha avalado en todo momento la constitucionalidad de la gestión indirecta de los servicios públicos. Tempranamente, y si bien con relación a un servicio diferente al sanitario, el de la televisión, el máximo intérprete de la Constitución aclaró que la declaración de una determinada actividad como servicio público no supone, por sí sola, un obstáculo insalvable para la gestión por los particulares de esa actividad<sup>940</sup>. Trasladando esta conclusión al ámbito sanitario, cabe sostener que la responsabilidad pública que la Constitución española reconoce en la dinámica de la prestación sanitaria no puede interpretarse en clave de impedimento de la articulación de opciones de tipo privado en su gestión. En este sentido, el propio texto legal que acomete el desarrollo del precepto constitucional en que se consagra el sistema sanitario reconoce en su art. 89 la libertad de empresa en el sector sanitario, conforme al artículo 38 CE<sup>941</sup>. Y es que, junto a la participación y la descentralización, la concurrencia de la gestión pública y la privada de los servicios sanitarios constituye una de las ideas básicas en que se sustenta la LGS<sup>942</sup>.

La gestión del servicio sanitario es indirecta en aquellos casos en que es asumida por una entidad ajena a la Administración sanitaria, empleándose el contrato de gestión de servicios públicos<sup>943</sup> como instrumento jurídico para articular la relación entre una y otra. En particular, el art. 8.1 LCSP define esta modalidad de contrato como aquél por el que la

---

<sup>940</sup> ATC 138/1987, de 5 de febrero.

<sup>941</sup> “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

<sup>942</sup> VILLAR CAÑADA, I., op. cit., pág. 117.

<sup>943</sup> De cara a su diferenciación respecto del contrato de servicios, dos son los elementos a destacar: la titularidad pública y la transferencia de riesgos en la explotación. Véase estos criterios en la depuración conceptual contenida en GIMENO FELIÚ, J. M.: “Contratación pública en el ámbito de la administración sanitaria: reflexiones”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario*, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dirs.), Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 446-459. La distinción entre un contrato y otro no resulta baladí pues determinará la aplicación o no de las directivas comunitarias en materia de contratación pública, así como la aplicación de un régimen jurídico y un procedimiento de impugnación diferente. Al respecto, consúltese PÉREZ ALONSO, M. A.: “La gestión sanitaria a debate. Nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”, en AA. VV.: *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2013, págs. 96-100.



Administración pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración<sup>944</sup>. Luego del tenor literal del precepto se deduce el carácter indirecto de la gestión basada en este tipo de contrato. Carácter que vuelve a ser reforzado en el art. 275.1 del texto legal al preceptuar que “la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares”. A esto se añade que “en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”, en los que cabe inscribir las funciones propias de la salud pública. Sin embargo, no es éste el caso de la protección de la vertiente individual de este bien jurídico, pues nada impide que pueda quedar vinculada al sector privado a través del referido contrato.

En la gestión indirecta, la Administración sigue ostentando, pues, la titularidad del servicio que se dispensa (no se olvide que se trata de una competencia pública), sin perjuicio de que el mismo sea confiado a un agente jurídico-privado y, por tanto, externo<sup>945</sup>, con el que se acuerda su prestación y que realiza así una importante labor de cooperación con la Administración sanitaria en el servicio público cuya ordenación y control quedan bajo la responsabilidad de aquélla, una labor, en definitiva, de colaboración en el ejercicio de competencias públicas.

Como consecuencia de la naturaleza jurídico-pública de la actividad desarrollada por la entidad (de titularidad y naturaleza jurídico-privada) que materialmente lleva a cabo la dispensación del servicio sanitario, las actuaciones se hallan sometidas a determinadas constricciones<sup>946</sup>. Quiere ello decir que el régimen jurídico de la concreta actividad a ejercer no queda determinado por la naturaleza jurídica del ente que actúa, sino por la naturaleza de la función, típicamente pública, que desarrolla. De ahí que la Administración mantenga el desempeño de las potestades de control que le son propias.

---

<sup>944</sup> Sigue estableciendo el segundo apartado del precepto que “las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

<sup>945</sup> De ahí la expresión frecuentemente empleada de “externalización de servicios”.

<sup>946</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., op. cit., pág. 421.

En el art. 277 LCSP quedan enunciadas las diversas modalidades que puede adoptar la contratación de la gestión de los servicios públicos, de manera que los servicios sanitarios pueden hacer uso de una amplia variedad de figuras.

- En la concesión, el empresario gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura, según reza el apartado a) del art. 277 LCSP. Por tanto, la prestación estricta del servicio sanitario corresponde a aquél, si bien la Administración mantiene la titularidad del servicio y, con ello, ostenta facultades de control y dirección mientras persista el contrato de concesión. Dicho en otros términos, la entidad privada acomete la gestión sanitaria durante un período de tiempo determinado, al término del cual, vuelve a corresponder la labor a la Administración autonómica de que se trate, junto a los medios empleados, sin perjuicio de que se pueda decidir volver a recurrir a la fórmula de la concesión.

La gestión mediante concesión se caracteriza porque la titularidad es pública, como también lo es el control, el cual se lleva a cabo a través del comisionado. Igualmente pública resulta la financiación, mediante técnicas de capitación, incluyendo penalizaciones adicionales a causa de facturaciones a terceros. En este sentido, se abona a la entidad concesionaria un montante per cápita anual por cada residente existente en el área sanitaria adscrita al centro concesionario, revisándose cada año el mismo<sup>947</sup>. Ahora bien, en relación con los pacientes que se han desplazado para recibir asistencia sanitaria en el establecimiento en el que media la concesión, el concesionario cobra la asistencia con un coeficiente reductor. El objeto no es otro que desincentivar una mayor dedicación a los enfermos desplazados y evitar así todo menoscabo en las personas residentes<sup>948</sup>.

El carácter público de la titularidad, la financiación y el control se contraponen al privado de la prestación. En conclusión, sólo la gestión estricta es privada o se

---

<sup>947</sup> La apuesta por esta figura suele venir justificada precisamente en el hecho de que los pagos anuales permiten a los gobiernos dejar los costes de nuevas infraestructuras fuera del balance público a efectos de deuda y déficit, cumpliendo la Ley de estabilidad presupuestaria. BAQUERO VARGAS, J. Y SAN JOSÉ PÉREZ, C.: "La mercantilización de la sanidad", *Revista de Economía Crítica*, núm. 6, 2008, pág. 90.

<sup>948</sup> RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., op. cit., pág. 303.

externaliza<sup>949</sup>, en lo que constituye una de las principales diferencias respecto de las fórmulas de gestión previstas en la LGS<sup>950</sup>.

La personificación jurídico-privada, al asumir la explotación del servicio sanitario, asume igualmente el riesgo<sup>951</sup> vinculado a la misma. Un riesgo éste que tiene diversas manifestaciones, señaladamente, el derivado de los costes de explotación y, en su caso, de construcción de las infraestructuras sanitarias, el riesgo emanado de la demanda, de especial entidad en supuestos como éste, sustentado en mecanismos de pago basados en volumen, así como el riesgo de disponibilidad, esto es, el correspondiente a la libre elección y al posible rescate de la concesión por el mal servicio<sup>952</sup>. En todo caso, conviene señalar que, en el terreno sanitario, el riesgo no es exclusivo del contratista, pues éste será compensado por la Administración en determinados supuestos, a fin de mantener el equilibrio económico del contrato<sup>953</sup>.

Conviene poner de relieve que el concesionario no sólo puede llevar a cabo actividades propiamente de gestión, pues, en ocasiones, se le encomienda también la ejecución de obra. A este respecto cabría plantearse cuál es la diferencia entre el contrato de concesión de obras públicas en sentido estricto y el contrato de concesión de servicios públicos que incluye a su vez la ejecución de obras. CAYÓN DE LAS CUEVAS responde al interrogante en base al criterio de la accesoriedad de las obras en relación con el objeto principal del contrato en cuestión. Así, cuando el objeto principal del contrato consiste en la construcción y explotación de una obra pública, éste ha de ser calificado como contrato

---

<sup>949</sup> MORENO VERDUGO, M., loc. cit., pág. 81. La actualización per cápita se lleva a cabo en base al IPC del año, junto a una facturación intercentros, de forma que los pacientes atraídos desde otras áreas de salud facturan al 80% del coste real efectivo de acuerdo con lo establecido en los precios públicos, mientras que los pacientes del área de la entidad concesionaria que son tratados en otra diferente facturan al 100% del coste real efectivo o coste medio establecido por precios públicos.

<sup>950</sup> La STSJCV de 20 de diciembre de 2000 afirma que “la concesión administrativa implica cesión de la gestión a la empresa privada adjudicataria” y, por tanto, “la tesis que venimos manteniendo queda reforzada, pues ni en el concierto sanitario ni en el convenio singular existen gestión por la empresa privada, sino mera prestación. En consecuencia, no cabe equiparar la figura privatizadora de la concesión con los contratos aludidos en la LGS”.

<sup>951</sup> El riesgo de explotación económica del servicio es concebido como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. GIMENO FELIÚ, J. M., op. cit., pág. 458.

<sup>952</sup> CALERO, R. Y GALLARZA, M. G.: “La concesión administrativa como modelo de gestión sanitaria en la Comunidad Valenciana”, *Cuadernos de CC. EE. Y EE.*, núm. 59, 2010, pág. 45.

<sup>953</sup> Véase al respecto MENÉNDEZ REXACH, A.: “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Revista de Administración Sanitaria*, Vol. 6, núm. 2, 2008, pág. 278.

de concesión de obra pública. Si, en cambio, es la explotación de un servicio público la prestación más importante –matiza el autor “desde el punto de vista económico”-, de forma que en ella se incluye, accesoriamente, la ejecución de obras, estaremos ante un contrato de gestión de obra pública<sup>954</sup>. Lo cierto es que no resulta en nada infrecuente la inclusión de la construcción del establecimiento sanitario en el objeto de la concesión, en tanto supone un ahorro de coste para la Administración que se adiciona al ahorro propio del equipamiento, la dotación del personal, así como el propio riesgo, que corresponde al contratista, quien ha de ajustarse al pago por capitación establecido en el pliego de condiciones y el contrato público suscrito<sup>955</sup>.

La concesión ha resultado ser una de las figuras generadoras de mayor debate entre los que alaban sus virtudes y los que ven en ella una suerte de peligrosa arma privatizadora de la sanidad. Del lado de los primeros, se ha destacado que “combina lo mejor del mundo público y del mundo privado, ya que, la reserva de la titularidad del servicio permite a la Administración un control exhaustivo, pero sin tener que participar en la gestión empresarial de la actividad”<sup>956</sup>. Asimismo, se ha aludido a la ventaja que supone la no exigencia de desembolso inmediato de fondos públicos para la financiación de las infraestructuras precisas, al tiempo que en la explotación del establecimiento cabe habilitar diversas fórmulas de capitación y explotación, incluyendo el importe de las amortizaciones de las inversiones llevadas a cabo por los empresarios titulares de la inversión<sup>957</sup>. Sin embargo, la concesión administrativa en el sector sanitario, y la financiación capitativa con que se articula, impulsa a la entidad concesionaria a disminuir costes, con el inmediato riesgo de selección de pacientes atendiendo al coste del tratamiento que ello lleva aparejado, ya que debe responder de su población protegida por medio de la facturación intercentros. Se suele denunciar, además, que este tipo de contratos establecen mecanismos de garantía del beneficio para las empresas concesionarias durante dilatados períodos de tiempo, dificultando cualquier modificación

---

<sup>954</sup> CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., op. cit., pág. 62.

<sup>955</sup> PÉREZ ALONSO, M. A., op. cit., pág. 102: “La ventaja –aparentemente- que ofrecen estos nuevos modelos es que el gobierno autónomo puede construir los hospitales en principio sin endeudarse, ya que los construye, equipa e inaugura hospitales de nuevo cuño sin ningún gasto de personal y eludiendo el tope de déficit público”.

<sup>956</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., op. cit., pág. 426 y doctrina citada.

<sup>957</sup> RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., op. cit., pág. 300.

en el ajuste de la estructura y funcionamiento de esos hospitales ante las cambiantes necesidades de salud de la población y del sistema sanitario<sup>958</sup>.

Al debate recién referido contribuye la actualidad de la figura en cuestión. Y es que la concesión como fórmula de gestión indirecta sanitaria, avalada judicialmente<sup>959</sup>, ha sido crecientemente empleada tanto en la Comunidad de Madrid como en la Valenciana durante los últimos años<sup>960</sup>. Esta última resultó la pionera en la materia a través del tan conocido como controvertido modelo Alzira<sup>961</sup>, siguiendo la madrileña el ejemplo en fechas muy recientes. En todo caso, ha sido en ésta en la que la polémica ha resultado más sonada, hasta el punto de que la Comunidad terminó por desistir de ejecutar el proceso de externalización. En particular, el plan de medidas de garantía de la sostenibilidad del sistema sanitario público de la Comunidad de Madrid suponía la externalización de la atención especializada en seis hospitales, junto a la concesión de la Atención Primaria, dando prioridad en su gestión a la participación de los profesionales sanitarios que quisieran constituir sociedades. Los arts. 62 y 63 de la Ley madrileña 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas<sup>962</sup> procedieron a reordenar la asistencia

---

<sup>958</sup> BAQUERO VARGAS, J. Y SAN JOSÉ PÉREZ, C., loc. cit., págs. 92 y 93.

<sup>959</sup> La STS de 20 de diciembre de 2005, que resuelve en sentido positivo el conflicto planteado relativo a la legalidad de la concesión administrativa para gestionar el servicio público sanitario, contiene la fundamentación jurídica de dicha figura.

<sup>960</sup> Un análisis del modelo valenciano en CALERO, R. Y GALLARZA, M. G., loc. cit., págs. 47-55. El Hospital de La Ribera, en Alzira, se convirtió desde su puesta en marcha en 1999 en el primer hospital gestionado por concesión administrativa en España. Con posterioridad, se emplearía dicha fórmula en el Departamento de salud de Torrevejeja, de Denia, de Manises y de Elx-Crevillent.

<sup>961</sup> En el hospital de Alzira, el concesionario era una Unión Temporal de Empresas integrada por Adeslas (Grupo Agbar) con una participación del 51%, un grupo de Cajas de Ahorro regionales con el 45% y con un 2%, respectivamente, las constructoras Dragados y Lubasa. La concesión en su fase inicial tenía una duración de diez años prorrogables a quince de la gestión de la atención especializada del área 10, de forma que el concesionario se comprometía a construir el Hospital de la Ribera y a cambio recibe una contraprestación en forma de pago capítativo (no ajustado) de 224,58 euros/año por persona. Esta modalidad estuvo vigente hasta marzo del año 2003, en que se renegóció y sustituyó por una nueva concesión durante quince años, prorrogables a veinte de la gestión conjunta de la atención primaria y especializada del área 10. Como consecuencia de la cancelación anticipada de la concesión, se indemnizó a la concesionaria con un rescate por lucro cesante. Esta renegociación no ha estado exenta de críticas al discutirse el importe del lucro cesante por valor de 25 millones de euros, dado que durante los primeros años de la concesión el hospital incurrió en pérdidas (2,67 millones de euros en 2002). Y es que, en la medida en que existen dudas sobre la capacidad de renegociar condiciones favorables a la vista de resultados inferiores a los deseados por la concesión, la capacidad prospectiva del acuerdo y la credibilidad del mismo se debilita y, con ello, el conjunto de incentivos y reparto de riesgos diseñado. VENTURA VICTORIA, J.: "Organización y gestión de la atención sanitaria", en Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Informe anual del Sistema Nacional de Salud, 2003. Disponible en [www.msssi.gob.es](http://www.msssi.gob.es).

<sup>962</sup> El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 23 de abril de 2013, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1884-2013, promovido por más de cincuenta senadores del grupo parlamentario socialista del Senado, contra los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid (BOE de 13 mayo de 2013). Recurso muy recientemente estimado de forma parcial por el Tribunal Constitucional.

sanitaria en los Hospitales Infanta Cristina, de Parla, Infanta Sofía, de San Sebastián de los reyes, Infanta Leonor, de Vallecas, Sureste, de Arganda del Rey, Henares, de Coslada, y Tajo, de Aranjuez, habilitando al Servicio Madrileño de Salud para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en dichos centros.

En concreto, el segundo apartado del art. 62 disponía la competencia de la Unidad Técnica de Control de los servicios de explotación de las obras públicas de los Hospitales de la Comunidad de Madrid indicados, creada por Orden 2073/2007, del Consejero de Sanidad, de 12 de septiembre, en la realización de las funciones de vigilancia, seguimiento y control de la ejecución de los nuevos contratos. Por su parte, el tercer apartado facultaba al Servicio Madrileño de Salud para dictar las instrucciones de funcionamiento precisas en la garantía de la correcta prestación y niveles de calidad de los servicios, así como al establecimiento de los órganos y procedimientos de coordinación oportunos y asignación a cada sociedad de las funciones apropiadas.

En el siguiente artículo, se modificaba el art. 88 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid, disponiendo que cuando la gestión de los centros de atención primaria se realizase por cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en la Ley de Contratos del Sector Público, podría ofrecerse la gestión de los centros preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que estuviesen constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que prestasen sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud. Fue ésta una novedosa previsión que no dejó de ser cuestionada, por posible vulneración del art. 1 LCSP y del principio de no discriminación e igualdad de trato que enuncia, pues sólo en el caso de que la gestión de los centros no se asignase a cualquiera de las sociedades de profesionales creadas al efecto, podrían concurrir para su gestión el resto de personas físicas o jurídicas legalmente constituidas<sup>963</sup>.

Una de los aspectos más controvertidos del modelo que se pretendía instaurar radicaba en el hecho de que se alegaba la valoración de un considerable ahorro de costes para el que no se justificaban suficientemente los datos. El sistema capitolativo por el que se financiaría la concesión supondría romper con el aseguramiento único generando una

---

<sup>963</sup> Véase CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., op. cit., pág. 64.

dualidad de pacientes<sup>964</sup>, en el sentido de que en aquellos establecimientos sustentados en modelos de gestión directa, la ausencia de las técnicas necesarias supondría su remisión a otro centro dotado de medios más adecuados, mientras que en los centros concesionados, la atención del paciente en un establecimiento diferente supondría el abono por parte del concesionario de la cantidad correspondiente. Así pues, el cambio de lógica era total, pues de un sistema integrado y coherente en la colaboración, se acogía un modelo regido por la competencia, fomentando la siempre temida selección de riesgos.

Se acome fuere, lo cierto es que los contratos de concesión de los servicios de asistencia sanitaria en el modelo valenciano y el frustrado de Madrid han llegado a ser calificados como “un auténtico experimento a nivel mundial”. Y es que los contratos celebrados con iniciativa de financiación privada en modelos sanitarios del entorno comparado han tenido por objeto la financiación, construcción, dotación de equipamientos y, en su caso, prestación de servicios auxiliares, pero en modo alguno la prestación de asistencia sanitaria, dada la complejidad y los costes de información y transacción provocados por la definición de las prestaciones y la gestión de sus riesgos<sup>965</sup>.

Se ha estimado que tanto en Madrid como en la Comunidad Valenciana, el modelo de concesión sanitaria propuesto procede a la “penalización” de los pacientes que, adscritos a la demarcación geográfica propia de la entidad concesionaria, recurren a centros extraños a la misma. Así, en tales supuestos se ha previsto la obligación a cargo de la concesión de abonar el 100 por ciento de la tarifa fijada, bonificando el caso contrario, esto es, facturando el 80 por ciento o 90 por ciento de la tarifa para los supuestos en que los pacientes provenientes de zonas fuera del área de la concesión sean tratados en ella. Ambas previsiones han sido criticadas en términos de análisis de coste<sup>966</sup>, en el sentido de que las actividades adicionales acometidas por los hospitales se inscriben en costes

---

<sup>964</sup> Se ha llegado a aludir a un “apartheid sanitario” en el Informe AFEM-López Rodo&Cruz Ferrer: *Sobre la inconstitucionalidad de la concesión de los servicios sanitarios de hospitales y centros de salud por la Comunidad de Madrid*, págs. 45 y 52.

<sup>965</sup> Informe AFEM-López Rodo&Cruz Ferrer: *Sobre la inconstitucionalidad de la concesión de los servicios sanitarios de hospitales y centros de salud por la Comunidad de Madrid*, pág. 27.

<sup>966</sup> REPULLO LABRADOR, J. R.: “Financiación de la sanidad: distribución y asignación de recursos”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario*, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dirs.), Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 159-162. Señala el autor en la pág. 161 que “visto desde el hospital que pierde un cliente, el problema que se plantea es que ahorra el coste variable de este caso, pero no el coste fijo que pervive estructuralmente”, concluyendo que “si le descontáramos el coste medio de un proceso, estaríamos erosionando la financiación de los factores de producción fijos”.

variables, de ahí que se inste a una facturación a costes variables respecto de los pacientes tratados fuera del área de asignación de la cápita.

No se olvide, por último, que el art. 22.1 LCSP impone como presupuesto que “la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”. La norma exige, por tanto, la justificación del recurso a esta figura, justificación ausente, al menos, en el modelo madrileño, tal y como se desprende del art. 62, antes citado, que se limita a referirse sin más a la Ley 15/1997.

- La gestión indirecta de la sanidad también puede materializarse a través del concierto con la personificación jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público sanitario. Lo cierto es que el recurso a esta técnica en el sistema sanitario español no es algo anecdótico. Actualmente, más del 20 por ciento de la actividad sanitaria que tiene lugar en nuestro país se lleva a cabo a través de hospitales concertados<sup>967</sup>, siendo también muy frecuente el uso de esta técnica en la atención primaria, transporte sanitario, actividad de diagnóstico u otros servicios específicos, como la diálisis.

Al concierto dedica especial atención la LGS en su art. 90, aunque no sería ésta la primera vez que el ordenamiento jurídico contemplase la figura en cuestión<sup>968</sup>. En concreto, el precepto dispone que “las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas. A tales efectos, las distintas Administraciones Públicas tendrán en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios”. Luego queda claro que el concierto implica de suyo el acuerdo entre la Administración pública y una personificación de Derecho privado, en

---

<sup>967</sup> MORENO VERDUGO, M., loc. cit., pág. 78.

<sup>968</sup> Recuérdese que ya la LGSS'74 la preveía como forma de gestión del servicio público sanitario. Por su parte, la Resolución de la Secretaría de Estado para la Sanidad de 11 de abril de 1980 también se refería al concierto como fórmula subsidiaria de la asistencia sanitaria pública. Posteriormente, sería la LRBRL la que en su art. 85.4 la configurase como forma de contratación de los servicios públicos.



cuanto entidad externa a la misma. También se desprende con evidencia del tenor literal del precepto que el recurso al concierto no procede, en principio, más que en los casos en que queda constatada la insuficiencia de los recursos propios, afirmándose la naturaleza eminentemente suplementaria de esta fórmula, aunque en la práctica no siempre quede preservada.

En esta modalidad de gestión, y en lo que constituye una de las principales notas diferenciadoras respecto del convenio singular<sup>969</sup>, que será objeto de estudio más adelante, no existe una publicación de la organización y del funcionamiento del centro privado. En consecuencia, la Administración conserva las potestades de inspección y control en el hospital privado<sup>970</sup>. Asimismo, a ésta corresponde la determinación de los requisitos y condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a los conciertos, fijándose las condiciones económicas en base a módulos de costes efectivos, igualmente revisables por la Administración.

A los efectos del establecimiento de conciertos, las administraciones públicas deben dar prioridad, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, a los centros y servicios sanitarios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo<sup>971</sup>, tal y como encomienda la LGS. Este criterio prioritario, que ha sido considerado como un “rescoldo histórico” de los tiempos en que la asistencia sanitaria se hallaba circunscrita a la beneficencia<sup>972</sup>, vuelve a sostenerse en la Disposición Adicional cuarta de la LCSP, conforme a la cual, resulta posible el establecimiento de una

---

<sup>969</sup> La línea que separa ambos conceptos no siempre es clara, de ahí que se haya calificado a los convenios singulares de “conciertos especiales” en CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., op. cit., pág. 51, reproduciendo la expresión de GÓMEZ MARTÍN.

GIRELA MOLINA aglutina las principales diferencias entre una figura y otra en las siguientes: por lo que respecta a la naturaleza jurídica, los conciertos son contratos administrativos y los convenios resoluciones administrativas necesitadas de aceptación. En cuanto a la extensión, en el convenio el centro privado queda inserto en la red hospitalaria pública, gozando de un régimen igual, mientras que en el concierto la vinculación queda limitada a determinadas prestaciones, pudiendo quedar otras ajenas a esta técnica. Por lo que se refiere a la regulación, la del convenio tiene carácter supletorio, no así la del concierto, que tiene carácter básico. Por último, las diferencias también alcanzan los servicios complementarios no sanitarios, cuya existencia en centros convenidos requiere la previa autorización de la Administración en lo referido a la modalidad y notas características del servicio y de la cantidad que el usuario debe abonar por él, mientras que en los centros concertados sólo se contará con los existentes en los centros públicos. GIRELA MOLINA, B.: “Régimen jurídico de las entidades sanitarias privadas”, en AA. VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 129-130.

<sup>970</sup> STSJCIV de 20 de diciembre de 2000.

<sup>971</sup> Ello no supone el reconocimiento de un derecho al concierto, sino de un simple criterio de selección de la entidad concertada. GIRELA MOLINA, B., op. cit., pág. 129.

<sup>972</sup> CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., op. cit., pág. 49.

preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En cualquier caso, los centros sanitarios susceptibles de ser concertados por las administraciones públicas sanitarias han de ser previamente homologados<sup>973</sup>, de acuerdo con un protocolo definido por la Administración competente, que resulta susceptible de revisión periódica<sup>974</sup>.

Si bien la inclusión del concierto en el art. 277 LCSP, dedicado a los contratos de gestión administrativa, se evidencia como suficiente criterio para afirmar su incardinación en dicha categoría de contratos, hay quien<sup>975</sup> apunta a la posible inclusión de los conciertos bajo la categoría de los previstos en el art. 19.1.b) LCSP, esto es, se trataría de contratos de “naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella”. Consecuentemente, su régimen jurídico, en cuanto a su preparación y adjudicación, vendría dado por sus normas específicas y, sólo en defecto de las mismas, por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo (art. 20.2 LCSP).

---

<sup>973</sup> La homologación equivale a la clasificación del contratista y su consecuencia no es otra que la inclusión del centro hospitalario en la red de hospitales del sector público, si bien no supone ni la delimitación de las funciones asistenciales que han de desarrollarse, ni sus condiciones, ni tampoco su prestación efectiva. SÁNCHEZ-CARO, J., loc. cit., pág. 126. En la práctica, la homologación es sustituida progresivamente por una simple autorización previa. CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., op. cit., pág. 50.

<sup>974</sup> Resulta precisa la delimitación de ambos conceptos. Así, el protocolo consiste en una regulación que establece la Administración competente y que sirve de referencia general para la homologación de los centros privados que quieran vincularse a la red pública. Constituye una disposición administrativa general y, por tanto, carece de carácter contractual. La homologación, por su parte, es un acto administrativo resolutorio por el que se acredita que un centro reúne los requisitos para vincularse a la red pública. GIRELA MOLINA, B., op. cit., pág. 127.

<sup>975</sup> CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., op. cit., pág. 48. En cualquier caso, el autor reconoce la debilidad de esta posición como consecuencia de la referencia expresa que contiene el art. 278 LCSP al contrato de gestión de servicios públicos, que no puede tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total de diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios.

## TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

En cuanto al contenido de los conciertos, además de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes, ha de avalarse tanto que la atención sanitaria que se preste a los usuarios afectados por el concierto sea la misma para todos sin otras diferencias que las sanitarias inherentes a la naturaleza propia de los distintos procesos sanitarios, como que no se establezcan servicios complementarios respecto de los que existan en los centros sanitarios públicos dependientes de la Administración Pública concertante. El principio de igualdad es, pues, una constante de la que no escapa el ámbito de la gestión sanitaria, desde el que se reconoce la competencia de la Administración para preservarlo en su actuación. En cualquier caso, ésta resulta igualmente orientada por los correspondientes planes de salud, dado que las administraciones públicas sanitarias no pueden concertar con terceros la prestación de atenciones sanitarias en aquellos supuestos en que se pudiesen contradecir los objetivos sanitarios, sociales y económicos establecidos en aquéllos.

Asimismo, la LGS trata de preservar con especial afán el carácter indirecto de la gestión mediante concierto, en cuanto impropio a la naturaleza pública. Señaladamente, en su art. 93 precisa la imposibilidad de establecer conciertos con centros sanitarios privados cuando alguno de sus propietarios o en alguno de sus trabajadores concurren las circunstancias que sobre incompatibilidades del sector público y el privado establezca la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

- El art. 67 LGS añade al listado de técnicas de gestión sanitaria indirecta los convenios singulares<sup>976</sup>. A través de éstos, se articula la vinculación al Sistema Nacional de Salud de los hospitales generales del sector privado que así lo solicitan y siempre que se reúnan tres presupuestos determinados. En concreto, se requiere que por sus características técnicas resulten homologables, que las necesidades asistenciales lo justifiquen y que las disponibilidades económicas del sector público así lo permitan (art. 66.1 LGS), es decir, que se cuente con los recursos suficientes para su financiación.

---

<sup>976</sup> Son dos las principales diferencias entre esta figura y la del concierto. En primer lugar, el convenio implica la total integración del establecimiento privado en la red hospitalaria pública y, en consecuencia, queda sujeto a un régimen jurídico idéntico al de los centros públicos, mientras que la vinculación propia del concierto se limita a ciertas prestaciones que el sector público no puede proveer. En segundo lugar, la regulación que contiene la LGS en relación con los convenios de vinculación de centros privados a la red pública resulta supletoria respecto de la autonómica, ostentando la regulación del concierto carácter básico. DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., op. cit., págs. 424 y 425.

Es ésta una de las figuras más similares a la de la concesión administrativa, si bien, y como se ha indicado líneas arriba, en el convenio singular el centro sanitario privado se somete al mismo régimen sanitario, administrativo y económico de los centros sanitarios públicos, produciéndose una publicación del régimen de organización y funcionamiento del centro sanitario vinculado, quedando a salvo la titularidad del centro y la relación laboral del personal<sup>977</sup>. No se olvide, a este respecto, que el art. 66.3 LGS dispone que “el sector privado vinculado mantendrá la titularidad de centros y establecimientos dependientes del mismo, así como la titularidad de las relaciones laborales del personal que en ellos preste sus servicios”.

La STSJCV de 20 de diciembre de 2000 ha constituido uno de los pronunciamientos judiciales más incisivos en la delimitación entre la gestión sanitaria indirecta por vía de concesión y por vía de convenio singular. Así, en este último, “el hospital sin dejar de ser privado se somete a las prescripciones sanitarias públicas y a su régimen de organización y funcionamiento del hospital vinculado, excepto en lo referido a la titularidad dominical del centro y de las relaciones laborales que siguen siendo privadas. Es decir, los medios y recursos privados acceden al sector público”. Por tanto, mientras que en el caso de las concesiones administrativas la titularidad del hospital es pública, siendo la administración la que proporciona los medios y recursos propios de su titularidad, así como la fuente de ingresos a la empresa privada que accede a la gestión y explotación del hospital garantizándole la producción generadora de los ingresos ya que la población asistencial está asegurada al ser la propia población de la Seguridad Social, en el supuesto de los hospitales vinculados, “la titularidad es privada y es la empresa privada la que efectúa el desembolso para la creación y puesta en funcionamiento del hospital proporcionando después a través de un convenio singular, la asistencia sanitaria a la población de la Seguridad Social”<sup>978</sup>.

Con carácter general, el primer apartado del art. 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que “las Administraciones Públicas podrán celebrar

---

<sup>977</sup> GIRELA MOLINA, B., op. cit., pág. 127.

<sup>978</sup> STSJCV de 20 de diciembre de 2000.

### TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule”. Descendiendo al ámbito específicamente sanitario, la LGS encomienda al Convenio la fijación de los derechos y obligaciones recíprocas en lo atinente a duración, prórroga, suspensión temporal, extinción definitiva del mismo, régimen económico, número de camas hospitalarias y demás condiciones de prestación de la asistencia sanitaria. En todo caso, y como consecuencia de la publicación ya referida que opera en el régimen de funcionamiento de los hospitales vinculados, éstos quedan sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos que los hospitales públicos, debiendo aplicar criterios homogéneos y previamente reglados.

Los convenios singulares han de preservar que la atención sanitaria por hospitales privados a los usuarios del sistema sanitario se provea en condiciones de gratuidad, de modo que las actividades sanitarias de aquéllos no pueden tener carácter lucrativo. Se trata, así, de impedir que la modalidad indirecta de la gestión sanitaria pueda representar una barrera al acceso a la asistencia sanitaria en condiciones de igualdad. De nuevo, este principio queda consagrado desde la perspectiva de la gestión, debiendo ser garantizado con independencia de que la misma sea pública o privada. En este sentido, el cobro de cualquier cantidad a los enfermos en concepto de atenciones no sanitarias, con independencia de cuál sea la naturaleza de éstas, sólo puede ser establecido si el concepto y la cuantía a cobrar resultan previamente autorizados por la Administración sanitaria.

La prestación de atención sanitaria objeto de Convenio contraviniendo el principio de gratuidad constituye causa de denuncia del mismo por parte de la Administración sanitaria competente, pero no es la única normativamente prevista. La LGS alude igualmente al establecimiento sin autorización de servicios complementarios no sanitarios o la percepción por ellos de cantidades no autorizadas, a la infracción de las normas relativas a la jornada y al horario del personal del hospital, a la infracción grave de la legislación laboral de la Seguridad Social o fiscal, así como la lesión de los derechos establecidos en los artículos 16, 18, 20 y 22 de la Constitución cuando así se determine por sentencia judicial. Según se advierte, estos motivos de denuncia remiten al carácter unilateral del

convenio y, por tanto, confirman una mayor aproximación en términos conceptuales al contrato que al convenio bilateral de colaboración<sup>979</sup>.

### **C.- La privatización de la sanidad como tendencia imperante en la actualidad.**

Partiendo, como no puede ser de otra forma, de que en el ámbito de la gestión sanitaria cada Comunidad Autónoma opta por un modelo propio<sup>980</sup>, lo cierto es que en la actualidad no resulta costoso advertir una creciente tendencia común en todas ellas al recurso a instrumentos privados bajo el auge, a modo de emblema, del principio de concurrencia. Se trata de una tendencia que obedece, en una lógica mercantilista, a la búsqueda de rendimiento económico, de modo que las técnicas de mercado llegaron al contexto sanitario, y, como se suele decir, lo hicieron para quedarse.

Materia controvertida donde las haya, el disenso existe desde el propio concepto de privatización. Y es que los hay que no vacilan en considerar las medidas actualmente en curso como auténticamente privatizadoras, mientras otros estiman que “la utilización de formas jurídico-privadas (pero de titularidad pública), la utilización del Derecho privado por parte de las personas jurídico-públicas o, incluso, la utilización de formas de gestión que implican la colaboración de sujetos privados, no pueden ser calificadas, en sentido estricto, de privatización de los servicios públicos sanitarios”, y que una cosa es la “privatización en sentido estricto del servicio público y otra bien distinta la privatización de la gestión, manteniendo la titularidad pública, que es el ámbito en el que ahora nos estamos moviendo”<sup>981</sup>. Con ánimo ponderador, MENÉNDEZ REXACH<sup>982</sup> opta por

---

<sup>979</sup> Véase al respecto CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., op. cit., pág. 51.

<sup>980</sup> El escenario autonómico ofrece un panorama harto variado: en Galicia predomina el recurso a las fundaciones públicas sanitarias, en Cataluña al consorcio, en Andalucía se constata una mayor tendencia a la constitución de entidades de Derecho público, bien como empresas públicas, bien como agencias públicas, mientras que en el País Vasco se suele recurrir a la gestión pública directa. Consúltese DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., op. cit., págs. 412- 414.

<sup>981</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., op. cit., pág. 405. Señala la autora que “el reproche que se hace es que la generalización de la gestión indirecta de servicios públicos por empresas privadas puede ser un paso intermedio en el camino hacia la entrega al sector privado de la prestación de esa actividad, sin perjuicio de que los poderes públicos continúen regulando la actividad y controlando la gestión de las prestaciones. Pero ahí entramos en un juicio de intenciones, sin un reflejo en la realidad; al menos, de momento”. Recalca que el empleo de fórmulas de gestión jurídico-privadas en la gestión sanitaria no puede calificarse como “privatización” porque “no se privatiza la titularidad del servicio puesto que se mantiene en manos

sostener tres conceptos de privatización desde el punto de vista jurídico, advirtiendo su posible combinación en la práctica. Así, distingue la privatización material, por la que se atribuye al sector privado funciones de competencia y responsabilidad pública; la privatización funcional, traducida en la gestión indirecta de cometidos públicos en virtud de contratos celebrados con empresarios privados; así como la privatización formal, que supone el ejercicio de tareas públicas en régimen de derecho privado por medio de entidades sujetas total o parcialmente a dicho sector del ordenamiento jurídico.

Sea como fuere, y empleándose la terminología que se prefiera, lo cierto es que el recurso a técnicas privadas de gestión no puede en modo alguno catalogarse como novedoso. Recuérdese, a este respecto, que ya la propia Exposición de Motivos del RDL 10/1996 alude a la “necesidad de fórmulas organizativas más flexibles, imprescindibles para hacer frente a las exigencias de eficiencia y rentabilidad social de los recursos públicos que las Administraciones sanitarias tienen planteadas”, la cual “hace preciso establecer un principio de mayor amplitud en las formas jurídicas más adecuadas, que promuevan el sentido de la responsabilidad en el marco de una organización tan compleja como la sanitaria y que contribuya a hacer efectiva la separación progresiva entre las competencias de financiación y compra de servicios sanitarios y las funciones de gestión y provisión”. También la Ley 15/1997, por su parte, enuncia desde su Exposición de Motivos que “la flexibilización y autonomía en la gestión sanitaria constituye una necesidad ineludible de la actual organización pública, con vistas a mejorar la eficacia del Sistema Nacional de Salud, cuya consolidación y modernización es objetivo prioritario de nuestra sociedad”.

Las pretendidas virtudes aparejadas a la introducción de fórmulas de Derecho privado en la gestión del servicio sanitario fueron ya ensalzadas en el propio Informe Abril<sup>983</sup>, el

---

públicas”, al igual que “tampoco supone una privatización del ejercicio, ya que estos sujetos son constituidos por una Administración pública y gobernadas y dirigidas por ellas”. En el mismo sentido, SÁNCHEZ-CARO, J., loc. cit., pág. 114, para quien “las nuevas formas de gestión no son supuestos de privatización de servicios públicos. No se trata de una reducción de la actividad pública de producción y distribución de servicios mediante su traspaso a la iniciativa privada. Consiste, por el contrario, o bien en la privatización de la gestión o en lo que se ha denominado privatización de la organización de los servicios sin cambio de titularidad”.

<sup>982</sup> MENÉNDEZ REXACH, A., loc. cit., pág. 271.

<sup>983</sup> “El INSALUD actúa de acuerdo con principios ajustados al Derecho Público, absolutamente incapaces de impulsar, en términos jurídicos correctos, el dinamismo y agilidad necesarios para la gestión de asistencia sanitaria. El Derecho Público podría servir eventualmente para las funciones de financiación y “compra”, pero de ninguna manera puede adecuarse a la de gestión”. Añade el Informe que “el análisis de otros sistemas europeos y sus iniciativas de reforma, así como el diagnóstico de la Comisión y las opiniones de los

cual denunciaba desde pronto la “omnipresencia de un sistema burocrático, guiado por el principio de la legalidad de las formas, más que un sistema de gestión, orientado al logro de resultados”. El referido informe se fundamentaba en la teoría del mercado interno obra de *Alain Enthoven* en relación con el NHS. Desde la misma, o de su variante de “mercado público o planificado”, se trataba de introducir en la asistencia sanitaria patrones de mercado a fin de aumentar la eficiencia y eficacia en el sistema sanitario, sin que en ningún caso ello supusiera detrimento del fundamento, razón de ser y objetivos de un servicio típicamente público y enlazado a un derecho social fundamental como la protección de la salud y, en particular, la equidad en el acceso y el control presupuestario del gasto<sup>984</sup>.

No es, por tanto, novedosa la previsión de la iniciativa privada en el ámbito sanitario, pero sí lo es, desde luego, el auge que en los últimos años está adquiriendo el recurso a la misma. Auge al que se asiste bajo toda una ambiciosa pretensión de reducir los costes burocráticos del sistema y salvar sus limitaciones presupuestarias, agilizando la toma de decisiones<sup>985</sup>, y con ello, paliar las disfunciones que se achacan a una organización catalogada como excesivamente rígida y burocrática y una escasa transferencia de riesgo entre los agentes intervinientes en el ámbito sanitario<sup>986</sup>.

En los últimos años se asiste, según CAYÓN DE LAS CUEVAS<sup>987</sup>, a un notorio cambio de motivación en el recurso a la iniciativa privada en el sistema sanitario, pues si en un primer momento se aspiraba a paliar la carencia de medios propios en la prestación del servicio sanitario, fundamentalmente mediante conciertos y convenios, en épocas más

---

asesores consultados, confirman de modo absoluto que las formas administrativas son inadecuadas para entender y manejar la complejidad y el volumen de los servicios actuales de asistencia sanitaria. La rigidez normativa en este tipo de actividades diversas y versátiles acaba confiriendo a la burocracia una especie de primacía perversa sobre el fin de atención al consumidor y, en definitiva, a la sociedad”. Continúa señalando que “el S.N.S. debería, sin embargo permitir aplicar, sin menoscabo de su finalidad fundamental, las modernas técnicas de gestión empresarial que conllevan agilización de los trámites, definición de responsabilidades y delegación de autoridad. Aunque el S.N.S. no pretende ningún beneficio económico, debe sentir, como cualquier compañía mercantil, la preocupación por los niveles de servicio, la calidad del producto, el cumplimiento de los presupuestos, la reducción de costes, la productividad, la motivación y retribución del personal, la investigación y desarrollo, y, a largo plazo, la viabilidad de la empresa (Informe Griffith, 1983)”.

<sup>984</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., op. cit., pág. 117.

<sup>985</sup> Se ensalza, sobre todo, la autonomía funcional en materia de contratación y compra de servicios sanitarios. CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., op. cit., pág. 40.

<sup>986</sup> VÉASE MORENO VERDUGO, M., loc. cit., pág. 78.

<sup>987</sup> CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., op. cit., págs. 41 y 42.



recientes se emplean nuevos mecanismos, señaladamente la concesión, en aras de financiar nuevos establecimientos y recursos hospitalarios, optimizar gastos e incluso tratar de evitar la consolidación contable en el ámbito del déficit público. Las motivaciones, por tanto, van cambiando y, con ellas, las estrategias adoptadas, las cuales, desde las más tradicionales previstas en la LGS hasta las incorporadas en la LCSP, pasando por todo un entramado habilitado en la Ley 15/1997, conforman una amplia amalgama de mecanismos de gestión.

La viabilidad del sistema sanitario también busca en la mayor eficiencia<sup>988</sup> en la función gestora una nueva herramienta. De esta forma, la crisis económica y los esfuerzos por superarla no sólo se han traducido en una disminución del ámbito subjetivo de cobertura de las prestaciones sanitarias (según se ha advertido en este Capítulo) o en un aumento de las técnicas de copago (según se tendrá ocasión de analizar más adelante), pues la vertiente institucional no ha quedado inafectada. En el recurso de un servicio característicamente público como el sanitario al sector privado se ha encontrado asimismo una imperante técnica, en pro de la racionalización del gasto. De nuevo la tan predicada en este trabajo sintonía entre sostenibilidad financiera y efectividad del derecho a la protección de la salud vuelve a emerger en este contexto como idea-fuerza, si bien en el ámbito de la gestión asoma el riesgo de contraposición entre el carácter coyuntural de las razones que impulsan estas fórmulas y el estructural de la naturaleza con la que se insertan en el sistema sanitario.

Lo realmente criticable en el ámbito de la gestión sanitaria en general, y el creciente proceso de privatización que se advierte, en particular, reside en la ausencia de estudios consolidados que avalen o acrediten la mayor eficiencia bajo la que comúnmente se justifica el avance de dicho proceso. En lo anterior tiene mucho que ver la heterogeneidad de fuentes de las que proceden en numerosos casos los datos manejados, lo que a su vez dificulta la comparación entre experiencias<sup>989</sup>. Como se ha puesto de manifiesto, respecto de la intervención de medios privados en la gestión sanitaria, “no existen evaluaciones con el necesario rigor metodológico que permitan valorar su efectividad o eficiencia”. Aún

---

<sup>988</sup> Sobre este principio, consúltese GIMENO FELIÚ, J. M., op. cit., pág. 437 y ss.

<sup>989</sup> Señala RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., op. cit., pág. 306, que “tampoco parece fácil establecer sistemas y pautas de comparación que sean aceptadas sin discusión sobre la calidad de la asistencia que se presta en los centros hospitalarios gestionados por concesionarios en relación con la propia de los establecimientos que se administran directamente por las Administraciones sanitarias, y aún menos, sobre la percepción que tiene la población asistida en relación con la asistencia que recibe en ambos tipos de hospitales”.

más, “aunque aparentemente aportan una mejora respecto a las formas tradicionales de gestión sanitaria, la falta de separación efectiva de financiador y proveedor público, así como la disminución progresiva de la autonomía de gestión de estas nuevas fórmulas, parecen indicar una pérdida de eficiencia en términos dinámicos”<sup>990</sup>.

Por tanto, las virtudes bajo cuya justificación se impulsa el proceso privatizador no logran certificarse en la práctica<sup>991</sup>. Luego afirmar que la introducción de la iniciativa privada en el contexto sanitario ha supuesto la solución que en términos de eficiencia y eficacia demandaba nuestro sistema, resulta, a falta de evidencia, inexacto. Tanto, que así ha sido explícitamente reconocido a nivel normativo<sup>992</sup>. En este sentido, se ha señalado que “los resultados económicos de la sanidad catalana, donde para la gestión de los hospitales, públicos, parapúblicos y benéficos, existen todas, absolutamente todas las fórmulas organizativas posibles conocidas, no son especialmente mejores, ni muy distintos de los que ofrecen otros servicios regionales de salud cuyos establecimientos se rigen básicamente por pautas tradicionales”<sup>993</sup>. De ahí lo cuestionable de los términos en que la reforma madrileña se expresaba, sosteniendo que el modelo de concesión había quedado demostrado más eficiente y de buenos resultados clínicos.

Igualmente reprochable resulta la ausencia de “experimentalidad”<sup>994</sup> de las reformas acontecidas en el ámbito de la gestión, pues se echa ciertamente en falta la puesta en práctica de proyectos que permitan verificar la eficacia de los modelos propuestos con carácter previo a su implantación.

Tratándose de técnicas introducidas generalmente en base a argumentaciones de tipo económico, lo cierto es que sus implicaciones han ocasionado continuos debates en el

---

<sup>990</sup> MINUÉ LORENZO, S. Y MARTÍN MARTÍN, J. J.: “Gestión privada, ¿más eficiente?”, *AMF*, Vol. 9, núm. 1, 2013, pág. 19.

<sup>991</sup> De los estudios comparativos entre fundaciones públicas sanitarias y centros hospitalarios de gestión pública, se evidencia que determinados elementos, tales como la reducción de la burocracia, el aumento de los niveles de productividad, eficiencia y calidad en la asistencia, los niveles mayores de transparencia y participación no logran consolidarse como elementos diferenciadores. VILLAR CAÑADA, I., op. cit., pág. 138.

<sup>992</sup> El Decreto gallego 183/2008, de 31 de julio, sobre extinción de fundaciones públicas hospitalarias, reconoce en sus líneas iniciales que “el tiempo transcurrido y la experiencia acumulada demuestran que el modelo organizativo en el que se situaron las fundaciones sanitarias de carácter asistencial no ha alcanzado los objetivos de eficacia, eficiencia y mejora de la calidad de los servicios, inicialmente propuestos”.

<sup>993</sup> RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., op. cit., pág. 311.

<sup>994</sup> VILLAR CAÑADA, I., op. cit., pág. 128.

plano no sólo económico, sino también y fundamentalmente, político-jurídico y social. En efecto, son muchos los cuestionamientos de los que la incidencia del sector privado en la gestión sanitaria ha sido acreedora, además de los aparejados a la exención de las garantías jurídicas propias de la actividad financiera de los entes públicos. Así pues, se suele denunciar el denominado “riesgo de creación de monopolios zonales en manos privadas”<sup>995</sup>, junto a la ausencia de previsión de servicios más costosos y generadores de menos beneficios, tales como los relativos a enfermedades raras, infección VIH o trasplantes<sup>996</sup>. Asimismo, no es extraño que la Administración sanitaria termine responsabilizándose del desarrollo y funcionamiento en aquellos casos, por lo demás comunes, en que las deudas no pueden ser sufragadas desde los fondos que genera el ente a través del desarrollo de la actividad. La Administración pública, por tanto, asume con frecuencia la solución a los endeudamientos en que se incurra, sin que exista transferencia de riesgos al sector privado. Así ha ocurrido recientemente con el Nuevo Hospital de Vigo, en el que los problemas financieros de la adjudicataria y la quiebra de una de las constructoras han hecho que la Xunta de Galicia corra con el peso fundamental de la financiación y el endeudamiento, en lugar de la concesionaria como figuraba en el contrato<sup>997</sup>.

Desde el punto de vista del personal, son notorias las desventajas derivadas de la inaplicación del art. 23 CE y los principios de mérito y capacidad. En particular, la flexibilización buscada con el recurso a estas fórmulas de gestión se vale de una mayor autonomía de gestión en la política de personal, de forma que el sistema de contratación carece de las pautas de objetividad y concurrencia, favoreciéndose la discrecionalidad y la endogamia en las relaciones laborales<sup>998</sup>. Pero los aspectos cuestionables al respecto no sólo se sitúan en el ámbito del acceso. A su vez, en el mismo desarrollo y régimen de la actividad sanitaria, se suele denunciar que la jornada del personal suele ser superior a la propia de la sanidad pública, siendo el salario menor<sup>999</sup>. También resultan objeto de crítica los supuestos de reversión, en los que ese personal que accede sin criterios administrativos

---

<sup>995</sup> Véase RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., op. cit., pág. 301.

<sup>996</sup> PÉREZ ALONSO, M. A., op. cit., pág. 102.

<sup>997</sup> AA. VV.: "El sistema sanitario público en España en riesgo por las políticas del actual Gobierno para hacer frente a la crisis y alternativas de mejora que garanticen la sostenibilidad, universalidad, equidad y calidad del mismo", *Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública*, 2014, págs. 29 y 30.

<sup>998</sup> RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., op. cit., pág. 318.

<sup>999</sup> PÉREZ ALONSO, M. A., op. cit., pág. 102.

de mérito y capacidad, se incorpora como personal laboral en ausencia de pruebas de selección objetivas<sup>1000</sup>.

Es preciso consolidar la transparencia y la evaluación como principios rectores en el desarrollo de las diversas fórmulas empleadas. En este sentido, se ha instado a la elaboración de una memoria de gestión anual, a un mecanismo de verificación del funcionamiento de estos sistemas, al estilo de lo iniciado en la Comunidad Valenciana<sup>1001</sup>. Y es que el art. 3 del Decreto 30/2012, de 3 de febrero, del Consell insta, si bien en el ámbito de los departamentos en donde la prestación sanitaria se realiza en régimen de concesión administrativa, a la instauración de la figura del Comisionado de la Agència Valenciana de Salut. Orgánica y funcionalmente dependiente del departamento de gestión directa que se designe, tiene encomendadas importantes funciones de control y supervisión de la sociedad concesionaria, al tiempo que ostenta la jefatura del personal de la Agència Valenciana de Salut no integrado en la concesión.

La cuestión, en definitiva, radica en determinar hasta dónde se puede llegar en la decisión de recurrir a la intervención de la iniciativa privada en la gestión de la sanidad, esto es, en las facultades de configuración legal. Y en este sentido, parece claro que el límite viene demarcado por la propia garantía del derecho a la asistencia sanitaria como derecho social fundamental. En coherencia con ello, se ha advertido que tal límite no estriba tanto en la forma de gestión como en el hecho de que ésta sea dispensada con respeto a los principios propios del Sistema Nacional de Salud<sup>1002</sup>. No está de más insistir a este respecto en que la configuración del derecho a la asistencia sanitaria como derecho social de desmercantilización comporta la organización de un modelo de carácter publicista capaz de formalizar institucional y jurídicamente la responsabilidad colectiva del Estado en la organización de la protección de la salud de las personas<sup>1003</sup>. La búsqueda a toda costa de la maximización del beneficio tiene difícil encaje en el ámbito de la asistencia sanitaria, enraizado en el ejercicio de un derecho social fundamental. De un lado, obvia que las ganancias en el marco de todo Estado del bienestar deben pretenderse

---

<sup>1000</sup> *Ibidem*, pág. 102.

<sup>1001</sup> *Ibidem*, pág. 103.

<sup>1002</sup> CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., op. cit., pág. 46. Estima el autor que “el quid se centra en el respeto del sustrato sustantivo del derecho a la protección de la salud previsto en el art. 43 CE”.

<sup>1003</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., “Artículo 35. Protección de la salud...”, pág. 943.

siempre en el terreno social y no en el económico. De otro, promueve, en términos más generales, la transición de *l'État social* a *l'État marchand*<sup>1004</sup> que ya ha vaticinado la doctrina en el seno de un grave debilitamiento de la primera noción.

De esta forma, y según se acaba de exponer, son cuantiosos los riesgos que emanan de posicionar la eficiencia como objetivo capital en sí mismo en materia sanitaria, una materia orientada intrínsecamente al principio de igualdad. La eficacia, un tributo siempre deseable en todo sistema público, ha de pretenderse con pleno respeto a los valores inspiradores del mismo. Es por ello que se evidencia del todo necesaria la exigencia de justificación en la utilización de una determinada técnica de gestión, con el fin de preservar las garantías constitutivas del sistema en el que se dispensan las prestaciones sanitarias, sin que quepa refugiarse, sin más, en la mera previsión formal en el ordenamiento jurídico de la figura de que se trate. En este sentido, se ha llegado a sostener el carácter excepcional de la concesión como forma de gestión indirecta sanitaria<sup>1005</sup>.

### 2.1.4.- La financiación de la sanidad.

La financiación pública constituye uno de los rasgos identificativos más característicos de nuestro sistema sanitario, de modo que las prestaciones sanitarias, incluyendo un determinado porcentaje de las farmacéuticas, no resultan financiadas de forma directa por parte del usuario, sino que lo son indirectamente vía impuestos, mediante un sistema de reparto presupuestario a favor de las Comunidades Autónomas. Éstas son, en la lógica del modelo descentralizado, las competentes en política presupuestaria. Luego en el elemento de la financiación reside una sólida expresión del principio de autonomía. Ciertamente, la autonomía política reconocida a los entes territoriales para disponer de sus respectivos servicios de salud conlleva necesariamente la autonomía financiera que la gestión de recursos sanitarios requiere.

En concreto, a través de la cesión por parte del Estado de determinados tributos, en parte o en su totalidad, se afirma la corresponsabilidad fiscal de los entes autonómicos.

---

<sup>1004</sup> “L'Etat social est affaibli, sinon transformé, en Etat marchand: tantôt par l'effet direct d'une mondialisation qui a créé un véritable «marché des droits»; tantôt, notamment en matière de santé et de logement, par l'effet indirect de la place croissante accordée à la culture du marché”. DELMAS-MARTY, M.: *Résister, responsabiliser, anticiper*, Éditions du Seuil, Paris, 2013, pág. 46 y ss.

<sup>1005</sup> Véase MENÉNDEZ REXACH, A., loc. cit., págs. 294 y 295.

Esta capacidad tributaria propia es proclamada desde el art. 156.1 CE<sup>1006</sup>, precepto que vincula la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas al “desarrollo y ejecución de sus competencias”, en la medida en que dichos entes territoriales sólo pueden financiar actividades competencialmente asumidas. Tal principio de autonomía financiera resulta objeto, por tanto, de proclamación constitucional expresándose la necesidad del mismo para el ejercicio de las competencias autonómicas, entre las que se cuentan las propias en materia sanitaria. Y así ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional, que, vinculando la libre disponibilidad de las autonomías respectivas sobre sus propios recursos con el desarrollo y ejecución de las competencias que, de acuerdo con la Constitución, le atribuyen los Estatutos y las leyes<sup>1007</sup>, sostiene que la autonomía financiera de que gozan las Comunidades garantiza la plena disposición de medios financieros, si bien matiza que ello no supone que esa potestad de gasto les permita financiar o subvencionar cualquier clase de actividad, sino “tan sólo aquellas sobre las cuales tengan competencias”<sup>1008</sup>. Insiste en esta línea argumentativa al afirmar que la potestad de gasto autonómica “no podrá aplicarse sino a actividades en relación con las que, por razón de la materia, se ostenten competencias”<sup>1009</sup>.

La responsabilidad autonómica en la financiación sanitaria es enunciada en diversos preceptos normativos. Así, el art. 2.6 RDCSC dispone que “las prestaciones, cuya cartera de servicios se establece en los anexos I, II, III, IV, V, VI, VII y VIII, se financiarán por las Comunidades Autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el sistema de financiación autonómica vigente”. En el mismo sentido, la LCC<sup>1010</sup> se refiere a la financiación sanitaria, no sólo en su art. 2.e) cuando alude a la “financiación pública del Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con el vigente sistema de financiación autonómica” como uno de los principios informadores del texto legal, sino también en su

---

<sup>1006</sup> “Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles”. Según se advierte, el precepto vincula dicha autonomía a una distribución equilibrada de recursos en el conjunto del territorio, reforzando la unidad del sistema.

<sup>1007</sup> STC 36/2012, de 15 de marzo, reproduciendo los términos de la STC 13/1992, de 6 de febrero.

<sup>1008</sup> STC 14/1989, de 26 de enero.

<sup>1009</sup> SSTC 48/2004, de 25 marzo y 95/2001, de 5 de abril.

<sup>1010</sup> Y con ella, la garantía de prestación a los asegurados con cargo a fondos públicos (art. 3.1), previendo expresamente los supuestos en que procede someter algunas de las prestaciones, no integrantes de la cartera básica, al pago de aportaciones del usuario (arts. 8 ter y 8 quáter).

## TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

art. 10, al disponer que “las prestaciones que establece esta ley son responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el actual sistema de financiación autonómica”, además de que “los sistemas de garantías que prevé esta ley son asimismo responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas”. La suficiencia para la financiación, determinada por los recursos asignados a las Comunidades Autónomas constituye un valor de suma importancia en esta ley, al que complementa el control, que queda referido en el último apartado del precepto, según el cual, “la inclusión de una nueva prestación en el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud se acompañará de una memoria económica que contenga la valoración del impacto positivo o negativo que pueda suponer”. Por su parte, el art. 82 LGS preceptúa que “la financiación de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social transferidos a las Comunidades Autónomas se efectuará según el sistema de financiación autonómica vigente en cada momento”. En concreto, precisa que éstas “elaborarán anualmente el presupuesto de gastos para dicha función, que deberá contener como mínimo la financiación establecida en el Sistema de Financiación Autonómica”, de forma que “a efectos de conocer el importe de la financiación total que se destina a la asistencia sanitaria, las Comunidades Autónomas remitirán puntualmente al Ministerio de Sanidad y Consumo sus Presupuestos, una vez aprobados, y les informarán de la ejecución de los mismos, así como de su liquidación final”. El Estado asume, pues, una importante función de control sobre los gastos sanitarios, con el fin de preservar la equidad en una asistencia sanitaria tendencialmente universal, aunque este extremo haya sido tachado de límite excesivo a la autonomía de las Comunidades<sup>1011</sup>.

Tras la separación de las fuentes de financiación de la sanidad en 1999<sup>1012</sup>, la asistencia sanitaria derivada de contingencias comunes dejó de estar sufragada con cargo a cotizaciones sociales para serlo por vía presupuestaria, quedando completamente desvinculada de la Seguridad Social en el plano financiero. Esto no constituyó sino un

---

<sup>1011</sup> HERNÁNDEZ BEJARANO, M., op. cit., págs. 281 y 282.

<sup>1012</sup> Sería la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999 la que por primera vez estableciese formalmente la asunción por parte del Estado de la totalidad de la financiación de la asistencia sanitaria, a través del Presupuesto del Instituto Nacional de la Salud, suprimiéndose la referencia a la aportación procedente de cotizaciones sociales. Tal y como la STC 24/2004, de 25 de mayo expone, “la descentralización de la gestión de los servicios sanitarios y el traspaso de servicios y funciones efectuada por la Administración del Estado en materia de sanidad a favor de las distintas Comunidades Autónomas se ha visto acompañada de una nueva forma de financiación de la asistencia sanitaria, que abandonando la específica partida presupuestaria de la Seguridad Social se ha integrado en el sistema general de financiación autonómica junto al resto de las partidas presupuestarias”.

efecto ineludible de su configuración como prestación no contributiva en el art. 86.2.b) LGSS. En todo caso, y por razones obvias, la transición en el modelo de financiación no resultó inmediata, pues en el curso de los años precedentes se había asistido a una progresiva pérdida del peso de las cuotas sociales frente a las aportaciones finalistas del Estado<sup>1013</sup> que concurrían en el marco de financiación sanitaria conforme a lo previsto en el art. 79 LGS<sup>1014</sup>.

Hasta el año 1994, las Comunidades Autónomas que habían adquirido competencias en materia sanitaria financiaban sus servicios de salud asumiendo el coeficiente exacto de gasto sobre el total que, con carácter previo a los traspasos, realizaba el INSALUD en la demarcación territorial, aunque el porcentaje no coincidiera con la población protegida. A partir de dicho año, operó el criterio relativo a la financiación según la población protegida, corrigiéndose asimismo la mecánica aplicación del porcentaje de gasto realizado por el INSALUD con ocasión de las transferencias. Así, se inaugura un sistema de créditos cerrados, de presupuestos limitativos, de forma que toda desviación presupuestaria pasaba a ser subsanada mediante créditos extraordinarios<sup>1015</sup>.

El gran problema de partida radicaba precisamente en la diferencia entre los cálculos presupuestados por el Estado y el gasto real que asumían las Comunidades Autónomas<sup>1016</sup>. De ahí que hasta el año 2002, la financiación sanitaria contase con un modelo propio, independiente del de financiación autonómica y basado en acuerdos temporales del

---

<sup>1013</sup> Hasta 1988, la Seguridad Social asumía la mayor parte del gasto sanitario (78,40 por ciento), ostentando las cotizaciones sociales el mayor peso (69,60 por ciento) y seguidamente la aportación del Estado no finalista (25,15 por ciento). Tras la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, son dos los recursos que pasan a sufragar los gastos presupuestados en el INSALUD: una aportación finalista del Estado (70,07 por ciento), siendo el resto a cargo de cotizaciones sociales y otros ingresos. En 1995, la aportación del Estado representa el 77,28 por ciento y las cotizaciones sociales el 20,43 por ciento, mientras que en 1997 la aportación del Estado a través de fondos finalistas supone el 91,85 por ciento, representando las cotizaciones un 5,98 por ciento. Consúltese al respecto HERNÁNDEZ BEJARANO, M., op. cit., págs. 269 y 270.

<sup>1014</sup> Dispone el precepto la financiación de la asistencia con cargo a las cotizaciones sociales; las transferencias del Estado, comprensivas de la participación en la contribución de aquél al sostenimiento de la Seguridad social, la compensación por la extensión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a aquellas personas sin recursos económicos y la compensación por la integración, en su caso, de los hospitales de las Corporaciones Locales en el Sistema Nacional de Salud; las tasas por la prestación de determinados servicios; las aportaciones de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales; así como los tributos estatales cedidos.

<sup>1015</sup> RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., op. cit., págs. 455 y 456.

<sup>1016</sup> HERNÁNDEZ BEJARANO, M., op. cit., págs. 265 y 266.



## TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas<sup>1017</sup>, por lo general cuatrienales. Tales acuerdos se componían de pautas vinculadas al gasto efectivo implicado en la prestación de servicios, corregido por obra de actualizaciones de tipo anual en base a la liquidación del INSALUD, es decir, el sobre-gasto del mismo se traducía en financiación adicional a favor de las Comunidades Autónomas que habían asumido competencias en materia sanitaria<sup>1018</sup>. Fue ésta una época que, presidida por los primeros trasposos competenciales, vino caracterizada por una notoria heterogeneidad de criterios de financiación, de modo que, en ausencia de cuadro normativo que fijase ordenadamente la distribución de los recursos financieros, cada Comunidad procedió a negociar la asignación de los mismos según sus peculiaridades y, con ello, se generaron marcadas divergencias entre los territorios en el seno de un sistema de financiación que se diseñaba en paralelo al de las restantes competencias transferidas<sup>1019</sup>.

La Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, en paralelo a la transferencia competencial autonómica, sería el texto legal encargado de integrar la financiación sanitaria en el marco de la financiación autonómica general, de consolidar, por tanto, un nuevo modelo en el que la asistencia sanitaria, junto a los servicios comunes y los servicios sociales quedaron incluidos en un mismo sistema de financiación autonómica. No obstante, se mantendrían determinadas regulaciones particularizadas en aras de lograr la más óptima adaptación a las características propias de cada sector. Y es que el sanitario incorpora una serie de singularidades que, traducidas en inversiones necesarias en investigación, tecnología, o en gastos derivados de pacientes desplazados que exceden de la mera prestación de servicios sanitarios, bien merecen determinadas previsiones

---

<sup>1017</sup> Señaladamente, cabe aludir al acuerdo de 20 de enero de 1992; el de 21 de septiembre de 1994, que supuso la aprobación del nuevo modelo de financiación para el período 1994-1997 y, con él, se fijó la limitación de los créditos presupuestarios de modo que la carencia presupuestaria había de ser paliada mediante créditos extraordinarios; así como los acuerdos de 27 de noviembre de 1997 para el período 1998-2001.

<sup>1018</sup> REPULLO LABRADOR, J. R.: “Financiación de la sanidad: distribución y asignación de recursos”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario*, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dirs.), Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 154.

<sup>1019</sup> ZORNOZA PÉREZ, J.: “La financiación del Sistema Nacional de Salud”, en AA. VV.: *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, PAREJO, L., PALOMAR, A. Y VAQUER, M. (Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 255 y 256.

específicas, las cuales encuentran en las asignaciones de nivelación<sup>1020</sup> uno de sus principales exponentes.

La actividad sanitaria se envuelve en un gasto tan ingente que en su financiación converge una amplia previsión tributaria a través de impuestos de tipo directo e indirecto. En este sentido, el texto legal recién referido supuso un remarcable avance al determinar la cesión a las Comunidades Autónomas del Impuesto sobre el Valor Añadido, los Impuestos Especiales de Fabricación, el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte y el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos<sup>1021</sup>,

---

<sup>1020</sup> El art. 67 del texto legal preveía determinadas asignaciones de nivelación, garantizando mediante ellas un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales de educación y sanidad, al tiempo que concretaba las situaciones en las que se consideraba que podía existir una desviación en aquel nivel en una determinada Comunidad Autónoma, desarrollando lo previsto en el artículo 15 de la LOFCA. Ello implicaba un análisis conjunto, por parte del Estado y la Comunidad Autónoma afectada, sobre toda la financiación de ésta, a los efectos de determinar si procedía su participación en las asignaciones de nivelación.

<sup>1021</sup> Este impuesto, coloquialmente conocido como "céntimo sanitario", estuvo en vigor hasta el 1 de enero de 2013, fecha en que pasó a formar parte del impuesto especial sobre los hidrocarburos. La sociedad Transportes Jordi Besora, S.L., empresa de transporte de mercancías establecida en la Comunidad Autónoma de Cataluña, abonó, en condición de consumidor final, un importe de 45.632,38 euros en concepto del impuesto adeudado en relación con los ejercicios fiscales comprendidos entre 2005 y 2008. Al considerar dicho impuesto contrario a la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales, esta empresa reclamó la devolución del importe abonado. En este marco, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña elevó al TJUE varias cuestiones prejudiciales para determinar la compatibilidad o no del impuesto con la Directiva sobre los impuestos especiales. La STJUE de 27 de febrero de 2014, asunto C-82/12, *Transportes Jordi Besora*, estimó que el impuesto era contrario a la Directiva al carecer de finalidad específica en el sentido de la misma e impuso la obligación de devolver dicho impuesto, cuyo rendimiento alcanzó alrededor de trece mil millones de euros entre 2002 y 2011. La Generalitat de Catalunya como el Gobierno español solicitaron la limitación de los efectos en el tiempo de la sentencia, pero el Tribunal rechazó la pretensión sobre la base de que no habían actuado de buena fe al haber mantenido el IVMDH en vigor durante un período de más de diez años. Véase JOVER RIBALTA, C.: "El caso del céntimo sanitario: a propósito de la limitación en el tiempo de los efectos de las sentencias en cuestiones prejudiciales del TJUE", *La Ley*, núm. 8484, 2015.

Cuestión distinta es la complejidad que en la práctica contrae la pretensión de obtener la restitución de lo abonado por los particulares que así lo reclamen conforme a Derecho. En este sentido, las exigencias administrativas y documentales al respecto vienen a dificultar enormemente la devolución del céntimo sanitario indebidamente pagado. A título ilustrativo, se exige al sujeto que haya soportado la repercusión, es decir, al consumidor final, que aporte la factura o el tique de compra en los que figure expresamente el importe del céntimo sanitario repercutido. Como se ha apuntado "no cuesta imaginar que los particulares van a quedar excluidos, en su inmensa mayoría, de la posibilidad de conseguir las devoluciones de lo indebidamente pagado, pues es francamente extraño que el sujeto que pagó el céntimo sanitario haya solicitado al repostar en una estación de servicio una factura completa con el oportuno desglose del importe correspondiente al impuesto o del tique de compra". ARMENGOL FERRER, F. Y CIENFUEGOS MATEO, M.: "La legislación española sobre el céntimo sanitario ante el Derecho de la Unión Europea. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2014, *Transportes Jordi Besora S.L. / Generalitat de Catalunya*, C-82/12", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 35, 2015, pág. 19.

que se sumaban a los ya cedidos. La autonomía financiera quedó así considerablemente fortalecida.

En particular, el modelo de financiación diseñado en esta Ley se caracteriza por la asignación al bloque competencial de la gestión de los servicios de asistencia sanitaria de una masa homogénea de financiación a cada Comunidad Autónoma, que parte de la liquidación del año 1999, a través de distintos instrumentos. De un lado, el Fondo General, en el que la masa se asigna de acuerdo con los criterios relativos a la población protegida (siendo la ponderación de esta variable del 75 por ciento), la población mayor de sesenta y cinco años (24,5 por ciento) e insularidad (0,5 por ciento)<sup>1022</sup>. De otro, se configuran dos fondos específicos: el Fondo “Programa de ahorro en incapacidad temporal”, destinado a financiar la adopción de programas y medidas dirigidas al control del gasto relativo a la incapacidad temporal y a la mejora de la gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social para estas contingencias, correspondiendo la gestión financiera de dicho fondo a la Tesorería General de la Seguridad Social; junto al Fondo de cohesión sanitaria<sup>1023</sup>, el cual, recogiendo el testigo del fondo de desplazados previsto en los acuerdos de 27 de noviembre de 1997 y en coherencia con la garantía establecida hoy en el art. 24 LCC, tiene por finalidad garantizar la igualdad de acceso a los servicios de asistencia sanitaria públicos en todo el territorio español, y la atención a ciudadanos desplazados procedentes de países de la Unión Europea o de países con los que España tenga suscritos convenios de asistencia sanitaria recíproca. Este Fondo, no se olvide, constituye un instrumento eminentemente financiero, de forma que no tiene por objeto la coordinación de las políticas sanitarias de las Comunidades Autónomas, para lo cual la

---

<sup>1022</sup> Una crítica al respecto en SÁNCHEZ BAYLE, M.: "Los retos del Sistema Nacional de Salud...", pág. 476, donde se destaca que la población total y el porcentaje de mayores de 65 años queda establecido sin tener en cuenta el dinamismo de crecimiento o decrecimiento de las CCAA y las desigualdades que ello produce, sin que se contemplase a su vez la emigración no regularizada, que en alguna Comunidad Autónoma alcanzaba un número muy significativo de personas.

<sup>1023</sup> La gestión del Fondo de cohesión es regulada en el Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, cuyo art. 4 dispone la compensación con cargo al mismo de la asistencia sanitaria prestada a los pacientes residentes en España que se deriven a una Comunidad Autónoma distinta de aquella en la que tienen su residencia habitual para ser atendidos. El siguiente precepto de la norma reglamentaria dispone, por su parte, la compensación con cargo al Fondo de la atención sanitaria a ciudadanos desplazados temporalmente a España, respecto a los que, en virtud de la aplicación de los reglamentos comunitarios de coordinación, o de los convenios suscritos por España en materia de Seguridad Social, el derecho a la asistencia sanitaria sea por cuenta de una institución de otro Estado, siempre que dichos ciudadanos hayan entrado y permanezcan legalmente en España y la asistencia prestada esté cubierta por los citados convenios internacionales.

Administración General del Estado ha de recurrir a las técnicas legales propiamente establecidas al efecto<sup>1024</sup>.

Asimismo, se creó un Fondo de Suficiencia<sup>1025</sup> como manifestación tanto del principio mismo de suficiencia como del de solidaridad. Su propósito no es otro que materializar la participación autonómica en los ingresos estatales y, en concreto, cubrir las diferencias entre los recursos tributarios del Sistema producidos en las distintas Comunidades Autónomas y sus necesidades de financiación.

Destacable resulta, igualmente, la denominada garantía de mínimos, con arreglo a la cual, ninguna Comunidad Autónoma puede percibir menos recursos que los resultados de aplicar el sistema anterior a las transferencias. Esto es, el Sistema garantiza que los recursos asignados a cada Comunidad por los Fondos aludidos líneas arriba sean al menos iguales, en términos de homogeneidad, a los que cada una de ellas tiene en su masa homogénea de financiación, correspondiente al bloque de financiación de competencias comunes.

También a modo de garantía, la Disposición Transitoria segunda de la Ley disponía que la financiación en el año 2002 de los servicios de asistencia sanitaria de las Comunidades Autónomas que tuviesen asumida la gestión de los mismos sería, como mínimo, la obtenida en el último año del sistema vigente de financiación de los servicios de sanidad en el período 1998-2001. A su vez, instaba la disposición a que durante los tres primeros años del sistema de financiación diseñado en el texto legal, el Estado garantizase a las Comunidades Autónomas con competencias trasferidas que el índice de evolución de la financiación asignada a los servicios contase con un índice de evolución del PIB nominal a precios de mercado.

El modelo implantado en 2002 disfrutó de un corto período de vigencia, pues en 2009 se formalizó legalmente un nuevo sistema mediante la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen

---

<sup>1024</sup> ZORNOZA PÉREZ, J., op. cit., pág. 280.

<sup>1025</sup> Según disponía el art. 6, el Fondo de Suficiencia en el año base 1999 constituye la diferencia, positiva o negativa, entre las necesidades totales de financiación de cada Comunidad Autónoma y el valor de los recursos establecidos en las letras anteriores.

común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, cuya vigencia se mantiene en la actualidad. Entre los principales factores que instaron a la superación del modelo anterior<sup>1026</sup>, cabe destacar, por una parte, los cambios demográficos de comienzos de siglo y que revelaron la inadecuación del sistema frente al aumento de la población y, por otra parte, el déficit sanitario experimentado a nivel autonómico, el cual llegó a ocasionar problemas de liquidez en la práctica totalidad de los servicios de salud. De ahí que la Conferencia de Presidentes de 2005 procediera al “rescate” de las cuentas autonómicas a través del acuerdo de una aportación estatal adicional cifrada en 4.880,5 millones de euros, cancelándose asimismo los déficits acumulados hasta el momento. Fue esta conferencia una clara manifestación del principio de colaboración y cooperación que reposa en el fundamento mismo de lealtad constitucional, pero también una oportuna evidencia de las indeseables consecuencias aparejadas a la inexistencia de un efectivo sistema de control financiero. En efecto, en ausencia del mismo, el gasto real de las autonomías superó en mucho el gasto presupuestado, a consecuencia de la implantación de la reforma de la atención primaria, una mayor inversión tecnológica y la mejora de las condiciones retributivas del personal sanitario, a lo que se ha de sumar la pérdida de las ventajas de escala en las inversiones hasta entonces descentralizadas o la disminución del poder de negociación con los proveedores respecto al que tenía el INSALUD<sup>1027</sup>.

Con el objeto de reforzar la equidad y racionalidad del sistema<sup>1028</sup>, la Ley 22/2009 incorpora como novedad la transferencia del Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales, cuyo objeto, según el art. 9 del texto legal, no es otro que asegurar que cada Comunidad Autónoma reciba los mismos recursos por habitante ajustado para financiar los servicios públicos fundamentales esenciales del Estado del Bienestar. Es un mecanismo de garantía en el cual participa el Estado con su aportación de recursos adicionales, así como todas las Comunidades Autónomas con un porcentaje de sus recursos tributarios.

---

<sup>1026</sup> REPULLO LABRADOR, J. R., op. cit., págs. 154 y 155.

<sup>1027</sup> Consúltase RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., op. cit., págs. 466 y 467.

<sup>1028</sup> En GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: "*Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria...*", pág. 58, ya se denunciaba que la ley anterior no podía mantenerse como fórmula de financiación sanitaria tras la aprobación de la LCC por cuanto “aquella norma se estableció para la función de una serie de prestaciones diferentes a la que ésta incorpora”, concluyendo que “si se elevan las prestaciones debe negociarse la parte de financiación que aporta la Administración central y autonómica”.

Tras la intensa oleada de reformas estatutarias<sup>1029</sup>, la Ley pretende fortalecer el principio de autonomía y de corresponsabilidad. Para ello, en primer lugar, se refuerza la colaboración recíproca entre las Administraciones tributarias de las Comunidades Autónomas y la Agencia Estatal de Administración Tributaria, previendo novedosamente la posibilidad de delegar en las Comunidades Autónomas la revisión en vía administrativa de los actos de gestión dictados por sus Administraciones tributarias. En segundo lugar, se dota a las Comunidades Autónomas de una mayor capacidad recaudatoria a través de un aumento de cesión de tributos a ellas cedidos. Así, se incrementa al 50% el porcentaje de cesión del Impuesto sobre el Valor Añadido y al 58% el de los Impuestos Especiales de Fabricación sobre la Cerveza, el Vino y Bebidas Fermentadas, los Productos Intermedios, el Alcohol y Bebidas Derivadas, los Hidrocarburos y las Labores del Tabaco (art. 8 Ley 22/2009). En todo caso, conviene resaltar que la combinación de impuestos directos e indirectos en la financiación de la sanidad no ha quedado exenta de crítica doctrinal<sup>1030</sup>, al denunciarse la distorsión que en los principios generales de la actividad pública causa la tributación indirecta, distorsionando el principio de progresividad y de capacidad económica asentados en el art. 31 CE y dando lugar a “un efecto constitucionalmente no previsto”.

Como se colige de cuanto se ha expuesto, todas estas sucesivas reformas en el sistema de financiación sanitaria, si bien han incrementado el espacio fiscal de las Comunidades de Régimen Común, que ganan en independencia financiera, lo cierto es que a causa de su carácter no finalista, no han conseguido materializar la equidad, concebida como garantía de un nivel de suficiencia relativa similar en todas las Comunidades y la convergencia en términos de financiación per cápita entre Comunidades sigue siendo hoy una quimera<sup>1031</sup>. En efecto, el modelo actual, basado en financiación incondicionada, no resulta pacífico, pues no han faltado voces<sup>1032</sup> que instan a un replanteamiento del propio marco y sugieren

---

<sup>1029</sup> Y, con ella, la divergencia de criterios de inversión difícilmente conciliables. Así, a modo de ejemplo, en Andalucía se opta por el criterio de la población, mientras que Cataluña atiende al PIB.

<sup>1030</sup> PALOMAR OLMEDA, A.: “El modelo de sanidad pública: algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario*, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dirs.), Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 87 y 88.

<sup>1031</sup> Asociación de Economía de la Salud. *Sistema Nacional de Salud: diagnóstico y propuestas de avance*. Barcelona, 2014, pág. 25.

<sup>1032</sup> REPULLO LABRADOR, J. R., op. cit., pág. 155.

## TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

la alternativa de fijar ciertas garantías dotadas de un per cápita sanitario indicativo, en aras de conseguir una más óptima modulación de la asignación a través del Estado orientado a lograr un efectivo equilibrio. En este sentido, la equidad y solidaridad interna conforman la clave de bóveda de cualquier cuestionamiento del sistema de asignación actual.

Precisamente la búsqueda de la equidad emerge en uno de los principios inspiradores de la regulación legal vigente, de ahí la creación de los Fondos de Convergencia Autonómica, concretados en el Fondo de Competitividad y el Fondo de Cooperación. Son éstos Fondos creados con recursos adicionales del Estado y orientados a la aproximación de las Comunidades Autónomas en términos de financiación por habitante ajustado, junto a la promoción del equilibrio económico territorial, contribuyendo a la igualdad y la equidad. En particular, el Fondo de Competitividad tiene por objeto reforzar la equidad y la eficiencia en la financiación de las necesidades de los ciudadanos y reducir las diferencias en financiación homogénea per cápita entre Comunidades Autónomas, al tiempo que incentiva la autonomía y la capacidad fiscal y desincentiva la competencia fiscal a la baja. Por su parte, el Fondo de Cooperación trata de equilibrar y armonizar el desarrollo regional, estimulando el crecimiento de la riqueza y la convergencia regional en términos de renta de Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas.

Resulta de suma importancia en este ámbito la coordinación de la gestión tributaria entre las Administraciones tributarias del Estado y de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía. No en vano, se cuenta con órganos expresamente dedicados a ello. En particular, la Ley referida crea el Consejo Superior para la Dirección y Coordinación de la Gestión Tributaria, un órgano que refundió el Consejo Superior de Dirección y Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria, a partir de la experiencia acumulada en el curso de los años, regulándose su composición, organización y funciones, al tiempo que mantiene los Consejos Territoriales para la Dirección y Coordinación de la Gestión Tributaria, con su misma composición, organización y funciones.

El Tribunal Constitucional<sup>1033</sup> ha estimado como básica la definición del sistema de financiación de la sanidad, lo que incluye tanto la garantía general de financiación pública como, dentro de ésta, los supuestos en los que algunas prestaciones comunes “que no son

---

<sup>1033</sup> SSTC 136/2012, de 19 de junio; 22/2012, de 16 de febrero y 98/2004, de 25 de mayo.

básicas” pueden estar sujetas a “una financiación adicional con cargo al usuario del servicio (tasa o «copago»)”. Así, tanto la definición de la modalidad de financiación aplicable a las diferentes prestaciones sanitarias, como la precisión de los supuestos en que procede el pago de aportaciones por sus destinatarios, reviste una incidencia decisiva en la forma de prestación del propio servicio, “constituyendo así también un elemento nuclear del propio ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, que en consecuencia debe ser regulado de manera uniforme, por garantizar el mínimo común de prestaciones sanitarias cubierto por financiación pública en todo el territorio nacional”. Así pues, una vez delimitado el marco general y común de financiación en la Ley 22/2009, es responsabilidad de cada Comunidad Autónoma la determinación del modo de financiación de las prestaciones sanitarias, correspondiéndole decidir sobre el “cuánto” y el “cómo” en la distribución de los recursos financieros asignados.

Este carácter descentralizado es el que justifica la operatividad del Fondo de cohesión sanitaria. Creado por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, y cuya gestión regula actualmente el Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, tiene por objeto garantizar la igualdad de acceso a los servicios de asistencia sanitaria públicos en todo el territorio español y la atención a ciudadanos desplazados procedentes de países de la Unión Europea o de países con los que España tenga suscritos convenios de asistencia sanitaria recíproca. Añade la Disposición Adicional quinta de la LCC que el Ministerio de Sanidad, a través de este fondo, realiza políticas que aseguran la cohesión sanitaria y la corrección de desigualdades, políticas que se llevan a cabo mediante planes integrales de salud, que tienen en cuenta variables epidemiológicas y sociales, tales como patologías crónicas, morbimortalidad estandarizada por edad, población infantil, población inmigrante y otras de similar carácter.

El art. 2.1 del Real Decreto había venido estableciendo la compensación a las Comunidades Autónomas, con cargo al fondo, por la asistencia sanitaria dispensada en cuatro supuestos diferentes, a saber, la asistencia sanitaria a pacientes residentes en España derivados entre comunidades autónomas; la asistencia sanitaria a asegurados desplazados a España en estancia temporal, con derecho a asistencia a cargo de otro Estado, que



### TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

pertenezcan a países de la Unión Europea o a otros con los cuales España tenga firmados acuerdos bilaterales en esta materia; la asistencia sanitaria a pacientes residentes en España derivados entre Comunidades Autónomas para su atención en centros, servicios y unidades de referencia del Sistema Nacional de Salud; así como la asistencia a pacientes residentes en España, como consecuencia de la aplicación de las técnicas, tecnologías y procedimientos cuyo uso tutelado sea autorizado. Sin embargo, la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 tuvo una incidencia determinante a este respecto, al suspender la aplicación de los supuestos recién enunciados. En consecuencia, y desde el 1 de enero de 2014, el importe de los gastos por la asistencia sanitaria prestada a pacientes residentes en España derivados entre Comunidades Autónomas e Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y a asegurados desplazados a España en estancia temporal, con derecho a asistencia a cargo de otro Estado, prestada al amparo de la normativa internacional en esta materia, así como los relativos a la asistencia sanitaria cubierta por el Fondo de Garantía Asistencial, se satisface en base a la compensación de los saldos positivos o negativos resultantes de las liquidaciones realizadas por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a través del Instituto Nacional de la Seguridad Social, relativos a cada Comunidad Autónoma e Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, tomando como período de referencia la actividad realizada en el año anterior. En definitiva, el Fondo de Cohesión Sanitaria pasa a adquirir la misma naturaleza extrapresupuestaria que el Fondo de Garantía Asistencial, y así lo reconoce el segundo apartado de la Disposición Final Sexagésima novena. Esta misma disposición establece el proceso de deducciones a realizar<sup>1034</sup>, estableciéndose una marcada condicionalidad

---

<sup>1034</sup> En concreto, y con el fin de abonar a las Comunidades Autónomas y al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria los saldos positivos resultantes de las liquidaciones, se deducen en primer lugar los saldos negativos resultantes de facturación por gasto real de los pagos que el INSS deba efectuar a las Comunidades Autónomas o al INGESA en concepto de saldo neto positivo por cuota global por la cobertura de la asistencia sanitaria a que se refiere la disposición adicional quincuagésima octava de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006. Por su parte, los saldos netos positivos resultantes por cuota global o gasto real se abonan por el Instituto Nacional de la Seguridad Social a las Comunidades Autónomas o al INGESA, una vez se hayan deducido los saldos negativos resultantes de la asistencia sanitaria prestada a pacientes residentes en España derivados entre Comunidades Autónomas y del Fondo de Garantía Asistencial. Una vez realizadas estas deducciones, el INSS lo comunica al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, durante el tercer trimestre de cada ejercicio. Asimismo, ha de comunicar los saldos netos negativos por gasto real que no han podido ser deducidos de los saldos netos positivos por cuota global. La transferencia del importe de estos saldos netos positivos, tanto en concepto de gasto real como de cuota global, a las Comunidades Autónomas o al INGESA se realiza por la Tesorería General de la Seguridad Social, a propuesta del INSS, durante el tercer trimestre de cada ejercicio. El importe deducido a las Comunidades Autónomas o al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria de los saldos

ingresos-gastos, de modo que claramente y sin tapujos advierte en su último apartado que “en 2014, en la medida en que no se produzcan ingresos en la aplicación presupuestaria 32701 «Otros ingresos procedentes de la prestación de servicios. De asistencia sanitaria. Por Convenios Internacionales. Fondo de Cohesión Sanitaria» del Presupuesto de Ingresos del Estado, no se podrá disponer del crédito consignado en la aplicación presupuestaria «Compensación por asistencia sanitaria concertada prestada a ciudadanos asegurados en otro Estado desplazados temporalmente a España»”.

En el referido propósito de cohesión territorial al que obedece el Fondo de Cohesión Sanitaria se enmarca igualmente el Fondo de Garantía Asistencial<sup>1035</sup>, de carácter extrapresupuestario, creado en virtud del art. 3 del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Según dispone el precepto, está destinado a la compensación entre las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla por las actuaciones que sus servicios de salud realicen en el marco de la aplicación de la cartera común básica de servicios asistenciales y de la suplementaria a las personas que gocen de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo en el Sistema Nacional de Salud en sus desplazamientos temporales. La norma remite a regulación reglamentaria la determinación del importe a liquidar a cada servicio de salud. En todo caso, éste viene determinado por ciertas modalidades de desplazamiento: desplazamiento

---

negativos en concepto de gasto real, de asistencia sanitaria prestada a pacientes residentes en España derivados entre Comunidades Autónomas y del Fondo de Garantía Asistencial, se ingresa en la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera con aplicación a una cuenta extrapresupuestaria, gestionada por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, para compensación entre Comunidades Autónomas e INGESA, por la atención prestada a personas con derecho a la asistencia sanitaria del SNS. Este importe es distribuido por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad entre las Comunidades Autónomas e INGESA que presenten saldos netos positivos por asistencia sanitaria prestada a pacientes residentes en España derivados entre Comunidades Autónomas y del Fondo de Garantía Asistencial, una vez descontados los saldos netos negativos por gasto real que no han podido ser deducidos de los saldos netos positivos por cuota global, y de forma proporcional a dichos saldos netos positivos. Por último, los saldos netos negativos por asistencia sanitaria prestada a pacientes residentes en España derivados entre Comunidades Autónomas y del Fondo de Garantía Asistencial y por gasto real que resten, son compensados, deducidos o retenidos, según proceda, de los pagos por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de los recursos del sistema de financiación.

<sup>1035</sup> Este Fondo venía a solucionar los problemas de financiación que el Fondo de cohesión no había sabido resolver en los supuestos en que la atención sanitaria es prestada en una Comunidad Autónoma a personas residentes en otra diferente. Véase al respecto AHUJADO PÉREZ, M.: “Garantías de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud (I): prestaciones autonómicas, equidad, movilidad de pacientes”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario*, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.), Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 689 y 711.

## TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

de corta duración (inferior a un mes), a abonar siguiendo las tarifas nacionales que se establezcan en concepto de atención sanitaria de atención primaria, incluyendo la prestación por cartera suplementaria que corresponda; desplazamientos de larga duración (igual o superior a un mes), a abonar de acuerdo a la cápita mensual utilizada para los cálculos estadísticos de contabilidad sanitaria del sistema de cuentas de salud, bien para la cartera común básica de servicios asistenciales completa, bien para la cartera común básica de servicios asistenciales parcial, referida a asistencia en nivel primario o especializado.

Ya la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado del año 2013 instaba a que el importe de los gastos por la asistencia sanitaria a pacientes residentes en España derivados entre Comunidades Autónomas, así como los relativos a la asistencia sanitaria cubierta por el Fondo de Garantía Asistencial se satisficieran mediante compensación de los saldos positivos o negativos, resultantes de su liquidación, correspondientes a cada Comunidad Autónoma. Tal previsión fue mantenida desde el propio apartado X del Preámbulo de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 y continúa en la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.

### **2.2.- La asistencia sanitaria a través de medios ajenos al Sistema Nacional de Salud.**

#### **2.2.1.- Régimen jurídico general.**

El derecho a la asistencia sanitaria reconocido en el art. 43 CE se materializa a través de los centros e instituciones, bien propios, bien concertados, que integran el Sistema Nacional de Salud, en lo que constituye un sistema de prestación directa. Así se desprende del art. 45 LGS, el cual preceptúa que “el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud”. Es, por tanto, mediante sus estructuras como se dispensa el servicio público fundamental en que la sanidad consiste. Consecuentemente, la vertiente sanitaria de nuestro modelo de protección social no asume, en principio, la cobertura de los gastos derivados de la provisión de prestaciones en medios que no sean los designados y organizados al efecto. Si el titular acude a otros al margen de la infraestructura que el sistema dispone en cumplimiento del mandato constitucional del art. 43, correrán a su

cargo los costes emanados de la atención sanitaria recibida<sup>1036</sup>, salvo determinados supuestos excepcionales estipulados bajo la figura del reintegro de gastos. Es ésta, por tanto, la principal lanza que rompe la regla básica de provisión de prestaciones sanitarias mediante las instituciones del SNS, si bien sujeta a severos y rigurosos límites según se analizará más adelante.

Al tema se refiere el art. 102.3 LGSS'74, aún en vigor, señalando que “las entidades obligadas a prestar asistencia sanitaria no abonarán los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario utilice servicios médicos distintos de los que le hayan sido asignados, a no ser en los casos que reglamentariamente se determinen”. En similares términos se expresa el art. 9 LCC al disponer que “las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud únicamente se facilitarán por el personal legalmente habilitado, en centros y servicios, propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquel, sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte”. No resulta costoso advertir que los casos extraordinarios de asistencia sanitaria a través de medios extraños al SNS suponen una suerte de mecanismo complementario de garantía en la satisfacción del derecho constitucional a la protección de la salud<sup>1037</sup> y, por tanto, una extensión de la protección, puesto que “ésta ya no comprende sólo la asistencia con medios propios, sino también, en determinados supuestos, la prestada por medios ajenos”<sup>1038</sup>. En este sentido, y conforme reiterada jurisprudencia, el reintegro de gastos médicos es mucho más que una simple reclamación de cantidad, es una ampliación de la cobertura de la acción protectora a tales supuestos excepcionales<sup>1039</sup>.

---

<sup>1036</sup> El art. 17 LGS señala que “las Administraciones Públicas obligadas a atender sanitariamente a los ciudadanos no abonarán a estos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios sanitarios distintos de aquellos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias”.

<sup>1037</sup> ARETA MARTÍNEZ, M.: “Sobre el carácter excepcional del reintegro de gastos sanitarios por el Sistema Nacional de Salud y la inclusión o no de la asistencia sanitaria pública en el sistema de Seguridad Social”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 20, 2007 (Westlaw BIB 2007\2783).

<sup>1038</sup> DESDENTADO BONETE, A. Y DESDENTADO DAROCA, E.: “El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 44, 2003, pág. 21.

<sup>1039</sup> Indicó la STS de 7 de julio 1995 y reiteraron con posterioridad las de 17 de julio de 2000, 20 de marzo de 2001 y 30 de junio de 2004 que “la colocación de las normas de la Seguridad Social de la acción de

La técnica del reembolso de los costes derivados de la asistencia recibida en servicios ajenos al Sistema Nacional de Salud goza, conviene insistir, de carácter excepcional. Lo cierto es que no existe un derecho de opción a favor del enfermo o de sus familiares entre la medicina pública o la privada<sup>1040</sup>, de modo que carecen de la posibilidad de obtener el reintegro de aquellos gastos ocasionados por la dispensación de unos servicios sanitarios que podían haber sido provistos en las instalaciones del SNS. Se trata de diferenciar entre necesidad y deseo, y es que “la satisfacción de los deseos, por muy legítima y comprensible que resulte, no puede ser objeto de un sistema público de protección instrumentado para atender necesidades y sostenido por la solidaria contribución de todos los ciudadanos”<sup>1041</sup>. El marcado carácter extraordinario de la cuestión reside, por tanto, en razones estrechamente imbricadas en la racionalización que ha de presidir la gestión de los recursos sanitarios disponibles. No en vano se ha afirmado que “un sistema público de prestación directa tiene ventajas importantes, pero de él se derivan también limitaciones por exigencias organizativas y financieras”<sup>1042</sup>. El objetivo reside en una eficaz armonización entre la administración de los medios sanitarios limitados y las necesidades de asistencia en casos extremos no susceptibles de ser atendidos en el seno de la sanidad pública. En efecto, se trata de lograr el equilibrio entre, de un lado, la garantía del derecho fundamental a la asistencia sanitaria, materializado conforme a su proclamación constitucional en prestaciones suficientes y de calidad e iguales para todos (universales) y, de otro, la organización de unos recursos tasados y limitados en el seno de un servicio cuya estabilidad financiera es inquebrantable premisa, máxime cuando de ésta depende la garantía de las anteriores notas asociadas a las prestaciones sanitarias.

Según SEMPERE NAVARRO, no cabe extraer del texto constitucional un ilimitado derecho a la asistencia sanitaria sino, al contrario, la advertencia de la función ordenadora

---

reintegro de gastos médicos abona su consideración de prestación, y esta consideración se confirma atendiendo a su intrínseca naturaleza, pues es ciertamente una reclamación de cantidad, pero esta cantidad no es sino el valor de la prestación de la asistencia sanitaria que el beneficiario o sus familiares han decidido recibir por servicios ajenos a la Seguridad Social, bien porque ésta se la denegó indebidamente, bien porque razones de urgencia vital obligaron a prescindir de los servicios asignados por la Entidad Gestora. El derecho a este reintegro presupone el derecho a la prestación, y por consiguiente si es declarado el derecho al mismo, implica el reconocimiento a la prestación de asistencia sanitaria, y a su vez si no existe este derecho a la prestación el reintegro debe ser denegado”.

<sup>1040</sup> STS de 20 de marzo de 1986.

<sup>1041</sup> STSJ de Galicia de 20 de julio de 2012.

<sup>1042</sup> DESDENTADO BONETE, A. Y DESDENTADO DAROCA, E. loc. cit., pág. 29.

que compete a la Ley<sup>1043</sup>. Los criterios de igualdad e idoneidad han de compatibilizarse con el empeño de preservar su mantenimiento y viabilidad financiera. En este contexto, se ha advertido como presupuesto o “punto incuestionado e incuestionable” que el SNS ha de obrar conforme a unos principios mínimos de funcionamiento, respetar los márgenes derivados del carácter limitado de los recursos, garantizar la eficacia e igualdad de los servicios y evitar arriesgar su estabilidad financiera. Y es que, en otro caso, se asistiría a un inadecuado reparto de los recursos o, incluso, a “la propia desaparición del sistema”<sup>1044</sup>.

Tras el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, cuyo art. 18<sup>1045</sup> hacía referencia expresa, como supuestos motivadores del reintegro, a la denegación injustificada y la urgencia vital, el art. 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, los redujo exclusivamente a la urgencia vital, añadiéndose esta vez el adjetivo de inmediata<sup>1046</sup>. Por su parte, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, deroga al anterior y asume, en su art. 4.3, la regulación del reintegro de gastos, manteniendo la urgencia vital e inmediata como único supuesto excepcional<sup>1047</sup> en que se contempla el reembolso. En concreto, una vez sentado que “la cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los

---

<sup>1043</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Alcance actual de la obligación de reintegrar los gastos por asistencia sanitaria”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 5, 1997 (Westlaw BIB 1997\806).

<sup>1044</sup> AZAGRA SOLANO, M.: “El reintegro de gastos sanitarios: cómo, cuándo, por qué”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2011.

<sup>1045</sup> Doblemente derogado por el Real Decreto 63/1995 y el Real Decreto 1192/2012.

<sup>1046</sup> Requisito de inmediatez que ya venía exigiendo con anterioridad la jurisprudencia. Véase LUJÁN ALCARAZ, J.: “Extensión material de la obligación de reintegro de gastos sanitarios”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 1, 1998 (Westlaw BIB 1998\1326).

<sup>1047</sup> A juicio de ARETA MARTÍNEZ, no es el contemplado en el art. 4.3 el único supuesto excepcional de reintegro de gastos sanitarios. La autora alude a determinadas prestaciones sanitarias que común y no excepcionalmente son provistas mediante la técnica del reintegro de gastos, como es el caso de ciertas prestaciones ortoprotésicos, en las que el usuario previa prescripción asume el coste a través del establecimiento sanitario autorizado solicitando posteriormente el correspondiente reintegro. ARETA MARTÍNEZ, M., loc. cit.

medios de aquél”, el precepto aduce que “en esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”. Tal y como el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto, la pauta reglamentaria debe ser interpretada de tal forma que sus prescripciones solamente tengan un sentido aclaratorio, pero no restrictivo, del alcance de la norma legal que desarrolla<sup>1048</sup>.

Conviene tener presente que el precepto emplea el concepto de reembolso de gastos, y no el de adelanto. Ciertamente, dado que la norma se expresa en términos de reclamación de gastos ya efectuados, el reintegro sólo debe proyectarse a lo realmente desembolsado, al exacto coste asumido por el titular del derecho a la asistencia sanitaria (sin que se haya estipulado límite alguno al efecto por la normativa correspondiente<sup>1049</sup>), pues, en otro caso, se podría dar lugar a un enriquecimiento injusto. En coherencia con ello, el TSJ de Andalucía ha afirmado que “el reintegro sólo puede alcanzar a lo que el titular o beneficiario de la asistencia sanitaria haya desembolsado efectivamente con motivo de su atención en el centro privado, no aquello que no haya abonado, aunque se haya devengado”<sup>1050</sup>. En el mismo sentido se ha pronunciado el TSJ de Cataluña, el cual, en el ánimo de garantizar una correcta aplicación de las normas que regulan el reintegro y permiten asegurar un correcto funcionamiento del sistema público de salud, advierte que “el rescate de gastos médicos implica que se hayan producido, no pudiendo la instancia formular una condena de futuro, pues en dicho futuro pueden variar las circunstancias que han servido de base a la estimación de la pretensión, puede variar la necesidad de una

---

<sup>1048</sup> La STS de 31 de enero de 2012 es el primer pronunciamiento en cuestionar si el art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006 incide o no en *ultra vires* al desarrollar el art. 9 LCC ya que, argumenta, “donde la ley habla de “situaciones de riesgo vital”, el reglamento se refiere a “casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital”, al tiempo que donde la ley solo alude a que se justifique que no se pudieron utilizar los medios del Sistema Nacional de Salud, el reglamento añade que se compruebe “que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción””. Concluye el alto tribunal la inexistencia de extralimitación en el desarrollo reglamentario de la ley a condición de que el precepto reglamentario no se interprete en un sentido que conduzca a una restricción excesiva de los derechos del ciudadano beneficiario que no ha sido expresamente querida por el legislador, lo que resultaría contrario al derecho a la salud consagrado por el artículo 43 CE.

<sup>1049</sup> Determinados Tribunales Superiores de Justicia incluyen los gastos de desplazamiento, manutención y demás asumidos por el paciente y acompañante de presencia indispensable, posición no compartida por otros en base a la carencia de fundamento en el art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006. Véase ARETA MARTÍNEZ, M., loc. cit.

<sup>1050</sup> STSJ de Andalucía de 25 mayo de 2000.

terapia en los términos presentes, puede evidenciarse efectos secundarios no deseados, puede el sistema público introducir terapias de similar contenido, o concertarse con otros centros su prestación”<sup>1051</sup>.

### 2.2.2.- La denegación injustificada de la asistencia sanitaria debida.

Según se desprende de la sucesión normativa referida líneas arriba, el vigente panorama jurídico excluye formalmente, desde 1995, la denegación injustificada como supuesto con entidad propia de reintegro de gastos. Sin embargo, no es ésta postura pacífica en la doctrina científica ni en la jurisprudencia<sup>1052</sup>, al estimarse que es amplio el abanico de posibilidades que incorpora la regulación<sup>1053</sup>, subsistiendo no escasas opiniones empecinadas en su persistencia, sea de forma autónoma (ora vía responsabilidad civil del 1101 CC<sup>1054</sup> ora vía responsabilidad patrimonial de la Administración<sup>1055</sup>) o bien sólo en cuanto reconducible a la urgencia vital.

De un lado, parte de la doctrina rechaza la vigencia del supuesto de la denegación injustificada de la asistencia sanitaria, a consecuencia de la derogación expresa, hasta en dos ocasiones, del precepto que lo contemplaba. Este proceder legislativo, reincidente según se ha señalado, no parece inocente ni desinteresado y, por tanto, no podría quedar

---

<sup>1051</sup> STSJ de Cataluña de 30 de junio de 2009.

<sup>1052</sup> Se ha afirmado, no sin razón, que “la confusión sigue siendo la nota dominante”. HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: “Los supuestos que habilitan el reintegro de gastos sanitarios: una cuestión poco pacífica”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 13, 2009 (BIB 2009\1692). Un interesante análisis del conflicto en BLASCO LAHOZ, J.: “El reintegro de gastos médicos. Un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales”, en *Revista Aranzadi Social*, núm. 11, 2004 (BIB 2004\1570).

<sup>1053</sup> Tres son las opciones que cabe barajar a partir de la regulación reglamentaria: la consideración de que la denegación constituye un supuesto ajeno al reintegro de gastos médicos, de forma que procedería solicitar el correspondiente auxilio judicial en la materialización a costa del sistema de lo denegado, la responsabilidad patrimonial de la administración invocándose el mal funcionamiento de los servicios públicos, así como la minimización sin más de los efectos del cambio operado a nivel reglamentario. SEMPERE NAVARRO, A. V.: *El derecho a la asistencia sanitaria pública (régimen jurídico de la prestación sanitaria y reintegro de gastos)*, Discurso leído en su ingreso como académico de número de la Academia de Farmacia Santa María de España de la Región de Murcia el 3 de noviembre de 2009, pág. 132.

<sup>1054</sup> MARÍN CORREA, J. M.: “Nueva regulación del reintegro de gastos médicos suplidos por el beneficiario”, *Actualidad Laboral*, núm. 24, 1997. AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Reintegro de gastos médicos por asistencia sanitaria fuera del Sistema de la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 9, 1998. Véase una crítica a esta postura, cuestionándose el carácter contractual de la responsabilidad, en DESDENTADO BONETE, A. Y DESDENTADO DAROCA, E., loc. cit., págs. 16 y 17.

<sup>1055</sup> AA. VV.: *Curso de Seguridad Social*, MONTROYA MELGAR, A. (Dir.), op. cit., pág. 533.



exento de efectos. Como señala SEMPERE NAVARRO, examinado el tenor literal de las normas derogadas y contrastado con el de la nueva, “es obvio que alguna finalidad debió perseguirse”. Lo cierto es que si se recurre a una interpretación literal, sin perjuicio de las críticas de las que ha sido acreedora<sup>1056</sup>, se evidencia que, de los vigentes términos normativos, no se desprende la pretendida subsistencia de la denegación como motivo autónomo de reintegro. Antes al contrario, es palpable una neta voluntad legislativa de dejar sin virtualidad el supuesto en cuestión. Es por ello que se ha señalado que el mantenimiento en vigor de la denegación injustificada supone emplear muy forzosamente “una hermenéutica laxa ante términos textuales legales tan imperativos y concluyentes”<sup>1057</sup>.

Frente a esta versión más apegada a los estrictos términos reglamentarios, emerge otra más amplia y ambiciosa que no se constrañe a una reflexión literal, manteniendo un espíritu fiel a lo que tradicionalmente había sido la regulación imperante. Haciendo uso de una interpretación teleológica, los partidarios de esta opción doctrinal abogan por la permanencia de la denegación injustificada como supuesto de reintegro de gastos<sup>1058</sup>. En consecuencia, no habría un antes y un después de la derogación efectuada, pues el supuesto continuaría operando en toda su extensión. En este sentido, la jurisprudencia subsiguiente a la reforma acometida por el Real Decreto 63/1995 privó de efecto a la misma, ya que sostenía que el antiguo supuesto de reintegro por denegación injustificado que preveía el art. 18 del Decreto 2766/1967 seguía existiendo a efectos de justificar la responsabilidad por parte de la Administración de reintegrar el gasto ocasionado como consecuencia de la prestación sanitaria dispensada en el ámbito privado, sin perjuicio de que dicho supuesto había sido “olvidado” por la norma reglamentaria de 1995<sup>1059</sup>. Y se

---

<sup>1056</sup> A juicio de LANTARÓN BARQUÍN, D.: *“Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...”*, pág. 272, realizar una interpretación estrictamente literal y consiguientemente predicar la improcedencia de reintegro en aquellos supuestos en que, de forma injustificada, se deniega la asistencia sanitaria, es simplemente “absurdo”.

<sup>1057</sup> GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: *“Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria...”*, págs. 152 y 153. El autor considera que el único supuesto vigente es la asistencia de carácter vital, urgente e inmediata, de modo que la exclusiva referencia reglamentaria a la misma “suprime la causa de denegación injustificada de asistencia, con lo que queda cegado el cauce jurisprudencial antes abierto para el abono de los gastos causados por las demoras en los tratamientos médico-quirúrgicos”.

<sup>1058</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R., loc. cit., pág. 74, DESDENTADO BONETE, A. Y DESDENTADO DAROCA, E., loc. cit.; BLASCO LAHOZ, J., loc. cit.; LUJÁN ALCARAZ, J., loc. cit.

<sup>1059</sup> DESDENTADO BONETE, en el voto particular a la STS de 20 de octubre de 2003 señala que el supuesto de reintegro por denegación injustificada de la asistencia del antiguo art. 18 del Decreto 2766/1967 sigue existiendo aunque haya sido “olvidado” por el Real Decreto 63/1995. Sin embargo, no parece que la ausencia de mención reglamentaria obedeciese a un descuido, si se tiene en cuenta que en el Real Decreto

reafirmaba el alto tribunal señalando expresamente que “así tiene que ser, ya que el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, así como el también Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, no pueden ser entendidos ni interpretados al margen del reconocimiento constitucional del derecho a la salud y del deber público de proteger ese bien mediante las prestaciones y servicios necesarios”<sup>1060</sup>.

Más acertada parece la mayoritaria vertiente doctrinal, que, en una suerte de posición intermedia, apuesta por la admisión de la denegación injustificada sólo en tanto en cuanto ésta sea encuadrable en el supuesto de urgencia vital y en las demás prerrogativas que su definición reglamentaria impone<sup>1061</sup>. Lo cual no resulta en modo alguno infrecuente pues, ya se sabe, “los supuestos de urgencia vital y denegación de asistencia no se presentan normalmente en su pureza conceptual, sino que más generalmente lo hacen en circunstancias que ofrecen una compleja mezcla de las características de una y otra figura”<sup>1062</sup>. Por tanto, si en el contexto de una denegación injustificada y como consecuencia de la misma se deriva una situación de extrema emergencia para el paciente, procede el reintegro de los gastos que le acarreó el recurso a los servicios sanitarios privados<sup>1063</sup>. A la luz de este razonamiento, se adivina en la reforma operada un propósito normativo concretado en la extensión de la hegemónica fórmula relativa a la urgencia vital, subsumiendo en ella el supuesto de la denegación injustificada. En otros términos, la urgencia vital quedaría como el supuesto al que habrían de reconducirse los demás para generar derecho al reintegro de gastos médicos. A sensu contrario, si la denegación se produce de manera inconexa con aquélla, no genera el derecho al reintegro, si bien constituirá un flagrante supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos (arts. 106 CE y 139 de la Ley 30/1992), y con él, dará lugar a la correspondiente articulación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, tendente a

---

1030/2006 que le sucede se sigue sin aludir a la denegación injustificada como posible supuesto habilitador del reintegro.

<sup>1060</sup> STS de 8 de noviembre de 1999.

<sup>1061</sup> ROMÁN VACA, E.: *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, Edersa, Madrid, 1998, pág. 78; CANTERO RIVAS, R Y ESTÁN TORRES, M. C.: *El reintegro de los gastos sanitarios causados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1998, pág. 13 y ss.; AZAGRA SOLANO, M., loc. cit. y SEMPERE NAVARRO, A. V., loc. cit., pág. 134.

<sup>1062</sup> SSTs de 16 de noviembre de 2009 y 4 de julio de 2007.

<sup>1063</sup> Tal es el supuesto de hecho de la STSJ de Canarias de 15 de marzo de 2010, en el que al tiempo que se asiste a una situación de urgencia vital, queda acreditado que el demandante nunca resultó incluido en lista de espera a los efectos de recibir intervención quirúrgica de las dolencias ya determinadas.

reparar o compensar por vía económica los perjuicios causados con esa denegación de la asistencia a la que se tenía derecho.

También en sede jurisdiccional ha tenido reflejo la diversidad de posturas a las que se acaba de hacer referencia. En concreto, la doctrina de suplicación se mueve entre la denegación de la denegación como supuesto de reintegro sin más, su vigencia sin especificación del régimen jurídico consiguiente y, por último, su subsistencia, si bien remitida a la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria<sup>1064</sup>. Así, en determinados pronunciamientos, los Tribunales Superiores de Justicia<sup>1065</sup> se posicionan a favor de la vigencia en exclusiva del supuesto de la urgencia vital, rechazando pues la validez de la denegación injustificada para justificar el recurso a la técnica del reintegro.

En términos tajantes se expresa el TSJ de Madrid<sup>1066</sup> cuando sostiene que “en la actualidad el único supuesto de posible reintegro por gastos médicos producidos en centro ajeno a la Seguridad Social es la referida asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, habiendo dejado de serlo la denegación injustificada de asistencia o su equiparable error de diagnóstico, que lo eran al amparo del art. 18 RAS (Decreto 2766/1967)” y advierte que “con ello no queremos decir que los beneficiarios se hallen indefensos frente a estos defectos en la asistencia, sino que la acción a ejercitar no puede ser la del reintegro por atención médica privada (única formulada en autos), sino la que vaya orientada a imponer la obtención de la prestación en los centros oficiales o a una posible indemnización; supuesto este último cuya competencia escaparía al orden jurisdiccional social”. Por tanto, según esta línea interpretativa, la más acertada según se ha justificado líneas arriba, cuando la denegación de asistencia no resulte subsumible en el supuesto de la urgencia vital<sup>1067</sup>, no cabe ser conocida por la jurisdicción social vía

---

<sup>1064</sup> DESDENTADO BONETE, A. Y DESDENTADO DAROCA, E., loc. cit., págs. 15 y 16.

<sup>1065</sup> SSTSJ de Galicia de 30 de mayo de 2008, Islas Baleares de 13 de febrero de 2007, Andalucía de 31 de enero de 2007, Cantabria de 16 de mayo de 2001, Comunidad Valenciana de 26 de enero de 2001, Asturias de 9 de junio de 2000, Castilla y León de 21 de marzo de 2000, Cataluña de 14 de enero de 2000. Por destacar algunos pronunciamientos, la STSJ del País Vasco de 3 de febrero de 2009 razona que “el único supuesto excepcional susceptible de interpretación, siempre restringida y no extensiva, de reintegro de gastos médicos originados por la asistencia sanitaria prestada en centros privados y fuera del sistema público de salud, es el de carácter vital, urgente e inmediato”. En el mismo sentido, la STSJ de Aragón de 3 de mayo de 2006 sostiene que “en cuanto a la alegada denegación de tratamiento adecuado, se trataría de un supuesto de responsabilidad de la Administración Sanitaria”.

<sup>1066</sup> Sentencia de 15 de noviembre de 2011. En idénticos términos, STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2009.

<sup>1067</sup> La STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2010 se pronuncia sobre un caso en el que el paciente había sido dado de alta por la medicina pública cuando presentaba bronconeumonía doble, que evolucionó

reintegro de gastos, sino que competiría al orden contencioso-administrativo en la modalidad de responsabilidad extracontractual derivado del funcionamiento anormal del servicio sanitario. Lo cierto es que son cada vez más numerosas las declaraciones de incompetencia de los órganos de lo social en este ámbito, al concebirlo como un supuesto de daños y perjuicios<sup>1068</sup>. A esta posición se adhiere la doctrina del Tribunal Supremo<sup>1069</sup> que, superando su criterio anterior, mantiene que en la actualidad ha desaparecido “la denegación injustificada de la asistencia como causa expresa -legal- de reintegro”.

Ahora bien, la postura anterior, lejos de ser unánime, se enfrenta con posicionamientos contrarios que no hacen sino evidenciar que la desaparición de la alusión expresa en la normativa a la denegación injustificada no dejó cerrado el debate. Así pues, no escasean los pronunciamientos judiciales que consideran la denegación injustificada como uno de los supuestos con acceso directo al reintegro<sup>1070</sup>. En concreto, la protección de la salud constituye la idea motriz de la que parte el TSJ de Castilla y León para incluir, entre los supuestos en los que cabe legal y jurisprudencialmente el recurso a medios ajenos al sistema público de salud, aquellos “coincidentes con situaciones de urgencia vital, denegación injustificada de asistencia o prestación de ésta de forma inadecuada o ineficaz, ya por error diagnóstico ya por pautarse extemporáneamente, ya por realizarse con técnicas inoperantes”<sup>1071</sup>.

---

favorablemente gracias al tratamiento que se le dispensó en el Ruber Internacional, lo que, según reconoce el propio Tribunal, “permite subsumir el supuesto enjuiciado en el propio de urgencia vital”.

<sup>1068</sup> Con contundencia, la STSJ de Galicia de 20 de julio de 2012 señala que “en la actualidad sólo cabe tal reintegro, y por la vía del ejercicio de la acción ante la jurisdicción social, en el supuesto de urgencia vital, derivando el conocimiento del otro supuesto (denegación injustificada) a la vía contenciosa-administrativa”. Incidiendo en la vigencia del art. 2.e) LJCA, la STSJ de Andalucía de 31 de enero de 2007 señala que corresponde al orden contencioso-administrativo el conocimiento de los litigios de reintegro de gastos sanitarios “cuyo título no sea el derecho a la asistencia sanitaria en una urgencia vital en el sentido estricto de la expresión, sino la compensación o indemnización por funcionamiento anormal del servicio público sanitario”. En el mismo sentido, la STSJ de Cantabria de 15 de octubre de 2008 sostiene que “la excepción admitida por el art. 5.3 de RD 63/1995 que autoriza a solicitar asistencia sanitaria privada con derecho al reintegro de los gastos médicos, es el supuesto de riesgo vital, sin perjuicio del ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por un anormal funcionamiento del Servicio Nacional de Salud, en el caso que se considere que ha mediado una denegación injustificada de asistencia”.

<sup>1069</sup> SSTs de 4 de julio de 2007, 25 de marzo de 2004 y 25 de noviembre de 2003.

<sup>1070</sup> SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de julio de 2008, Madrid de 16 de junio de 2008, Canarias de 27 de mayo de 2005, Cantabria de 30 de octubre de 2003, Asturias de 18 de enero de 2002, Extremadura de 10 de septiembre de 2001, Cataluña de 26 de febrero de 2001, Andalucía de 20 de febrero de 2001 y Murcia de 17 de abril de 2000.

<sup>1071</sup> Sentencia de 15 de julio de 2008.

Según se colige, la denegación de la asistencia sanitaria debida constituye tradicional peón en el juego de ajedrez entre el orden social y el contencioso, de modo que siguen concurriendo pronunciamientos judiciales en un sentido y otro que no hacen sino fomentar una dualidad jurisdiccional con consecuencias en nada intrascendentes<sup>1072</sup>. En efecto, el conocimiento de tales supuestos tanto por órganos jurisdiccionales de lo social, en base a la articulación de la técnica del reintegro (y, por tanto, contenido de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social), como del contencioso-administrativo, que lo reputa como daño indemnizable a través del instituto de la responsabilidad patrimonial, deriva en una indeseable divergencia que propicia una fuerte inseguridad jurídica. La llamada a la racionalidad resulta a todas luces imperiosa. Y, desde luego, el camino a seguir en este sentido no puede ser otro que el marcado por la doctrina del Tribunal Supremo, que proporciona todos los elementos para dar por zanjada la disputa<sup>1073</sup>. En efecto, el alto tribunal ha insistido en que el apartado e) del artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) introdujo una importante novedad en la delimitación competencial entre el orden social y el orden contencioso-administrativo en la materia de reintegro de gastos sanitarios por asistencia sanitaria fuera del Sistema Nacional de Salud, de manera que los litigios suscitados en el supuesto de necesidad médica urgente de carácter vital, cualquiera que sea su causa, siguen estando atribuidos a la jurisdicción social, en cuanto constituyen “un supuesto excepcional de extensión o expansión del derecho a la asistencia o protección sanitaria de los asegurados, sobre cuyo alcance debe decidir el orden social de la jurisdicción”. Por su parte, y a la luz del mismo art. 2.e) LJCA, compete a la jurisdicción contencioso-administrativa “el conocimiento de los litigios de reintegro o reembolso de gastos sanitarios de medicina privada cuyo título no sea el derecho a la asistencia sanitaria en una urgencia vital en el sentido estricto de la expresión, sino la compensación o indemnización por funcionamiento anormal del servicio público sanitario”.

En definitiva, la solución más acertada, por su fidelidad con la normativa vigente y su coherencia con la jurisprudencia sentada al respecto, reside en considerar que la denegación injustificada de asistencia habilita el reintegro de gastos únicamente en

---

<sup>1072</sup> Los efectos negativos de esta dualidad jurisdiccional no expresamente resuelta han sido concretados en la incertidumbre en relación a la vía judicial adecuada y la contradicción no unificable de criterios doctrinales. DESDENTADO BONETE, A. Y DESDENTADO DAROCA, E., loc. cit., pág. 29.

<sup>1073</sup> STS de 25 de noviembre de 2003.

aquellos supuestos en que su articulación converge en una situación de urgencia vital, aludida ésta en exclusiva en la regulación reglamentaria. De no ser así, el art. 2.e) LJCA remite al conocimiento del orden jurisdiccional contencioso lo que constituye un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por los daños y perjuicios causados por la caprichosa negativa de la asistencia sanitaria debida.

### 2.2.3.- La urgencia vital.

Tal y como se ha indicado con anterioridad, la urgencia vital constituye el único supuesto al que alude expresamente el art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006 para abrir la puerta al reintegro de gastos médicos. Se trata de un concepto jurídico indeterminado sobre el que ha arrojado luz la jurisprudencia y la doctrina mediante una intensa labor acotadora. Lo cierto es que la urgencia vital como causa justificativa de la intervención de la medicina privada a cargo del Sistema Nacional de Salud se caracteriza por una marcada circunstancialidad<sup>1074</sup>, por lo que toda aproximación al tema requiere una exigente labor de espiguelo en las circunstancias y factores que asisten a su concurrencia<sup>1075</sup>. No en vano, se ha afirmado que “los supuestos de urgencia vital e imposibilidad de utilizar

---

<sup>1074</sup> El peligro para la vida o salud de una persona se halla en función de múltiples factores, señaladamente: la gravedad de la enfermedad o lesión, la distancia del centro sanitario más próximo, el equipamiento disponible en éste, el sistema de comunicaciones o la intensidad del tráfico, así como las características de los medios de locomoción empleados. Véase RUBIO SÁNCHEZ, F.: “Estudio de algunos supuestos de reintegro de gastos por prestaciones sanitarias externas al Sistema Nacional de Salud”, *Revista Aranzadi Social*, Vol. 2, 1999 (Westlaw BIB 1999\1540).

<sup>1075</sup> La STSJ de La Rioja de 22 de octubre de 2009 señala oportunamente que la apreciación de la necesidad de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital “no deriva de datos objetivos e incuestionables, no precisados de un juicio de valor, sino que ha de valorarse en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes, en tanto que ha tenerse en cuenta no sólo la enfermedad precisada de asistencia y su posible solución, sino también la específica situación del enfermo y la trascendencia que la demora en la asistencia a él le pueda ocasionar, que evidentemente sólo pueden valorarse respecto del caso concreto, de modo que ante situaciones aparentemente iguales sin embargo la respuesta puede ser diferente”.

Así, a modo de ejemplo, la situación de urgencia vital se determina no sólo atendiendo al diagnóstico, pues también la actuación del respectivo Servicio autonómico de Salud constituye un importante criterio de referencia. En este sentido, la STSJ de La Rioja de 4 de abril de 2012 entiende que la urgencia vital se desprende, fundamentalmente, de la actuación del propio Servicio Riojano de Salud, “que es quien envía al hijo de la demandante al Centro PRISMA de Zaragoza ante la imposibilidad de dispensar a Felicísimo la continuidad en los cuidados que necesita”. Igualmente, la STS de 31 de enero de 2012 atiende al proceder del Servicio Canario de Salud, “que es quien envía al paciente a la Clínica Puerta de Hierro y, ante la negativa de ésta a practicar la intervención, se pone en contacto con la Clínica Ruber y, concretamente, con Don José Antonio para que acceda a realizar la intervención quirúrgica prescrita por el propio Servicio Canario, que mantiene al paciente de baja médica y bajo control hasta el momento en que dicho doctor regresó de sus vacaciones, momento en que inmediatamente se practicó la operación”.

oportunamente los servicios de salud no se presentan normalmente en su pureza conceptual, sino que generalmente lo hacen en circunstancias que dificultan su identificación<sup>1076</sup>. En efecto, el carácter casuístico<sup>1077</sup> a la par que litigioso de la cuestión motiva que la jurisprudencia haya desempeñado un papel clave en la definición y delimitación de los conceptos que incorpora la articulación de la asistencia sanitaria a través de medios ajenos al Sistema Nacional de Salud. Téngase en cuenta que términos como el de urgencia vital llevan aparejadas las dificultades propias de todos los conceptos que, no siendo jurídicos, son convertidos en tales al constituir el supuesto de hecho de determinadas normas<sup>1078</sup>.

El Tribunal Supremo ha definido la urgencia vital como la existencia de un riesgo inminente de vida o la pérdida de órganos o miembros fundamentales para el desarrollo normal del vivir<sup>1079</sup>, es decir, como una situación objetiva de riesgo que se traduce en la imposibilidad de utilizar los servicios públicos sanitarios, porque la tardanza en obtener la asistencia de los mismos o el hecho de que éstos no estén en condiciones de prestarla en la forma requerida pongan en peligro la vida o curación del enfermo<sup>1080</sup>. Conviene precisar, en este sentido, que la urgencia vital no se encuentra constreñida a aquellos casos en que se halle en peligro la vida, dado que también existe necesidad de recibir asistencia sanitaria urgente y de carácter vital a fin de conservar los aparatos y órganos del cuerpo humano o su mejor funcionalidad, o para lograr una mejor calidad de vida y menor dolor y sufrimiento<sup>1081</sup>. La noción de "urgencia vital" implica perentoriedad y supone, pues, que la medida terapéutica es inaplazable, hasta el punto de que cualquier demora determina grave peligro para la integridad del paciente con imposibilidad de utilizar los servicios de la medicina oficial<sup>1082</sup>.

---

<sup>1076</sup> STSJ de Islas Baleares de 6 de mayo de 2009.

<sup>1077</sup> Expresivamente se ha afirmado que surgirá "cierta desazón en quien desee extraer de las sentencias un criterio exacto, prácticamente matemático acerca de si procede o no el reintegro de gastos". SEMPERE NAVARRO, A. V., loc. cit., pág. 143.

<sup>1078</sup> APARICIO TOVAR, J., "*La Seguridad Social y la protección de la salud...*", pág. 240.

<sup>1079</sup> STS de 6 de marzo de 1985.

<sup>1080</sup> SSTs de 15 de enero y 22 de octubre de 1987 y de 27 de enero, 15 de febrero y 21 de diciembre de 1988.

<sup>1081</sup> STS de 17 de julio de 2007.

<sup>1082</sup> STSJ de La Rioja de 4 de abril de 2012.

Para que proceda el reintegro de gastos, la jurisprudencia<sup>1083</sup>, a la luz del art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006, insiste en la preceptiva concurrencia de cuatro requisitos, dos positivos y dos negativos:

- En primer lugar, ha de tratarse de una urgencia de carácter vital, tal y como la adjetiva el precepto reglamentario. Resulta exigible, pues, que se presente una situación de riesgo inesperado e imprevisible, situación ésta que ha de ser objetiva y contrastada<sup>1084</sup>. Como reiteradamente se ha puesto de relieve, no toda urgencia es de carácter vital, sino únicamente aquella que es más intensa y extremada y que se caracteriza, en los más de los casos, porque en ella está en peligro la vida del afectado<sup>1085</sup>. Ahora bien, en términos menos graves, también se aprecia la urgencia vital en la concurrencia de un peligro que dificulte la curación definitiva del enfermo o que provoque la pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona<sup>1086</sup>, aunque la lesión se halle en una zona periférica del cuerpo. Según se advierte, la jurisprudencia aboga acertadamente por un concepto amplio de “urgencia vital”, haciéndola extensiva a un gran número de posibles daños que, sin implicar la muerte, afectan sustancialmente a la calidad de vida de la persona a través de su incidencia en diferentes bienes jurídicos.

---

<sup>1083</sup> SSTS de 8 de mayo y 31 de enero de 2012, 4 de julio de 2007, 25 de marzo de 2004, 20 de octubre de 2003 y 19 de diciembre de 2003.

<sup>1084</sup> SSTS de 22 de octubre de 1987, 16 de febrero de 1988, 1 de julio de 1991 y 31 de mayo de 1995.

<sup>1085</sup> SSTS de 31 de mayo de 1995 y 19 de febrero de 1997. Así, a modo de ejemplo, la STSJ de Cantabria de 18 de febrero de 2010 no aprecia urgencia en la intervención quirúrgica en cuestión, ya que el glioma detectado se calificaba de grado bajo, sin expansividad ni malignidad. Tampoco la STS de 16 de noviembre de 2009 califica de urgente la realización de un diagnóstico genético en la sanidad privada, a fin de que, a la vista del mismo, la sanidad pública realizara el tratamiento de reproducción asistida, pues, “ni supone peligro de muerte inminente, ni de pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona”.

<sup>1086</sup> STS de 20 de octubre de 2003 en un supuesto con riesgo de ceguera. La STS de 4 de julio de 2007 afirma que “siendo dos las acepciones que el término «vital» tiene en el DRAE, «perteneiente o relativo a la vida» y «de suma importancia o trascendencia», el problema interpretativo que presenta el art. 5 del RD 63/1995 consiste en precisar si la urgencia vital se refiere únicamente al peligro de muerte inminente o si debe también incluir la pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona. Conclusión esta última que es la que se impone, pues si el autor de la norma reglamentaria hubiera querido restringir los supuestos a los propios de la primera acepción, así lo hubiera indicado [por ejemplo, con la expresión «peligro inminente de muerte»], de manera que la utilización de una fórmula más amplia ha de interpretarse acorde a la segunda de las acepciones [«suma importancia o trascendencia»], indudablemente comprensiva de los riesgos relativos a la funcionalidad de órganos importantes [entre los que incluir los ojos]; máxime teniendo en cuenta que el mandato constitucional sobre el derecho de protección a la salud del art. 43.1 CE «no permite una interpretación mezquina del precepto que nos ocupa» (STS 20/10/03)”.



### TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

De modo expresivo, se ha señalado que “es por tanto a la afectación previsible de la vida, sin necesidad de llegar a su pérdida, a lo que ha de referirse el concepto de vital”<sup>1087</sup>, por lo que la viabilidad del reembolso de gastos médicos no requiere que esté en riesgo cierto e inminente la propia vida del paciente, siendo a tal efecto suficiente “que racionalmente pueda representarse la probabilidad cierta de que un retraso en recibir la asistencia pueda producir daños graves para la salud en forma de secuelas o incluso de la prolongación en el tiempo de sufrimientos intolerables”<sup>1088</sup>. Pero, más aún, la integridad moral queda también incluida en la noción de urgencia vital. Y ello porque la salud constituye “en todos sus aspectos un valor vital”, de forma que no se trata “de la conservación escueta de la vida ni de los elementos que físicamente la constituyen en su más descarnada elementalidad, sino también de cuantos determinan la plenitud de su dignidad, y no sólo los físicos, anatómicos y fisiológicos susceptibles de restauración o preservación por medios sanitarios, sino también los morales que de su deterioro puedan verse afectados”<sup>1089</sup>.

- La asistencia debe presentar, asimismo, un carácter urgente e inmediato<sup>1090</sup>, esto es, la demora en el tratamiento ha de suponer una intensificación del riesgo del enfermo. El conjunto de calificaciones que acompaña a la asistencia sanitaria en el precepto reglamentario (urgente, inmediata y de carácter vital<sup>1091</sup> -que, lejos de ser reiterativas suponen tres notas adjetivadoras autónomas<sup>1092</sup>-), no pretende sino incidir en la noción de gravedad que pivota sobre las circunstancias del caso concreto, excluyéndose aquellos supuestos no conectados a la misma de forma estricta. En efecto, el carácter apremiante de la asistencia radica en la base del concepto manejado. No resulta suficiente, en definitiva, que el recurso a medios ajenos al SNS reporte mayores ventajas o mejore las expectativas, pues se requiere además que la atención sanitaria alternativa en ellos se revele inaplazable,

---

<sup>1087</sup> STS de 17 de diciembre de 2003.

<sup>1088</sup> STS de 20 de octubre de 2003.

<sup>1089</sup> STSJ de Asturias de 21 de febrero de 2003.

<sup>1090</sup> Según SEMPERE NAVARRO, se trata de una mera diferenciación formal, por lo que resulta frecuente que concurran en la práctica ambos presupuestos, a su juicio, difícilmente dissociables. En palabras del autor, “la urgencia se vincula con el plazo para obtener la asistencia pública debida, que sólo será excesivo si los efectos previsibles de la espera implican un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física del paciente”.

<sup>1091</sup> Las SSTS de 8 de mayo y 31 de enero de 2012 insisten en que el hecho de que el Real Decreto no hable solamente de “riesgo vital” sino que, tras repetir la expresión legal, utilice también la fórmula “urgente e inmediata y de carácter vital” no puede interpretarse como una exigencia de nuevos requisitos autorizadores del recurso a la sanidad privada más rigurosos que el querido por el legislador.

<sup>1092</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V., loc. cit., págs. 126 y 127.

inexcusable. La concurrencia de una real urgencia vital precisa el acaecimiento de una situación en la que la intervención se evidencie imprescindible, y no simplemente conveniente, por lo que no se aprecia si existe un traslado a otra localidad o a un centro privado existiendo centros públicos más próximos<sup>1093</sup>. En coherencia con ello, la justificación del derecho al reintegro no se extiende a la falta de éxito del tratamiento dispensado en el sistema público sanitario, sino exclusivamente a la concurrencia de un panorama de urgencia, acreedor de una atención sanitaria inmediata y que, a su vez, no pueda ser dispensada por los servicios sanitarios asignados<sup>1094</sup>.

Se excluyen del mecanismo del reintegro los supuestos de revisiones médicas periódicas, tratamientos posteriores a una intervención quirúrgica urgente<sup>1095</sup> y rehabilitaciones de secuelas consolidadas<sup>1096</sup>, toda vez que se asiste en los mismos a una notoria ruptura con las notas de urgencia e inmediatez que debe adjetivar la asistencia sanitaria dispensada a través de medios ajenos. Así lo entiende también SEMPERE NAVARRO, para quien únicamente queda justificado el reembolso si lo recibido ha ido directamente encaminado hacia la curación de la urgencia, de forma que, aunque haya necesidad urgente, los cuidados no dirigidos a la patología referencial merecen ser descartados a efectos de reembolso<sup>1097</sup>.

En todo caso, conviene precisar que el momento de valoración de la urgencia vital no se sitúa "a posteriori", sino "ex ante", en el momento de presentarse, por lo que debe apreciarse la razonabilidad de la decisión adoptada en cuanto a la elección de la asistencia

---

<sup>1093</sup> SSTSJ Comunidad Valenciana de 21 de noviembre de 2003 y 26 de enero de 2001.

<sup>1094</sup> No es el caso del cual conoce la STSJ del País Vasco de 22 de marzo de 2005, en el que el paciente acude al centro sanitario privado, mucho más alejado de su lugar de residencia, únicamente por su voluntad de preferir el tratamiento que ésta podía ofrecerle.

<sup>1095</sup> STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2010: "no creemos que en estos casos, y a pesar de que la clínica privada haya atendido inicialmente al paciente, deba seguir asistiendo al mismo en el tratamiento ordinario y habitual, propio de la enfermedad detectada. La norma tan solo permite resarcir los gastos producidos en la sanidad privada cuando la misma haya intervenido en casos extremos, de urgencia vital, en los términos que jurisprudencialmente se vienen admitiendo como concurrencia de esa concreta situación, pero no para posteriores y ordinarias intervenciones que no justifican en modo alguno que deban seguirse ante el mismo centro".

<sup>1096</sup> SSTS de 23 de junio de 2008 y de 22 de noviembre de 2006 en relación a tratamientos de rehabilitación neuropsicológica. También resulta ilustrativa a este respecto la STSJ de Madrid de 15 de marzo de 2004, en la que se concluye que la falta de terapia rehabilitadora no implicaba un peligro para la vida o la integridad física del paciente "dado que el mal ya estaba causado y únicamente se precisaba la rehabilitación".

<sup>1097</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V., loc. cit., pág. 127.

sanitaria en base a la representación de la gravedad de la situación en el momento en que ésta se presenta. El que después de prestada esa atención sanitaria, la situación, afortunadamente, se revele de menor gravedad de lo que inicialmente podía aparentar no es causa para descalificar la urgencia<sup>1098</sup>.

- La imposible utilización oportuna de los servicios públicos de salud emerge en otro de los requerimientos inherentes a la noción de urgencia vital, implicando que, o bien no es posible recurrir a dichos servicios, o bien resulta extremadamente dificultoso o desaconsejable médicamente. No basta, pues, con la existencia de un riesgo inminente que requiera una atención urgente, ya que es preciso, además, que tal urgencia determine la imposibilidad de acceso del beneficiario a los centros que el SNS dispone al efecto, al tratarse de “la aparición súbita de un cuadro clínico que requiere una inmediata atención, imposibilitando acudir al servicio médico asignado”<sup>1099</sup>. Ha de existir, en suma, perentoriedad<sup>1100</sup> o premura en la actuación, de suerte que se corre el riesgo de infligir un daño irreparable o de difícil subsanación al estado sanitario del enfermo si éste se resigna a la demora y demás debilidades connaturales al recurso al sistema público sanitario. En estos casos, la necesidad de asistencia es tan apremiante que no admite retardo alguno, es decir, no se dispone del tiempo necesario para acudir a los servicios públicos de salud por circunstancias tales como el alejamiento geográfico<sup>1101</sup>, la tardanza en la prestación de la atención sanitaria o el hecho de que el servicio en cuestión no esté en condiciones de prestarla<sup>1102</sup>. Es por ello que se ha instado a poner en relación dos plazos distintos: el necesario para obtener, en función de las circunstancias del caso, la asistencia pública debida y el necesario para obtener la asistencia externa, con lo que “si la opción entre una y otra implica una diferencia temporal de la que nace un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física”, se asiste a una situación manifiestamente urgente<sup>1103</sup>.

---

<sup>1098</sup> SSTSJ Canarias de 3 de septiembre de 2012 y 12 de febrero de 2008.

<sup>1099</sup> SSTS de 25 de octubre de 1999, con cita de los pronunciamientos precedentes de 25 de septiembre de 1986, 31 de octubre de 1988, 30 de noviembre de 1994, 21 de diciembre de 1995 y 7 de octubre de 1996.

<sup>1100</sup> La nota de perentoriedad concurre en el caso examinado en la STSJ de Galicia de 20 de julio de 2012, ya que “el recurrente acudió a la USM de Burela dependiente del SERGAS el día 19 de enero de 2006, momento en el que ya era aconsejable su ingreso psiquiátrico, y cuando se niega a tal ingreso se le cita para la semana siguiente. Pero la semana siguiente (26 de enero de 2006), cuando todavía era más evidente su deterioro físico y mental, y por lo tanto, más aconsejable su ingresos psiquiátrico, no consta que se le hubiera indicado de nuevo la necesidad de ingresar, sino que se le da cita para dos meses más tarde”.

<sup>1101</sup> STS de 11 de junio de 1990.

<sup>1102</sup> SSTS de 15 de enero, 22 de octubre y 23 de marzo de 1987.

<sup>1103</sup> STSJ de Castilla y León de 6 de junio de 2012.

- En directa conexión con el requisito anterior<sup>1104</sup>, se exige que la utilización de los servicios no resulte desviada o abusiva, esto es, debe acreditarse que el paciente no acudió a los servicios ajenos a la sanidad pública de forma caprichosa e irrazonable. Este presupuesto incide en la previsión que efectúa el legislador (y que el Real Decreto reitera), referida a la imposibilidad de utilizar los servicios públicos "oportunamente", adverbio que la norma reglamentaria añade y que, lejos de restringir, amplía la posibilidad del recurso a la sanidad privada, ya que no es preciso que los servicios públicos carezcan de los medios necesarios para hacer frente a la asistencia sanitaria que necesita el paciente, sino que basta con que no se disponga de esos medios a su debido tiempo<sup>1105</sup>. En consecuencia, no procede el reintegro en aquellos casos en que, sin acreditarse la inadecuación o tardanza del tratamiento recibido en sede pública, se opta deliberada y voluntariamente por la vía privada<sup>1106</sup>. La doctrina de suplicación ha insistido en este aspecto, señalando que los tribunales deben proceder con criterio cauteloso a fin de evitar conceder el reintegro de cantidades devengadas por cuidados médicos que pudieran ser provistos en los servicios públicos sanitarios, los cuales disponen de medios técnicos y humanos muy cualificados, por lo que en ocasiones puede tratarse de decisiones caprichosas o interesadas tendentes a agotar todo tipo de posibilidades terapéuticas, lo que sería comprensible pero no justificaría el reintegro, pues "no se puede aceptar que tales conductas, aun siendo absolutamente explicables, incidan en una institución social que tiene necesariamente que limitar sus prestaciones en aras del principio de igualdad y solidaridad"<sup>1107</sup>.

---

<sup>1104</sup> La STS de 31 de enero de 2012 es contundente al señalar que "no cabe otra interpretación: si se demuestra la imposibilidad de utilización de los medios públicos es del todo evidente que no se ha hecho una utilización desviada o abusiva de los medios privados".

<sup>1105</sup> SSTS de 8 de mayo y 31 de enero de 2012.

<sup>1106</sup> En la STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de abril de 2009 se concluye que el actor acude a la clínica privada por propia iniciativa, no constando que pusiera en conocimiento del servicio médico su voluntad de someterse en un centro privado a la laparotomía diagnóstica que tenía programada ya en el SNS, "aún cuando ello lo fuese en base a su consideración de que el tiempo que llevaba en lista de espera se había prolongado excesivamente, ya que así podría haber conseguido que la misma se agilizase y fuese practicada en el ámbito público, o cuanto menos implicaba la realización de la oportuna protesta y no la adopción de su libre decisión, sin otro amparo que el simple ejercicio de su voluntad".

<sup>1107</sup> SSTSJ de Galicia de 11 de junio de 2012, del País Vasco de 24 de junio de 2008 y de Navarra de 28 de junio de 2004.

2.2.4.- Procedimiento de solicitud.

El art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006 no regula un procedimiento determinado a seguir en la articulación del reintegro de gastos, tal y como hacía el art. 18 del Decreto 2766/1967, lo que motiva que sea la labor jurisprudencial una importante guía a seguir a fin de hallar las pautas generales al respecto. En primer lugar, como presupuesto de la utilización de servicios sanitarios ajenos al SNS, se viene exigiendo que la posible asignación de los mismos sea efectuada por quien tenga competencia suficiente para ello, esto es, la Administración sanitaria concretada en los servicios de salud autonómicos (en las Comunidades Autónomas) o el INGESA (en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla), y siempre y cuando se acuda al centro indicado y no a otro diferente<sup>1108</sup>. Se trata de vincular, pues, a la Administración con una previa autorización, instada por el paciente, a través de un acto administrativo en el que, a falta del compromiso prestacional, se asuma el compromiso económico subsiguiente<sup>1109</sup>.

A estos efectos, se estima insuficiente la remisión que lleven a cabo los facultativos<sup>1110</sup>, en lo que supone una interpretación sumamente restrictiva, pues no se contempla la posible sustitución ni siquiera en casos urgentes<sup>1111</sup>. Para que proceda la apreciación de la urgencia vital, no resulta suficiente, pues, una indicación médica particular u oficial, de modo que no ostenta ningún valor la remisión de un facultativo que no actúa en nombre de la entidad gestora o del servicio autonómico de salud, sino según su propio criterio. En este sentido, el Tribunal Supremo tiene señalado que “las opiniones y consejos de los facultativos que atienden a los enfermos sobre la conveniencia de que sean atendidos por servicios ajenos a la Seguridad Social, ni obligan a ésta en términos formales ni exoneran a los beneficiarios de solicitar en tiempo y forma oportunos la asistencia sanitaria que precisen”, añadiendo que “no se puede identificar a los médicos que hicieron la indicación con los órganos de dirección de la entidad gestora, que son los

---

<sup>1108</sup> STS de 25 de mayo de 1996.

<sup>1109</sup> Véase la buena fe como elemento de valor superior al requisito de la autorización en POLO SÁNCHEZ, M. C.: “La apreciación de urgencia vital ante un proceso irreversible de infertilidad”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 2, 2009, BIB 2009\406.

<sup>1110</sup> La STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de noviembre de 2011 rehúsa entender por autorización la anotación manuscrita en el parte de asistencia por urgencia realizada por el facultativo que atendió al accidentado.

<sup>1111</sup> POLO SÁNCHEZ, M. C., loc. cit.

que tienen que ordenar el que se siga el tratamiento en otro centro público si es posible o reconocer que carece de medios para seguir prestándolo”<sup>1112</sup>.

Más aun, tampoco basta, a este respecto, con la indicación en aquellos supuestos en que es la Inspección Médica la que emite informe favorable, lo que constituye, por razones obvias, una fuerte fuente de incertidumbre para el enfermo<sup>1113</sup>. En cualquier caso, y como advierte la STS de 4 de julio de 2007, no cabe pasar inadvertida la operatividad que en este ámbito reúne el principio de buena fe, el cual exige “un comportamiento leal en todas las acciones u omisiones que por sí mismas, en cuanto afectantes a otras personas en mayor o menor grado, son susceptibles de generar una situación determinada, de la que luego cabe extraer conclusiones; y, a seguido, mantener la validez en derecho de éstas”. En consecuencia, si aun sin mediar esa autorización reglada, se confía en tales indicaciones y las mismas son llevadas a término en base al principio de buena fe, de forma que no se abandona la sanidad pública por voluntad propia, no existe impedimento alguno para admitir la procedencia del reintegro<sup>1114</sup>.

Por otra parte, y como bien resume la doctrina de suplicación<sup>1115</sup>, en el caso de que el derecho a la prestación no resulte satisfecho por la Administración obligada a ello, recae sobre el titular la carga de utilizar adecuadamente los medios dispuestos para obtener de la Administración la atención sanitaria debida, y sólo cuando la urgencia de la situación sea tal que devenga en imposible la tramitación de las correspondientes autorizaciones o reclamaciones, queda el administrado facultado para dirigirse directamente a un centro sanitario ajeno al Sistema Nacional de Salud, debiendo proceder la Administración al reembolso de los gastos dimanados. En efecto, en los supuestos en que el riesgo inminente que trae aparejado el estado de salud del paciente no permita demora alguna, se admite el recurso a medios externos antes de obtener una respuesta, si bien el paciente “al obrar así asume el riesgo de equivocarse en la apreciación de las circunstancias médicas concurrentes y, con ello, de no obtener dicho reembolso”. En tales casos, la técnica del

---

<sup>1112</sup> SSTS de 4 de julio de 2007, 20 de octubre de 2003, 18 de julio de 1997, 8 de octubre de 1996 y 31 de mayo de 1995.

<sup>1113</sup> POLO SÁNCHEZ, M. C.: *Reintegro de gastos médicos y Estado de bienestar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 82.

<sup>1114</sup> Véase POLO SÁNCHEZ, M. C., loc. cit.

<sup>1115</sup> STSJ de Cantabria de 18 de febrero de 2010.

reintegro hace las veces de “autorización de uso de medios externos con efectos de carácter retroactivo”, siendo su denegación igualmente revisable en la jurisdicción social<sup>1116</sup>.

Mediante escrito, procede dirigir en su caso petición de reintegro ante el servicio autonómico de salud correspondiente, por la que se inicia el expediente administrativo, consignándose una exposición de los hechos y acreditándose documentalmente los desembolsos llevados a cabo, así como el tratamiento recibido. El sujeto en cuestión, a efectos de justificar la procedencia del reembolso, debe atestiguar que hizo todo lo posible por ser asistido en el sistema sanitario público con carácter previo a su recurso a la medicina privada<sup>1117</sup>. Lo cierto es que no existe un plazo normativamente fijado para la solicitud del reintegro, pero sí para la resolución, la cual no podrá exceder de noventa días, según reza el Anexo del Real Decreto 286/2003, de 7 de marzo, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social. Si la solicitud no es expresamente resuelta en dicho plazo por la Administración requerida, se entenderá estimada por silencio administrativo, dado que no se encuentra entre las excepciones que a esta norma general se contienen en el segundo apartado del artículo 43 de la Ley 30/1992<sup>1118</sup>.

Agotada la vía administrativa, queda abierta la vía jurisdiccional en el orden jurisdiccional social, procediendo, llegado el caso, recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente. Y es que, lejos de tratarse de la restitución de una cantidad económica sin más, lo cierto es que se asiste verdaderamente a la negativa administrativa a dispensar una prestación propia de la acción protectora de la Seguridad Social<sup>1119</sup>.

### 2.2.5.- Particular referencia a determinados supuestos.

#### **A.- El error de diagnóstico.**

---

<sup>1116</sup> STSJ de Castilla y León de 6 de junio de 2012 y 16 de mayo de 2007.

<sup>1117</sup> SSTS de 27 de septiembre de 1996 y de 17 de julio de 1997.

<sup>1118</sup> STSJ del País Vasco de 14 de octubre de 2008.

<sup>1119</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V., loc. cit., pág. 173.

El art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006 no incluye el error de diagnóstico como supuesto habilitador del reintegro de gastos médicos. Y no lo hace como tampoco lo hizo en su día el art. 18 del Decreto 2766/1967, lo que no impidió que una temprana jurisprudencia abogara por su vigencia, sumándola así a la de la denegación injustificada y urgencia vital, contemplados entonces de manera expresa. Ciertamente, el silencio normativo al respecto no supuso óbice para la admisión del carácter reintegrable de las situaciones derivadas del error de diagnóstico, en base a una pretendida equiparación entre éste y el supuesto denegatorio<sup>1120</sup>, equiparación que fue avalada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 101/1987, de 15 junio.

Más adelante se reconocería la entidad autónoma del error de diagnóstico y su independencia, por tanto, respecto de la denegación injustificada de asistencia<sup>1121</sup>, sin perjuicio de lo cual se siguió considerando un supuesto incluido a efectos de imputación de responsabilidad del reintegro. Ésta era la opción defendida en la STS de 8 de noviembre de 1999, que indicaba que la obligación de reembolso no procedía sólo por desatención o por urgencia vital, sino también por el "error que pone en peligro la curación efectiva del paciente". Sin embargo, en su sentencia de 25 de noviembre de 2003, el Tribunal Supremo abandona de forma expresa la doctrina sentada en la anterior y, según precisa, no tanto porque contuviese un error de interpretación, sino porque resulta la postura más coherente con lo establecido en el art. 2.e) LJCA, precepto que atribuye a dicho orden el conocimiento de los litigios sobre "la responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación que se derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social".

En concreto, el alto tribunal indica que tal precepto legal "ha introducido una importante novedad en la delimitación competencial entre el orden social y el orden contencioso-administrativo en la materia de reintegro de gastos sanitarios por asistencia sanitaria fuera del Sistema Nacional de Salud. Los litigios suscitados en el supuesto de

---

<sup>1120</sup> SSTCT de 13 de mayo de 1982 y 27 de abril de 1983 y SSTS de 2 de marzo y 5 de octubre de 1984.

<sup>1121</sup> El error no constituye una denegación injustificada de asistencia, sino el ofrecimiento de una asistencia inadecuada. DESDENTADO BONETE, A. Y DESDENTADO DAROCA, E., loc. cit., pág. 25.



necesidad médica urgente de carácter vital, cualquiera que sea su causa, siguen estando atribuidos a la jurisdicción social, en cuanto constituyen un supuesto excepcional de extensión o expansión del derecho a la asistencia o protección sanitaria de los asegurados, sobre cuyo alcance debe decidir el orden social de la jurisdicción. Corresponde, en cambio, al orden contencioso-administrativo, en virtud del art. 2.e. de la LJCA, el conocimiento de los litigios de reintegro o reembolso de gastos sanitarios de medicina privada cuyo título no sea el derecho a la asistencia sanitaria en una urgencia vital en el sentido estricto de la expresión, sino la compensación o indemnización por funcionamiento anormal del servicio público sanitario", conforme a lo cual concluye que "la reclamación del reintegro de gastos sanitarios por error de diagnóstico solicitado en la sentencia recurrida debió haber sido planteada ante la jurisdicción contencioso-administrativa".

A pesar de la contundencia con que se expresa, lo cierto es que la doctrina recién trascrita no ha conseguido zanjar definitivamente los debates atinentes a la consideración o no del error de diagnóstico como supuesto habilitante del reintegro de gastos. En efecto, se vuelven a reproducir, esta vez en el marco del error del diagnóstico, las disyuntivas doctrinales a las que se ha hecho referencia líneas arriba en relación con la asistencia denegada, de modo que se asiste de nuevo a una marcada bifurcación entre los partidarios de considerar que se trata de un elemento perteneciente a la materia del reintegro de gastos médicos y, por tanto, propio de la jurisdicción social<sup>1122</sup>, y los que, concibiéndolo como un supuesto de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, abogan por la competencia del orden contencioso-administrativo a través de la correspondiente pretensión indemnizatoria por los daños o perjuicios derivados<sup>1123</sup>. Y, conviene resaltar, la misma controversia se mantiene en los Tribunales Superiores de Justicia, de forma que son muchas las resoluciones de las Salas de lo Social que, acatando la doctrina del Supremo, apuntan a la competencia de la jurisdicción contenciosa para conocer de los procesos atinentes al error de diagnóstico si no se da la concurrencia de la urgencia vital e

---

<sup>1122</sup> DÍAZ AZNARTE, M. T., "El régimen jurídico de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Las prestaciones médico-sanitarias (II)", en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008, pág. 493.

<sup>1123</sup> En contra de su inclusión en los preceptos de reintegro por vulnerar el sistema normativo vigente, GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., "*Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria...*", pág. 173 y GUERRERO ZAPLANA, J., op. cit., págs. 147-149.

inmediata que condiciona la competencia del social<sup>1124</sup>, mientras que otras<sup>1125</sup>, si bien en número decreciente, continúan dando cobijo al supuesto del error de diagnóstico bajo la bóveda del reintegro de gastos.

Resulta llamativo, cuando no reprochable, que la firmeza de los términos empleados por el alto tribunal no haya logrado desterrar la disputa entre jurisdicciones y sembrar la uniformidad de criterio. Siendo, como es, clara y contundente, lo cierto es que la doctrina jurisprudencial no debería dejar lugar a la confusión, ya que a la luz de la misma no cabe sino predicar la viabilidad de la articulación de la técnica del reembolso de gastos médicos en todos aquellos supuestos en que el error de diagnóstico obtenido en el sistema público sanitario, subsumiéndose en el contexto de la urgencia vital, lleve al paciente a recurrir a los servicios ajenos al mismo.

La indicación de los presupuestos requeridos es tarea compleja, dada la naturaleza eminentemente casuística de la cuestión, si bien pueden ser concretados<sup>1126</sup>, en términos generales, en el uso de los servicios públicos con carácter previo al recurso a la sanidad privada, la acreditación de que no hubo un apartamiento voluntario de los mismos, la constatación de la ineficacia de la asistencia recibida en el sistema público sanitario a efectos de poner fin a la dolencia, la verificación del carácter erróneo del diagnóstico de los servicios públicos, así como la ineludible concurrencia de la situación de urgencia en que el beneficiario se hallaba<sup>1127</sup>. Cuestión diferente es determinar si, una vez obtenido el diagnóstico correcto en la medicina privada, procede igualmente someterse al tratamiento en ella o, por el contrario, el paciente ha de regresar al sistema público sanitario. Pues bien, a este respecto, hay que estar, una vez más, a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, pues, si media una situación de grave riesgo para la vida o la integridad

---

<sup>1124</sup> SSTSJ de Galicia de 16 de julio de 2012, de Madrid de 12 de febrero de 2010, Castilla-La Mancha de 8 de octubre de 2009, Comunidad Valenciana de 10 de junio de 2008, Extremadura de 24 de abril de 2008 y Andalucía de 31 de enero de 2007. Expresivamente, la STSJ de Galicia de 20 de enero de 2005 sostiene que, en la actualidad, el único supuesto de posible reintegro por gastos médicos para cuyo conocimiento resulta competente la jurisdicción social es la asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, “habiendo dejado de serlo la denegación injustificada de asistencia o su equiparable error de diagnóstico”.

<sup>1125</sup> SSTSJ de Madrid de 13 de marzo y 25 de abril de 2003.

<sup>1126</sup> Consúltase AZAGRA SOLANO, M., loc. cit., y jurisprudencia citada.

<sup>1127</sup> Según la STSJ de Canarias de 27 de abril de 2012, cuando se trata de enfermedades graves, como los procesos cancerosos, en que el diagnóstico precoz y el tratamiento inmediato pueden incidir decisivamente en que el paciente conserve la vida, la decisión de acudir a la medicina privada ante el error de diagnóstico de los servicios médicos de la Seguridad Social no puede ser considerada como caprichosa.

física del enfermo, el sometimiento a la atención privada merece ser amparado por la técnica del reintegro. No así en aquellos supuestos en que no concurra la urgencia vital, debiéndose regresar a la vía pública tras la obtención del acertado diagnóstico.

### **B.- Las listas de espera.**

En muchas ocasiones, el recurso a la sanidad privada obedece a la dilación (frecuentemente excesiva y exasperante) en la asistencia médica debida como consecuencia de la inclusión del paciente en una lista de espera. El Tribunal Supremo, desde su sentencia de 4 de julio de 2007<sup>1128</sup>, se ha cuidado de precisar al efecto que la mera existencia de listas de espera “en manera alguna justifica por sí misma el derecho del beneficiario a ser reintegrado por la asistencia sanitaria prestada en centro ajeno a la Seguridad Social”. Para ello, es preciso acreditar la debida concurrencia de la urgencia vital en los términos reglamentaria y jurisprudencialmente exigidos.

Superándose, así, una intencionada conexión tradicionalmente mantenida entre el supuesto de listas de espera y la denegación de asistencia<sup>1129</sup>, el alto tribunal tiene declarado en la citada resolución que el primero sólo origina derecho al reintegro en los casos que resulten subsumibles en la modalidad expresamente prevista en el art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006. En concreto, estima “razonable” considerar supuestos dignos de reintegro aquellos en los que, mediando necesidad de asistencia urgente, vital e inmediata, no sea dable proceder a dicha atención sanitaria requerida como consecuencia de la “saturación de beneficiarios necesitados de las concretas prestaciones sanitarias (las llamadas "listas de espera")”, obstativa de la prestación de los servicios médicos al interesado “en un plazo justificable desde el punto de vista médico<sup>1130</sup>, habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad”, en un claro guiño a los términos empleados por la normativa comunitaria reguladora del reembolso de

---

<sup>1128</sup> En el supuesto enjuiciado, en que el SNS incluyó al actor, diagnosticado de desprendimiento de retina, en lista de espera, siendo finalmente intervenido en un centro médico privado, el alto tribunal estimó la procedencia del reintegro, argumentando que “el desprendimiento de retina es un problema urgente, hasta el punto de que si todavía no ha afectado a la mácula requiere atención sanitaria dentro de las veinticuatro horas posteriores a los primeros síntomas, al objeto de evitar el deterioro o pérdida irreversible de la visión”.

<sup>1129</sup> Conexión defendida en DESDENTADO BONETE, A. Y DESDENTADO DAROCA, E., loc. cit., y DÍAZ AZNARTE, M. T., op. cit., pág. 492.

<sup>1130</sup> No se reputa razonable el plazo del supuesto de autos de la STSJ de Cataluña de 18 enero 2006, en el que la intervención se practica cuando no habían transcurrido ni tres meses desde la fecha en que la recurrente se integra en la lista de espera.

gastos<sup>1131</sup>. Téngase en cuenta, en cualquier caso, que no es la celeridad con que se atiende en el sector privado lo que justifica el recurso a sus servicios sanitarios (sin perjuicio del incentivo que sin duda conlleva), sino la demora de lo público en cuanto coadyuvante al acaecimiento de una situación de urgente necesidad y en la que, por razones obvias, no puede pretenderse del paciente una incondicionada espera.

Queda claro, por tanto, que si la dilación en la atención sanitaria requerida entraña para el paciente el riesgo inminente de sufrir daños irreparables en bienes jurídicos esenciales como la vida o la integridad física, se reputa procedente la articulación de la técnica de reintegro, asumido el carácter más limitado que reviste la responsabilidad administrativa a este respecto<sup>1132</sup>. El mero estadio de espera en el sistema público no tiene entidad suficiente a estos efectos, ya que el mismo debe converger en una situación en que el cuadro médico del paciente requiera de una asistencia urgente e inmediata, además de vital<sup>1133</sup>. En todo caso, no es propósito jurisprudencial la interpretación sumamente rígida de la noción jurídica de urgencia, pues, como se ha advertido, “el riesgo vital puede entenderse como un peligro inminente de muerte que no necesariamente concurre en los casos en que la intervención debe ser inmediata y urgente, lo que significa -una vez más- que puede ser incompatible con la inclusión del paciente en la correspondiente lista de espera pero no necesariamente que tenga que ser intervenido ipso facto”<sup>1134</sup>. Esta puntualización resulta a todas luces garantista, ya que aspira a evitar reembolsar los gastos derivados del acceso a los servicios sanitarios privados en los casos en que el mismo ha estado movido por la sola intención de recortar puestos en la consecución de la intervención perseguida, con la consiguiente afrenta a quienes, aquejados de igual mal,

---

<sup>1131</sup> Art. 22 del Reglamento (CE) No 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

<sup>1132</sup> Las acciones de responsabilidad no consiguen “restablecer al paciente en su derecho a una asistencia sanitaria en un tiempo razonable, sino que tan sólo pueden aspirar a paliar –mediante compensaciones económicas- perjuicios normalmente irreversibles en los bienes de la salud e integridad física, o incluso la vida”. PEMÁN GAVÍN, J.: *Asistencia Sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, Comares, Granada, 2005, pág. 103.

<sup>1133</sup> STSJ de Murcia de 5 de marzo de 2001: “ante esta situación no le es exigible al actor otra actitud distinta de la tomada, esto es no esperar a que la medicina pública le interviniese quirúrgicamente, colocado en una lista de espera sin perspectivas cercanas ni comunicación alguna que le hiciese suponer una pronta operación. Su integridad física en primer lugar y el riesgo que podía correr a la larga caso de no haber sido intervenido con urgencia a la larga, para su vida o al menos para sus dignas condiciones de vida, le obligaron a acudir a la medicina privada para poner fin a sus problemas de imposibilidad de deambulación evitando así las lógicas consecuencias que ello implicaría en cuanto al riesgo de la salud considerada en su totalidad”.

<sup>1134</sup> SSTs 8 mayo y 31 de enero de 2012.

aguardan pacientemente el turno asignado por la administración pública sanitaria<sup>1135</sup>. Como se advierte, la cuestión, sumamente delicada, exige máxima cautela, compaginando la proscripción de situaciones fraudulentas con el amparo que merecen aquellos supuestos en los que razonadamente asiste el derecho social fundamental a la asistencia sanitaria.

En materia de listas de espera, resulta obligada referencia la normativa autonómica que articula el derecho al reintegro de los gastos resultantes del uso de medios ajenos al SNS en supuestos de superación de los tiempos máximos expresamente establecidos al efecto. Esta solución, “parecida, pero no idéntica”<sup>1136</sup> al reembolso regulado en el art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006, está referida a supuestos en los que, antes del recurso a la vía privada, ha de aguardarse a que se ponga en marcha el correspondiente procedimiento, sin que proceda en otro caso la articulación de la técnica del reintegro<sup>1137</sup>. Ha sido destacada como una de las más eficaces garantías esta posibilidad de elegir un proveedor sanitario alternativo para recibir la atención sanitaria de que se trate, una vez agotado el tiempo máximo normativamente previsto<sup>1138</sup>.

El punto de partida se encuentra en el art. 4.b) LCC, el cual, en el marco de los derechos de los ciudadanos en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, proclama de forma expresa el derecho “a recibir asistencia sanitaria en su Comunidad Autónoma de residencia en un tiempo máximo, en los términos del artículo 25”. Este último precepto, en su apartado primero, al establecer las garantías de tiempo, señala que “en el seno del Consejo Interterritorial se acordarán los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que se aprobarán mediante real decreto. Las comunidades autónomas definirán los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco”. Curiosamente, y según se verá más adelante, el procedimiento seguido ha sido el inverso, en un sinsentido de política jurídica, pues el Real Decreto por el que se fijan los criterios marco ha visto la luz con posterioridad a la aprobación por los entes autonómicos de su respectivas normativas.

---

<sup>1135</sup> SSTS de 25 de septiembre de 1986 y 7 de octubre de 1996.

<sup>1136</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V., loc. cit., pág. 142.

<sup>1137</sup> STSJ de Murcia de 16 de marzo de 2009.

<sup>1138</sup> OECD (2013), *Health at a Glance 2013: OECD Indicators*, OECD Publishing, pág. 150.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En la actualidad, a excepción de Madrid y Asturias, cada Comunidad cuenta con una regulación específica (en forma de Ley, Decreto u Orden)<sup>1139</sup> que habilita a los pacientes a recurrir a medios ajenos al SNS una vez transcurrido el plazo máximo previsto para una determinada intervención sin que ésta se haya efectuado. Mecanismo éste que, por las implicaciones que contrae la conversión de los tiempos garantizados de demora en “objetivos de gestión de lista de espera”, no ha quedado exento de crítica<sup>1140</sup>.

En tales supuestos, recae sobre la Administración sanitaria pertinente la obligación de asumir los gastos derivados de la atención dispensada en el centro correspondiente, en las condiciones y cuantías señaladas en la normativa autonómica en cuestión. En particular, las soluciones autonómicas varían tanto en los plazos como en la fórmula para proveer la asistencia en los supuestos en que se ha superado el tiempo máximo de demora previsto. Así, en unos casos se prevé que el paciente se dirija al centro privado de su elección, con

---

<sup>1139</sup> En Andalucía rige la Orden de 18 de Marzo de 2005, por la que se establece el procedimiento de pago de los gastos derivados de procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos en los centros sanitarios privados por superación del plazo de respuesta máxima establecido por el Decreto 96/2004, de 9 de Marzo; en Aragón, el Decreto 116/2009, de 23 de junio; en Canarias, la Orden de 15 mayo de 2003, de la Consejería de Sanidad y Consumo, por la que se establecen los plazos máximos de respuesta a determinados procedimientos quirúrgicos a cargo del Servicio Canario de la Salud, cuyo Anexo I es modificado por la Orden de 26 de diciembre de 2006; en Cantabria, la Ley 7/2006, de 15 de junio, de garantías de tiempos máximos de respuesta en la atención sanitaria especializada en el sistema sanitario público de Cantabria; en Navarra, la Ley foral 14/2008, de 2 de julio, de garantías de espera en atención especializada, desarrollada por Decreto foral 21/2010, de 26 de abril; en Extremadura, la Ley 1/2005, de 24 de junio, de tiempos de respuesta en la atención sanitaria especializada del sistema sanitario público de Extremadura; en Galicia, el Decreto 104/2005, de 6 de mayo, de garantía de tiempos máximos de espera en la atención sanitaria, en vigor en virtud de la Disposición Transitoria única de la Ley 12/2013, de 9 de diciembre, de garantías de prestaciones sanitarias; en La Rioja, el Decreto 56/2008, de 10 de octubre, por el que se regula la garantía de tiempos máximos de espera y el sistema de información sanitaria en el Sistema Público de Salud de La Rioja; en Murcia, el Decreto 25/2006 de 31 de marzo, por el que se desarrolla la normativa básica estatal en materia de información sobre listas de espera y se establecen las medidas necesarias para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del sistema sanitario público de la Región de Murcia; en País Vasco, el Decreto 65/2006, de 21 de marzo, por el que se establecen los plazos máximos de acceso a procedimientos quirúrgicos programados y no urgentes a cargo del sistema sanitario de Euskadi y el Decreto 230/2012, de 30 de octubre, por el que se establecen para el Sistema Sanitario Público de Euskadi los plazos máximos de acceso a las consultas de cardiología y oncología y pruebas complementarias no urgentes.

<sup>1140</sup> Se ha denunciado que los gestores de los hospitales derivan a los pacientes al concierto con entidades privadas, teniendo en cuenta como única variable el tiempo de permanencia en la lista de espera, con el fin de estar dentro de los plazos normativamente indicados. Esto conlleva que se dediquen recursos públicos (con la consiguiente pérdida de oportunidad de dotar a la sanidad pública de los recursos necesarios para una solución estable del problema) a la gestión de las listas de espera en la sanidad privada, suponiendo, en estos casos, “la práctica privada, más que una complementariedad, una vía de escape para la pública”. Se concluye, pues, que “el control de calidad y resultados es inexistente o débil, pues el objetivo final es puramente cuantitativo”. CAÑIZARES RUIZ, A Y SANTOS GÓMEZ, A.: *Gestión de listas de espera en el Sistema Nacional de Salud. Una breve aproximación a su análisis*. Documento de trabajo 174/2011. Fundación Alternativas, pág. 39.

posterior reembolso de la Administración sanitaria, mientras que en otros es ésta la que asigna un determinado centro, asumiendo ella misma los gastos derivados.

Este proceder autonómico ha sido previo, como se señalaba anteriormente, a la regulación de tiempos de espera acometida mediante el Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio, por el que se establecen los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. En concreto, la norma recoge los tiempos máximos para la realización de determinadas intervenciones quirúrgicas (sin regular, pues, los tiempos en pruebas diagnósticas ni en consultas especializadas) en base a la aplicación de los criterios de gravedad de las patologías motivo de la atención (patologías que en su evolución posterior originan riesgo de muerte o de discapacidad o disminuyen de forma importante la calidad de vida), eficacia de la intervención (la intervención quirúrgica es eficaz para aumentar la supervivencia, disminuir la discapacidad o mejorar la calidad de vida del usuario) y oportunidad de la intervención (su realización temprana evita la progresión de la enfermedad o las secuelas de la misma).

### **C.- Incidencia del factor religioso o ideológico.**

En cualquier análisis del papel que juega el elemento religioso o ideológico en el ámbito del reintegro de gastos, destaca como paradigmático el supuesto atinente a los testigos de Jehová que acuden a medios ajenos al SNS en aras de recibir un tratamiento que no implique sometimiento a transfusión sanguínea, proscrita por su confesión religiosa. Lo cierto es que, si bien la libertad religiosa constitucionalmente consagrada ampara la decisión de aquel beneficiario que no acepta el tratamiento médico indicado por el servicio de salud, en modo alguno respalda que la sanidad pública haya de prestar la concreta asistencia reclamada en los términos impuestos por un singular precepto de una determinada confesión<sup>1141</sup>. Dicho de otra forma, por más que el derecho reconocido en el art. 16.1 CE exija de suyo el debido respeto a toda conducta congruente con las creencias de la persona (consistente, en este caso, en la negativa a ser tratada y el recurso a la medicina privada), ello no avala la obligación de reembolso de los gastos asumidos, de modo que el rechazo del beneficiario respecto del tratamiento prescrito por el servicio

---

<sup>1141</sup> SSTs de 14 abril de 1993, 3 de mayo de 1994 y 8 de noviembre de 1999.

médico en razón a sus convicciones religiosas no es contemplado como un supuesto excepcional que justifique la articulación de la técnica del reintegro<sup>1142</sup>.

La libertad que ostenta el sujeto de someterse al tratamiento disponible en los servicios sanitarios públicos o, rehusándolo, recurrir a la medicina privada no se ve correspondida, pues, con una obligación de la Administración sanitaria de asumir los costes que trae consigo el ejercicio de esa opción individual cuando concluye en una utilización de medios diferentes a los designados al efecto.

Se trata, con ello, de impedir que el alegato de derechos constitucionalmente reconocidos implique una suerte de modulación extensiva del contenido de la asistencia sanitaria. Como acertadamente se ha apuntado, “las convicciones religiosas amparan la renuncia (salvo casos límite) o reducción del contenido de la asistencia sanitaria, pero no su ampliación respecto de lo que sea ordinario; desde luego, no el acudimiento a centros privados para ser tratado con técnicas diversas de las normales”<sup>1143</sup>. Luego la solución en esta suerte de conflictos no es otra que evitar que algo tan perteneciente a la esfera íntima del ser humano como es la libertad religiosa, influya de modo determinante en la configuración de un elemento característicamente público como es el volumen prestacional de la asistencia sanitaria, orientado y configurado en base al interés general.

En consecuencia, parece lógico que quien en base a sus (propias) creencias religiosas decida apartarse de la sanidad pública para recibir un tipo de asistencia diferenciada en la vía privada, contraiga las implicaciones que, en términos de asunción de gastos, derivan de su opción personal. No en vano, es doctrina del Tribunal Supremo que “el Estado debe respetar las creencias religiosas, pero no tiene el deber de financiar aquellos aspectos de las mismas que no sean acreedores de protección o fomento desde el punto de vista general, por lo que, en definitiva, ha de concluirse que las consecuencias de todo orden (también las económicas) que derivan del precepto religioso que nos ocupa han de ser

---

<sup>1142</sup> En la STSJ de Madrid de 9 de junio de 2008 queda acreditado que la resección quirúrgica colonorrectal constituye una intervención de la que deriva una elevada probabilidad de aparición de cuadros hemorrágicos y que la eventual práctica de transfusiones sanguíneas para el abordaje de tales cuadros constituye un protocolo de actuación acomodado a la *lex artis*. De ahí que el Tribunal concluya que ni la actora puede exigir que se habilite un centro del Sistema Nacional de Salud que acepte realizar la intervención en las condiciones exigidas por la misma, ni puede pretender que dicho sistema asuma el coste de la intervención médica llevada a cabo en un centro privado

<sup>1143</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V., loc. cit., pág. 153.



asumidas por quien al mismo quiera atenerse”<sup>1144</sup>. Si otra hubiese sido la opción escogida, esto es, si el supuesto se reputase digno de reintegro, se plantearían de seguro no escasos problemas de discriminación y agravio comparativo en relación con los que no participasen de dichas creencias, al estipularse un sistema público displicente con una determinada religión<sup>1145</sup>, al tiempo que se asistiría a un fuerte duelo con los presupuestos de igualdad y viabilidad financiera que rigen el SNS, como consecuencia de los requerimientos aparejados a la adquisición, montaje y aplicación de medios técnicos no exigidos por el alcance de su cobertura normal<sup>1146</sup>. Cuestión distinta es que se constate que los servicios públicos sanitarios pueden practicar una técnica que excluye la transfusión sanguínea, y con ello, garantizar el ejercicio de la libertad religiosa prevista en el artículo 16 CE. En tales casos, se ha de informar debidamente al paciente de tal posibilidad y, si es posible, por no suponer una mayor carga de riesgo, proceder a su práctica<sup>1147</sup>.

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema de estudio indicando oportunamente que no se está en modo alguno ante una opción discriminatoria<sup>1148</sup>. En concreto, el máximo intérprete de la Constitución parte de la idea motriz de que el reintegro de los gastos es una cuestión independiente de los requerimientos de los arts. 16.3 CE y 2.3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, por lo que, entre las obligaciones del Estado para con el ejercicio de la libertad religiosa, no se entiende incluida la provisión de prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos impuestos por

---

<sup>1144</sup> SSTs de 8 de noviembre de 1999, 3 de mayo de 1994 y 14 de abril de 1993.

<sup>1145</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R., loc. cit., pág. 84: “si las creencias y su ejercicio práctico son incompatibles con el tratamiento médico que los facultativos de la Seguridad Social estiman adecuado y si las creencias no quieren ser sacrificadas, el sacrificio debe soportarlo quien las tiene, y no quien no las tiene”.

<sup>1146</sup> STS de 8 de noviembre de 1999.

<sup>1147</sup> La STSJ de Canarias de 26 de febrero de 2004 advierte denegación de asistencia sanitaria, dado que la técnica de embolización practicada por el centro privado en cuestión se podía practicar por los servicios públicos de salud “de forma normal y sin problemas”. Diferente es la situación planteada en la STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2008, relativa a las técnicas de autotrasfusión por hemodilución, que han de ser solicitadas por el propio paciente en cuanto compatibles con sus creencias religiosas al no ser consideradas transfusiones sanguíneas. Y es que los profesionales sanitarios “han de conocer las técnicas de su profesión, pero no están obligados a conocer los acuerdos de todos los grupos religiosos o ideológicos en cuanto a lo que por la especial interpretación que realizan de sus textos de referencia consideren o no como compatible con los mismos, siempre que no sean notorios”. Concluye el Tribunal que el hecho que los médicos no estimen médicamente útil la máquina de hemodilución para efectuar una autotrasfusión es perfectamente explicable desde el punto de vista técnico, advirtiendo de que “si desde el religioso el paciente creía compatible con sus creencias esta técnica, era él, y no los médicos, quien debía hacerlo claramente patente, a fin de que si la dilución previsiblemente necesaria no ponía en peligro la vida del paciente, por la muy baja concentración de la sangre resultante, pudiera ser practicada, haciendo compatibles los requisitos mínimos de la medicina con las creencias propias sobre lo que sea o no transfusión de sangre”.

<sup>1148</sup> STC 166/1996, de 28 de octubre.

sus creencias. Y, en este hilo argumental, concluye que “el art. 14 de la Constitución reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato. Y como lo pretendido en la demanda no es asegurar un trato igualitario, pues igualitario es el régimen legalmente establecido para dispensar la asistencia sanitaria, sino cabalmente se pretende lo contrario: modificar, en razón de sus creencias religiosas, el tratamiento médico ordinario, condicionando a la vez la actuación técnica de los facultativos”.

#### **D.- La asistencia sanitaria en el extranjero.**

Cuando se requiere asistencia sanitaria urgente e inmediata, habiendo surgido la necesidad inesperadamente fuera de nuestras fronteras con motivo de un viaje o estancia no proyectados a tal fin sanitario, y siempre que no resulte posible el traslado a España, la doctrina del Tribunal Supremo<sup>1149</sup> estima la procedencia de la técnica del reembolso, con independencia de que exista o no convenio suscrito con el Estado en cuestión. Este supuesto habilita, por tanto, al reintegro de los gastos correspondientes a los tratamientos efectivamente dispensados en el país de provisión de los servicios sanitarios, aunque el SNS español no disponga de los mismos<sup>1150</sup>. Según se colige, ante la concurrencia de urgencia vital<sup>1151</sup>, resulta indiferente que la atención médica se haya requerido y provisto en España o en el extranjero, ya que la asistencia sanitaria, en cuanto derecho social fundamental, está garantizada a todos sus titulares con independencia del lugar en que se encuentren cuando concurren circunstancias que exijan una atención inmediata por existir peligro para la vida o la integridad física del beneficiario<sup>1152</sup>.

---

<sup>1149</sup> SSTS de 4 de marzo de 2010, 21 de marzo de 2002 y 4 de abril de 2000.

<sup>1150</sup> STSJ del País Vasco de 30 de mayo de 2000.

<sup>1151</sup> Por razones obvias, la urgencia vital no queda acreditada cuando se trata de un control rutinario que perfectamente se puede llevar a cabo en el SNS español. Así se pone de relieve en la STSJ de Andalucía de 2 de julio de 2007, en la que se determina que “la posterior visita a la Clínica Mayo de U.S.A. únicamente tenía por objeto someterse a un control rutinario, sin que constara la existencia de evolución desfavorable de su patología o la aparición de cualquier síntoma que aconsejara, por su gravedad o alarma, acudir a la Sanidad extranjera. El seguimiento del síndrome de Gorham y Scout, ya diagnosticado y tratado en el extranjero, bien pudo continuarse en los centros sanitarios españoles”.

<sup>1152</sup> STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2011, recogiendo doctrina consolidada del Tribunal Supremo.

### TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

En cualquier caso, el anterior no constituye el único caso en que está previsto el reintegro de gastos efectuados fuera del país, pues también se entienden amparadas aquellas situaciones en que el tratamiento que imperiosamente se necesita no puede ser dispensado en el ámbito del SNS, de forma que se revela perentorio acudir a centros extranjeros, siempre que medie la correspondiente autorización del desplazamiento<sup>1153</sup>. Consiguientemente, no se entiende que media urgencia vital si el individuo se traslada al extranjero para ser tratado o intervenido sin autorización oficial<sup>1154</sup>, a menos que surja la urgencia estando ya en otro Estado, sin buscar de propósito la atención médica<sup>1155</sup>.

A sensu contrario, la técnica del reintegro no ampara aquellos supuestos en que se produce un apartamiento voluntario de la sanidad pública española para someterse a un tratamiento en servicios sanitarios extranjeros. En efecto, cuando el trasfondo del acceso a los medios sanitarios de un país diferente reside, a título de ejemplo, en la pretensión de eludir listas de espera o en la búsqueda de técnicas sanitarias no practicadas en el ámbito del SNS español, la jurisprudencia descarta el reembolso de los gastos emanados de la prestación de tales servicios<sup>1156</sup>. Recuérdese que, conforme se ha advertido líneas arriba, no resulta exigible que nuestro sistema público sanitario dispense todas las técnicas y avances disponibles en los demás, de manera que no puede ser compelido a proveer la asistencia sanitaria que comprende aquellos medios solamente accesibles y disponibles en países más avanzados y que poseen un nivel científico y de desarrollo técnico superior, y ello por “la elemental razón de que no están ni pueden estar al alcance de todos los beneficiarios”.

No resulta costoso advertir que el trasfondo de la opción jurisprudencial reside en la virtualidad de los principios de igualdad y justicia social. Ciertamente, si tales supuestos se considerasen habilitadores del reintegro se originarían no escasos cuestionamientos por el agravio comparativo respecto de aquellas personas que, revistiendo iguales patologías, no gozasen de medios económicos para anticipar los gastos aparejados al sometimiento en el extranjero de técnicas más aventajadas que las disponibles en el SNS español.

---

<sup>1153</sup> SSTS de 12 de julio de 1984, 11 de julio de 1985, 15 de diciembre de 1986 y 22 de octubre de 1987, entre otras.

<sup>1154</sup> En la STSJ de Andalucía de 29 de enero de 2009, el hecho de haber acudido a un centro hospitalario de Chicago, por propia voluntad, sin solicitar la previa autorización del SAS, excluye el reintegro.

<sup>1155</sup> SSTS de 29 de abril de 1986, 30 de marzo de 1988, 26 de febrero de 1990 y 17 de julio de 1990.

<sup>1156</sup> SSTS de 21 de diciembre de 1995, 7 de octubre de 1996 y 8 de marzo de 1996.

## **E.- Supuestos excluidos de la técnica del reintegro de gastos.**

### *E.1.- Prestaciones carentes de cobertura pública.*

El derecho a la asistencia sanitaria reconocido en el art. 43 CE no se proclama respecto de todo tipo de prestaciones, sino únicamente de aquellas incluidas en el marco del sistema público sanitario. En efecto, las prestaciones sanitarias se hallan circunscritas al ámbito del catálogo prestacional del SNS, el cual, acometiendo el desarrollo constitucional encomendado por el 53.3 CE, representa el auténtico contenido del derecho a la asistencia sanitaria, complementado con la cartera de servicios<sup>1157</sup>. En coherencia con ello, la técnica del reintegro se encuentra igualmente constreñida a las prestaciones consignadas en dicha cartera de servicios, tal y como se desprende del tenor literal del art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006. Y es que, si el derecho a las prestaciones sanitarias se halla en directa relación con aquellas incluidas en el catálogo normativamente establecido, resulta lógico que el derecho al reembolso, que requiere a aquél como presupuesto ineludible, también se materialice en conexión al mismo catálogo. La cartera de servicios opera, pues, a modo de frontera en la delimitación de las prestaciones reintegrables<sup>1158</sup>, de modo que los gastos que ocasionen aquellas no contempladas en el marco del SNS, no llevan aparejado el derecho al reembolso, por más que concurra el supuesto de la urgencia vital y demás requerimientos reglamentariamente establecidos al respecto.

Conviene precisar que el contenido del catálogo ha de ser tenido en cuenta, a efectos de determinar las prestaciones acreedoras de reintegro, en el momento en que se provee la asistencia sanitaria. Esto es, sólo procede la restitución de los costes asumidos respecto de

---

<sup>1157</sup> La STSJ de Canarias de 27 abril de 2012, resumiendo la doctrina de la Sala en torno al reintegro de gastos médicos, indica que, en la medida en que los medios públicos con los que se hacen efectivas las prestaciones son por necesidad limitados y vienen conformados por las decisiones políticas y presupuestarias que se adoptan por los poderes públicos a lo largo del tiempo, “existe la tendencia a pensar que el concreto contenido del derecho a prestaciones sanitarias viene delimitado por la disponibilidad y suficiencia de tales medios, pero esto no es así, puesto que el contenido del derecho a prestaciones de asistencia sanitaria viene determinado por las normas jurídicas que desarrollan el derecho a la protección de la salud”.

<sup>1158</sup> A modo de ejemplo, la STSJ de Castilla y León de 31 de enero de 2000 rechaza el reintegro de los gastos derivados de la “obtención de todas las piezas cerradas bajo anestesia lo que supone la realización de pulpotomía y pulpectomía en los molares y colocación de coronas de cromo-níquel, reconstrucción con material adhesivo, pulido y limpieza de todos los dientes”, al considerar que tal tipo de tratamientos no puede ser incluido dentro del “tratamiento de procesos agudos odontológicos, incluida la extracción de piezas dentarias” contemplado en la cobertura pública.

## TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

prestaciones que, cuando son dispensadas, se hallan contempladas en la cartera de servicios, no siendo relevante a estos efectos que se incorporen con posterioridad a la misma<sup>1159</sup>. Un buen ejemplo de lo antedicho se halla en la renovación del procesador externo de un implante coclear quirúrgico llevada a cabo en 2009, no estando en dicha fecha incluida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, pues no lo fue sino hasta el 8 de junio de 2010 (fecha de entrada en vigor de la Orden SAS/1466/2010, de 28 de mayo). En este supuesto, y conforme lo recién apuntado, se ha concluido acertadamente la improcedencia de la pretensión de dicha renovación, “al ser el hecho causante -la efectiva compra del procesador- de data anterior a la norma cuya aplicación se pretende”<sup>1160</sup>.

La técnica del reintegro no puede utilizarse, en definitiva, a modo de paraguas que habilite la cobertura respecto de prestaciones no comprendidas en la acción protectora de la Seguridad Social. Resulta muy ilustrativo en este contexto el supuesto de las técnicas de reproducción asistida. El punto 5.3.8 del Anexo III del RD 1030/2006 incluye en la atención sanitaria especializada la reproducción humana asistida “cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida, de acuerdo con los programas de cada servicio de salud: inseminación artificial; fecundación in vitro e inyección intracitoplasmática de espermatozoides, con gametos propios o de donante y con transferencia de embriones; transferencia intratubárica de gametos”. Coherentemente con la línea argumental que se viene sosteniendo, la STS 16 noviembre 2009 denegó el reintegro de los gastos derivados del diagnóstico genético preimplantatorio, al no estar incluido entre las prestaciones sanitarias del Servicio Nacional de Salud. Por igual motivo, tampoco se consideró digno de reembolso un tratamiento de donación de ovocitos para la infertilidad en la STSJ Castilla-La Mancha de 1 de julio de 2006, en la que se concluyó que “no se reclaman ahora los gastos de un tratamiento de infertilidad, sino los ocasionados por la asistencia consistente en la donación de ovocitos ante la imposibilidad de ovulación propia, y por lo demás la demandante continúa siendo estéril aunque se consiguiera un embarazo mediante la implantación de embriones”.

Los supuestos relativos a las operaciones de cambio de sexo han sido, por su parte, protagonistas de no escasas controversias. La sanidad pública, de conformidad con la

---

<sup>1159</sup> Un nutrido análisis del criterio del Tribunal Supremo en relación con la inaplicación retroactiva de las modificaciones de la cartera de servicios, en SEMPERE NAVARRO, A. V., loc. cit., págs. 143-145.

<sup>1160</sup> STSJ de Aragón de 28 de octubre de 2011.

jurisprudencia al respecto<sup>1161</sup>, únicamente acoge la cirugía reparadora en supuestos de estados intersexuales patológicos, por lo que quedan materialmente excluidos aquellos casos en los que se asiste a una situación de transexualismo (criterio que operaba en virtud del Real Decreto 63/1995 y que prosigue tras la entrada en vigor del Real Decreto 1030/2006). Ésta es la opción defendida en la STSJ de Galicia de 16 de julio de 2012, pero no es plenamente pacífica. Valga referirse a este respecto a la STSJ de Madrid de 30 de junio de 2005, en la que se vino a aportar un sorpresivo planteamiento. En concreto, tras argumentarse que el sujeto en cuestión encontró en el cambio de sexo el único medio de alcanzar su salud mental y poder desarrollar una vida plena desde la perspectiva personal, familiar, profesional y social, el órgano jurisdiccional sostiene que el cambio de sexo como consecuencia de la transexualidad no queda excluido de la prestación sanitaria y que, en consonancia con los arts. 43 CE y 1 LGS, ha de ser reparado con cargo al sistema sanitario público.

Se insta, así, a una interpretación del catálogo de prestaciones “de forma dinámica y abierta a la evolución médica y social”. Lo cierto es que el pronunciamiento no deja de ser controvertido<sup>1162</sup>, toda vez que el órgano jurisdiccional no encuentra en la ausencia de inclusión del cambio de sexo en la norma reglamentaria obstáculo alguno para dictaminar la procedencia del reintegro. Y ello podría suponer una vía excesivamente expedita para la inclusión de cuantas demandas sanitarias se hallan inherentes al sentir colectivo. De seguirse tal interpretación, conviene insistir, demasiado laxa en cuanto se resiste a someterse a la cartera de servicios estipulada al efecto, el desafío a la seguridad jurídica y al pretendido equilibrio entre los medios tasados y las necesidades sanitarias de la sociedad estaría servido.

### *E.2.- El libre abandono del Sistema público sanitario.*

---

<sup>1161</sup> SSTS de 29 de mayo y 27 de marzo de 2007.

<sup>1162</sup> Véase una crítica en RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Transexualidad, cambio de sexo. Su cobertura por el sistema nacional de salud”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 22, 2005, Westlaw BIB 2005\2802: “es obvio que el legislador ha querido y creído oportuno limitar en su financiación la cirugía de cambio de sexo a los supuestos de reparación de estado intersexuales patológicos, que no es el caso que nos ocupa. Otra cosa es que se piense que debería ser objeto de financiación pública, pero entramos en el terreno de la oportunidad o de política legislativa que al juzgador no le compete”.

El apartamiento voluntario de la sanidad pública también es excluido del reintegro de gastos<sup>1163</sup>. Se trata de aquellas situaciones, en nada infrecuentes<sup>1164</sup>, en que, pudiéndose obtener la adecuada atención en los servicios públicos de salud, el sujeto opta libremente y por propia decisión por abandonar dicha instancia para someterse al tratamiento en centros privados. Piénsese en la legítima búsqueda de una segunda opinión médica o de un tratamiento alternativo al propuesto, o bien en la demora en la realización de pruebas o en la práctica de la intervención médica. En tales casos, aún siendo “humanamente comprensible”<sup>1165</sup> la determinación del paciente de acudir a medios ajenos al SNS, no se considera cubierto el abandono voluntario de los recursos proporcionados por el Sistema Nacional de Salud acudiendo a un centro hospitalario privado, sin ser autorizado para ello y sin que conste la necesidad u oportunidad de dicha intervención.

A sensu contrario, y en aplicación de la normativa reglamentaria vigente, se estima justificado el apartamiento del SNS, amparándose a efectos del derecho al reintegro, cuando ha tenido lugar como consecuencia de la irrupción de una necesidad inmediata de recibir asistencia sanitaria (esto es, el presupuesto clásico de la urgencia vital)<sup>1166</sup>, así

---

<sup>1163</sup> STS de 22 de noviembre de 1990.

<sup>1164</sup> Se resuelven supuestos de abandono voluntario en las SSTSJ de Madrid de 4 noviembre 2011 (“el actor acudió a la atención privada, no porque sufriera otro síncope, empeoramiento de su dolencia o situación de crisis específica”), Andalucía de 3 de marzo de 2011 (sin que se aprecie denegación de la intervención de artroscopia de rodilla finalmente realizada en la medicina privada, y pudiendo haberse solicitado una segunda opinión médica, o incluso haber solicitado su práctica una vez que le fue recomendada en la medicina privada, o bien la autorización para utilizar servicios fuera del sistema público, el Tribunal concluye que el abandono discrecional de la asistencia de la medicina pública “se debe a la voluntad del propio actor”), Galicia de 15 de mayo de 2009 (“lejos de instar del Sergas la agilización en la realización de las pruebas, acudiendo, si fuera preciso a urgencias y a la Inspección Médica, optó libre y voluntariamente por recabar primero información y luego tratamiento en centros privados”) y Comunidad Valenciana de 16 de diciembre de 2003 (si bien no consta la notificación al interesado de la aprobación del tratamiento, se concluye que “ni siquiera se dio tiempo para que tal notificación se produjera puesto que la fecha del registro de salida de la resolución aprobatoria coincide con la de la intervención en Barcelona, lo que evidencia que hubo un abandono de la medicina pública y de los cauces por ella concertados para su suplencia, por la medicina privada”).

<sup>1165</sup> STSJ de Cantabria de 4 de octubre de 2010.

<sup>1166</sup> La STS de 19 de diciembre de 2003 se pronuncia sobre un supuesto en el que el beneficiario, enfermo de cáncer de pulmón, acudió al Servicio público de Salud, pero no fue adecuadamente atendido, aplazándosele para un momento indeterminado en fecha posterior, no precisada. El alto tribunal no estima que concurriese abandono voluntario, pues “no es exigible que ante la remisión a un tan impreciso como incierto futuro, el beneficiario hubiera de iniciar un peregrinaje por los hospitales públicos en búsqueda y esperanza de encontrar uno que hubiera procedido a sustituir los cirujanos en vacaciones. Debieron ser los servicios sanitarios públicos los que lo orientaran acerca de la institución correspondiente el Sistema, previa comprobación -por la sanidad pública- de la posibilidad real de asistencia inmediata. Que el recurrente no trató de prescindir de la Sanidad Pública lo evidencia el que a sus servicios volvió, una vez que fue intervenido quirúrgicamente, para seguir el oportuno tratamiento”.

como cuando tal abandono supone una reacción a una censurable actitud pasiva de la Administración sanitaria<sup>1167</sup>.

*E.3.- Las técnicas experimentales y punteras.*

Tampoco originan derecho al reintegro los gastos dimanados de tratamientos no autorizados en base a su condición de técnicas pioneras o experimentales, en fase de investigación clínica o sin evidencia científica constatada<sup>1168</sup>. Como viene siendo consolidada jurisprudencia, el nivel de la asistencia sanitaria pública en modo alguno puede ser inferior al que pueda ser dispensado por la medicina privada, debiendo incluir además de las comprendidas en el catálogo de servicios sanitarios, aquellas en las que se acredite “suficiente evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínicas o esté suficientemente probada su contribución eficaz a la prevención, tratamiento o curación de las enfermedades, conservación o mejora de esperanza de vida, autovaloramiento y eliminación del dolor y el sufrimiento”<sup>1169</sup>. En términos expresivos se ha pronunciado la doctrina de suplicación, señalando que el sistema de protección social no está obligado a proporcionar cualquier técnica a la que recurra la ciencia médica, sino únicamente las adecuadas para conseguir el fin que pretende la intervención médica, que no es otro que el restablecimiento completo de la persona enferma, excluyendo por lo tanto “aquellos tratamientos que tengan un carácter experimental, que no ofrezcan resultados definitivos, o en los que exista una manifiesta desproporción entre los medios empleados y los resultados obtenidos”<sup>1170</sup>.

A su vez, del recurso a la sanidad privada con el ánimo de acceder al disfrute de técnicas más punteras tampoco emerge el derecho al reintegro<sup>1171</sup>. Así se sostiene en una

---

<sup>1167</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de octubre de 2009: “apartamiento voluntario del Sistema que tampoco es predicable del caso que nos ocupa, puesto que al actor, una vez que se le apartó de la lista de espera para trasplante, se le situó en la más absoluta incertidumbre, siendo su propia vida lo que se encontraba en juego, de tal forma que el recurrir a la sanidad privada frente a una actuación de la Pública absolutamente pasiva, se configuró como la única vía para intentar una alternativa que le permitiese seguir viviendo”.

<sup>1168</sup> SSTS de 17 de julio de 2007, 25 de marzo de 2004 y 20 de diciembre de 2001.

<sup>1169</sup> STS de 20 de diciembre de 2001.

<sup>1170</sup> STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2006.

<sup>1171</sup> La STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2007 deniega el reintegro al considerar que se optó por un tratamiento quirúrgico más aventajado que, si bien “humanamente entendible”, no podía ser dispensado en



reiterada línea jurisprudencial<sup>1172</sup>, según la cual, el tratamiento técnicamente más avanzado en una clínica privada no autorizado por el sistema público sanitario ni dispensado por el sistema no constituye un supuesto que habilite al pertinente reembolso de los gastos médicos, de modo que “la obtención por decisión propia de una asistencia conforme a las técnicas más avanzadas no puede razonablemente constituir el contenido de la acción protectora de un sistema caracterizado por la limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocación universal”<sup>1173</sup>. Ciertamente, no cabe exigir que el SNS goce del máximo nivel alcanzable, pero sí que aquel nivel finalmente alcanzado conforme a las posibilidades económicas existentes sea disfrutado por la totalidad de la sociedad. En este postulado radica el sentido de los principios de solidaridad e igualdad que definen la articulación de las prestaciones sanitarias. En efecto, el artículo 43 CE, cuando configura a “todos” como titulares del derecho a la protección de la salud, “necesariamente está excluyendo aquellos medios que están fuera del ámbito especial de soberanía de la ley o, que por su propia índole emergente o limitada, como pueden ser los servicios de un excepcional facultativo, sólo son accesibles a algunos, no a todos”<sup>1174</sup>.

Los principios de igualdad y eficacia en que se sustenta el sistema público sanitario, así como su preceptiva estabilidad financiera constituyen la principal justificación de los límites inmanentes a la asistencia debida. Es por ello que el SNS ha de dispensar la pertinente atención sanitaria a través de los medios técnicos de que dispone, de forma que no resulta exigible a aquél el empleo de las técnicas más avanzadas o de coste excesivo<sup>1175</sup>, toda vez que el sistema público sanitario se mueve en la permanente búsqueda de una fiel sintonía entre la limitación de medios y la universalización

---

el marco del sistema público sanitario en cuanto el actor acude a la medicina privada “con la propuesta de una técnica quirúrgica más avanzada con láser CO2”.

<sup>1172</sup> SSTS de 17 de julio de 2007 y 25 de marzo de 2004.

<sup>1173</sup> SSTS de 13 de octubre de 1994, 31 de octubre de 1988 y 4 de junio de 1986. Con razón, advierte POLO SÁNCHEZ que “el Tribunal Supremo ha mantenido tradicionalmente una posición más rígida, vinculada a la insuficiencia de recursos económicos y a la imposibilidad de alcanzar niveles de calidad punteros en la totalidad de servicios y prestaciones reconocidos. Incluso los avances que hayan podido ser implantados en el sector sanitario privado, y merecedores de todos los elogios por parte del Alto Tribunal, no necesariamente admiten una comparación que lleve en todo caso a pretender trasladar ese mismo esquema de cobertura al modelo público de sanidad”. POLO SÁNCHEZ, M. C., loc. cit.

<sup>1174</sup> Doctrina contenida en las SSTS de 31 de octubre de 1988, 13 de octubre de 1994 y 21 de diciembre de 1995, reiterada en las de 20 de octubre de 2003, 20 de marzo de 2004, 29 de mayo de 2007 y 16 de noviembre de 2009.

<sup>1175</sup> Una paradigmática excepción en STSJ País Vasco de 24 de junio de 2008, en relación con la técnica del lavado seminal.

constitucionalmente asumida. Dicho de otra forma, "el gran dilema ético al que se enfrenta en nuestros días la sanidad pública no es otro que conciliar *equidad* y *eficiencia*"<sup>1176</sup>. El Sistema Nacional de Salud opera con unos recursos tasados, "y a ellos tienen que acogerse los beneficiarios, los cuales si quieren disponer de técnicas ultramodernas, o muy avanzadas, sólo efectuadas en el extranjero o en la medicina privada nacional, tienen que sufragar los gastos que se le originan y que en modo alguno pueden repercutir en el sistema público de salud"<sup>1177</sup>.

### **CAPITULO III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA**

#### **1.- CONCEPTO Y CARACTERES GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.**

En el marco de la relación jurídica extracontractual articulada entre la Administración sanitaria y el particular que se somete a los servicios en ella dispensados, no es extraña la producción de lesiones directamente derivadas de la misma prestación asistencial. De hecho, la frecuencia con que se asiste a tales supuestos resulta connatural al funcionamiento de un servicio público intrínsecamente conectado con la noción de riesgo<sup>1178</sup>, siendo el sanitario uno de los ámbitos más expuestos al acaecimiento de daños injustificados y no pretendidos. En efecto, en toda actuación llevada a cabo a nivel médico existe un halo de inseguridad, un componente aleatorio, en definitiva, que no hace sino justificar, como se tendrá ocasión de argumentar a lo largo del presente Capítulo, que la certeza absoluta en la obtención de un resultado exitoso en términos sanitarios, por imposible, resulte inexigible.

---

<sup>1176</sup> LOMAS HERNÁNDEZ, V.: "Límites económicos del derecho a la asistencia sanitaria. STSJ de Galicia de 12 de abril de 2013, no rec. 4512/2012", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, pág. 480.

<sup>1177</sup> STSJ de Andalucía de 26 de febrero de 2001.

<sup>1178</sup> La STS de 27 de noviembre de 2000 señala que "los conocimientos científicos, técnicos o experimentales ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse por excluida de antemano".

En los casos, conviene insistir, no infrecuentes, en que se ocasionan daños antijurídicos en el seno de la asistencia sanitaria, cabe exigir responsabilidad a la Administración en que se ha dispensado, en coherencia con el principio consagrado en el art. 9.3 CE. La razón de ser del instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria reside precisamente en garantizar la reparación de la lesión padecida por el paciente, surgiendo a cargo de la misma la obligación de indemnizar a fin de restaurar el perjuicio provocado. Lo cierto es que no existe una expresa regulación jurídica de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, razón por la cual, la jurisprudencia ha ejercido una función esencial en el deslinde de los criterios y requisitos al respecto a partir de las disposiciones normativas, ya de por sí escuetas e imprecisas, que rigen con carácter general para la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Como se constatará más adelante, los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales no son en modo alguno escasos. Antes al contrario, factores como la socialización de la medicina, la propia naturaleza de la actividad médica, la sensibilización de los pacientes ante los daños derivados de la asistencia sanitaria o el carácter objetivo de la responsabilidad de las Administraciones Públicas<sup>1179</sup>, han contribuido de lleno en el ingente número de resoluciones que abordan esta compleja temática, en consonancia con la mayor conciencia que tienen los pacientes de sus derechos y la más estricta exigencia de calidad en los servicios sanitarios recibidos<sup>1180</sup>.

El contexto sanitario participa de las notas definitorias del sistema general de responsabilidad patrimonial de la administraciones públicas extraídas de la combinación del art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC) con el 106.2 CE<sup>1181</sup>, sin perjuicio de una serie de precisiones<sup>1182</sup> que conviene destacar y que hacen del sanitario un ámbito digno de particular atención como consecuencia tanto de la calidad de los bienes sobre los que se producen los daños

---

<sup>1179</sup> MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 29-33.

<sup>1180</sup> MONTAÑÉS CASTILLO, L. Y.: “Los requisitos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria”, en AA. VV.: *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, GALLARDO CASTILLO, M. J. (Dir.) y CRUZ BLANCA, M. J. (Coord.), La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pág. 440. El creciente número de reclamaciones justifica, a juicio de la autora, el auge de la medicina defensiva.

<sup>1181</sup> STSJ de Madrid de 12 de enero de 2011.

<sup>1182</sup> SEGURA GARCÍA, B.: “Responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria”, en AA. VV.: *Marco jurídico de las profesiones sanitarias*, LARIOS RISCO, D. (Coord.), Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 380 y 381.

(derechos constitucionalmente reconocidos: integridad física, salud y vida), como de la entidad del servicio público fundamental en que acontecen:

- Se trata de un sistema de responsabilidad unitario, pues opera con iguales contenidos en los diferentes servicios públicos de salud y lo hace respecto de todos los pacientes que hayan sufrido daños antijurídicos.

- Goza de una repercusión general, ya que resulta aplicable a toda suerte de actuaciones sanitarias incluidas en el genérico concepto de servicio público fundamental, sean éstas activas (error de diagnóstico o tratamiento extemporáneo) u omisivas (denegación de la asistencia debida o concurrencia de culpa in vigilando)<sup>1183</sup>. No en vano, y a los fines del art. 106.2 CE, la jurisprudencia<sup>1184</sup> ha procedido a la homologación en clave de servicio público respecto de toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo.

- La responsabilidad predicada es de tipo directo, esto es, la Administración sanitaria, en correlato de su personalidad jurídica, responde directamente de los daños causados a consecuencia de la actuación del personal sanitario, sin perjuicio de la acción de regreso<sup>1185</sup> que ha de ejercitarse en caso de que incurra éste en dolo, culpa o negligencia grave (art. 145.2 LPAC). Por tanto, el actor que materialmente causa la lesión indemnizable no ha de ser previamente individualizado por la víctima, pues ésta debe dirigirse de forma inmediata contra la Administración, siendo su responsabilidad directa y en modo alguno subsidiaria. En todo caso, conviene destacar que ésta responderá de todo daño acaecido como consecuencia del funcionamiento del servicio de salud sanitario y,

---

<sup>1183</sup> Paradigmático ejemplo de omisión administrativa al respecto es la falta de la debida vigilancia y control en el intento de suicidio de un interno. La STS de 14 de marzo de 2007 aprecia ausencia de atención a un enfermo que había sido ingresado con un intento de suicidio y necesitó un especial tratamiento con su internamiento en una habitación de aislamiento, pese a lo cual, disfrutó de absoluta libertad para trasladarse del WC a la habitación, hacerse con la ropa e introducirla por una abertura o respiradero de ventilación para así facilitar su posterior ahorcamiento. El Tribunal concluye, pues, que no se adoptaron cuidados especiales que hubieran podido evitar el intento de suicidio.

<sup>1184</sup> SSTS de 22 de marzo de 1995 y 5 de junio de 1989.

<sup>1185</sup> La realidad, sin embargo, evidencia que tal acción de regreso no se ha ejercitado prácticamente nunca. Consúltase una interesante explicación, que no justificación, en DOMÉNECH PASCUAL, G.: “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, *In dret*, núm. 2, 2008, pág. 8 y ss.

## TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

por tanto, no sólo cuando se trate de supuestos achacables a un concreto profesional sanitario, pues también procede la exigencia de responsabilidad respecto de aquellos otros que derivan, con carácter genérico, de la disposición y organización del sistema sanitario.

- Procura la reparación integral, de modo que se aspira a restaurar la lesión causada en su totalidad. Es por ello que la indemnización no sólo afecta a los posibles intereses económicos o directamente evaluables, sino que también comprende los perjuicios de otra índole, tales como las secuelas o daños morales o, de modo más general, el *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, e incluye tanto el daño moral como los sufrimientos psíquicos padecidos por los perjudicados<sup>1186</sup>.

- La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, en nota común con el régimen general de responsabilidad de las administraciones públicas (139.1 LPAC), es objetiva o de resultado<sup>1187</sup>, de forma que no se exige, como ocurre en el caso de la responsabilidad civil o penal del profesional sanitario, la concurrencia de culpa, negligencia o dolo. Y es que se trata de una responsabilidad que surge “al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente”<sup>1188</sup>. Como es jurisprudencia consolidada, el elemento relevante a estos efectos no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado<sup>1189</sup>. Tal objetivación<sup>1190</sup>, que explica en parte el elevado número de reclamaciones en la materia, estima por tanto suficiente la concurrencia de un daño para predicar la consiguiente responsabilidad, siempre que entre éste y el funcionamiento normal o anormal<sup>1191</sup> del servicio público exista una relación de causalidad. Es precisamente la extensión de responsabilidad a los supuestos de funcionamiento normal de

---

<sup>1186</sup> SSTS de 10 de febrero de 1998 y 23 de febrero de 1988.

<sup>1187</sup> La conducta del personal asistencial no es enjuiciada bajo el prisma psicológico o normativo de la culpabilidad, sino desde la estricta objetividad mecánica de un comportamiento que se inserta, junto con otros eventos, en la causalidad material, a nivel de experiencia, en la producción de un resultado (STS de 14 de junio de 1991).

<sup>1188</sup> STS de 29 de mayo de 1991.

<sup>1189</sup> SSTS de 30 de octubre de 1999, 21 de noviembre de 1998 y 25 de enero de 1997.

<sup>1190</sup> Véase un cuestionamiento, en clave de debate de lege ferenda, de la objetivación de la responsabilidad de la Administración sanitaria, en MIR PUIGPELAT, O., op. cit., págs. 262 y ss.

<sup>1191</sup> En la actuación administrativa anormal quedan encuadradas aquellas actuaciones ilegales o culpables que protagonice el personal a su servicio, así como aquellas que no alcancen los estándares exigibles de calidad. Por su parte, la normalidad viene determinada por los daños incidentales derivados de actuaciones administrativas irreprochables. ASÚA GONZÁLEZ, C.: “Responsabilidad sanitaria”, en DÍAZ ALABART, S. Y ASÚA GONZÁLEZ, C.: *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Montecorvo, Madrid, 2000, págs. 213 y 214.

los servicios públicos uno de los elementos en que mejor se evidencia el carácter objetivo que caracteriza la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. No sólo no se necesita acreditar la concurrencia de elementos culpabilísticos en la actuación administrativa, sino que, a su vez, tampoco es preciso probar que el servicio público se ha desarrollado de manera anómala<sup>1192</sup>.

Ahora bien, y aquí radica una de las principales modulaciones del régimen general de responsabilidad de las administraciones públicas, lo cierto es que, en el ámbito sanitario, la objetividad recién aludida resulta notoriamente atemperada mediante la introducción del criterio de la *lex artis*. No es momento éste para detallar el concepto ni las implicaciones de la operatividad del mismo, pues habrá ocasión de hacerlo en lugar oportuno más adelante. Baste, por ahora, dejar indicado que no todo resultado dañoso resulta inmediatamente acreedor de la correspondiente indemnización, tal y como se derivaría de una estricta objetivación llevada a sus últimos términos. En este sentido, se ha apuntado que la tendencia objetivadora no puede “hacernos olvidar que cuando nos encontramos en presencia de una actividad administrativa como la que nos ocupa, esto es una prestación pública en el ámbito sanitario, una traducción mecánica del principio de objetividad en la construcción del instituto resarcitorio puede provocar resultados no sólo contrarios a un elemental principio de justicia sino incluso a la propia y concreta función del instituto indemnizatorio”<sup>1193</sup>.

La exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria exige, por el contrario, que el daño haya acaecido habiéndose conculcado la *lex artis*, como corolario de la singularidad que reviste la actividad sanitaria, en continua lidia con la naturaleza humana y su condicionamiento ineludiblemente impredecible por la ciencia. En este sentido, la curación, entendida como triunfo de la intervención médica, es una aspiración que sustenta toda actuación del personal sanitario, pero no resulta jurídicamente exigible. Con razón ha señalado el Tribunal Supremo que “la medicina es una ciencia axiológica relativa, esto es, una ciencia inexacta, en la que inciden múltiples factores, endógenos y exógenos, que pueden hacer trincar el fin curativo que se persigue y que, precisamente

---

<sup>1192</sup> SSTS de 3 de noviembre de 2011, citando, entre otras, las de 13 de febrero de 1999, 15 de diciembre de 1997, 1 de abril de 1995 y 19 de noviembre de 1994.

<sup>1193</sup> STS de 3 de noviembre de 2011.

por ello, jamás podrá ser garantizado precisamente por su notorio componente aleatorio<sup>1194</sup>. De ahí que se introduzca la *lex artis* en cuanto parámetro de medición de la adecuación del proceder sanitario. Se trata de evitar que todo resultado fallido en la pretendida restauración de la salud del paciente (irremediable en tantas ocasiones, asumido el carácter limitado de la actividad médica) resulte indemnizable, aun cuando se hubiese hecho todo lo posible en términos científicos y técnicos.

### **2.- REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.**

Son los mismos preceptos en que se ha apoyado el anterior análisis de los caracteres generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración (arts. 106 CE y 139 LPAC), los que resultan útiles a efectos de determinar los presupuestos de la misma. A partir de su lectura, una reiteradísima jurisprudencia<sup>1195</sup> ha indicado que la apreciación de existencia de la responsabilidad de la Administración sanitaria requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal (es indiferente la calificación) de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal; ausencia de fuerza mayor; y, por último, que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño causado.

#### **2.1.- Lesión indemnizable.**

##### **2.1.1.- Daño antijurídico.**

La noción de lesión indemnizable constituye la clave de bóveda en un sistema de responsabilidad de corte objetivo, de ahí que sea tan importante determinar con precisión los caracteres y exigencias que incorpora el concepto. A tal efecto, conviene señalar, en primer lugar, que no todo daño causado por la Administración sanitaria es merecedor de

---

<sup>1194</sup> STS (Civil) de 25 de noviembre de 2010.

<sup>1195</sup> SSTs de 25 de junio de 2012 y 12 de julio de 2007, reafirmando la doctrina sentada en las de 22 de marzo de 1995, 5 de octubre de 1993 y 24 de marzo de 1992.

reparación, pues únicamente ostenta la consideración de verdadera lesión resarcible aquella calificada como antijurídica, es decir, aquella que proviene de daños que no se hallan justificados a la luz del ordenamiento jurídico<sup>1196</sup>. Así se desprende del art. 141.1 LPAC, el cual preceptúa que “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. Por tanto, la antijuridicidad constituye la nota que debe revestir todo daño para catalogarse como lesión indemnizable, y es que, éste, aun siendo necesario, carece per se de virtualidad para que resulte resarcible<sup>1197</sup>.

En efecto, existe una neta relación de interdependencia entre las nociones de lesión indemnizable y daño antijurídico, de modo que, en ausencia de antijuridicidad del daño, no cabe concluir la existencia de aquélla y, en consecuencia, no existe a cargo de la Administración obligación de indemnizar. En similares términos lo expresa la jurisprudencia, señalando que la responsabilidad de las administraciones públicas aun siendo objetiva, no está basada en la simple producción del daño, pues además éste debe ser antijurídico, en el sentido de que quien lo experimente no deba tener obligación de soportarlo por haber podido ser evitado. Queda claro, pues, que no todo perjuicio es constitutivo de una lesión en el sentido técnico-jurídico del término, porque “si bien toda lesión es integrante de un daño y perjuicio no todo daño y perjuicio es constitutivo de una lesión”<sup>1198</sup>. Con este juego de palabras, se aspira a evidenciar el papel esencial que reúne en esta materia la antijuridicidad en cuanto título de atribución de responsabilidad, de forma que “para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el

---

<sup>1196</sup> SSTS de 18 de junio de 2012 y 1 de julio de 2009.

<sup>1197</sup> GALLARDO CASTILLO, M. J.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 57.

<sup>1198</sup> SSTS de 20 de octubre de 1997 y 11 de mayo de 1999. En idénticos términos, SSAN de 14 de marzo de 2012, 15 de diciembre de 2010 y 23 de abril de 2008, entre otras.



menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable”<sup>1199</sup>.

Dado que la responsabilidad patrimonial de la Administración es, por definición, objetiva y, consecuentemente, resulta exigible tanto en supuestos de funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos, la predicación de la antijuridicidad no incide en la actuación de la administración sanitaria, sino en la lesión causada. En este sentido, al afirmarse que sólo es susceptible de generar responsabilidad el daño revestido de la nota antijurídica, se está asumiendo que existen daños que sí deben ser soportados. En concreto, cuantos derivan ineludiblemente del natural estado patológico del enfermo, siendo inevitables por la ciencia médica en general y por la acción humana en particular, carecen del título de la antijuridicidad y, por tanto, al afectado no le queda más que resignarse a lo que no es sino el inapelable devenir de la enfermedad.

El art. 141.1 LPAC, anteriormente aludido, añade que “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”<sup>1200</sup>. El precepto consagra la que se ha dado en llamar “cláusula de los riesgos del progreso”, cuya previsión pretende evitar que un daño sea considerado antijurídico cuando se ha producido empleando las técnicas que habilita el estado disponible de la ciencia. Como bien señala el Tribunal Supremo, “a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida

---

<sup>1199</sup> SSTs de 15 de enero de 2013, 5 de julio de 2006, 24 de noviembre de 2004, 30 de abril de 2001, 10 de octubre de 2000, 28 de enero de 1999, 10 de febrero de 1998 y 5 de junio de 1997.

<sup>1200</sup> Destacan, a estos efectos, el Real Decreto-ley 9/1993, de 28 de mayo, por el que se conceden ayudas a los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) como consecuencia de actuaciones realizadas en el sistema sanitario público, así como la Ley 14/2002, de 5 de junio, por la que se establecen ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público, y otras normas tributarias. La percepción de estas ayudas implica, según ambas normas, la renuncia al ejercicio de reclamaciones por contaminación contra la Administración sanitaria, por lo que se determina unilateralmente el montante indemnizatorio eliminando toda opción de debate en sede judicial. Véase una oportuna crítica en SEUBA TORREBLANCA, J. C.: *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del sida y de la hepatitis*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 411.

aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”<sup>1201</sup>. Por tanto, si bien el régimen de responsabilidad que se viene analizando reposa sobre el fundamento de tipo objetivo que representa la relación de causalidad entre la actuación pública y el resultado dañoso acontecido, lo cierto es que, en el ámbito sanitario, revisten una importancia determinante los medios efectivamente empleados, por lo que si éstos obedecen al estado del saber, no existe lesión reprochable alguna desde el punto de vista del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción del daño al que alude el legislador en cuanto elemento excluyente de la antijuridicidad<sup>1202</sup> del daño, es definido desde sede jurisprudencial como “el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones”, comprendiendo “todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica o técnica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información”<sup>1203</sup>. Se colige, pues, que dicho estado de conocimientos, lejos de depender de una apreciación subjetiva, constituye un dato objetivo perfectamente cognoscible y dotado de una rotundidad ajena a cualquier subjetivismo<sup>1204</sup>. Así, el elemento nuclear de la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles radica en el asentamiento de un consenso generalizado en la comunidad científica al que coadyuva una adecuada divulgación en el

---

<sup>1201</sup> SSTS de 26 de junio de 2008, 20 de marzo de 2007 y 16 de marzo de 2005.

<sup>1202</sup> No es pacífica en la doctrina la determinación del título en base al cual la previsión legal exonera de responsabilidad patrimonial, esto es, si la indemnización del daño no procede por falta del requisito de la antijuridicidad o bien porque concurre fuerza mayor. A favor de esta última opción, SANZ GANDASEGUI, F.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria”, en AA. VV.: *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, DE FUENTES BARDAJÍ, J. et al (Dir.) y ZABALA GUADALUPE, J. J. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 203-207 y ASÚA GONZÁLEZ, C., op. cit., págs. 223 y 224. En contra, MONTAÑÉS CASTILLO, L. Y., op. cit., págs. 487-492, estima que se trata de un caso fortuito, dado el origen interno del daño, y no ajeno.

La doctrina de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se ha decantado por considerarla una cuestión de antijuridicidad (STS de 25 de mayo de 2010) y no de fuerza mayor, como venía manteniendo la jurisdicción social (STS de 3 de diciembre de 1999) y denuncia la STS de 20 de diciembre de 2001.

<sup>1203</sup> STS de 14 de octubre de 2002.

<sup>1204</sup> STS de 25 de noviembre de 2000.

seno de la misma, siendo irrelevante, a estos efectos, la existencia de opiniones minoritarias que disientan de los postulados generalmente acordados<sup>1205</sup>.

La expresa referencia del precepto a los denominados riesgos del progreso en cuanto causa de justificación del daño producido representa la reacción jurídico-legislativa más viva a los célebres contagios de VIH y de hepatitis C que acontecieron a mediados de la década de los ochenta del siglo pasado, a consecuencia de transfusiones de sangre contaminada, sin que la ciencia médica conociera la existencia de tales virus y, por tanto, las técnicas de prevención de su expansión. Pues bien, a partir de la cláusula legalmente estipulada, en aquellos supuestos en que, si bien se emplearon todos los medios de control disponibles, el contagio se produjo al no disponerse de métodos o técnicas con los que detectar la presencia del virus en las transfusiones, es sólida doctrina del Tribunal Supremo la exclusión de responsabilidad de la Administración sanitaria, considerándose el posible contagio un riesgo a soportar por el paciente sometido a la intervención en cuestión<sup>1206</sup>.

### 2.1.2.- Daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria no sólo requiere la existencia de un daño que el sujeto no tenga el deber jurídico de soportar, según la tradicional definición de antijuridicidad. Ha de tratarse, asimismo, de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, tal y como prescribe el art. 139.2 LPAC.

El requisito de la efectividad del daño exige que éste sea real y, por tanto, “no traducible a meras especulaciones o simples expectativas”<sup>1207</sup>. A sensu contrario, se descarta el de carácter futuro o meramente eventual. Según indica la jurisprudencia, el daño debe ser “cierto y determinado, sin que sean estimables los daños hipotéticos, potenciales, contingentes, dudosos o presumibles, sin que tampoco sea bastante la mera

---

<sup>1205</sup> MIR PUIGPELAT, O., op. cit., págs. 280 y 281.

<sup>1206</sup> En este sentido, las SSTs de 14 de marzo y 20 de abril de 2007 y 29 de junio de 2005, recogiendo la doctrina sentada en las de 25 de noviembre de 2000, 21 de diciembre de 2001 y 7 de octubre de 2002, concluyen que si el contagio del virus de la hepatitis C se hubiese producido con anterioridad a la identificación de los marcadores para detectarlo, no habría concurrido el requisito del daño antijurídico por ser el contagio un riesgo a soportar por el paciente.

<sup>1207</sup> STS de 11 de noviembre de 1993.

frustración de una expectativa; el daño, además, debe estar acreditado<sup>1208</sup>. Para que el daño resulte indemnizable, pues, es presupuesto ineludible que efectivamente se materialice, afectando a derechos e intereses legítimos, no siendo suficiente que exista el temor de su posible producción. El daño evaluable en concreto a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración puede ser corporal o moral<sup>1209</sup>, sin que quepa concebir este último como una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma tiene una repercusión psicofísica grave<sup>1210</sup>.

Ha de tratarse, a su vez, de un daño evaluable económicamente, es decir, susceptible de ser cifrado en dinero, sin perjuicio de la dificultad que, según se analizará más adelante, implica la valoración de los daños morales derivados de la asistencia sanitaria frente a la mayor objetividad que reina en la de los daños patrimoniales.

El daño, por último, es compensado mediante su individualización con relación a una persona o grupo de personas, de modo que no resultan indemnizables aquellos ocasionados en general a la totalidad de destinatarios como consecuencia de las deficiencias aparejadas a toda organización de un servicio público<sup>1211</sup>.

## **2.2.- Relación de causalidad.**

### **2.2.1.- Imputación**

Entre los requisitos atinentes a la conceptualización del daño, ostenta singular importancia la preceptiva imputación del mismo a la actuación administrativa, en este caso, a la actividad de la Administración sanitaria. Por tanto, resultan irrelevantes, a

---

<sup>1208</sup> STS de 3 de noviembre de 2010.

<sup>1209</sup> Ambos tipos de daños concurren en los supuestos de omisión de la prueba de detección prenatal del síndrome de Down, ya que no sólo resulta indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, sino también el mayor coste que supone la crianza de un hijo afectado con síndrome de Down. SSTS de 28 de marzo de 2012, 27 de octubre de 2010, 4 de noviembre de 2008 y 28 de septiembre de 2000.

<sup>1210</sup> SSTS de 9 de mayo de 2005 y 3 de octubre de 2000.

<sup>1211</sup> Apoyándose en la SAN de 31 de mayo de 2000, MONTAÑÉS CASTILLO distingue entre los perjuicios derivados en general de las listas de espera, por definición no indemnizables, y aquellos otros que obedecen a una mala gestión y se materializan en un exceso en la tardanza o un error en el orden, que sí originan, por su efecto particularizado, el correspondiente resarcimiento. MONTAÑÉS CASTILLO, L. Y., op. cit., pág. 464.

efectos de responsabilidad patrimonial, los supuestos en que la lesión padecida obedece a causas endógenas del paciente y no a la actuación hospitalaria<sup>1212</sup>, a la indefectiblemente evolución natural de la enfermedad<sup>1213</sup> o a una inesperada respuesta del estado del paciente en el seno de una operación, así como cuando se abandona voluntariamente el tratamiento o no se siguen las prescripciones médicas, por poner algunos ejemplos. Ciertamente, una consolidada doctrina jurisprudencial sostiene la exoneración de responsabilidad de la Administración, pese al carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido, y ello aun cuando se revela incorrecto el funcionamiento del servicio público<sup>1214</sup>.

La indemnización a cargo de las administraciones públicas, y así lo indica el art. 139.1 LPAC, procede siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, esto es, siempre que se constate que, de no haber tenido lugar la acción u omisión administrativa, el daño no se habría producido. Se colige, pues, que tal funcionamiento, ora normal<sup>1215</sup> ora anormal, emerge en un sólido título jurídico de imputación del que nace la objetividad del sistema de responsabilidad patrimonial. En este sentido, la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como “una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado”<sup>1216</sup>.

Descendiendo al contexto sanitario, el daño ha de resultar, en definitiva, atribuible a la Administración sanitaria a través del criterio de imputación que supone el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos de salud, tenga su origen en la organización y articulación del servicio en sí o bien en la actuación desempeñada por el personal adscrito a la misma. En este último caso, es decir, cuando el daño deriva del proceder de un

---

<sup>1212</sup> SSTS de 7 de diciembre de 2011 y 11 de noviembre de 2004.

<sup>1213</sup> No se deriva responsabilidad patrimonial en el supuesto sobre el que se pronuncia la STS de 12 de diciembre de 2006, al estimarse que las secuelas del paciente son de todo punto inevitables a la vista del carácter gigantesco de la tumoración, dificultándose su disección quirúrgica.

<sup>1214</sup> STS de 19 de junio de 2007, con cita de otras muchas.

<sup>1215</sup> Para que el riesgo originado por el funcionamiento normal merezca una valoración negativa, ha de tener una cierta entidad cualitativa (como riesgo no permitido) y cuantitativa (como riesgo ex ante adecuado para producir un resultado lesivo). MIR PUIGPELAT, O., op. cit., págs. 247 y ss.

<sup>1216</sup> SSTS de 19 noviembre de 1994 y 1 de abril de 1995.

profesional sanitario, como bien se ha afirmado, todo el problema se reduce a constatar la integración en la organización administrativa del agente autor material del daño y que éste actúe en ejercicio de sus funciones<sup>1217</sup>.

Por tanto, ha de existir un vínculo jurídico entre la persona física y la jurídica sanitaria, de modo que el daño sea causado en el seno de la organización sanitaria, actuando el personal con ocasión de las funciones que tiene encomendadas, en el ámbito estricto de la provisión de asistencia sanitaria o en el más amplio de organización del servicio. Así, para que el acto particular del profesional sanitario resulte imputable a la Administración no basta su integración en la organización sanitaria, ya que ha de existir una relación entre la conducta y la Administración que permita entender que el actor es la Administración y, consecuentemente, que el daño le resulta imputable<sup>1218</sup>. Sólo reuniéndose tales presupuestos, la labor acometida por el personal sanitario es considerada una concreción de la actuación administrativa, por lo que quedan excluidos aquellos casos en que se ejercen funciones exclusivamente en el ámbito privado.

#### 2.2.2.- Nexo causal.

La viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria no sólo exige que el resultado lesivo resulte imputable al funcionamiento normal o anormal del servicio público en cuestión, sino que además, entre uno y otro, conforme señalan los arts. 106.2 CE y 139.1 *in fine* LPAC, debe existir una relación de causalidad, correspondiendo la carga de la prueba de la misma a quien reclama la indemnización<sup>1219</sup>. Dicha causalidad,

---

<sup>1217</sup> MONTAÑÉS CASTILLO, L. Y., op. cit., pág. 470.

<sup>1218</sup> RIVAS LÓPEZ, A. L.: *Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (aspectos de su práctica administrativa y procesal)*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2012, pág. 107.

<sup>1219</sup> Las SSTs de 9 de diciembre de 2008 y 19 de junio de 2007 advierten que, en materia de prestación sanitaria, la exigencia de prueba del nexo causal es moderada en aplicación del principio de facilidad de la prueba, tomando en consideración las dificultades que normalmente encuentra el paciente dentro de las restricciones del ambiente hospitalario, por lo que se ha de adoptar una cierta flexibilidad a fin de no exigir al perjudicado una prueba imposible o diabólica, de forma que, según señala la STS de 4 de julio de 2007, “obliga a la Administración, en determinados supuestos, a ser ella la que ha de acreditar, precisamente por disponer de medios y elementos suficientes para ello, que su actuación fue en todo caso conforme a las exigencias de la *lex artis*, pues no sería objetiva la responsabilidad que hiciera recaer en todos los casos sobre el administrado la carga de probar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una *recta praxis médica*”.

como es sabido, goza de una naturaleza eminentemente fáctica y, por tanto, ajena a cualquier consideración axiológico-normativa<sup>1220</sup>. No en vano, el Tribunal Supremo ha señalado que el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, y se reduce a fijar qué condición puede ser considerada relevante por sí misma para producir el resultado final como presupuesto o conditio sine qua non, esto es, un hecho sin el cual es inconcebible que otro evento se considere efecto del primero, aunque es necesario además que resulte normalmente idónea para determinar aquel resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso<sup>1221</sup>.

Si bien en un principio la jurisprudencia exigía que se tratase de una “relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto”<sup>1222</sup>, con posterioridad se ha admitido que la referida relación causal puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, lo que puede dar lugar a una moderación de la responsabilidad en el caso de que intervengan otras causas, y que debe tenerse en cuenta en el momento de fijarse la indemnización<sup>1223</sup>. En este sentido, lo cierto es que no siempre se evidencia de una manera clara e inequívoca la causa concreta que propicia el resultado lesivo, siendo harto habitual que se entremezclen varios elementos coparticipes en la producción del daño.

Pues bien, en aras de materializar el carácter objetivo del régimen de responsabilidad, en supuestos de concurrencia de causas, se mantiene en la actualidad la responsabilidad de la Administración aunque hayan intervenido igualmente otros agentes en la producción del daño (se supera, así, el anterior criterio del carácter directo, inmediato y exclusivo del nexo causal), operando una moderación de la responsabilidad mediante la importación del criterio de la concurrencia de culpas que opera en el ámbito civil y que, trasladado al administrativo, supone una compensación de consecuencias reparadoras<sup>1224</sup>. Así, cuando coexistan varias causas en el resultado lesivo final, siendo una en concreto la que ejerció un papel determinante, la relación causal se predicará respecto de ésta y no otra. De no ser posible tal individualización, habrá que estar al caso para dirimir las responsabilidades de cada agente interviniente. En efecto, el Tribunal Supremo tiene declarado que la nota de exclusividad referida al nexo de causalidad debe ser entendida en sentido relativo y no

---

<sup>1220</sup> MIR PUIGPELAT, O., op. cit., pág. 230.

<sup>1221</sup> STS de 5 de diciembre de 1995.

<sup>1222</sup> SSTS de 26 de septiembre de 1998 y 25 de mayo 1995.

<sup>1223</sup> STS de 3 de noviembre de 2011 y demás sentencias en ella citadas.

<sup>1224</sup> Dado que la noción de culpa no opera en el ámbito de responsabilidad patrimonial de la Administración. Consúltese MONTAÑÉS CASTILLO, L. Y., op. cit., págs. 477-483.

absoluto, especialmente en los casos de funcionamiento anormal de los servicios públicos o inactividad de la Administración, apreciando la concurrencia de concausas imputables unas a la Administración y otras a personas ajenas e incluso al propio perjudicado<sup>1225</sup>, lo que lleva a acometer una distribución de la carga indemnizatoria, bien mediante criterios de compensación (asumiendo cada parte la cuota que le corresponde), bien a través de la atemperación de la indemnización a esas características o circunstancias concretas del caso examinado<sup>1226</sup>.

Especial mención merece en este contexto la jurisprudencia del denominado “daño o resultado desproporcionado”, en cuanto criterio que permite presumir la existencia de un funcionamiento anormal del servicio público sanitario<sup>1227</sup> y, a partir de la misma, reputar probada la existencia de nexo causal. Según sostiene el Tribunal Supremo<sup>1228</sup>, la Administración sanitaria debe responder del daño que no guarda proporción con el estado patológico que dio origen a las prestaciones sanitarias dispensadas, ya que “por sí solo, un daño así denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción”.

Son cuatro, pues, los factores que convergen en la declaración de responsabilidad en supuestos de daño desproporcionado: dos de tipo subjetivo, concretados en la presumible ausencia de diligencia en la conducta del causante del daño y la falta de intervención activa del perjudicado en la producción del daño, y otros dos de índole objetiva, en

---

<sup>1225</sup> Es el caso resuelto en la STS de 21 de marzo de 2007, en el que no se tomaron por el centro hospitalario las medidas oportunas para prevenir el intento de suicidio que finalmente tuvo lugar, teniéndose en cuenta la conducta del actor como factor de moderación de la indemnización procedente.

<sup>1226</sup> SSSTS de 14 de marzo de 2007 y 22 de octubre de 2004.

<sup>1227</sup> GALLARDO CASTILLO, M. J., op. cit.

<sup>1228</sup> STS de 30 de septiembre de 2011.



concreto, el daño inesperado y su incidencia en la esfera jurídica del sistema público sanitario responsable<sup>1229</sup>.

### 2.2.3.- El criterio de la lex artis.

Si bien el nexo causal constituye de suyo un elemento básico sobre el que pivota el constructo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sin perjuicio de la inmerecida deficiencia del contexto normativo de que adolece<sup>1230</sup>, conviene destacar que, en el ámbito sanitario, tal principio de causalidad es modulado a través de la operatividad del criterio de la lex artis, atemperándose así la responsabilidad patrimonial objetiva, según se anticipó líneas arriba. Es la singular naturaleza de la actividad sanitaria la que exige la introducción de este parámetro de racionalidad.

Tal y como ha indicado hasta la saciedad la doctrina del Tribunal Supremo, “la Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso”<sup>1231</sup>. Lo cierto es que una interpretación radical del principio de responsabilidad objetiva compelería a garantizar un resultado curativo en todo momento. Y no conviene pasar por alto, a este respecto, que el servicio público sanitario se configura como prestador de medios<sup>1232</sup>, pero en ningún caso garantizador de resultados, de modo que resulta exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales, sin que pueda deducirse de ello la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la lex

---

<sup>1229</sup> RIVAS LÓPEZ, A. L., op. cit., pág. 84.

<sup>1230</sup> MIR PUIGPELAT, O., op. cit., págs. 319-322, considera muy escasa la fórmula del art. 139.1 LPAC e insta a una más pormenorizada regulación.

<sup>1231</sup> SSTs de 7 de julio de 2008, 20 de marzo de 2007 y 16 de marzo de 2005.

<sup>1232</sup> STS (Civil) de 25 de noviembre de 2010: “El médico, en principio, asume una obligación de actividad, diligencia y prudencia, conforme al estado actual de la ciencia médica, siendo, por consiguiente, deudor de una obligación de medios, por cuanto en su actividad se halla siempre presente un elemento aleatorio, en el sentido de que el resultado buscado no depende exclusivamente de su proceder, sino también de otros factores, endógenos y exógenos a su actuación, que escapan a su control. El médico no garantiza, por tanto, la curación, pero si el empleo de las técnicas adecuadas y así lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS al decir que el médico no queda obligado a curar al paciente, sino a suministrarle las atenciones requeridas según el estado actual de la ciencia (STS de 10 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 8967]), por el componente aleatorio inherente a todo acto médico y por el simple factor reaccional de cada enfermo”.

artis<sup>1233</sup>. La realidad de la práctica médica lleva indisolublemente aparejada la vacilación en cuanto a los resultados efectivamente logrados, por lo que no siempre resulta exigible la consecución de un desenlace exitoso. No en vano, ya en las primeras líneas de este Capítulo se incidió en la idea de riesgo que orbita en el sistema sanitario. Recuérdese que éste es precisamente el fundamento de la defensa de un derecho a la protección de la salud, y su preceptiva garantía prestacional conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria, y no de un derecho a la salud. Pues bien, en este sentido, y por más que la incertidumbre en los resultados constituya un elemento inherente a la actuación médica, la aplicación del criterio de la *lex artis* permite garantizar a los ciudadanos el tratamiento diligente a través del empleo de la instrumentación de la que la ciencia médica provee al sistema público sanitario en el momento en que se aplica.

La introducción de este parámetro, ante la inexistencia de uno legalmente establecido (sin perjuicio de lo previsto en términos generales en los arts. 7 y 46 b) y e) LGS<sup>1234</sup>), en la nota tradicionalmente común de la objetividad supone una marcada seña de identidad que singulariza la responsabilidad patrimonial sanitaria respecto a la articulada con carácter general en las administraciones públicas. Según se ha esbozado anteriormente, el empleo del canon de la *lex artis* se funda en la constante jurisprudencial de que la obligación del profesional sanitario es de medios y no de resultados<sup>1235</sup>, por lo que los facultativos no están obligados a lograr la restauración de la salud de los enfermos en cualquier caso, sino a procurar por todos los medios disponibles tal restablecimiento, al no ser la salud humana elemento susceptible de disposición. Por razones obvias, resulta inexigible la infalibilidad

---

<sup>1233</sup> SSTS de 9 de octubre de 2012 y 24 de mayo de 2011, con cita de la de 25 de febrero de 2009.

<sup>1234</sup> El primer precepto encomienda a los servicios sanitarios la adecuación de su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad. El segundo, por su parte, en las dos letras citadas, configura como características fundamentales del Sistema Nacional de Salud, respectivamente: la organización adecuada para prestar una atención integral a la salud, comprensiva tanto de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad como de la curación y rehabilitación; así como la prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados.

<sup>1235</sup> Lo que constituye la principal diferencia entre medicina curativa y satisfactiva. La STS de 3 de octubre de 2000, señala al respecto que “la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención”. Distinción reiterada en las SSTS de 29 de marzo de 2006 y 2 de octubre de 2007.

de toda actuación sanitaria. Por muy ventajosa que sea, ésta se revela incapaz de garantizar la salud a todo el que se somete a la misma tras haberla perdido. En efecto, a los servicios públicos de salud no se les puede demandar más que una actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria<sup>1236</sup>. Basta al respecto que se empleen todos los medios disponibles según el estado de la ciencia a fin de alcanzar el éxito en el resultado, aunque finalmente no se consiga, esto es, que se pongan “los medios precisos para la mejor atención”.

En este sentido, si pese a emplearse la instrumentación que habilita la técnica imperante, el daño finalmente se produce, no cabe predicar la responsabilidad patrimonial, pues el mismo no sería imputable a la actuación asistencial, sino a las causas naturales que escapan al proceder sanitario. En palabras del alto tribunal, “la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles”<sup>1237</sup>, de ahí que, en el contexto de la actuación sanitaria, resulte a todas luces insuficiente la existencia de un resultado lesivo. Es preciso que a su vez opere el criterio de la *lex artis* en aras de determinar si la actuación médica llevada a cabo ha sido o no la adecuada. Si, a la luz del mismo, aun residenciándose la causa del daño en la actuación médica, se constata que se obró de forma correcta y conforme al estado de los conocimientos científicos y técnicos, no existe a cargo de la Administración sanitaria la obligación de indemnizar por no concurrir el requisito de la antijuridicidad.

En coherencia con lo recién argumentado, el criterio de la *lex artis* aspira a evitar precisamente los indeseables (jurídicamente) e insostenibles (económicamente) efectos de una excesiva objetivación, respondiendo a una concepción “subjetivada de la objetividad”<sup>1238</sup> que evita la directa e inmediata conexión entre funcionamiento del servicio y responsabilidad derivada del daño. Si no entrase en juego esta pauta de normalidad, se llevaría “la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo

---

<sup>1236</sup> STS de 16 de enero de 2012.

<sup>1237</sup> STS de 25 de febrero de 2009. En la misma aseveración se basa la STS de 9 de octubre de 2012 para advertir que no es suficiente con constatar el origen intrahospitalario de una infección para concluir la reprochabilidad de la sepsis al funcionamiento del servicio médico, pues, para que pueda nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario acreditar el incumplimiento del estándar de rendimiento que permite el estado del conocimiento, detectando, en su caso, la presencia del elemento causante de la infección.

<sup>1238</sup> RIVAS LÓPEZ, A. L., op. cit., pág. 74.

razonable”<sup>1239</sup>, de forma que toda lesión derivaría, en último término, en la exigencia de responsabilidad, de ahí la importante función de este criterio y su efecto moderador. Conviene recalcar a este respecto que la introducción del mismo en modo alguno elimina el carácter objetivo que caracteriza el régimen general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones, únicamente lo modula, deviniendo en insuficiente, a efectos de indemnización, el hecho de que concurra un resultado dañoso, pues se requiere además, que no se haya actuado conforme a lo exigido por la buena praxis sanitaria. Y es que, como bien se ha señalado, “responsabilidad objetiva no significa responsabilidad ilimitada, únicamente vinculada al dato amplísimo de la causalidad”<sup>1240</sup>. La vigencia del parámetro analizado así lo acredita.

Una vez expuesta la razón de ser del papel de la *lex artis* en el esquema de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, conviene adentrarse en el concepto para determinar a continuación las implicaciones aparejadas al empleo de dicha pauta. En este sentido, y en primer lugar, la *lex artis* es definida como “un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida”<sup>1241</sup>. Su importancia es determinante, según se desprende de la definición reproducida, dado que su empleo a modo de parámetro habilita la determinación del nivel de corrección de la actuación administrativa a la que se imputa el daño, excluyéndose a efectos de responsabilidad aquellos supuestos en que éste obedece al inevitable discurrir de la enfermedad o a complicaciones del cuadro clínico<sup>1242</sup>, frente a las que la ciencia y, con más razón la actividad médica, carecen de armas infalibles.

---

<sup>1239</sup> STS de 9 de diciembre de 2008, con cita de otras anteriores.

<sup>1240</sup> MIR PUIGPELAT, O., op. cit., pág. 245.

<sup>1241</sup> Se trata de una definición asentada en múltiples pronunciamientos judiciales. Baste señalar al respecto las SSAN de 19 de diciembre de 2012, 30 de noviembre de 2011, 14 de julio de 2010 o 23 de diciembre de 2009.

<sup>1242</sup> Es el caso resuelto en la STS de 10 de julio 2012, en el que no se acredita que la acumulación de líquido en el pecho operado suponga la inadecuación de la asistencia postoperatoria, por tratarse de una complicación propia del proceso que coincidió con el infarto cerebral, cuyo tratamiento y medicación coincidieron con el postoperatorio en el que se realizaron los correspondientes drenajes, pese a lo cual la reproducción del líquido fue rápida y continuada.

Queda claro, pues, tal y como sostiene el Tribunal Supremo<sup>1243</sup>, que en el contexto sanitario, el empleo de una técnica correcta constituye un elemento esencial en la determinación del nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el resultado finalmente producido, ya que “cuando el acto médico es conforme con las enseñanzas que en cada momento proporciona la ciencia médica y con los medios de que dispone en el lugar y en el momento en que se produce la asistencia, normalmente no será posible determinar si el resultado dañoso se ha debido a dicho acto médico o más bien a la evolución natural de la enfermedad<sup>1244</sup> y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos”. Ahora bien, la *lex artis* no sólo incorpora requerimientos técnicos. El concepto resulta más ambicioso. Se trata, en concreto, de emplear los medios necesarios en los ámbitos intelectual (preparación o conocimientos profesionales), material (instrumental apropiado y en buen estado) y personal (o prestación de su asistencia, su continuidad y vigilancia), siempre con arreglo al estado de la ciencia en el momento de la realización de los actos médicos, a las reglas y leyes técnicas indicadas en el proceder profesional (*lex artis*), así como a las circunstancias concretas de cada caso (*lex artis ad hoc*)<sup>1245</sup>.

En base a lo antedicho, la responsabilidad requiere, como presupuesto, la infracción<sup>1246</sup> por parte del profesional sanitario de las normas de precaución o cautela requeridas por las circunstancias del caso concreto, o bien, la constatación de su apartamiento del criterio de normalidad de la *lex artis*, “que no es otra cosa que el saber

---

<sup>1243</sup> SSTS de 3 de noviembre de 2011 y 30 de junio de 2010.

<sup>1244</sup> STS (Social) de 5 de junio de 1991: “puede imputarse la realización de estos daños, con carácter principal, bien a la enfermedad, o bien al tratamiento médico prestado. En el primer caso, conviene distinguir a su vez: a) Los daños que la enfermedad produce necesariamente, a pesar de todos los tratamientos médicos por adecuados y eficaces que ellos sean, ya que vienen impuestos por el carácter caduco y enfermable de la condición humana; b) daños producidos por la enfermedad, pero que son evitables con un tratamiento médico prestado a tiempo y adecuado y que su producción es debida a la falta de asistencia sanitaria o a que la prestada no fue la adecuada. También con respecto a los daños en los que el tratamiento médico es el factor determinante, es preciso distinguir dos supuestos: a) Aquellos daños que son intrínsecos al tratamiento y como tal y que por ello se producen de modo necesario y justificado por su finalidad terapéutica y, b) aquellos otros que el tratamiento médico produce, al margen de su finalidad terapéutica, y que son daños producidos bien porque no es el tratamiento procedente o adecuado el prestado, o porque en su realización se introducen circunstancias que lo desnaturalizan y que son ajenas a la constitución individual del enfermo. Dentro de este cuadro, es claro, que sólo puede hablarse de responsabilidad en los dos supuestos comprendidos en los apartados b) de la clasificación esbozada”.

<sup>1245</sup> STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 2010.

<sup>1246</sup> Un detallado repaso de las causas específicas de infracción, concretadas en errores diagnósticos, terapéuticos y de prevención, en HERNÁNDEZ GIL, A. Y HERNÁNDEZ MORENO, J.: “Causas y consecuencias de las reclamaciones judiciales por mala praxis médica”, en AA. VV.: *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, GALLARDO CASTILLO, M. J. (Dir.) y CRUZ BLANCA, M. J. (Coord.), La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, págs. 361-378.

propio de la profesión”<sup>1247</sup>. Este parámetro permite, así, concluir la ausencia de responsabilidad y, con ello, la improcedencia de indemnización en aquellos supuestos en que, aun siendo el resultado dañoso imputable a la acción u omisión administrativa, la atención sanitaria se revela conforme con las reglas impuestas por el correcto proceder sanitario y acorde con el estado de conocimientos científicos y técnicos. Y es que para que el daño resulte resarcible, ha de tener lugar en su producción una auténtica infracción de la *lex artis*, en cuanto pauta orientada al empleo diligente y adecuado de medios, tomando en consideración las circunstancias concurrentes en el caso concreto<sup>1248</sup>.

Por tanto, la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria resulta predicable respecto de aquellos casos en que el origen del daño radica en una actuación médica que no se revela como la idónea o adecuada al estado del enfermo o, aun siendo apta, no se lleva a cabo de manera correcta, así como aquellos supuestos en que, procediendo el resultado dañoso del curso de la enfermedad, pudiese haber sido eludido de haberse dispensado un adecuado tratamiento médico. Conviene destacar, a estos efectos, el papel esencial que desempeña la vertiente circunstancial en el criterio valorativo de la corrección de la actuación médica, de forma que, a la hora de determinar la adecuación o no de la misma a los imperativos de la *lex artis*, se hace preciso ponderar las circunstancias del caso concreto teniendo en cuenta diversos elementos tales como la preparación y especialización del médico, o su adaptación a los avances científicos y técnicos, sin obviar el momento y lugar en que se dispensan las prestaciones sanitarias en comparación con el proceder de un médico medio<sup>1249</sup>. Es precisamente este carácter contextual el que justifica la adjetivación de la *lex artis* como “ad hoc”. Se trata de concretar en un determinado paciente la técnica considerada genéricamente mediante la valoración de las circunstancias en que se desarrolla, junto a las incidencias acaecidas en la actuación profesional<sup>1250</sup>.

---

<sup>1247</sup> STS de 30 de junio de 2010.

<sup>1248</sup> La STS de 20 de noviembre 2012 concluye la infracción de la *lex artis* al advertirse, en concreto, “un defecto de pericia en la evaluación del estado del paciente por falta de asistencia el día 16, donde solo se le visitó el día 16 para extraerle orina y no fue valorado por intensivistas en todo el día. El control del paciente podía haberse realizado en la UCI y en su defecto con monitorización de control”.

<sup>1249</sup> GUERRERO ZAPLANA, J., op. cit., pág. 138.

<sup>1250</sup> GALLARDO CASTILLO, M. J., op. cit., págs. 16 y 17. En este sentido, la autora sostiene que “la corrección no es un concepto abstracto, sino que al final resulta tremendamente concreto”. Pág. 18.

### TERCERA PARTE: PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

Al concepto de *lex artis ad hoc* ha dedicado exhaustiva atención la jurisprudencia civil<sup>1251</sup>, según la cual esta expresión no alude a los criterios universales de actuación, sino a los particulares que pueden y deben considerarse correctos en una situación concreta, a lo que se añade que “la diversidad de situaciones y circunstancias concurrentes en la actividad médica ha generado eo ipso una multiplicidad de reglas técnicas en el ejercicio de la profesión, hasta el punto de que se ha hablado de que "para cada acto, una Ley" por las singularidades y particularidades que de cada supuesto influyen, pues, de manera decisiva en la determinación de la regla técnica aplicable al caso”<sup>1252</sup>. Por tanto, la *lex artis* constituye el criterio valorativo de la corrección de una conducta en función de la ciencia médica, si bien, cuando se le califica *ad hoc*, tal medición se acomete, además, a la luz de las circunstancias propias de cada concreta situación.

En particular, en la determinación de la adecuación de la actuación sanitaria a la técnica normal requerida, se toman en consideración las especiales características del autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos, tales como el estado y la intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria. Es por ello que los requerimientos de la *lex artis* parecen reconducibles a tres obligaciones<sup>1253</sup>: el empleo de aquellos remedios disponibles por el profesional conforme a la ciencia médica en el tiempo y lugar en que se lleve a cabo la asistencia sanitaria; la debida información al paciente del diagnóstico del cuadro clínico, el pronóstico esperable de la intervención o tratamiento, así como los posibles riesgos; y, por último, la continuación de la asistencia hasta que se pueda producir el alta dándose cuenta de los riesgos derivados del posible abandono.

Resulta coherente, además de garantista, que toda intervención médica se calibre por medio de una individualización a las circunstancias y peculiaridades que concurran en su desarrollo. La propia naturaleza de la actividad sanitaria así lo exige, ya que son muchos y variados los factores que entran en juego en la evaluación de cada provisión asistencial médica. Tanto es así que ni siquiera dos enfermedades aparentemente idénticas podrían ser valoradas de igual modo, pues, según se extrae de lo anterior, las reglas que acarrea el criterio de la *lex artis*, lejos de operar según una conducta ideal general válida para todas

---

<sup>1251</sup> SSTS de 23 de marzo de 1993, 11 de marzo de 1991 y 29 de junio de 1990.

<sup>1252</sup> STS (Civil) de 25 de noviembre de 2010.

<sup>1253</sup> GUERRERO ZAPLANA, J., op. cit., pág. 138.

las situaciones, tiene en cuenta la actuación del profesional en cuestión, valorando, más allá del cuadro clínico del paciente, el contexto, las circunstancias y, con ellas, los medios disponibles<sup>1254</sup>.

#### **A.- Especial referencia al consentimiento informado.**

Basta un somero repaso de cualquier repertorio jurisprudencial en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, para advertir el simpar protagonismo que reúne en los pronunciamientos judiciales al respecto el consentimiento informado. Lo cierto es que, en su doble condición de derecho del paciente y deber del personal sanitario, emerge en un determinante criterio de valoración del cumplimiento de la *lex artis*. En efecto, la importancia del consentimiento informado en la articulación de la relación jurídica sanitaria es tal, que se halla fuertemente consolidado a modo de parámetro que permite concluir si la atención médica dispensada ha sido o no la idónea. En el instituto resarcitorio no sólo incide, pues, el cumplimiento de las exigencias de adecuación de la técnica empleada, sino que, a su vez, resulta determinante que se recabe debidamente el consentimiento del paciente.

Según lo anterior, y conforme reiteradísima jurisprudencia<sup>1255</sup>, la ausencia de consentimiento informado constituye en sí misma una mala praxis ad hoc, al privar al paciente del ejercicio de su derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, plenamente ligado, como se vio en el capítulo anterior, al valor de la dignidad humana. Ciertamente, si no se recaba el preceptivo consentimiento, o se hace de modo defectuoso, queda vulnerado el derecho de autodeterminación que ampara al paciente, imposibilitándosele la elección, con conocimiento y de acuerdo con sus propias preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Ahora bien, tal ausencia no es susceptible de provocar por sí sola la exigencia de responsabilidad

---

<sup>1254</sup> El criterio de la *lex artis* no puede considerarse vulnerado si no se emplea la técnica más avanzada posible de acuerdo al progreso científico, ya que “se trata de un criterio de normalidad, por lo que tiene un carácter esencialmente relativo, no absoluto, y que debe ponerse en directa relación con las circunstancias en las que se presta la asistencia médica”. *Ibidem*, pág. 140.

<sup>1255</sup> SSTTS de 16 de mayo de 2012, 4 de octubre de 2011, 30 de septiembre de 2009, 19 de junio de 2008, 23 de febrero de 2007, 14 de diciembre de 2005, 26 de febrero de 2004 y 26 de marzo de 2002.



patrimonial si a consecuencia de la actividad sanitaria no se ocasiona resultado lesivo alguno, ya que la articulación del instituto resarcitorio requiere que del acto médico en cuestión se derive un daño antijurídico.

Así pues, para que la omisión o el defecto en el consentimiento informado generen derecho a indemnización, es preciso que se haya causado un daño imputable a la actuación sanitaria acometida sin mediar dicho consentimiento. “Sin daño no hay responsabilidad alguna”, defiende con contundencia el Tribunal Supremo<sup>1256</sup>, argumentando que la mera inexistencia de consentimiento no resulta indemnizable sin la debida concurrencia del elemento antijurídico. Postulados como este son los que evidencian el papel fundamental que desempeña la antijuridicidad en el esquema de la responsabilidad patrimonial. Y es que, ciertamente, el daño constituye el presupuesto ineludible de toda exigencia de resarcimiento, de forma que si no acontece un resultado lesivo, poca o ninguna significación ostenta a estos efectos la inexistencia de consentimiento informado, o la prestación defectuosa del mismo. En términos expresivos se ha afirmado que la vulneración del derecho al consentimiento informado causa “un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria”<sup>1257</sup>. Se advierte, así, que el alto tribunal ha superado esos incipientes pronunciamientos que reputaban la ausencia del consentimiento informado en sí mismo constitutivo de un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención y por tanto indemnizable<sup>1258</sup>. Y ello ha sido acertado, pues esa postura inicial suponía erigir al elemento de la información y del consentimiento en aspectos nucleares del instituto de responsabilidad, desplazando inmerecidamente al componente antijurídico. Si no media, por tanto, el preceptivo consentimiento, pero tampoco acaece un resultado dañoso, no existe elemento alguno que restaurar desde el instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial. Cosa diferente será la conducta en sí misma considerada del personal que no obró conforme a lo estipulado en la LGS (art.

---

<sup>1256</sup> STS de 20 de noviembre de 2012.

<sup>1257</sup> SSTs de 2 enero, 2 de octubre y 13 noviembre de 2012, con cita de otras muchas.

<sup>1258</sup> STS de 4 de abril de 2000.

10.6) y en la LAP (arts. 2 y 3), con los subsiguientes efectos en otra suerte de campos, señaladamente el disciplinario.

En los supuestos en que acontece un resultado dañoso habiendo el paciente prestado su consentimiento a la intervención en que trae causa, no cabe derivar responsabilidad patrimonial alguna, ya que aquél asumió el riesgo expresado en ese consentimiento informado y finalmente materializado. Se confirman, en este extremo, los dos principales cometidos del consentimiento informado: de un lado, el garantista, en cuanto asegura el conocimiento por parte del paciente y, de otro, el excluyente de responsabilidad, la cual es asumida por el paciente en caso de que se manifiesten los riesgos probables que ha acatado<sup>1259</sup>. Ahora bien, no se predica exención de responsabilidad respecto de aquellos riesgos derivados de una actuación contraria a las exigencias de la *lex artis*, pues el Tribunal Supremo ha afirmado que la prestación de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada<sup>1260</sup>.

Si, por el contrario, no se recaba el preceptivo consentimiento del paciente y se produce una lesión, procede articular el instituto resarcitorio y ello tanto en los casos en que se haya quebrantado la *lex artis* en el desarrollo de la actuación médica, como en los que quede acreditada la buena praxis médica, siempre que quepa presumir que, de haberse informado al paciente siquiera de los posibles resultados adversos de la intervención, éste se habría negado a someterse a la misma o la habría pospuesto<sup>1261</sup>. En cualquier caso, si se acredita que aun no habiendo mediado consentimiento, el resultado lesivo hubiera tenido lugar igualmente, no procede indemnización alguna, ya que la información no consentida o consentida sin suficiente información “no es propiamente causa sino ocasión del daño”<sup>1262</sup>. Y ya se sabe que en este contexto se ha de buscar la relación de causalidad, que quedaría rota por el devenir incorregible del cuadro patológico del paciente. A su vez, tampoco resulta próspera la reclamación de responsabilidad en

---

<sup>1259</sup> GALLARDO CASTILLO, M. J., op. cit., pág. 20.

<sup>1260</sup> STS de 10 de octubre de 2000.

<sup>1261</sup> Si bien no es ésta posición pacífica en la doctrina. AA. VV.: Manual sobre responsabilidad sanitaria, De Fuentes Bardají, J. et al (Dir.) y Zabala Guadalupe, J.J. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 246-251.

<sup>1262</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C., op. cit., pág. 239.

aquellos casos en que quede probado que, de haberse recabado el consentimiento del paciente, éste se habría sometido igualmente al tratamiento o intervención en cuestión<sup>1263</sup>.

### **B.- La teoría de la pérdida de oportunidad.**

El daño indemnizable no sólo es susceptible de manifestarse en el plano corporal o moral. Más ambiciosamente, el instituto resarcitorio puede derivar y, de hecho deriva en muchas ocasiones, de la denominada *pérdida de oportunidad*. Se trata de una elaboración de la doctrina jurídica, en virtud de la cual se declara responsabilidad respecto de la privación de expectativas al paciente de obtener un mejor resultado, un desenlace diferente o menos perjudicial, si la actuación médica hubiese estado ajustada a la buena praxis sanitaria.

En términos jurisprudenciales, se caracteriza por la incertidumbre acerca de que un diferente proceder “pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo”<sup>1264</sup>. Según se colige, la pérdida de oportunidad es configurada a modo de figura alternativa a la quiebra de la *lex artis*, favoreciendo una respuesta indemnizatoria en los casos que, sin producirse tal quiebra, acaece un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio de salud<sup>1265</sup>. La privación de expectativas constituye, en efecto, un daño antijurídico, pues, como apunta el Tribunal Supremo, los ciudadanos han de contar con la garantía de que no se produzca una “falta de servicio” en el sentido de “defecto de pericia y pérdida de actividad”<sup>1266</sup>. Resulta suficiente, a tal efecto, que exista cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza, para que proceda la indemnización<sup>1267</sup>.

---

<sup>1263</sup> DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: “Consentimiento informado y prueba de la *lex artis*. La relevancia de la prueba de presunciones”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 21, núm. 1, 2011, pág. 84.

<sup>1264</sup> STS de 22 de mayo de 2012 y 19 de octubre de 2011.

<sup>1265</sup> STS de 24 de noviembre de 2009.

<sup>1266</sup> STS de 20 de noviembre de 2012, haciéndose eco de lo señalado en las SSTS de 7 de julio de 2008 y 24 de noviembre de 2009, respectivamente.

<sup>1267</sup> SSTS de 16 de enero de 2012 y 23 de septiembre de 2010.

Por tanto, y en este extremo radica la peculiaridad del constructo jurídico, el resultado dañoso no se materializa, esto es, la lesión resarcible no se enlaza a lo que ha sido, sino a lo que pudo haber sido. Ciertamente, el daño padecido, lejos de ser físico, consiste en “la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera”<sup>1268</sup>. Con razón se ha señalado que, en este contexto, no parece que se indemnice el daño efectivo a que se refiere el art. 139.2 LPAC, sino los “daños hipotéticos”<sup>1269</sup>, de ahí la complejidad inherente a su valoración a fin de determinar el quantum indemnizatorio. Emblemático supuesto al respecto viene representado en la ausencia de práctica de una detección precoz de patología en el feto, de modo que, por error o negligencia, la embarazada no es informada de posibles riesgos en el nacimiento por malformaciones u otras causas. Pues bien, el Tribunal Supremo ha sostenido en no escasos pronunciamientos al respecto<sup>1270</sup> que resulta resarcible el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

La doctrina de la pérdida de oportunidad también se halla directamente relacionada con los casos de diagnósticos erróneos<sup>1271</sup> o tratamientos inadecuados que privan al paciente de expectativas de curación, así como aquellos en que el retraso en la atención médica impide la obtención de un diagnóstico a tiempo, produciéndose el fallecimiento del enfermo que, si bien inevitable, podría haber sido demorado de haberse actuado con la debida diligencia. En este último supuesto, resulta claro que lo reprochable desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial no es el fatal desenlace, pues la imprevisibilidad que rezuma el ámbito sanitario impide garantizar que un diagnóstico certero a tiempo hubiese asegurado la supervivencia del paciente. Antes al contrario, el elemento

---

<sup>1268</sup> STS de 23 de mayo de 2012, 1 de mayo de 2011 y 24 de noviembre de 2009.

<sup>1269</sup> GUERRERO ZAPLANA, J., op. cit., pág. 154.

<sup>1270</sup> Entre otras muchas, SSTS de 28 de marzo de 2012, 29 de junio de 2011, 27 de octubre de 2010 y 4 de noviembre de 2008.

<sup>1271</sup> Valga de ejemplo la STS de 12 de julio de 2007, en la que se determina la existencia de un error de diagnóstico al no valorarse adecuadamente que el paciente sufría un infarto, remitiéndole a su domicilio sin un tratamiento adecuado. Este proceder le generó la pérdida de la oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que finalmente se produjo y respecto al cual es imposible medicamente saber si hubiese podido evitarse, sino esa pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado.

indemnizable reside precisamente en la demora que le privó de la posibilidad de obtener una mejoría de su estado sanitario.

### **2.3.- Ausencia de fuerza mayor.**

Si, hasta el momento, todos los requisitos analizados reúnen un carácter positivo, procede abordar seguidamente el único de carácter negativo. Tanto el art. 106.2 CE como el 139.1 LPAC descartan la viabilidad de la responsabilidad de las administraciones públicas en los supuestos de fuerza mayor, tradicionalmente caracterizada ésta por su inevitabilidad y ajenidad al servicio administrativo. La objetivación del régimen de responsabilidad patrimonial justifica que sea exclusivamente la fuerza mayor el elemento que determine la improcedencia de la indemnización, en el ánimo de desterrar cualquier agente externo a la relación de causa-efecto que debe existir entre la acción u omisión administrativa y el daño padecido por el paciente.

El concepto en cuestión carece de una definición concreta en nuestro sistema normativo, por lo que, a fin de delimitarlo del caso fortuito, procede acudir a la labor jurisprudencial<sup>1272</sup>. La fuerza mayor es concebida, en términos generales, como “un evento imprevisible, identificado con una causa extraña, exterior por relación al objeto dañoso y a sus riesgos propios y, en todo caso, absolutamente irresistible en el sentido de que aún pudiendo ser prevista hubiera sido inevitable”<sup>1273</sup>. Se exige, según se colige, que se acredite la absoluta imposibilidad de previsión y de evitación, en su caso. Por su parte, corresponde a la Administración la carga de la prueba de la concurrencia de este tipo de acontecimientos<sup>1274</sup>. No podía ser de otra forma, dado que se trata de una causa de exoneración de responsabilidad patrimonial, de una responsabilidad, no se olvide, catalogada como objetiva.

---

<sup>1272</sup> La jurisprudencia ha delimitado ambas unidades jurídicas. Así, la fuerza mayor supone “indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio”. En cuanto al caso fortuito, éste implica “indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: falta de servicio que se ignora); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización”. SSTS de 16 de julio de 2004, 6 de marzo de 2003, 22 de noviembre de 2001 y 31 de mayo de 1999.

<sup>1273</sup> STSJ de Asturias de 13 de octubre de 2011.

<sup>1274</sup> Entre otras, SSTS de 29 de marzo de 2006, 19 de octubre de 2004, 16 de mayo de 2003, 13 de julio de 2000.

En el ámbito de la fuerza mayor resulta obligado referirse a las infecciones hospitalarias. Lo cierto es que las infecciones nosocomiales han constituido de siempre una de las principales preocupaciones de los servicios sanitarios por su impacto médico y social<sup>1275</sup>. Ahora bien, el análisis del tema exige una atención muy particularizada a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, dado que en función de las mismas, la solución determinada por los órganos jurisdiccionales ha sido una u otra. De hecho, el alto tribunal, cuando ha tenido oportunidad<sup>1276</sup>, ha rechazado proceder a la unificación de doctrina, al considerar que la solución en los diferentes supuestos obedece a una valoración de la prueba singular y específica en cada caso.

Como regla general, la Administración no ha de responder de toda enfermedad contraída en un centro hospitalario, asumido que los contagios son frecuentemente inevitables y que, no constanding mala praxis, actuación contraria a protocolo o desatención en las medidas de profilaxis y prevención, la infección hospitalaria constituye un riesgo inherente a la intervención, que el paciente debe asumir<sup>1277</sup>. Sin embargo, son muchos los supuestos en que este criterio es objeto de moderación, al estimarse un acontecimiento previsible y evitable y, por tanto, ausente de los caracteres de la fuerza mayor, si se adoptan todas las medidas de prevención e higiene imprescindibles y se reacciona a tiempo<sup>1278</sup>, concluyéndose que la contracción de infecciones nosocomiales quirúrgicas o postquirúrgicas no es un riesgo que necesariamente haya de soportar el paciente, al poder ser erradicadas dentro del ámbito hospitalario<sup>1279</sup>. El Tribunal Supremo<sup>1280</sup> tiene señalado

---

<sup>1275</sup> Véase un análisis de la situación y útiles propuestas de control en VIÑES RUEDA, J. J.: “Responsabilidad por contagio al paciente: desde el profesional y desde el medio. Una visión asistencial”, en *Revista Derecho y Salud*, Vol. 10, núm. 2, 2002, págs. 37-40. En la pág. 45, el autor sostiene que “la infección nosocomial es un riesgo real, es inevitable, pero con una variabilidad asumible. Esto es, tiene que estar en los márgenes de lo que puede ser asumible en los medios de lucha que existan”, de forma que “resulta obligado que el médico, el personal de cuidados, debe observar normas, protocolos, guías clínicas, que, según la medicina basada en la evidencia, garanticen el menor riesgo asumible de infección nosocomial”.

<sup>1276</sup> STS de 26 de octubre de 2010.

<sup>1277</sup> STSJ de Madrid de 2 de abril de 2009.

<sup>1278</sup> En la STSJ de Galicia de 16 de noviembre de 2005 se determina que no se adoptaron todas las medidas de higiene y asepsia necesarias para prevenir la infección y posterior gangrena gaseosa que sufrió el paciente, remarcándose que si se hubieran llevado a cabo de forma estricta las medidas generales de medicina preventiva no se habría producido la infección, por lo que el contagio hospitalario era previsible y evitable si no se hubiera roto aquella cadena de asepsia y se extremasen las medidas de precaución y todos los controles de prevención de infecciones.

<sup>1279</sup> La STSJ de Castilla y León de 6 de marzo de 2009 estima que la complicación derivada de la operación a que se sometió el paciente debía estar prevista por la atención médica para el tipo de actuación

al respecto que la infección en una intervención quirúrgica, si bien puede resultar en algunos casos inevitable, es un evento previsible y por tanto deben extremarse las medidas precautorias, que concreta en la asepsia de quirófanos e instrumental, la desinfección meticulosa del área operatoria, el máximo acortamiento posible del tiempo operatorio, la retirada de todo tipo de cuerpos extraños, la eliminación de tejidos desvitalizados, así como la práctica de antibioterapia profiláctica.

### **3.- EL CONTENIDO DEL DEBER DE INDEMNIZAR.**

El instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria aspira a resarcir al paciente de los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público de salud. En este sentido, el art. 24 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, dispone que “la persona que haya sufrido un daño injustificado como resultado de una intervención tendrá derecho a una reparación equitativa en las condiciones y modalidades previstas por la ley”. A tal efecto, la reparación que pretende restablecer la situación de la víctima de la lesión se articula en forma de indemnización<sup>1281</sup>, en cuya fijación se ha de tener en cuenta lo preceptuado en el segundo apartado del art. 141.2 LPAC, según el cual, “la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado”. Asimismo, el tercer apartado del precepto dispone que “la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con

---

en cuestión. Asimismo, en el supuesto de hecho sobre el que se pronuncia la STSJ de Asturias de 20 de mayo de 2006, se detectaron, al limpiar la zona afectada, restos de suturas previas, concluyendo el Tribunal que “su indeseada entrada en el cuerpo del paciente no puede considerarse como producto de la intervención de acontecimientos exteriores o extraños al propio funcionamiento de los servicios, una de cuyas funciones será velar eficazmente por la asepsia, evitando la presencia de gérmenes nocivos en el recinto de los establecimientos sanitarios”.

<sup>1280</sup> STS de 23 de marzo de 2005.

<sup>1281</sup> Repárese, con ALONSO OLEA, en que nos hallamos fuera de la asistencia sanitaria, acogedora de prestaciones in natura por excelencia, para entrar en el ámbito de las indemnizaciones pecuniarias, “consistiendo éstas tipos de limitación que aquélla no consiente”. ALONSO OLEA, M., op. cit., pág. 156.

arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria”.

Lo cierto, y aquí radica la complejidad de la cuestión, es que no existe un baremo normativo de daños en materia de responsabilidad sanitaria que permita cuantificar la lesión producida y fijar el correspondiente importe de la indemnización. No escasean, pues, razones para criticar la discrecionalidad en la determinación del quantum indemnizatorio a que avoca tal ausencia reguladora, asistiéndose a una marcada disparidad de indemnizaciones en las resoluciones jurisdiccionales ante lesiones idénticas<sup>1282</sup>, lo que justifica que sea lugar común en la doctrina la demanda de una concreta fijación de criterios expresos de valoración económica de las lesiones en este ámbito, en aras de consagrar la efectividad de los principios de igualdad y seguridad jurídica. Hasta que ello suceda, la jurisprudencia, en el ánimo de introducir un criterio de objetividad en la determinación del importe indemnizatorio, opta por recurrir analógicamente, por la vía de las “demás normas aplicables” a la que se alude legalmente, al baremo contenido en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre<sup>1283</sup>, que establece el Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación<sup>1284</sup>, cuyo empleo a estos efectos ha sido alabado como más adecuado que el tradicional criterio de fijación de indemnización a tanto alzado, dadas sus virtudes de objetividad y primacía de los criterios médicos en la valoración de las lesiones y secuelas<sup>1285</sup>. Como ha insistido el Tribunal Supremo, este sistema de valoración de los daños corporales no resulta vinculante a efectos de calcular la indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sin que pueda invocarse

---

<sup>1282</sup> La crítica es unánime en la doctrina: SEGURA GARCÍA, B., op. cit., pág. 415; MEDINA GONZÁLEZ, S., op. cit., pág. 231; GALLARDO CASTILLO, M. J., op. cit., pág. 182; AGUADO CUDOLÀ, V., op. cit., pág. 1252.

<sup>1283</sup> Baremo respecto del que se reclaman cambios. Véase una propuesta de mejora en MARTÍN-CASALS, M.: “Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal (“baremo”)”, *In dret*, núm. 4, 2012, pág. 6 y ss.

<sup>1284</sup> Anualmente, con efectos de primero de enero de cada año, se procede a la actualización de las cuantías indemnizatorias que se recogen en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, quedando, en su defecto, automáticamente actualizadas en el porcentaje del índice general de precios al consumo correspondiente al año natural inmediatamente anterior. Para 2013, rige la Resolución de 21 de enero de 2013, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

<sup>1285</sup> STS de 12 de septiembre de 2008.



como de obligado y exacto cumplimiento<sup>1286</sup>. De ahí la frecuente utilización de dicho baremo a modo orientativo, como criterio de referencia mínimo, de forma que, mediante la ampliación de los cánones en él contemplados, se tiende a aumentar el quantum indemnizatorio, asumido que el seguro obligatorio de vehículo a motor responde al principio de indemnización mínima<sup>1287</sup>.

En la fijación de la cuantía de indemnización se han de tener en cuenta y calibrar todas y cada una de las circunstancias concurrentes que permiten individualizar la valoración del daño al caso concreto. Sólo de esta manera se materializa el principio de plena indemnidad o reparación integral de los daños y perjuicios causados que ha proclamado la doctrina jurisprudencial<sup>1288</sup> en inexorable conexión con el título de responsabilidad patrimonial de la Administración. Y, precisamente, en el ámbito de la reparación integral, conviene advertir que no procede tomar en consideración la percepción de prestaciones de la Seguridad Social para aminorar el importe de las indemnizaciones procedentes de la responsabilidad patrimonial<sup>1289</sup>, siendo plenamente compatibles el cobro de una y otra cantidad.

El mismo principio de reparación integral del daño ocasionado es el que promueve la máxima ampliación de la noción de daño indemnizable, por lo que no sólo resultan resarcibles aquellos de índole física, sino también los daños morales, lo que no resulta en modo alguno infrecuente en el ámbito sanitario, dada la entidad y cualidad de los bienes jurídicos puestos en juego. Bajo la cobertura del patrimonio moral se acoge un amplio abanico de situaciones, reconducibles al sufrimiento que padece quien ve mermadas sus capacidades físicas, ve reducidas sus expectativas de vida o frustrado el desarrollo de su proyecto vital, o bien pierde a un familiar, por poner sólo algunos ejemplos en modo alguno agotadores. En cuanto a su resarcimiento, es reiterada jurisprudencia que, por su carácter afectivo y de *pretium doloris*, carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a su valoración en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo, requiriéndose así una ponderación de las circunstancias concurrentes<sup>1290</sup>. Las cantidades, por tanto, lejos de seguir una línea idéntica, varían según los

---

<sup>1286</sup> SSTS de 16 de mayo de 2012, 23 de marzo y 9 de febrero de 2010 y 22 de diciembre y 17 de noviembre de 2009.

<sup>1287</sup> GUERRERO ZAPLANA, J., op. cit., pág. 155.

<sup>1288</sup> Entre otras, SSTS de 23 de octubre de 2007, 31 de diciembre de 2001 y 13 de noviembre de 2000.

<sup>1289</sup> SSTS de 5 de abril de 1989 y de 28 de noviembre de 1995

<sup>1290</sup> STS de 23 de marzo de 2011, con cita de otras anteriores.

pronunciamientos. En efecto, la evaluación del daño moral se lleva a cabo mediante amplios criterios de discrecionalidad judicial, pues éste no puede ser objeto de un sistema de tasación legal, ni puede calcularse directa o indirectamente mediante referencias pecuniarias<sup>1291</sup>.

#### 4.- JURISDICCIÓN COMPETENTE.

Tal y como se ha advertido en el capítulo anterior con ocasión del análisis del régimen jurídico del personal estatutario y del reintegro de gastos médicos, la materia sanitaria constituye uno de los más significativos campos de cultivo de persistentes pugnas entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa. La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria también ha reproducido durante largo tiempo esta disputa competencial, que el silencio normativo no hizo más que vivificar, y a la que se unían las reivindicaciones al respecto por parte del orden civil.

En concreto, el conocimiento de la cuestión por parte de la jurisdicción civil se apoyaba en la vis atractiva de la misma (arts. 9.2 y 85 LOPJ), así como en la elusión de la división de la contienda de la causa y, con ella, de pronunciamientos judiciales contradictorios en supuestos de demandas conjuntas frente a sujetos privados y a la Administración sanitaria. Concibiéndose la relación del paciente con la Administración como de Derecho privado<sup>1292</sup>, el orden jurisdiccional civil entraba a conocer de tales cuestiones<sup>1293</sup>, de forma que, “como el particular no podía ser demandado ante la jurisdicción contenciosa, bastaba demandar junto con la Administración a un particular más o menos relacionado con el daño, y con más razón si se trataba de un empleado

---

<sup>1291</sup> STS de 7 de octubre de 2011.

<sup>1292</sup> STS (Civil) de 27 de febrero de 1995: “resulta innegable que la actuación de la entidad pública demandada- recurrente, aunque se facilitase en virtud de una obligación legal, no acaeció dentro del ámbito de sus facultades soberanas, como parte de la Administración pública, sino como entidad privada para proceder a la asistencia de un enfermo que había sido ingresado para su curación, y, por tanto, el caso de autos no encaja dentro de las propias relaciones de Derecho público”.

<sup>1293</sup> Fueron muchas las sentencias del orden civil que resolvían supuestos en los que concurrían conjuntamente el profesional médico y la Administración: SSTS de 28 de diciembre de 1998, 4 de febrero, 9 de marzo, 29 de junio, 15 de julio, 10 de noviembre y 3 de diciembre de 1999, 8 de febrero y 13 de julio de 2000. Resoluciones recopiladas en YZQUIERDO TOLSADA, M.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 9, núm. 1, 2001, pág. 48, nota 62.

público, para posibilitar la intervención de la jurisdicción civil”<sup>1294</sup>. Por su parte, el orden contencioso-administrativo se basaba en la responsabilidad patrimonial estatal como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, mientras que los órganos jurisdiccionales sociales alegaban el encuadre de la asistencia sanitaria en la acción protectora del sistema de Seguridad Social<sup>1295</sup>. Completaba el rompecabezas la jurisdicción penal, asumiendo competencia en materia de responsabilidad civil derivada de delito.

Este delirante panorama competencial provocaba no escasas situaciones de desigualdad toda vez que cada jurisdicción aplicaba un régimen jurídico sustantivo diferente, originándose soluciones que distaban considerablemente de un caso a otro<sup>1296</sup>. No fue hasta la entrada en vigor de la LJCA cuando se generalizó la competencia del orden contencioso en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. El texto legal consagró, con ayuda de las reformas que introdujo al respecto la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre<sup>1297</sup>, la unidad jurisdiccional orientada a poner fin a la desconcertante dispersión competencial recién aludida, y con ella, al tantas veces denunciado “peregrinaje jurisdiccional”. No en vano, tal y como rezaba su Exposición de Motivos, se aspiraba a garantizar la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos supuestos en que la responsabilidad derivase de la comisión de una infracción penal. El art. 2.e) de la norma se expresa en términos tajantes cuando atribuye al orden contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones atinentes a “la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la

---

<sup>1294</sup> MARTÍN REBOLLO, L.: “La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 9, núm. 1, 2001, pág. 10.

<sup>1295</sup> SSTs de 5 de abril de 1990, 6 de mayo de 1992 y 10 de julio de 1995, sin perjuicio de determinados pronunciamientos que negaban la competencia de esta jurisdicción (SSTs de 7 de julio de 1994 y 18 de noviembre de 1999).

<sup>1296</sup> Véase VIEITES PÉREZ, C.: “Responsabilidad administrativa: la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria” en AA. VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 1201. En el mismo sentido, CORBELLA DUCH, J., op. cit., págs. 182 y 183.

<sup>1297</sup> Lo cierto es que la LJCA supuso un paso de suma importancia en la implantación de la unidad de fuero, pero no definitivo. Y es que, en sus primeros años de vigencia, seguían recayendo pronunciamientos de la jurisdicción civil en la materia (SSTs de 21 de octubre de 2002, 29 de abril y 30 de abril de 2003). De ahí el papel determinante que jugó al respecto la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003.

producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”.

El avance fue decisivo, dado que, no sólo se esclarecía legalmente por vez primera la competencia de la jurisdicción contenciosa al respecto, sino que, además, como apunta REBOLLO PUIG, se cortaron “todas las escapatorias que pudieran permitir a la jurisdicción civil o social entrar en tales asuntos”<sup>1298</sup>. En efecto, con la vigente regulación, se desterraron aquellos supuestos en los que con anterioridad se había demandado a la Administración ante el orden social<sup>1299</sup>, así como aquellos en los que habían concurrido la Administración y el personal sanitario en el orden civil. En este sentido, el art. 145.1 LPAC dispone que, para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial, “los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”. El tenor literal del precepto no deja lugar a dudas. No cabe exigir responsabilidad civil al personal al servicio de la Administración (el personal sanitario, en este caso), pues la vía procedente al efecto viene de la mano de la inmediata reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración, sin perjuicio de que ésta se dirija en regreso contra aquél<sup>1300</sup>. Por su parte, el art. 9.4 LOPJ atribuye al orden contencioso-administrativo el conocimiento de “las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive”, precisando que “si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva”. Por tanto, la

---

<sup>1298</sup> REBOLLO PUIG, M.: “La reclamación de la indemnización”, en AA. VV.: *La responsabilidad patrimonial de la administración pública: estudio general y ámbitos sectoriales*, QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.) y CASARES MARCOS, A. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 88.

<sup>1299</sup> El criterio en el que se sustentaba la competencia del orden social, concretado en la relación de Seguridad Social en que se circunscribe la asistencia sanitaria, es superado por el relativo a la categoría de servicio público que reviste el ente responsable de la dispensación de las prestaciones médicas. GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad civil médica*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 24.

<sup>1300</sup> El art. 145.2 LPAC preceptúa que “la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves”.

aparición en escena de agentes privados, no es óbice para que las responsabilidades se depuren igualmente al amparo de la jurisdicción contenciosa.

La vía civil<sup>1301</sup> quedó, en definitiva, reservada a los supuestos de daños derivados de la asistencia sanitaria provista en el ámbito privado, ya que la entrada en juego de los servicios públicos de salud justifica de inmediato la competencia del orden contencioso-administrativo<sup>1302</sup>, imposibilitándose el ejercicio de la acción civil frente a la persona jurídica de la Administración. Por tanto, y según se advierte, el contencioso emerge en el orden hegemónico en la materia, toda vez que es el único competente para conocer de las pretensiones dirigidas a enjuiciar la responsabilidad patrimonial de la Administración, bien cuando ésta sea la única demandada o bien cuando lo sea junto con particulares.

Particular atención merecen aquellos supuestos en que la Administración sanitaria suscribe un seguro de responsabilidad civil siendo el riesgo cubierto la obligación de indemnizar (art. 73 LCS)<sup>1303</sup>, técnica a la que han acudido la práctica totalidad de los servicios de salud autonómicos<sup>1304</sup>, como consecuencia de las ventajas que reporta la mayor agilidad derivada de la ausencia de un procedimiento administrativo previo con posibilidad de que no concurra vía judicial en el caso de que se logre acuerdo entre víctima y aseguradora. El engranaje competencial a este respecto no es cuestión pacífica en la doctrina, a lo que ha contribuido notoriamente la ausencia de una normativa reguladora expresa. Lo cierto es que, si bien, y conforme al ordenamiento jurídico vigente, no parece cuestionable que la contenciosa constituya la jurisdicción competente para resolver las demandas interpuestas contra la aseguradora y la Administración

---

<sup>1301</sup> Véase un recorrido de la superación de la misma en AGUADO CUDOLÀ, V., op. cit., págs. 1256-1258.

<sup>1302</sup> Las reclamaciones por responsabilidad patrimonial cuya cuantía no exceda de 30.050 euros son conocidas por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, mientras que los recursos contra las resoluciones dictadas por los Ministros y Secretarios de Estado en materia de responsabilidad patrimonial cuando lo reclamado no exceda de 30.050 euros son competencia, en primera o única instancia, de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.

<sup>1303</sup> Se han concretado en tres las razones que explican la contratación de un seguro por la Administración: la actitud ante el riesgo, siendo “preferible pagar una prima (cantidad cierta y cada cierto tiempo) que afrontar en su día un riesgo, aunque sea incierto”; la estabilidad presupuestaria, eludiendo desequilibrios financieros inesperados; así como las presiones exigentes del personal sanitario, imbricado en una actividad que implica continuos riesgos a la causación de daños. GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: “La compañía aseguradora en el procedimiento de responsabilidad patrimonial”, *Revista Derecho y Salud*, Volumen 21, núm. extraordinario, pág. 156.

<sup>1304</sup> Con la única excepción del canario. Véase CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.: “El contrato de seguro de responsabilidad civil de la Administración Sanitaria: mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos y problemática procesal de las acciones judiciales del perjudicado”, en AA. VV.: *Estudios sobre Derecho de la Salud*, TOMILLO URBINA, J. Y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 255.

conjuntamente<sup>1305</sup>, los principales debates doctrinales surgen a la hora de determinar el orden que ha de conocer del asunto cuando la única demandada es la entidad aseguradora.

Se trata de dilucidar si la acción directa a que se refiere el art. 76 LCS ostenta operatividad en el ámbito sanitario<sup>1306</sup>, opción que cuenta con tantos partidarios<sup>1307</sup> como adversarios<sup>1308</sup>, asumida la naturaleza jurídico-pública de la parte asegurada, añadiéndose a la encrucijada doctrinal aquellas voces que, si bien estiman la procedencia de la acción directa, advierten que “no resulta práctica ni aconsejable”<sup>1309</sup>. En todo caso, lo que sí resulta irrefutable es que, en los casos en que la demanda se dirija exclusivamente contra la Administración no cabe condenar a la aseguradora, pues ello supondría una incongruencia positiva o por exceso, al resolver sobre pretensiones no formuladas<sup>1310</sup>. A modo de síntesis, cabe indicar, por tanto, que en los supuestos en que concurre la entidad aseguradora, tres son las posibles opciones a barajar: demandar únicamente a la Administración Pública, a las dos conjuntamente (siendo en ambos casos el orden jurisdiccional competente el contencioso) o a la aseguradora de la Administración sanitaria en exclusiva (si bien éste es el único aspecto no resuelto expresamente en las disposiciones normativas, en tanto en cuanto se abstienen de indicar si cabe o no acción directa y ante qué orden jurisdiccional).

---

<sup>1305</sup> Tal es la solución emanada del art. 21.1 LJCA, el cual pregona que las aseguradoras de las Administraciones públicas “siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”, derribando el criterio sostenido en los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 octubre de 2002, que abogaban por la competencia de la jurisdicción civil en base a la concurrencia de un sujeto privado en la relación jurídico-procesal.

<sup>1306</sup> Véase una oportuna recopilación de los argumentos a favor y en contra de la admisibilidad de la acción directa en este ámbito, en CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.: “El debate sobre la acción directa frente a la aseguradora de la responsabilidad civil de la Administración sanitaria: luces y sombras”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 21, núm. 1, 2011, pág. 138 y ss.

<sup>1307</sup> GALLARDO CASTILLO, M. J., op. cit., pág. 52, aboga por la admisibilidad de esta acción en el ámbito sanitario, al considerar que el precepto establece diferenciación entre la condición de particular o Administración pública del asegurado. Si bien, la autora deja abierto el interrogante de la jurisdicción competente para esta acción. Por su parte, GAMERO CASADO, E., loc. cit., págs. 264-270, se muestra partidario del ejercicio de la acción directa en el orden civil, debiendo el juez pronunciarse con carácter prejudicial sobre la existencia de responsabilidad administrativa (art. 10 LOPJ).

<sup>1308</sup> CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., op. cit., pág. 277, rechaza la posibilidad de acción directa cuando es una Administración pública la que ocupa la posición de asegurado, estimando que la modulación propia de las reglas jurídico-públicas en materia de responsabilidad patrimonial no permite extender esta acción en tales supuestos.

<sup>1309</sup> GRANGEL VICENTE, I.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria”, en AA. VV.: *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, DE FUENTES BARDAJÍ, J. ET AL (Dir.) y ZABALA GUADALUPE, J.J., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 305-307.

<sup>1310</sup> STS de 25 de mayo de 2010.



**CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL  
DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES  
SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE  
SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE  
SALUD**



## CAPÍTULO I. CONSIDERACIONES GENERALES

### 1.- INTRODUCCIÓN.

El contenido prestacional del derecho a la asistencia sanitaria reconocido en el art. 43 CE queda materializado en una serie de obligaciones de hacer y de dar que compete a los poderes públicos. Con su articulación se aspira a cumplir fielmente con la prerrogativa que instala el precepto constitucional en cuestión y que hace residenciar en la definición de las prestaciones y servicios necesarios para el mantenimiento o restauración de la salud de las personas. De esta forma, el derecho a la asistencia sanitaria se diversifica a su vez en toda una serie de derechos a concretas prestaciones<sup>1311</sup>, recogidas a través de la técnica del catálogo, el cual ejerce un determinante papel en la acotación de la vertiente sanitaria de nuestro modelo de protección social, determinando el tipo de prestaciones que resultan exigibles por los titulares del derecho, así como los mecanismos de que se sirven los poderes públicos para su provisión. En este sentido, la importancia del catálogo de prestaciones es doble, ya que, de un lado, constituye un instrumento jurídico esencial para el funcionamiento del propio sistema sanitario, al definir, a nivel prestacional, los elementos comunes de aplicación homogénea en todo el sistema y, de otro, representa una guía necesaria para los pacientes respecto a la oferta prestacional pública y las condiciones para su ejercicio<sup>1312</sup>.

En estas líneas se inicia, por tanto, una parte esencial del presente trabajo de investigación, al descender al mismo centro neurálgico de la relación jurídica de protección que se articula entre la Seguridad Social y la persona ante la situación de necesidad en la que queda ésta por el advenimiento de la enfermedad. En aras de dotar de

---

<sup>1311</sup> Como afirma APARICIO TOVAR, “el derecho a la protección de la salud es un modo simplificado de hablar, ya que se compone de una serie de derechos concretos, entre los que destaca el derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria. El derecho a la asistencia sanitaria es a su vez un conjunto de derechos, entre los que destacarían los derechos a las prestaciones concretas”. APARICIO TOVAR, J.: “*La Seguridad Social y la protección de la salud...*”, pág. 236.

<sup>1312</sup> HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: “Reflexiones críticas sobre el catálogo de prestaciones y la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud”, *Temas Laborales*, núm. 88, 2007, pág. 56.

efectividad el derecho a la asistencia sanitaria en cuanto derecho de prestación, resulta imprescindible la existencia de un cuadro de acciones en el seno del sistema público sanitario que defina el contenido y alcance de la protección dispensada. En este sentido, el sistema prestacional, desde la LCC, se compone de dos instrumentos, de un lado, el catálogo de prestaciones y, de otro, la cartera de servicios comunes. Es el mismo texto legal el que, asumiendo la labor acometida hasta la fecha de forma más limitada por el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero<sup>1313</sup>, y respetando a diferencia de éste el rango legal que exige el art. 43 CE al efecto, articula la ordenación de prestaciones en forma de Catálogo (arts. 7 a 11)<sup>1314</sup>. Éste se hace efectivo técnicamente mediante la cartera de servicios comunes que, con carácter básico para todo el territorio estatal, fija el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (en adelante, RDCSC).

Tal y como se indicó en el Capítulo I de la segunda Parte de este trabajo, centrado en el ámbito constitucional, es la asistencia sanitaria un derecho de configuración legal, de forma que compete al legislador la determinación de su contenido, en cumplimiento del mandato recogido en el art. 43 CE<sup>1315</sup>. El texto constitucional proclama el derecho, pero no entra a delimitarlo, por lo que se ha de recurrir a la labor legislativa. En efecto, el reconocimiento que el precepto efectúa respecto al derecho a la asistencia sanitaria en

---

<sup>1313</sup> Fue ésta la primera norma en establecer un catálogo de prestaciones sanitarias. Sin embargo, lo hizo con acusadas deficiencias técnicas y materiales. Su ambigüedad y falta de especificación de las condiciones de prestación de los servicios sanitarios han sido denunciadas en SÁNCHEZ GARCÍA, M. M.: "Prestaciones sanitarias: catálogo de prestaciones y cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud", en AA. VV.: Tratado de Derecho Sanitario, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dirs.), Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 663. Con anterioridad, el Decreto 2766/1967 se había limitado a establecer de un modo excesivamente genérico el contenido de las prestaciones sanitarias. OTEROS VALCARCE, G.: "La Administración sanitaria", en AA. VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 93.

<sup>1314</sup> La ordenación de las prestaciones sanitarias es definida como el conjunto de medidas normativas e instrumentales sobre el contenido y alcance de la asistencia sanitaria en el SNS que acometen las autoridades sanitarias en aras de delimitar las fronteras asistenciales de los sistemas públicos. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: "*Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública: sistema de prestaciones y coordinación sanitaria...*", pág. 284. Se trata de una ordenación que, según la autora, aspira a la igualdad y equidad en el acceso a los servicios, la calidad de la oferta asistencial, la transparencia en la asignación de los recursos y una mejor delimitación y definición de los derechos de los ciudadanos frente a los servicios públicos.

<sup>1315</sup> A la luz del cuadro competencial planteado en la Constitución y consolidado en las transferencias competenciales que culminaron en el año 2002, en la configuración legal del contenido prestacional de la asistencia sanitaria se ha de estar al doble escalón estatal y autonómico.

#### CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

modo alguno supone una puerta abierta a cualesquiera tipos de servicios. Antes al contrario, es cometido de la regulación legislativa la debida indicación de las prestaciones que conforman su contenido. Ahora bien, tal determinación legal no es arbitraria, pues el constituyente fijó, en el defendido binomio conformado por el art. 41 y el 43 CE, unas pautas bien precisas que han de inspirar la articulación del contenido prestacional del derecho. Pautas que vienen dadas, entre otras, de la mano de la referencia al criterio de la suficiencia. A este respecto, conviene remarcar que, si bien el término “suficientes” contenido en el art. 41 CE carece de un contenido y significado concreto<sup>1316</sup>, tampoco puede considerarse totalmente manipulable. Lo cierto es que la atención médica provista en el seno del Sistema Nacional de Salud ha de ser puesta en inmediata conexión, desde su misma concepción, con la situación de necesidad en que se halla el sujeto acreedor de la misma. El criterio de la suficiencia determinado por lo que es necesario remite al ideal de cobertura al que, en un determinado momento, puede aspirar el sistema prestacional público, tal y como ha sido destacado por la doctrina<sup>1317</sup>. En este sentido, el art. 43.2 CE hace referencia a la competencia de los poderes públicos en la organización y tutela de la salud pública a través de las prestaciones y servicios “necesarios”, lo cual se corresponde con la noción del derecho a la asistencia sanitaria como un derecho social mínimo en el sentido de ALEXY<sup>1318</sup>, en cuanto asume un nivel estándar mínimo de cobertura de las necesidades.

Más aún, se ha afirmado que la cuestión de la suficiencia “obliga a plantearnos el tema de la cantidad y calidad de las prestaciones, pues permite, no sólo valorar y calificar a un determinado sistema de Seguridad Social si realmente lo es, sino también si es bueno o es malo, mejor o peor que otros con los que se compara”<sup>1319</sup>. Luego la definición del contenido prestacional en el ámbito sanitario no sólo aprehende un criterio cuantitativo, pues de la Constitución también se extrae la necesaria vertiente cualitativa que debe inspirar el diseño de la asistencia sanitaria en España. Y ha de hacerlo en toda su amplitud, al implicar una “calidad estructural o institucional”, referida a la adecuación de los centros

---

<sup>1316</sup> Véase OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones de Seguridad Social: un estudio del régimen jurídico general de las prestaciones de la Seguridad Social*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1997.

<sup>1317</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “El derecho a la Seguridad Social...”, pág. 1449.

<sup>1318</sup> ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

<sup>1319</sup> APARICIO TOVAR, J.: “De nuevo sobre la pensión de jubilación...”, pág. 231.

sanitarios, una “calidad de procesos”, referida a la eficacia en las acciones terapéuticas y resultados, así como una “calidad de trato”<sup>1320</sup>. Quiere ello decir que entre las amplias proyecciones con que cuenta la calidad en el ámbito sanitario, son especialmente destacables la dotación, formación y especialización del personal sanitario, el óptimo acondicionamiento y mantenimiento de los medios materiales, junto a la adecuada organización de los niveles asistenciales y su necesaria coordinación.

A las dos pautas recién citadas se alude desde el primer inciso del art. 7.1 LCC, conforme al cual, el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud se fundamenta en la garantía de las condiciones básicas y comunes para una atención “integral, continuada y en el nivel adecuado de atención”. Según se colige, se asiste a una neta traslación al plano legal de lo postulado constitucionalmente, de modo que partiendo de dicha premisa, el texto legal referido acomete una crucial labor delimitadora, y limitadora<sup>1321</sup>, del contenido del derecho a la asistencia sanitaria, al concretar las prestaciones que quedarán bajo dispensación pública<sup>1322</sup>. Consecuentemente, no se incluye cualesquiera, sino aquellas en que quede plenamente constatada su adecuación para cumplir el mandato constitucional de protección de la salud. En este sentido, además de constituir la frontera de trazo grueso entre la sanidad pública y la privada, el catálogo de prestaciones establece las líneas generales de actuación del sistema sanitario público al disponer las categorías en las que se encajan todas las prestaciones sanitarias que van a recibir cobertura pública dentro del SNS<sup>1323</sup>.

Son dos, pues, las finalidades que persigue la identificación de las prestaciones sanitarias en forma de catálogo legalmente trazado: de un lado, el aseguramiento de la dispensación de las mismas en base a determinadas garantías de calidad, seguridad o

---

<sup>1320</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica...”, pág. 368.

<sup>1321</sup> El propio concepto de ordenación implica necesariamente la idea de prestaciones regladas, limitadas y aun excluidas, asentando los límites de la asistencia financiable con fondos públicos. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., “*Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública: sistema de prestaciones y coordinación sanitaria...*”, pág. 284.

<sup>1322</sup> En todo caso, por más que se concrete, resulta difícil escapar de una cierta incerteza a consecuencia de la circunstancialidad que pivota sobre la concreta prestación de la asistencia, condicionada por el centro o el profesional que asiste. MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R., op. cit., pág. 509.

<sup>1323</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J., loc. cit., pág. 19.

#### CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

celeridad, así como en condiciones de igualdad y, de otro, la racionalización del gasto que contrae toda asistencia sanitaria pública<sup>1324</sup>. Ciertamente, siendo el sanitario un terreno marcadamente condicionado por las posibilidades financieras del sistema, resulta de todo punto esencial que el legislador deslinde con exactitud los tratamientos amparados bajo cobertura pública, de forma que queda fuera de la misma todo aquello que no se halle expresamente incluido en el catálogo normativo. En consecuencia, cabe afirmar que la delimitación de las prestaciones sanitarias se lleva a cabo tanto en sentido positivo como negativo. Con razón ALONSO OLEA ha señalado que “las prestaciones fijan el contenido de la asistencia, e implícitamente sus límites”<sup>1325</sup>. En efecto, este cometido se revela ineludible al ser la universalidad una prerrogativa existente en la misma razón de ser y concepción constitucional del derecho a la asistencia sanitaria, al tiempo que una demanda sanitaria en imparable aumento trae consigo retos de gran envergadura. Se trata de acompañar la técnica del catálogo, revestida de la concreción que precisa todo sistema de cobertura pública, con la racionalización de recursos que impone la viabilidad financiera del sistema.

El catálogo ejerce, en definitiva, una determinante labor de preservación del contenido prestacional de la asistencia sanitaria, al tiempo que ha hecho gala de una loable capacidad para subsistir a las no escasas dificultades que han hecho peligrar el fundamento mismo del Estado social sobre la base de una demanda de fijación de restricciones que aseguren la pervivencia económica del sistema. No en vano, se ha defendido que “la asistencia sanitaria pública ha demostrado una mayor resistencia frente a la crisis y el cuestionamiento de las formas de plasmación del Estado social, ya que forma parte de su núcleo duro”<sup>1326</sup>. Es así que, según se verá en esta Parte temática, las modificaciones operadas en el marco de las prestaciones han afectado no tanto al contenido en sentido estricto como a las herramientas de su ordenación. Ordenación que, en todo caso, y desde el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud (en adelante, RDOPS), se fundamenta en criterios de equidad y

---

<sup>1324</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J.: “Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y carteras de servicios”, en AA. VV.: *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, PAREJO, L., PALOMAR, A. Y VAQUER, M. (Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 60.

<sup>1325</sup> ALONSO OLEA, M.: “Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud...”, pág. 51.

<sup>1326</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J., op. cit., pág. 38.

de oportunidad (con la debida evaluación antes de la introducción de una determinada técnica o procedimiento)<sup>1327</sup>.

El art. 7.1 LCC, ya aludido, define las prestaciones de atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud como “los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos”, con lo que se revela el desafío no sólo organizativo, sino también técnico y financiero, que trae consigo la provisión de asistencia sanitaria. Todo el sistema prestacional orbita, pues, en torno a esas seis categorías mencionadas, a través de las cuales, se hace frente a la pérdida de salud acogiendo el concepto con el carácter integral y ecuménico que el constituyente encomienda y que el legislador refuerza<sup>1328</sup>. Se trata, así, de reconocer desde el plano legislativo las diversas parcelas que concurren en la atención a la salud como un todo. Y ello se halla en plena consonancia con el art. 2.d) del texto legal, en el que se configura como principio informador del mismo la prestación de una atención integral a la salud (individual y colectiva), comprensiva tanto de su promoción como de la prevención de enfermedades, de la asistencia y de la rehabilitación, procurando un alto nivel de calidad (de nuevo la pauta constitucional se reproduce como exigencia del sistema prestacional).

De la precedente enumeración no resulta costoso concluir que la regulación normativa se basa en los efectos de los servicios y prestaciones acogidos en el sistema público sanitario para proceder a su diferenciación. Y es que, como acertadamente se ha señalado, en la protección de la salud se deja a un lado la “causa-origen” de la dolencia, pues “en las modernas concepciones sociales lo que interesa es el fin. Prevenir para que la enfermedad no se produzca. Curar cuando aparezca. Rehabilitar o reeducar para que el inválido recupere en la medida de lo posible sus facultades y aptitudes”<sup>1329</sup>. Por tanto, la prevención, el diagnóstico, la terapia, la rehabilitación y la promoción representan los cinco pilares en que se sustenta la atención sanitaria acogida en la concepción global que se articula constitucional y legalmente.

---

<sup>1327</sup> TEMES MONTES, J. L. Y GIL REDRADO, J.: *El Sistema Nacional de Salud*, McGraw Hill-Interamericana de España, Madrid, 1997, págs. 101 y 107.

<sup>1328</sup> Art. 6 LGS.

<sup>1329</sup> GALA VALLEJO, C., op. cit., pág. 27.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

El ámbito preventivo ha asumido con el devenir de los años un remarcable protagonismo, enriqueciendo la concepción clásica conforme a la cual sólo se advertía en la asistencia sanitaria una dimensión estrictamente reparadora. Nuestra sociedad se halla, así, cada vez más inmersa en los planteamientos que apuestan por insistir en la concienciación de la importancia de esta vertiente, antes que presionar las restantes. Elementos como la detección precoz de enfermedades o la prevención personalizada alcanzan una significativa importancia. A día de hoy, no resulta ni mucho menos innovador ensalzar el determinante papel que desempeña la faceta preventiva en la protección de la salud de las personas, pero no por ello está de más insistir en su virtualidad para reforzar el concepto de salud integral que, entre otros, sienta como principio básico la LGS<sup>1330</sup>. Las prestaciones sanitarias no sólo se orientan, pues, al restablecimiento de la salud una vez que ésta ha quedado mermada, pues también ocupa un lugar esencial la prevención en aras de evitar que precisamente ello acontezca. Se trata de adelantarse al advenimiento de la enfermedad, más que paliar sus efectos, de precaver y no tanto de reaccionar.

Dicha anticipación a la pérdida de salud reviste una importancia decisiva en el ámbito sanitario y, señaladamente, en el económico, en razón de las ventajas que la elusión de la puesta en marcha de los diversos niveles asistenciales supone en la contención del gasto sanitario. A la máxima incontestable de "prevenir es mejor que curar", añade ALONSO OLEA<sup>1331</sup> que "prevenir es mucho menos costoso que curar". Y es que, previniendo la irrupción de la enfermedad, los posteriores procesos de diagnóstico, prescripción y dispensación devienen innecesarios. Son muchos los estudios que, en este sentido, coinciden en indicar que resulta menos gravoso el coste del tratamiento preventivo que el curativo<sup>1332</sup>, y con él, las actividades de índole diagnóstica, por las que se identifica el cuadro clínico del paciente a partir de un detenido estudio de los síntomas que presenta,

---

<sup>1330</sup> El art. 6.1.3 LGS establece que las actuaciones de las Administraciones Públicas Sanitarias se encuentran orientadas a garantizar que cuantas acciones sanitarias se desarrollen estén dirigidas a la prevención de las enfermedades y no sólo a la curación de las mismas. Por su parte, el art. 3.1 del mismo texto legal dispone que "los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades".

<sup>1331</sup> ALONSO OLEA, M.: "*Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud...*", pág. 32.

<sup>1332</sup> Recuérdese que una de las críticas a la restricción del derecho a la asistencia sanitaria a los inmigrantes en situación irregular residía precisamente en el mayor gasto que supone la articulación de los servicios de urgencia frente a los preventivos.

las de índole terapéutica, orientadas a la curación de la enfermedad a través del tratamiento preciso, y de índole rehabilitadora, integrantes de todas aquellas actuaciones relacionadas con la rehabilitación funcional y reinserción social del paciente. Respecto a este último nivel, el objetivo no es otro que el logro de la recuperación médico-funcional física y psíquica, esto es, la restitución del estado existente con anterioridad al advenimiento de la patología que propicia la intervención médica. Según se advierte, el concepto actualmente manejado de rehabilitación asume una amplia panorámica que excede en mucho a la más limitada contenida en el art. 98 LGSS'74, cuyo segundo apartado alude a la mera rehabilitación física precisa para la recuperación profesional de los trabajadores, noción que por su carácter restrictivo, ha de entenderse hoy plenamente superada.

Como es regla general en la materia sanitaria, tampoco la ordenación de prestaciones se encuentra sintetizada en una única norma. Antes al contrario, será necesaria barajar varios textos normativos a fin de adoptar un enfoque completo del sistema prestacional sanitario<sup>1333</sup>. En todo caso, este entramado deviene aún más profuso si se tiene en cuenta el desarrollo que cada Comunidad Autónoma, en ejercicio de su competencia, ha llevado a término a partir de la pauta común y unificada que constituye el catálogo de prestaciones sanitarias. De ineludible referencia resulta la LCC, que cumple con la reserva de ley prescrita en el art. 43.2 CE con mayor fidelidad que el RDOPS, el RDCSC<sup>1334</sup> y la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (en adelante, LGURM). Ahora bien, la LGS<sup>1335</sup> se impone como continuo recurso de revisión, al sentar las actuaciones sanitarias propias del sistema de salud (art. 18) y aglutinar los derechos que asisten a las personas con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias. En concreto, el art. 45 de la Ley opera a modo de

---

<sup>1333</sup> A título ilustrativo, reciben un tratamiento sectorial prestaciones como la interrupción voluntaria del embarazo, de conformidad con lo previsto en Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo desarrollo parcial acomete el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, así como el Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo, el cual trata de garantizar a todas las mujeres por igual el acceso a la prestación con independencia del lugar donde residan.

<sup>1334</sup> Permanece en vigor, en tanto no se elabore la normativa de desarrollo de la Cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, según dispone la Disposición transitoria segunda del RDley 2012.

<sup>1335</sup> En el art. 18 se hace referencia a alguna de las prestaciones, mientras que el 45 señala que el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

premisa, al preceptuar que “el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud”.

Siguiendo un criterio estrictamente cronológico, la LCC<sup>1336</sup> incluye un Capítulo I que, dedicado en su integridad a las prestaciones sanitarias, regula su ordenación y garantías, así como el desarrollo y actualización de la cartera de servicios por las que aquéllas se hacen efectivas. La determinación del contenido prestacional ha de partir de esta norma legal, cuya precisión trata de alejarse de toda suerte de pugna interpretativa, sabido que la seguridad jurídica cotiza al alza en un ámbito como el de la demarcación de las prestaciones conformadoras del derecho a la asistencia sanitaria.

Ahora bien, la inmersión en el terreno prestacional de la asistencia sanitaria quedaría limitada sin el estudio del RDCSC, el cual puso fin a la vigencia que con carácter transitorio había asumido el RDOPS, en cumplimiento del mandato incluido en la Disposición Transitoria única de la LCC. Al organizar la cartera de servicios comunes de las prestaciones sanitarias, definida 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 (art. 2.1), la norma emerge en destacado núcleo de referencia en la regulación del contenido sustantivo de la asistencia sanitaria. La conjunción de esta cartera de servicios con el catálogo de prestaciones, cuyo contenido desarrolla, materializan la "configuración jurídica más perfecta de la dimensión prestacional del derecho a la protección de la salud"<sup>1337</sup>.

Con carácter sectorial, es la LGURM el texto legal encargado de definir el alcance de la prestación farmacéutica, pero no será el único, pues el cuadro normativo en este ámbito

---

<sup>1336</sup> Con anterioridad, la LGSS'74 incorporaba en el Capítulo IV del Título II una Sección segunda que, referente a las prestaciones médicas y farmacéuticas, añadió la prestación farmacéutica y la ortoprotésica a la asistencia médica domiciliaria, ambulatoria, en régimen de internamiento y de urgencia que había incluido el Decreto 907/1966, de 21 de abril.

<sup>1337</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J., loc. cit., pág. 20. Señala el autor que la cartera de servicios tiene una doble función, ya que, desde el punto de vista técnico-científico, sirve para establecer y unificar criterios sobre el conjunto de actividades científicas, técnicas y administrativas que deben realizar sus prestadores en los distintos servicios sanitarios y, desde el punto de vista jurídico, quedan configurados como verdaderos derechos subjetivos cuyo contenido se encuentra determinado y, por lo tanto, es perfectamente exigible.

se encuentra complejamente articulado en una gran variedad de normas de desarrollo, según se tendrá ocasión de comprobar a lo largo de esta cuarta Parte temática. En este sentido, la prestación farmacéutica goza de una relevante autonomía normativa no obstante su indisoluble unión a la médica<sup>1338</sup>. Ello se justifica en base a la singularidad que caracteriza aquella prestación, a la que no en vano se ha catalogado como un auténtico subsistema inserto en el sistema más general de prestaciones sanitarias<sup>1339</sup>, y de lo que son buen reflejo las remisiones que incorporan tanto el art. 16 LCC como el Anexo V del RDCSC a la legislación específica en el marco de las prestaciones farmacéuticas.

## **2.- CARACTERIZACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS EN EL MARCO DEL SISTEMA PÚBLICO.**

Una de las formas más eficaces de adentrarse en el catálogo prestacional sanitario consiste en analizar las características que concurren en su configuración desde una perspectiva formal y material. En efecto, aquél puede ser descrito a partir de diferentes elementos definidores, gran parte de los cuales han sido destacados por la doctrina<sup>1340</sup>.

La asistencia sanitaria es dotada en sede legal de un contenido prestacional eminentemente extenso, de modo que aspira a la completitud, a la atención integral, en términos de actuaciones y de niveles asistenciales, englobando la asistencia primaria, especializada y urgente. Lo cierto es que son abundantes, a la par que variadas, las pautas que contribuyen a dar forma al catálogo prestacional, pautas que, como se ha puesto de relieve, se superponen transversalmente<sup>1341</sup> y pueden concretarse en la especialidad médica, contemplándose la salud bucodental y la mental; la naturaleza, que permite diferenciar entre atención preventiva y reparadora; la gravedad del paciente, que lleva a

---

<sup>1338</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D.: "Reembolso de gasto farmacéutico generado por prescripción de tratamiento farmacéutico con hormona del crecimiento", *Revista Aranzadi Social*, núm. 17, 2011. BIB 2010\2882.

<sup>1339</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J., op. cit., pág. 47, y MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R., op. cit., pág. 520.

<sup>1340</sup> Véase SEMPERE NAVARRO, A. Y GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: "El contenido del derecho. El régimen jurídico de las prestaciones sanitarias. Estudio jurídico-práctico", en AA. VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dir.), Comares, Granada, 2007, págs. 210-212. En el mismo sentido, LANTARÓN BARQUÍN, D.: "Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...", págs. 61 y 62. PEMÁN GAVÍN, J.: "La configuración de las prestaciones sanitarias públicas...", págs. 94-98.

<sup>1341</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., "Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...", págs. 91-95 y 102.

#### CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

prever la atención paliativa a enfermos terminales o enfermos crónicos; así como la modalidad, conforme a la cual se distingue entre atención domiciliaria, ambulatoria y hospitalaria. A éstas se puede añadir el criterio que, correspondiente a la naturaleza de la asistencia sanitaria en cuanto derecho de prestación, viene determinado por el tipo de obligación a cargo del sistema público sanitario con respecto al titular de dicho derecho, de forma que en la regulación legal se contemplan obligaciones de dar (en forma de medicamentos, prótesis o productos dietéticos, entre otros) y de hacer (comprensivas de las actuaciones ejecutadas en los servicios de salud), no siendo infrecuentes los casos en que unas y otras aparecen simultánea o sucesivamente en el seno de la misma atención médica dispensada<sup>1342</sup>.

Si completo y complejo es el fin que se propone (conservación o restablecimiento de la salud), igualmente completo pretende ser el conjunto prestacional articulado en la LCC, renunciando a la parquedad de que adolecía la anterior regulación del RDOPS. En este sentido, la actual ordenación de las prestaciones sanitarias responde al ambicioso propósito conformado por la disminución de la morbilidad, la reducción de la letalidad, la prevención y reducción de las incapacidades, la elevación del rendimiento del potencial humano, el incremento del potencial económico y el aumento del bienestar social<sup>1343</sup>. En la suma de todos estos objetivos reside la explicación fundamental de las dimensiones que alcanza el catálogo prestacional. De ahí que se haya afirmado que "las categorías de las prestaciones incluidas son tan exhaustivas, su formulación tan amplia y el desarrollo básico tan genérico que es difícil hallar exclusiones sanitarias excluidas, aunque evidentemente las haya"<sup>1344</sup>.

En todo caso, es de destacar que no llega (ni puede llegar) a representar una ordenación exhaustiva de todas y cada una de las intervenciones médicas. Lo cierto es que la amplitud<sup>1345</sup> propia de las prestaciones sanitarias impide que se pueda detallar dentro de las fronteras de un texto legislativo el completo abanico de actuaciones que

---

<sup>1342</sup> Por ejemplo, las implantaciones de prótesis o las intervenciones quirúrgicas seguidas de tratamiento farmacológico.

<sup>1343</sup> GALA VALLEJO, C., op. cit., págs. 25-27.

<sup>1344</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J., loc. cit., pág. 19.

<sup>1345</sup> Téngase en cuenta que la amplitud conceptual y de contenido no siempre coinciden, pues la pluralidad que existe en la noción constitucional no exige la articulación de todo tipo de prestaciones sanitarias. LANTARÓN BARQUÍN, D., "Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...", pág. 36.

comprenden<sup>1346</sup>. La necesidad de estar al caso concreto pocas veces se revela de forma tan clara cuando del ámbito sanitario se trata. De ahí que el catálogo legal, por amplio que sea, nunca será totalizador, asumido el ingente número de variables que operan en este contexto, lo que no empece para aludir a su carácter dilatado como un atributo digno de encomio<sup>1347</sup>. En consecuencia, no se trata de un catálogo cerrado, sino, por el contrario, permanece abierto a cuanto permita garantizar la finalidad que persigue y que, de conformidad con el art. 7.1, no es otra que asegurar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención<sup>1348</sup>.

La generalidad de medidas en que se materializa la protección de la salud deriva del carácter integral con el que ésta es identificada, ya se ha visto, tanto en sede constitucional como legal, de modo que junto a las asistenciales en sentido estricto, se añaden toda una serie de prestaciones de índole preventiva, promotora y rehabilitadora. El cometido que desempeñan los poderes públicos en cumplimiento de lo preceptuado en el art. 43 CE no se limita a la articulación de una atención al paciente tendente al restablecimiento de la salud cuando deviene la enfermedad, pues igualmente ocupan un papel principal las actuaciones orientadas a eludir precisamente la aparición de aquélla o a lograr la readaptación social de la persona. No en vano, el art. 46.b) LGS configura como característica fundamental del SNS la organización adecuada para prestar una “atención integral a la salud, comprensiva tanto de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad como de la curación y rehabilitación”. Se trata de ir más allá de la noción de protección de la salud en clave exclusivamente individual o asistencial, abordando a su vez el necesario prisma preventivo mediante las técnicas propias de salud pública. Sólo en la conjunción de ambas esferas, individual y colectiva, reside la lógica del concepto de la protección de la salud como un todo.

En base a esta integralidad resaltada, se cuenta en la actualidad con un catálogo que acoge un gran variedad de prestaciones y lo hace dotándolas de la misma consideración.

---

<sup>1346</sup> Actuaciones sobre las que, recuérdese, no existe un derecho de elección en sentido estricto. Esto es, el paciente podrá acogerse o no al tratamiento, pero en ningún caso elegir el tratamiento en cuestión. *Ibidem*, págs. 75-80.

<sup>1347</sup> Una alabanza de nuestra ordenación actual de las prestaciones por su amplitud, sistematización y definición en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., op. cit., pág. 306.

<sup>1348</sup> HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: “Reflexiones críticas sobre el catálogo de prestaciones...”, pág. 57.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

En este sentido, ya no se alude a las prestaciones complementarias<sup>1349</sup> que en otro tiempo figuraban en el RDOPS. Y esto ha sido acertadamente interpretado como algo más que un mero cambio terminológico. Se trata, en concreto, de un avance en la equiparación en cuanto a la relevancia que las prestaciones ocupan en el sistema en relación con las demás<sup>1350</sup>. Por lógica, prestaciones como la ortoprotésica o la de productos dietéticos no pueden quedar reducidas a meros elementos adicionales y necesarios para la consecución de una asistencia sanitaria completa y adecuada, conforme a la definición que en su día otorgaba el RDOPS.

La amplitud propia del repertorio prestacional de la asistencia sanitaria queda cualificada, además, por el carácter especializado que incorpora. Lo cierto es que el perfil del usuario condiciona, y no en escasa medida, el conjunto de prestaciones a que el mismo accede. Así, y según se tendrá oportunidad de analizar más detenidamente en el Capítulo III, la regulación legal tiene en cuenta determinadas circunstancias y consideraciones personales a modo de criterio modulador, de modo que se reserva la provisión de prestaciones particulares a ciertos grupos de usuarios teniendo en cuenta variables como la edad o la gravedad de la enfermedad. De ahí que se pueda concluir que el contenido de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social se quiere mostrar próximo a las especificidades propias de la realidad en la que se opera, huyendo de conceptualizaciones genéricas.

El catálogo prestacional se halla, además, fuertemente inspirado en la debida racionalización de los recursos existentes. Es ésta una pauta que aparece expresada de modo reiterado en la legislación reguladora de la sanidad (señaladamente, arts. 7 y 51.1 LGS). El cometido no es simple, pues se trata de alcanzar el siempre referido equilibrio entre la viabilidad del sistema y la provisión de unas prestaciones cuya suficiencia y calidad se erige en exigencia normativa<sup>1351</sup>. Consecuentemente, se ha llegado a afirmar que “en la medida en que el objetivo calidad-permanencia de las prestaciones se garantice,

---

<sup>1349</sup> En las que se incluía las prestaciones ortoprotésicas, transporte sanitario, tratamientos dietoterápicos complejos y oxigenoterapia a domicilio.

<sup>1350</sup> OLARTE ENCABO, S. Y ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: “Otras prestaciones sanitarias del sistema: las antes llamadas prestaciones sanitarias “complementarias”, en AA. VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2007, pág. 346.

<sup>1351</sup> La calidad como manifestación del criterio de racionalidad del contenido de las prestaciones sanitarias en VIDA FERNÁNDEZ, J., loc. cit., pág. 26.

estaremos en condiciones de aseverar que los poderes públicos cumplen con el mandato constitucional del art. 43 CE<sup>1352</sup>. Desde luego, todo avance en términos cualitativos lleva aparejado de suyo un esfuerzo financiero mediante inversiones en la más avanzada tecnología, de ahí la necesaria sintonía a alcanzar entre ambos elementos.

Es la búsqueda de tal equilibrio la que justifica que en nuestro sistema prestacional tengan una determinante incidencia los principios informadores sanitario y económico<sup>1353</sup>. Con respecto al primero el art. 20.2 LCC dispone que no se incluirán en la cartera común de servicios aquellas técnicas, tecnologías y procedimientos cuya contribución eficaz a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autonomía y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento no esté *suficientemente probada*<sup>1354</sup>. Por su parte, el segundo queda reflejado, según se verá más adelante, en la exclusión de las técnicas punta o innovaciones galénicas o formas farmacéuticas innovadoras.

El principio de autonomía, por su parte, aparece como constante que influye decididamente en la ordenación de las prestaciones sanitarias. En concreto, se establece un catálogo básico común para todo el territorio nacional, a partir del cual cada Comunidad Autónoma ostenta, en el ejercicio de su competencia, la capacidad de mejorar por incremento el abanico prestacional de que gozan los ciudadanos en el respectivo territorio. Es, en los términos que emplea LANTARÓN BARQUÍN, la diferencia entre “prestaciones comunes” y “prestaciones territoriales”<sup>1355</sup>. Ello contribuye a hacer aún más complejo el panorama normativo en el que se da contenido y alcance a la protección asistencial sanitaria, tal y como se apuntó líneas arriba, al tiempo que brotan los problemas asociados a posibles desigualdades originadas entre los diversos servicios autonómicos de salud y la atención en ellos provista. En todo caso, no es éste el momento adecuado para analizar y

---

<sup>1352</sup> GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Cartera común de servicios del sistema nacional de salud”, en AA. VV.: *Reforma de la Salud Pública y la Asistencia Sanitaria. Estudio de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública y del RDley 16/2012, de 20 de abril, sobre sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) y KAHALE CARRILLO, D. T. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pág. 517.

<sup>1353</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., “Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...”, págs. 37-41.

<sup>1354</sup> Apunta VIDA FERNÁNDEZ que es éste un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación en la elaboración de las carteras de servicios hubiera requerido un desarrollo reglamentario previo sobre las pruebas para considerarlas “suficientemente probadas”. VIDA FERNÁNDEZ, J., loc. cit., pág. 26.

<sup>1355</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., “Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...”, págs. 46 y 47.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

debatir las implicaciones de la operatividad del Estado autonómico en el ámbito de la sanidad, pues habrá ocasión de hacerlo en lugar oportuno más adelante.

Nuestro sistema prestacional, lejos de permanecer estático, queda sometido a las variaciones correspondientes al dinamismo que rezuma el concepto de salud<sup>1356</sup>. El carácter evolutivo que presentan, de un lado, los retos sanitarios, en forma de nuevas enfermedades, y de otro, el progreso científico y técnico<sup>1357</sup>, ponen en jaque cualquier concepción inalterable del contenido prestacional, por lo que el mismo se mantiene permanentemente abierto a toda suerte de revisión. Desde luego, es en la actualización continua en donde radica una de las principales garantías de la adecuación del abanico prestacional a las necesidades sanitarias de la sociedad en la que opera.

Si bien no existe disposición que prevea un procedimiento específico de modificación del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud<sup>1358</sup>, el apartado tercero del art. 10 LCC se refiere a la posibilidad de inclusión de una nueva prestación, debidamente acompañada de una memoria económica que contenga la valoración del impacto positivo o negativo que pueda suponer. Memoria que, como señala el precepto, ha de elevarse al Consejo de Política Fiscal y Financiera para su análisis en el contexto del principio de lealtad institucional. Es así como se favorece la colaboración entre instituciones. La incorporación de nuevas prestaciones en atención a los avances de la ciencia médica y de la técnica, así como a la aparición de nuevas patologías es fiel reflejo de la denominada “cláusula de progreso”<sup>1359</sup> que aparece implícita en la acción asistencial sanitaria.

En todo caso, el dinamismo que impregna la materia sanitaria no sólo tiene decisivas implicaciones en el contenido del catálogo de prestaciones, pues también, según se ha puesto de relieve<sup>1360</sup>, trae consigo un esfuerzo económico, por la adquisición de nuevas técnicas, así como humano, en cuanto exige del personal sanitario una persistente

---

<sup>1356</sup> Sobre el dinamismo asociado a la idea de salud, véase APARICIO TOVAR, J., *"La Seguridad Social y la protección de la salud..."*.

<sup>1357</sup> ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: “Ámbito objetivo: contenido y exclusiones de la cobertura”, en AA. VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 297.

<sup>1358</sup> Una crítica al respecto en HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: “Reflexiones críticas sobre el catálogo de prestaciones...”, págs. 75 y 76.

<sup>1359</sup> PEMÁN GAVÍN, J.: “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas...”, pág. 96.

<sup>1360</sup> GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., op. cit., 563.

actualización de sus conocimientos en aras de proporcionar una asistencia adecuada a las posibilidades de los tiempos en que se dispensa. Lo cierto es que la investigación y la innovación cumplen un papel esencial en la eficacia del sistema sanitario. Consciente de ello, la LCC señala en su art. 44.a) la responsabilidad del Estado en materia de investigación en salud, y sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, a la hora de establecer las medidas para que la investigación científica y la innovación contribuyan a mejorar de manera significativa y sostenible las intervenciones y procedimientos preventivos, diagnósticos, terapéuticos y rehabilitadores.

### 3.- SISTEMA DE GARANTÍAS.

La regulación normativa de las prestaciones sanitarias no se limita a diseñar un catálogo como técnica de ordenación de las mismas, pues también aspira a materializar su efectividad mediante el aseguramiento de las condiciones en que los titulares del derecho proceden a su ejercicio. Como apunta con acierto VILLAR ROJAS<sup>1361</sup>, la relevancia de estos instrumentos con respecto a otros servicios públicos estriba en la condición de asistencia sanitaria como obligación de medios, no de resultados, por lo que los medios empleados en su prestación (técnicas y procedimientos asistenciales, cualificación profesional del personal y la organización de los servicios) adquieren una importancia determinante. A este respecto, bien puede afirmarse que no importa tanto el “cuánto” sino el “cómo”, pues este aspecto es el que decididamente va a incidir en la calidad de las prestaciones, que es precisamente uno de los requerimientos que debe atender la LCC, según se ha visto líneas arriba.

Es por ello que el texto legal recogió de forma novedosa, en sus artículos 23 a 29, las garantías de las prestaciones sanitarias, todas ellas organizadas en torno a las condiciones de disfrute efectivo del derecho social fundamental que constituye la razón de ser de su articulado. Dado que las mismas no se limitan al mero aseguramiento de acceso a las prestaciones, constituyen parte del propio contenido de éstas<sup>1362</sup>, y es que concurren a la consolidación de elementos sustanciales en su provisión, tales como la accesibilidad, la

---

<sup>1361</sup> VILLAR ROJAS, F. J., op. cit., pág. 716.

<sup>1362</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J., op. cit., pág. 53.



#### CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

movilidad, el tiempo, la información, la seguridad y la calidad. En consecuencia, todas ellas conforman un elemento sustancial en la ordenación del régimen prestacional sanitario, y así es reconocido desde la propia Exposición de Motivos de la LCC<sup>1363</sup>. No es para menos, ya que las garantías cumplen la esencial función de dar credibilidad jurídica al ciudadano sobre el grado de exigibilidad de su derecho<sup>1364</sup>.

La definición de unas concretas garantías referidas a la dispensación de los servicios sanitarios no tiene otro objetivo que la materialización, desde una perspectiva jurídico-institucional, de la efectividad del contenido prestacional de la asistencia sanitaria. En este sentido, cada una incide en un aspecto esencial de las prestaciones, señaladamente, la igualdad en el acceso a las mismas, la adecuación del momento en que se presta (tiempo), el entendimiento y aprehensión de su contenido (información), así como su adecuación y procedencia (seguridad y calidad). Se trata, según se advierte, de reforzar y consolidar la salvaguarda de unas prestaciones que constituyen la más insigne materialización de un servicio público y, además, básico. Para ello, el legislador estimó la procedencia de asegurar al titular del derecho a la asistencia sanitaria el acceso a las mismas en su debido tiempo y forma. Ya se sabe que las garantías no son sino condicionantes del efectivo disfrute del derecho y que, según el viejo aforismo rememorado en la Exposición de Motivos de la LCC, el reconocimiento de un derecho tiene el valor que le concede su garantía. Consecuentemente, resultaría más que cuestionable predicar un derecho a la asistencia sanitaria en los casos en que es dispensada con un retraso injustificado o sin que se preserve un tratamiento igualitario entre el conjunto de pacientes.

En todo caso, conviene señalar que la previsión de este sistema garantista no ha ido acompañado de un procedimiento de control de su materialización. No hay una *garantía de la garantía*, más allá de la simple verificación por parte de la Alta Inspección a que se refiere el art. 77 LCC. Se entiende, así, que se haya denunciado que las garantías que respaldan el contenido de las prestaciones sanitarias “rozan el puro voluntarismo”<sup>1365</sup>. Y es que no se establece un mecanismo a través del cual se compela a la realización de tales previsiones normativas, sin perjuicio, en todo caso, de la exigencia de responsabilidad

---

<sup>1363</sup> La garantía de las prestaciones sanitarias es definida como “un aspecto esencial” de las mismas.

<sup>1364</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R., op. cit., pág. 510.

<sup>1365</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J., op. cit., pág. 99.

patrimonial de la Administración sanitaria, siempre que exista daño, y del reintegro de gastos médicos cuando, mediando una situación de urgencia vital, el paciente no resulte atendido en un plazo justificable desde el punto de vista médico.

### 3.1.- Garantías de accesibilidad.

El art. 23 LCC se refiere al acceso, por parte de todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud y en condiciones de igualdad efectiva, a las prestaciones sanitarias reconocidas en el texto legal. Lo anterior no es sino una nueva manifestación de lo que ya se ha afirmado en el presente trabajo de investigación, esto es, que el principio de igualdad no sólo impera en la titularidad del derecho sino también en su ejercicio, en el sentido de que ha de garantizarse la igualdad “a” la asistencia sanitaria, pero también “en” la asistencia sanitaria. Queda proscrita, por tanto, toda discriminación por cualquier suerte de circunstancia en el acceso a una determinada prestación. Esto es, ante una misma situación de necesidad, todas las personas deben disponer de la misma oportunidad de recabar asistencia sanitaria para restablecer la salud perdida, sin que quepa confundir esta garantía de igualdad en el acceso con una garantía de igualdad de utilización<sup>1366</sup>.

En este sentido, como señala APARICIO TOVAR, el principio de igualdad de ningún modo trae consigo el goce del mismo nivel de salud para todos los individuos, ni la exigencia de que todos accedan al uso de los servicios en igual medida, sino que “todo el mundo ha de tener igual oportunidad de uso de los servicios”<sup>1367</sup>, cualesquiera que sean éstos. No se olvide el fuerte enraizamiento del fundamento de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social en la lucha por la eliminación de las desigualdades sociales.

Precisamente, tal es la hegemonía que ostenta la igualdad en esta materia, que el principio constitucional logra filtrarse con éxito en los diversos textos legales, insistentes en su proclamación. Así, el art. 3.2 LGS, tras proclamar la extensión de la asistencia sanitaria pública a toda la población española, preceptúa que el acceso y las prestaciones

---

<sup>1366</sup> Véase al respecto TAMAYO LORENZO, P. A.: *Descentralización y financiación de la asistencia sanitaria pública en España: un estudio desde la perspectiva de la equidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2001, págs. 13-17. Siguiendo a MOONEY, el autor sostiene que el acceso constituye un fenómeno del lado de la oferta, mientras que la utilización confluye en la interacción entre la oferta y la demanda.

<sup>1367</sup> APARICIO TOVAR, J., "La Seguridad Social y la protección de la salud...".

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

sanitarias “se realizarán en condiciones de igualdad efectiva”. La misma Ley, en el art. 10.1 descarta toda discriminación basada en el origen racial o étnico de la persona, en el género, orientación sexual, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social. En el mismo sentido, el art. 12 encomienda a los poderes públicos a orientar sus políticas de gasto sanitario en orden a corregir desigualdades sanitarias. Por su parte, el art. 2.a) LCC establece como principio informador del texto legal la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad, evitando especialmente toda discriminación entre mujeres y hombres en las actuaciones sanitarias.

En esta insistencia con que la regulación normativa llama a la igualdad tiene mucho que decir la naturaleza de servicio público de la que goza la asistencia sanitaria. No sólo se trata de que todos accedan a la asistencia sanitaria<sup>1368</sup>, sino además, de que la dispensada a todos sea igual, sin que exista discriminación alguna al respecto. Éste y no otro es el fundamento que inspira la articulación de la protección de la salud como un derecho fundamental de la persona<sup>1369</sup>.

Según se desprende de cuanto antecede, la igualdad aparece como continuo halo de luz en la articulación del contenido prestacional de la asistencia sanitaria. Una vez reconocido el derecho, éste abre la puerta a toda una serie de prestaciones comprendidas en el catálogo legal, sin que pueda quedar restringido el acceso a alguna de ellas. Lo cierto es que la protección de la salud con el carácter integral que ya se ha visto exige nuestro sistema jurídico, quedaría defraudada si determinados beneficiarios sólo accedieran a ciertas prestaciones y no a todas. Y es que, si la atención sanitaria se quiere predicar como total, el acceso a las prestaciones ha de ser completo y, por tanto, sin salvedades, de forma que se garantice una protección de igual intensidad para todos los usuarios del Sistema, un disfrute, en fin, de este derecho de acceso en iguales términos.

En cualquier caso, el concepto de accesibilidad ha de ser manejado en toda la amplitud de la que resulta acreedor, de modo que el mismo no sólo queda vinculado al

---

<sup>1368</sup> El art. 6.4 LGS dispone que las actuaciones de las Administraciones públicas sanitarias están orientadas a garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud.

<sup>1369</sup> Se trata de evitar la estigmatización social de los recipiendarios. APARICIO TOVAR, J., *"La Seguridad Social y la protección de la salud..."*, pág. 215.

contenido prestacional de la asistencia sanitaria en sentido estricto, sino también al propio centro en que se dispensa, tanto en sentido organizativo mediante la preservación de una distribución equitativa en el territorio (es evidente la desigualdad que generaría en términos de acceso geográfico la preeminencia de centros en una zona urbana, y su ausencia en las de tipo rural), como estructural (consecuente con esta garantía resulta la eliminación de barreras arquitectónicas que impiden el acceso al usuario con problemas de movilidad<sup>1370</sup>), sin obviar la debida comprensión de la información transmitida por el personal facultativo (téngase en cuenta que el idioma puede suponer un obstáculo en el acceso a la información y, con él, a una asistencia sanitaria de calidad<sup>1371</sup>).

### 3.2.- Garantías de movilidad.

Según disponen los arts. 24.1 LCC<sup>1372</sup> y 2.5 RDCSC, el acceso a las prestaciones sanitarias se garantiza con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento los usuarios del Sistema Nacional de Salud, atendiendo especialmente a las singularidades de los territorios insulares. Ambos preceptos preservan, pues, la movilidad de los ciudadanos pero, al hacerlo, consagran el principio de igualdad efectiva en el acceso al servicio público sanitario, cualquiera que sea la localidad en que se resida. Por tanto, esta garantía se halla en ineludible conexión con la anterior o, mejor dicho, constituye una plasmación de aquélla en su adaptación a la descentralización territorial en que se organiza el SNS.

La igualdad en el acceso a las prestaciones ha de ser analizada desde dos planos, el social y el territorial. Si la primera cara de la moneda acaba de ser expuesta en el epígrafe anterior, procede ahora detenerse en la segunda, esto es, en la equidad que preside el ejercicio del derecho a lo largo y ancho del territorio nacional, y cuya garantía constituye

---

<sup>1370</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., op. cit., págs. 296 y 297.

<sup>1371</sup> Sobre las barreras comunicativas en la relación médico-paciente, véase ARBELÁEZ RUDAS, M.: “El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes. Elementos diferenciales y regulación en España”, en AA. VV.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2011, págs. 718 y 719.

<sup>1372</sup> El segundo apartado del precepto adiciona la garantía del acceso de todos los usuarios a los denominados servicios de referencia, los cuales, conforme el art. 28.2 del texto legal, están centrados en la atención a aquellas patologías que precisen para su atención una concentración de los recursos diagnósticos y terapéuticos a fin de garantizar la calidad, la seguridad y la eficiencia asistenciales.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

precisamente la finalidad del Fondo de Cohesión<sup>1373</sup>. Se trata de reforzar el criterio de igualdad de oportunidad de acceso para igual necesidad, de forma que dos individuos en idéntica situación deben ostentar las mismas opciones de ser provistos de atención sanitaria, con independencia del territorio en que se hallen<sup>1374</sup>. Es por ello, que proclamar la igualdad en este ámbito supone al tiempo remover toda suerte de desequilibrios sociales y territoriales, a cuya superación se insta desde el art. 3.3 LGS. Se trata, pues, de favorecer el acceso a las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, de forma que el derecho pueda hacerse efectivo en cualquier parte del territorio nacional, sin que la residencia habitual opere a modo de condicionante en el ejercicio de aquél. Al tiempo que se incita a una cierta similitud en el nivel asistencial de las CCAA evitando grandes desequilibrios territoriales<sup>1375</sup>, se consolida la cohesión que en un sistema descentralizado como el nuestro tanto debe preservarse en aras de hacer del mismo un auténtico sistema solidario y equitativo.

Son varios los preceptos legales que consagran el mencionado principio. De un lado, la LGS dispone en su art. 3.3 que la política de salud “estará orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales” y en su art. 12 que los poderes públicos orientarán sus políticas de gasto sanitario en orden a “garantizar la igualdad de acceso a los Servicios Sanitarios Públicos en todo el territorio español”. De otro, la LCC, en la letra a) del primer apartado de su Exposición de Motivos precisa que el establecimiento de acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias persigue la consolidación de la equidad, en la línea de desarrollo del principio constitucional de igualdad, “que garantice el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio y posibilite la libre circulación de todos los ciudadanos”.

Por su parte, la letra c) del art. 4 LCC persevera en este punto al reconocer el derecho de los ciudadanos a recibir, por parte del servicio de salud de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre desplazado, la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones del

---

<sup>1373</sup> La Disposición Adicional quinta de la LCC señala que “el Fondo de cohesión tiene por finalidad garantizar la igualdad de acceso a los servicios de asistencia sanitaria públicos en todo el territorio español”.

<sup>1374</sup> TAMAYO LORENZO, P. A., op. cit., pág. 48.

<sup>1375</sup> AHIJADO PÉREZ, M., op. cit., pág. 692.

Sistema Nacional de Salud que pudiera requerir, con idénticas garantías que los ciudadanos residentes en esa Comunidad. El precepto veta, pues, todo tipo de discriminación en el territorio de una misma Comunidad Autónoma.

En nuestro sistema descentralizado, una de las principales implicaciones de la vigencia del principio de igualdad radica en la exigencia de que los servicios autonómicos de salud dispensen los servicios sanitarios a cuantos se hayan trasladado al territorio en cuestión, en igualdad de condiciones que a los de origen. A este respecto, el acceso al servicio autonómico de salud de la Comunidad a la que el interesado se ha desplazado se facilita mediante la tarjeta sanitaria individual<sup>1376</sup>. Así se desprende del art. 2.2 del Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, según el cual, “la tarjeta sanitaria individual emitida por cualquiera de las Administraciones sanitarias competentes será válida en todo el Sistema Nacional de Salud, y permitirá el acceso a los centros y servicios sanitarios del sistema en los términos previstos por la legislación vigente”.

Por tanto, la garantía de movilidad consigue eludir los efectos adversos del principio de autonomía en la articulación del derecho a la protección de la salud, esto es, los efectos adversos que, en términos de equidad, pudieran derivar de la aprobación por cada Comunidad Autónoma de su respectiva cartera de servicios, con respeto en todo caso al mínimo común fijado a nivel estatal. Ciertamente, el hecho de que las prestaciones varíen de un territorio autonómico a otro, sin guardar plena identidad, no representa una amenaza a la cohesión social y territorial en tanto en cuanto el sistema jurídico articula, sobre la base del principio de igualdad, la posibilidad de acceso al SNS desde cualquier servicio autonómico de salud, con independencia del lugar de residencia del beneficiario. Cuestión diferente será el procedimiento concreto por el que se articule dicho acceso, cuya determinación corresponde, según reza el art. 2.3 RDCSC, a las administraciones sanitarias en el ámbito de sus respectivas competencias<sup>1377</sup>.

---

<sup>1376</sup> De ahí que el art. 57 LCC disponga que “los dispositivos que las tarjetas incorporen para almacenar la información básica y las aplicaciones que la traten deberán permitir que la lectura y comprobación de los datos sea técnicamente posible en todo el territorio del Estado y para todas las Administraciones públicas”.

<sup>1377</sup> La justificación fue dada válidamente en su día por el Dictamen del Consejo de Estado de 13 de julio de 2006, en el que se indicaba que “la regulación del procedimiento de acceso a las prestaciones sanitarias afecta directamente a la organización de los servicios sanitarios cuya gestión ha sido asumida por aquellas”.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

De capital importancia resulta, a estos efectos, el art. 2.4 RDCSC, el cual proclama el acceso de los usuarios del Sistema Nacional de Salud a la cartera de servicios comunes que la norma recoge, “siempre que exista una indicación clínica y sanitaria para ello, en condiciones de igualdad efectiva, al margen de que se disponga o no de una técnica, tecnología o procedimiento en el ámbito geográfico en el que residan”. Continúa indicando el precepto que los servicios de salud que no puedan ofrecer en su ámbito geográfico alguna de las técnicas, tecnologías o procedimientos contemplados en la cartera, han de establecer los mecanismos necesarios de canalización y remisión de los usuarios que lo precisen al centro o servicio donde les pueda ser facilitado, en coordinación con el servicio de salud que lo proporcione. El propósito de la previsión normativa no es otro que disminuir las desigualdades interterritoriales, de modo que allá donde surjan, pueden ser paliadas mediante el desplazamiento entre Comunidades Autónomas, a fin de procurar una atención equivalente en el conjunto nacional. Así pues, cuando un ciudadano no pueda acceder a una determinada prestación en su Comunidad Autónoma de residencia, podrá acudir al servicio público de salud de otra y beneficiarse de una técnica, tecnología o procedimiento incluido en su cartera de servicios, en lo que se ha denominado “transversalidad interterritorial” de la prestación sanitaria<sup>1378</sup>. En esta garantía, según se advierte, asume un papel decisivo tanto la coordinación entre las administraciones en cuestión, así como el reconocimiento de las personas beneficiarias en el sistema de información de tarjeta sanitaria individual del SNS.

En todo caso, no resulta menos relevante la función encomendada al Fondo de Garantía Asistencial, institución creada en virtud del art. 3 del RDley 16/2012, con carácter extrapresupuestario, a fin de garantizar la cohesión y equidad en el Sistema Nacional de Salud “mediante la cobertura de los desplazamientos entre comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla de personas que gozan de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo en el Sistema Nacional de Salud”. En concreto, compete al Fondo la compensación entre las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla por las actuaciones que sus servicios de salud realicen en el marco de la aplicación de la cartera común básica de servicios asistenciales y de la suplementaria a las personas que gocen de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo en el

---

<sup>1378</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., "*Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...*", pág. 55.

Sistema Nacional de Salud en sus desplazamientos temporales. Si bien señala el precepto que la determinación del importe a liquidar a cada servicio de salud se establecerá mediante disposición reglamentaria al efecto, precisa que el mismo viene determinado por las siguientes modalidades de desplazamiento:

- Desplazamientos de corta duración (inferior a un mes), que se abonan siguiendo las tarifas nacionales establecidas en concepto de atención sanitaria de atención primaria, incluyendo la prestación por cartera suplementaria que corresponda.

- Desplazamientos de larga duración (igual o superior a un mes), que se abonan de acuerdo a la cápita mensual utilizada para los cálculos estadísticos de contabilidad sanitaria del sistema de cuentas de salud, con dos posibilidades de aplicación: bien para la cartera común básica de servicios asistenciales completa, bien para la cartera común básica de servicios asistenciales parcial, referida a la asistencia en nivel primario o especializado.

### **3.3.- Garantías de tiempo.**

Si la calidad constituye, según se ha afirmado líneas arriba, un presupuesto ineludible de la asistencia sanitaria, es evidente que su prestación en el momento oportuno, en clara vinculación con aquél, viene a representar otra importante prerrogativa. Y es que cualquier procrastinación en la atención sanitaria lleva irremediablemente aparejada la deficiencia en la efectividad de sus resultados. Pocos elementos parecen más apremiantes e inaplazables que el cuidado de la salud mermada o perdida. De ahí que la garantía de tiempo represente un aspecto esencial en toda asistencia sanitaria de calidad. A ella se refiere el art. 25 LCC cuando señala en su primer apartado que “en el seno del Consejo Interterritorial se acordarán los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que se aprobarán mediante real decreto. Las Comunidades Autónomas definirán los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco”.

Tal y como se advierte, el legislador no se ha decantado por concretar un plazo determinado, sino que, por el contrario, se limita a encomendar la fijación de límites máximos que, en todo caso, no pueden resultar superados en la práctica sanitaria. Se trata



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

de asegurar que el paciente pueda conocer de antemano el plazo máximo de espera al que puede verse sometido. Quedan, eso sí, exceptuadas de dicha garantía, conforme indica la previsión contenida en el segundo apartado del precepto, las intervenciones que puedan requerir una espera para reunir las condiciones adecuadas para su realización, como es el caso de las relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida; la atención médica de urgencia, incluyendo reimplantes de miembros y atención a quemados; la asistencia sanitaria ante situaciones de catástrofe, así como las intervenciones quirúrgicas de trasplantes de órganos y tejidos, cuya realización depende de la disponibilidad de órganos en cada caso.

No es la primera vez que el texto legal se pronuncia sobre este aspecto. Recuérdese que, según se vio en el Capítulo segundo de la tercera Parte del presente trabajo de investigación, el art. 4.b) LCC configura como derecho de los ciudadanos en el conjunto del Sistema Nacional de Salud el acceso a la asistencia sanitaria en su Comunidad Autónoma de residencia en un tiempo máximo.

Lo cierto es que las listas de espera para consultas externas, pruebas diagnósticas e intervenciones quirúrgicas programadas son fieles exponentes de los desajustes entre la demanda asistencial y los medios disponibles para atenderla<sup>1379</sup>, de la capacidad limitada de un sistema que emplea como criterio de ingreso el orden de solicitud de la prestación, en base al denominado "régimen de cola"<sup>1380</sup>. Constituyen, así, uno de los principales obstáculos con los que se enfrenta la prestación de una asistencia sanitaria de calidad, además de ser uno de los factores que generan mayor descontento entre los ciudadanos<sup>1381</sup>. La demora en el acceso a tratamientos u operaciones constituye una deficiencia que aleja a nuestro sistema sanitario de la condición que le asigna la regulación legal. Y es que no cabe perder de vista que estos retrasos pueden producir en ocasiones efectos irreversibles.

En términos comparativos, la OCDE<sup>1382</sup> ha puesto de manifiesto recientemente que mientras Holanda cuenta con una media de tiempo de espera de treinta días para la

---

<sup>1379</sup> PEMÁN GAVÍN, J.: "La configuración de las prestaciones sanitarias públicas...", pág. 111.

<sup>1380</sup> GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, Volumen II, 1992, pág. 383.

<sup>1381</sup> Consúltese el Barómetro sanitario 2012, Estudios nº 2.936, 2.946 y 2.962, marzo-noviembre 2012, págs. 8 y 15.

<sup>1382</sup> OECD (2013), *Health at a Glance 2013: OECD Indicators*, OECD Publishing, pág. 150.

operación de cataratas, en España la media es más de tres veces mayor. Si bien decrecieron significativamente de 2006 a 2010, desde este año las esperas médicas han aumentado considerablemente.

El SNS se topa, sin duda, con un problema a cuya solución no resulta suficiente, por el momento, ni el establecimiento de medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud<sup>1383</sup>, ni la articulación de mecanismos como el reintegro de gastos médicos o la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria<sup>1384</sup>, ni tampoco la previsión de plazos máximos en la atención médica. A este respecto, conviene destacar el Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio, por el que se establecen los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, norma que recoge los tiempos máximos para la realización de determinadas intervenciones quirúrgicas en base a la aplicación de los criterios de gravedad de las patologías motivo de la atención, la eficacia de la intervención y la oportunidad de la intervención.

Con anterioridad a su aprobación, la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas contaban con su propia reglamentación al respecto, originándose disparidades territoriales denunciadas desde diferentes foros<sup>1385</sup>, pero en todo caso consentidas en la lógica del principio de autonomía en base al cual se articula nuestro Estado autonómico. Ahora bien, el que aún haya Comunidades Autónomas que no cuenten con sus propios tiempos máximos establecidos<sup>1386</sup>, no supone ninguna merma en el régimen garantista que proclama la LCC, pues en tales supuestos, rigen los que el Real Decreto de 2011 fija con carácter básico, a los que igualmente se han de atener aquellas Comunidades que han aprobado su correspondiente regulación en la materia, las cuales no pueden superar en ningún caso el tiempo máximo establecido en la norma estatal.

---

<sup>1383</sup> El objeto del Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, consiste precisamente en establecer los criterios, indicadores y requisitos mínimos, básicos y comunes en materia de información sobre las listas de espera de consultas externas, pruebas diagnósticas o terapéuticas e intervenciones quirúrgicas correspondientes a los centros y servicios del Sistema Nacional de Salud, a fin de alcanzar un tratamiento homogéneo de éstas para el conjunto del sistema que permita el análisis y evaluación de sus resultados, necesidades y funcionamiento, garantizando la transparencia y uniformidad en la información facilitada al ciudadano (art. 1).

<sup>1384</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., op. cit., pág. 300.

<sup>1385</sup> *Ibidem*, pág. 301.

<sup>1386</sup> Tal es el caso de Madrid y Asturias.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Asimismo, conviene poner de relieve lo deficitario del sistema de información en materia de listas de espera. Y es que, si bien el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad anualmente realiza una publicación sobre las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud, ésta está limitada a las listas de espera quirúrgica por especialidades y en espera en consulta, utilizando su propio glosario de términos a efectos de interpretación de la estadística. No hay, pues, por parte del Ministerio de Sanidad un estudio homogéneo sobre los tiempos de espera quirúrgicos, de consultas y de realización de pruebas diagnósticas en los distintos servicios de salud, sino que se definen los términos de manera distinta, lo que hace imposible tener información real sobre el estado de las listas de espera en su conjunto<sup>1387</sup>.

### 3.4.- Garantías de información.

La existencia de un catálogo positivizado de prestaciones contribuye decididamente a favorecer la información de los usuarios de los servicios públicos sanitarios y, con ello, se promueve una efectiva toma de conciencia de sus derechos y su misma participación en el sistema. Ya se vio en el capítulo dedicado a los derechos de los pacientes el papel esencial que cumple la información médica no sólo en el reconocimiento de la centralidad que aquéllos ostentan en la toma de decisiones sino también en la propia realización efectiva de otros, señaladamente, de la prestación de consentimiento. Pues bien, procede ahora analizar la contrapartida de aquel derecho ya abordado, esto es, la obligación que compete al Sistema Nacional de Salud al respecto. En este sentido, el art. 26 LCC detalla los extremos sobre los que deben informar los servicios de salud, a saber, los derechos y deberes que corresponden a los ciudadanos usuarios del sistema, las prestaciones y la cartera de servicios propias del Sistema Nacional de Salud<sup>1388</sup>, los requisitos necesarios para el acceso a éstas, los restantes derechos recogidos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y

---

<sup>1387</sup> MORENO ALEMÁN, J.: "Acceso a las prestaciones sanitarias ¿igualdad efectiva de los asegurados del Sistema Nacional de Salud?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, pág. 76.

<sup>1388</sup> Es éste un componente esencial en toda información, pues el ejercicio de los derechos de los ciudadanos en el marco sanitario que pregonan la LGS y particulariza la Ley 41/2002, pasa indefectiblemente por el previo conocimiento del contenido del derecho a la protección de la salud concretado en la asistencia sanitaria.

obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como los derechos y obligaciones establecidos en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y en las correspondientes normas autonómicas, en su caso.

En este sentido, la información está dotada de un amplio abanico de inclusiones en el ámbito sanitario. A la información general relativa a los servicios ofrecidos en el marco del SNS y de los requisitos exigidos al respecto, se añade la información terapéutica proporcionada a los pacientes que complementa cualquier tratamiento prescrito, sin obviar aquella que constituye el contenido propio de la prestación sanitaria. Este último es el caso de las actuaciones asistenciales de carácter estrictamente diagnóstico, por lo demás muy común en el ámbito de la atención primaria<sup>1389</sup>.

En el RDOPS se contemplaba la información y documentación sanitarias como una prestación autónoma del sistema sanitario. Tras la LCC, se elimina la alusión expresa a la misma<sup>1390</sup>, si bien, y como se verá más adelante, la cartera de servicios procede a incorporarla mediante diversas y dispersas referencias en el ámbito de la salud pública y de la atención primaria. En todo caso, y pese a que pudiera parecer que se eludió la importancia de esta vertiente informativa al eliminarla del catálogo, lo cierto es que se la refuerza pero sin incluirla como prestación específica<sup>1391</sup>. Y es que la LCC la acoge como una garantía, otorgándole todo el carácter central que merece a través de la incorporación de un capítulo V dedicado específicamente al sistema de información sanitaria. Como señala GONZALEZ DÍAZ<sup>1392</sup>, la omisión al respecto en el texto legal no significa la eliminación del suministro de esta información sanitaria, sino que “se unifican bajo unos mismos criterios los procesos de información en la sanidad pública”.

---

<sup>1389</sup> PEMÁN GAVÍN, J.: “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas...”, pág. 95.

<sup>1390</sup> Lo que se justifica en SEMPERE NAVARRO, A. Y GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “La organización y clasificación de las prestaciones en general”, en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008, pág. 446, sobre la base de que la LCC ya contiene toda una sección dedicada al sistema de información sanitaria. Se destaca, en particular, el art. 53.1 LCC.

<sup>1391</sup> Como argumenta VIDA FERNÁNDEZ, J., op. cit., pág. 97, “carecía de sentido que se estableciera como prestación un mecanismo transversal dirigido a asegurar un óptimo funcionamiento del sistema sanitario, ya que, en realidad, en sí mismo no es una prestación sanitaria: de hecho no encajaba en la definición que establecía el art. 7 LCCSNS, ya que no se trata de ningún servicio o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos”.

<sup>1392</sup> GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria...”, pág. 109.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

En este sentido, la relevancia de la información en el contexto sanitario justifica que el RDCSC incida en su art. 10 en los servicios de información a los usuarios del Sistema Nacional de Salud, de modo que cuantas personas reciban las prestaciones cuya cartera de servicios comunes se establece en dicha norma, son titulares del derecho tanto a la información y documentación sanitaria y asistencial<sup>1393</sup>, como a la tramitación de los procedimientos administrativos necesarios para garantizar la continuidad de la atención sanitaria, la expedición de los partes de baja, confirmación, alta y demás informes o documentos clínicos para la valoración de la incapacidad u otros efectos y la documentación o certificación médica de nacimiento, defunción y demás extremos para el Registro Civil. Por su parte, la LGS insiste no sólo en la obligación de información que corresponde a los poderes públicos con respecto a los derechos y deberes de los usuarios de los servicios del sistema sanitario público, o vinculados a él (art. 9), sino también en el derecho de éstos a la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso<sup>1394</sup> (art. 10.2), así como a ser advertidos de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, el cual, en ningún caso, puede comportar peligro adicional para su salud (art. 10.4).

Como enclave del ejercicio de la información, el segundo apartado del ya referido art. 26 LCC, en sintonía con el 40.9 LGS, se refiere al Registro general de centros, establecimientos y servicios sanitarios del Ministerio de Sanidad, el cual, sobre la base de los datos proporcionados por los correspondientes registros de las Comunidades Autónomas, favorece el conocimiento por parte de los usuarios de los centros, establecimientos y servicios, con independencia de su titularidad, siempre y cuando se hallen autorizados por las Comunidades Autónomas. El mantenimiento de este registro compete a la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, según confirma el Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real

---

<sup>1393</sup> En el mismo sentido, el segundo apartado del art. 7 LCC insiste en que las personas que reciben las prestaciones incluidas en el catálogo tienen derecho a la información y documentación sanitaria y asistencial de acuerdo con lo establecido en la Ley 41/2002.

<sup>1394</sup> La información debe efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

Igualmente, el art. 53 LCC regula el sistema de información sanitaria del Sistema Nacional de Salud, garante de la disponibilidad de la información y la comunicación recíprocas entre las Administraciones sanitarias, en relación con las prestaciones y la cartera de servicios en atención sanitaria pública y privada, incorporando, como datos básicos, los relativos a población protegida, recursos humanos y materiales, actividad desarrollada, farmacia y productos sanitarios, financiación y resultados obtenidos, así como las expectativas y opinión de los ciudadanos, todo ello desde un enfoque de atención integral a la salud, desagregando por sexo los datos susceptibles de ello. El objetivo general de este sistema queda vinculado a la satisfacción de las autoridades sanitarias, en cuyo caso, la información favorece el desarrollo de políticas y la toma de decisiones, dándoles información actualizada y comparativa de la situación y evolución del Sistema Nacional de Salud; de los profesionales, con una información dirigida a mejorar sus conocimientos y aptitudes clínicas; de los ciudadanos, incluyendo información sobre sus derechos y deberes y los riesgos para la salud, de modo que se facilite la toma de decisiones sobre su estilo de vida, prácticas de autocuidado y utilización de los servicios sanitarios y se ofrezca la posibilidad de formular sugerencias de los aspectos mencionados; así como de las organizaciones y asociaciones en el ámbito sanitario, con la finalidad de promover la participación de la sociedad civil en el Sistema Nacional de Salud.

Precisamente, las actividades necesarias para el funcionamiento del sistema de información sanitaria quedaban a cargo del Instituto de Información Sanitaria, órgano competente en concreto para recabar, elaborar y distribuir la información que respondiese a las necesidades del Sistema Nacional de Salud, con criterios de transparencia y objetividad de la información generada, de acuerdo con las directrices que para su utilización se establecieran por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. No obstante, el Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad suprimió en su Disposición Adicional sexta este Instituto, de modo que sus funciones

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

corresponden en la actualidad a la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación<sup>1395</sup>.

### 3.5.- Garantías de seguridad.

Con relación a este tipo de garantías, conviene partir de la amplitud del concepto de seguridad que acoge el art. 27 LCC. Y es que, en primer lugar, encomienda la creación de servicios de referencia<sup>1396</sup> en orden a todas aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos para cuya correcta utilización sea conveniente concentrar los casos a tratar. El precepto se refiere a los procedimientos de definición muy especializada en el tratamiento de cuadros médicos anómalos que requieren por lo general de una gran inversión económica derivada de una alta complejidad técnica o tecnológica. Se trata, en esta primera acepción, de garantizar la articulación de los servicios de referencia en cuanto mecanismos dedicados a la atención de las patologías que requieren para su atención de una concentración de los recursos diagnósticos y terapéuticos a fin de garantizar la calidad, la seguridad y la eficiencia asistenciales.

En segundo lugar, el texto legal contempla la posibilidad de que el Ministerio de Sanidad, bien por propia iniciativa o bien a propuesta de las correspondientes Administraciones públicas sanitarias y previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, autorice el uso tutelado de las técnicas, tecnologías o procedimientos respecto de las que no exista suficiente información para determinar su seguridad. Se pretende, según se advierte, que la ausencia de certidumbre sobre un determinado procedimiento no devenga en un obstáculo al avance y mejora del cuadro prestacional del sistema sanitario. La seguridad, pues, actúa de canon valorativo en la introducción de nuevas técnicas con carácter experimental. Conforme al art. 22 LCC, la finalidad del uso tutelado, financiado con cargo al Fondo de Cohesión<sup>1397</sup>, radica en la

---

<sup>1395</sup> Art. 11 de la norma.

<sup>1396</sup> A ellos también alude el art. 15.2 LGS, preceptuando que “el Ministerio de Sanidad y Consumo acreditará servicios de referencia, a los que podrán acceder todos los usuarios del sistema Nacional de Salud una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de los servicios especializados de la Comunidad Autónoma donde residan”.

<sup>1397</sup> Se lleva a cabo, así, una marcada ampliación de las funciones de este fondo, definido como aquel dirigido a la garantía de la igualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias.

determinación del grado de seguridad, eficacia, efectividad o eficiencia de la técnica, tecnología o procedimiento antes de decidir sobre la conveniencia de su inclusión efectiva en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud<sup>1398</sup>. Se le concibe, en consecuencia, a modo de mecanismo ideado para las técnicas, tecnologías y procedimientos que si bien pueden reportar beneficios, se desconoce el alcance real de los mismos<sup>1399</sup>. En todo caso, no está de más recalcar que no ha sido muy utilizado<sup>1400</sup>.

Por último, las garantías de seguridad también se conciben adjuntas a la regulación y autorización por parte de las Comunidades Autónomas de la apertura y puesta en funcionamiento en su respectivo ámbito territorial de los centros, servicios y establecimientos sanitarios. El propósito no es otro que cerciorarse de que cuentan con los medios precisos para el desarrollo seguro y efectivo de los cometidos que le competen. En este sentido, el art. 29.1 LGS establece que los centros y establecimientos sanitarios, cualquiera que sea su nivel, categoría o titular, precisan autorización administrativa previa para su instalación y funcionamiento, así como para las modificaciones que respecto de su estructura y régimen inicial puedan establecerse, mientras que el art. 29.2 determina que la previa autorización administrativa se refiere también a las operaciones de calificación, acreditación y registro del establecimiento.

Por su parte, el segundo apartado del art. 27 LCC, arriba referido, encomendó la determinación, con carácter básico y en forma de Real Decreto, de las garantías mínimas de seguridad y calidad que, acordadas en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema

---

<sup>1398</sup> El procedimiento es detallado en el propio precepto, el cual indica que el uso tutelado se acomete siguiendo un diseño de investigación, por períodos de tiempo limitados, en centros expresamente autorizados para ello y de acuerdo con protocolos específicos destinados a garantizar su seguridad, el respeto a la bioética y el logro de resultados relevantes para el conocimiento.

<sup>1399</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J., loc. cit., pág. 28.

<sup>1400</sup> El pleno del Consejo Interterritorial adoptó el acuerdo de 25 de octubre de 1999 por el que se decidía someter a uso tutelado seis técnicas (trasplante autólogo de condrocitos, esfínter anal artificial, tratamientos neuroquirúrgicos del Parkinson, endoprótesis en aneurisma de aorta abdominal, tomografía de emisión de positrones -PET- y cirugía de la epilepsia).

Desde esa fecha se fueron desarrollando los diferentes usos tutelados y anualmente las agencias tuteladoras elaboraban informes sobre la situación de cada uno de ellos. En julio de 2003 finalizó el uso tutelado del esfínter anal artificial y posteriormente, han ido concluyendo los restantes.

Durante el periodo de realización de los usos tutelados, surgió la necesidad de obtener información sobre una nueva técnica, la braquiterapia intracoronaria, planteándose la posibilidad de realizar un nuevo uso tutelado. Dado que aún no habían finalizado los que estaban en marcha como plan piloto, la Comisión de Aseguramiento, Financiación y Prestaciones, dependiente del Consejo Interterritorial, decidió el 15 de febrero de 2001 abordar su estudio mediante un registro evaluativo, que es un mecanismo alternativo al uso tutelado para recoger la información referente a la utilización de dicha técnica.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Nacional de Salud, han de ser exigidas a este respecto. En la actualidad, la tarea es acometida por el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, que, entre otras atribuciones<sup>1401</sup>, recoge las bases generales y requisitos mínimos del procedimiento de autorización de la instalación, funcionamiento, modificación de actividades sanitarias o, en su caso, cierre, de los centros, servicios y establecimientos sanitarios por las Comunidades Autónomas, las cuales pueden proceder, y de hecho así se ha llevado a cabo<sup>1402</sup>, a su desarrollo en su respectivo ámbito territorial. Tales requisitos son concebidos en la propia norma reglamentaria como los requerimientos, expresados en términos cualitativos o cuantitativos, que deben cumplir los centros, servicios y establecimientos sanitarios para ser autorizados por la administración sanitaria, dirigidos a garantizar que cuentan con los medios técnicos, instalaciones y profesionales adecuados para llevar a cabo sus actividades sanitarias.

En el art. 29 LCC se indica el ámbito de las garantías de seguridad, el cual resulta común a las de calidad, que serán objeto de análisis seguidamente. A este respecto, es de destacar que su aplicación no se circunscribe al ámbito del SNS, pues resultan igualmente aplicables a todos los centros integrantes del sistema sanitario, sean públicos o privados, cualquiera que sea la financiación de las prestaciones ofrecidas en cada momento, siendo responsabilidad de las Administraciones públicas sanitarias, para los centros de su ámbito, velar por su cumplimiento. Lo cierto es que la relevancia del sistema de garantías que se estudia es tal, que la LCC, y así lo reconoce desde su Exposición de Motivos, no duda en predicar la extensión de las garantías de seguridad y calidad de las prestaciones, más allá del ámbito estricto del SNS, a la totalidad del sistema sanitario, incluidos, por tanto, los centros y servicios privados.

---

<sup>1401</sup> La norma establece una clasificación, denominación y definición común para todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios, públicos y privados, al tiempo que establece el Catálogo y Registro general de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

<sup>1402</sup> Sirvan, a modo de ejemplo, las normas aprobadas en Castilla y León (Decreto 49/2005, de 23 de junio, por el que se establece el régimen jurídico y el procedimiento para la autorización de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios), País Vasco (Decreto 31/2006, de 21 de febrero, de autorización de los centros, servicios y establecimientos sanitarios) o Andalucía (Decreto 69/2008, de 26 de febrero, por el que se establecen los procedimientos de las Autorizaciones Sanitarias y se crea el Registro Andaluz de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios).

### **3.6.- Garantías de calidad y servicios de referencia.**

El art. 46.e) LGS hace de la atención integral de la salud, dotada de altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados, una característica fundamental del SNS, mientras que en una línea consonante, los arts. 18.16 y 69 del mismo texto legal configuran dicha cualidad como un objetivo ineludible en la actuación y funcionamiento del sistema sanitario<sup>1403</sup>. Por su parte, el 28 LCC es el encargado de darle contenido a través de la garantía de efectividad de las prestaciones sanitarias. El precepto encomienda a las Comunidades Autónomas el aseguramiento de la calidad de las prestaciones, adicionando la posibilidad de auditorías periódicas independientes. A este respecto, conviene recordar que la mejora de la calidad en el sistema sanitario es erigido desde el propio art. 59.1 LCC en parámetro de actuación de las instituciones sanitarias tanto públicas como privadas.

El Ministerio de Sanidad y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están llamados a fomentar la evaluación externa y periódica de la calidad de los centros y servicios sanitarios mediante las referidas auditorías por parte de instituciones públicas o empresas privadas que garanticen una evaluación independiente. En este ámbito, la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud asumía un papel esencial en la elaboración y mantenimiento de los elementos de la infraestructura de la calidad<sup>1404</sup>. Ahora bien, suprimida en el art. 13.2 del Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, sus funciones son actualmente desarrolladas por la Dirección General de Salud Pública,

---

<sup>1403</sup> El art. 18.16 LGS llama al “control y mejora de la calidad de la asistencia sanitaria en todos sus niveles” y el art. 69, en su apartado segundo, preceptúa que “la evaluación de la calidad de asistencia prestada deberá ser un proceso continuado que informará todas las actividades del personal de salud y de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud”.

<sup>1404</sup> El segundo apartado del precepto concreta la infraestructura para la mejora de la calidad del Sistema Nacional de Salud a través de una somera referencia a las normas de calidad y seguridad, que contienen los requerimientos que deben guiar los centros y servicios sanitarios para poder realizar una actividad sanitaria de forma segura; los indicadores, que son elementos estadísticos que permiten comparar la calidad de diversos centros y servicios sanitarios de forma homologada, ajustada al riesgo y fiable; las guías de práctica clínica y guías de práctica asistencial, que son descripciones de los procesos por los cuales se diagnostica, trata o cuida un problema de salud; el registro de buenas prácticas, que recoge información sobre aquellas prácticas que ofrezcan una innovación o una forma de prestar un servicio mejor a la actual; así como el registro de acontecimientos adversos, que recoge información sobre aquellas prácticas que hayan supuesto un problema potencial de seguridad para el paciente.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Calidad e Innovación<sup>1405</sup>. Asimismo, ocupan un destacable lugar en este contexto los planes de calidad del Sistema Nacional de Salud que elabora periódicamente el Ministerio de Sanidad y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Son, éstos, planes que aglutinan los objetivos prioritarios de calidad para el período de que se trate.

La calidad de las prestaciones aparece igualmente vinculada a la adecuación de la organización de las instituciones sanitarias de cara a facilitar la libre elección de facultativo y una segunda opinión médica. No en vano, el art. 4.a) enuncia como derecho de los ciudadanos en el SNS el acceso a una “segunda opinión facultativa sobre su proceso asistencial” aunque, con anterioridad a la aprobación de dicho texto legal, ya eran varias las Comunidades Autónomas que habían reconocido este derecho en el ámbito de su territorio<sup>1406</sup>.

En la actualidad, todas las Comunidades cuentan con una ordenación legal del derecho a la segunda opinión médica, proclamado a su vez en sus respectivas normas estatutarias. Con carácter general, viene reiterándose en la inmensa mayoría de regulaciones autonómicas la posibilidad de acceso a esta segunda opinión en los supuestos de enfermedades de pronóstico fatal, incurable o capaz de comprometer gravemente la calidad de vida del paciente, siempre que el proceso de tratamiento inicial o propuesta de tratamiento haya concluido. En el caso de que el informe de segunda opinión confirme el diagnóstico o tratamiento inicial, será la primera opción la competente a dispensar la atención que proceda. No así en caso de que difiera de lo por él sostenido, pues en tal caso, el paciente podría escoger entre recibir los servicios por parte del médico que emitió el primer informe o del que se ha recabado la segunda opinión<sup>1407</sup>.

---

<sup>1405</sup> Art. 11.3 del Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

<sup>1406</sup> Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía y Decreto 127/2003, de 13 de mayo, por el que se establece el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en el sistema sanitario público de Andalucía, Ley foral 10/1990, de 23 de noviembre, de salud de Navarra y Ley 2/2002, de 17 de abril, de salud de La Rioja.

<sup>1407</sup> Un repaso comparativo de interés en VILLAR ROJAS, F. J., op. cit., págs. 726 y 727.

El derecho a elección de médico<sup>1408</sup>, de tradicional reconocimiento en la sanidad española<sup>1409</sup>, queda igualmente proclamado en el art. 10.13 LGS. Ya se ha visto en la anterior Parte temática que la Administración sanitaria planifica los servicios y su distribución en el territorio, de modo que, a cada paciente, en principio, le resulta asignado un determinado facultativo en base al domicilio. Pues bien, la garantía de la libre elección no es más que la materialización del propósito de flexibilizar la rigidez de ese modelo de organización pública de servicios, en consideración al carácter personal y de especial confianza propio de la relación médico-paciente<sup>1410</sup>. En cualquier caso, esta pretendida flexibilización no cabe ser entendida en términos tales que lleve a conceder prioridad absoluta a la decisión del paciente, pues éste habrá de ejercer el derecho en los términos que normativamente se dispongan.

Así pues, se trata de una libertad circunscrita al ámbito público. No existe la posibilidad de optar por la vía privada (salvo en los supuestos ya vistos de urgencia vital), en lo que constituye una importante diferencia con el régimen también estudiado de la Directiva de 2011 sobre asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea. En todo caso, la normativa de desarrollo diferencia entre su ejercicio en los servicios de atención primaria y en los servicios de atención especializada.

Si bien la mayoría de las Comunidades Autónomas ha desarrollado su propia normativa en la materia, a partir del reconocimiento estatutario del derecho, lo cierto es que no todas cuentan con una regulación autónoma al respecto, por lo que aún son de aplicación en estos casos el Real Decreto 1575/1993 de 10 de septiembre, por el que se regula la libre elección de médico en los Servicios de Atención Primaria, y el Real Decreto 8/1996, de 15 de enero, sobre libre elección de médico en los servicios de atención especializada<sup>1411</sup>. Con respecto al primero, el art. 14 LGS ordena a los poderes públicos la

---

<sup>1408</sup> La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica define en su art. 3 la libre elección como "la facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente, entre dos o más alternativas asistenciales, entre varios facultativos o entre centros asistenciales, en los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes, en cada caso".

<sup>1409</sup> Valga citar que la Ley del SOE se refería a dicho derecho en su art. 30, haciendo lo mismo el art. 112 LGSS<sup>74</sup>.

<sup>1410</sup> VILLAR ROJAS, F. J., op. cit., págs. 718 y 719.

<sup>1411</sup> AHIJADO PÉREZ, M.: "Libre elección de facultativo como garantía de calidad de la prestación sanitaria", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, pág. 85.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

aplicación, mediante el correspondiente desarrollo normativo, de la facultad de elección de médico en la atención primaria del Área de Salud. Tal desarrollo es acometido por el todavía vigente Real Decreto 1575/1993, norma que tras reconocer en su art. 3 el derecho a la libre elección de médico de acuerdo con las condiciones establecidas en la misma<sup>1412</sup>, ahonda en las implicaciones de su ejercicio atendiendo a la edad del paciente. Así, para las personas menores de siete años puede elegirse pediatra de entre los existentes en su territorio de elección, para aquellas con edades comprendidas entre siete y catorce años es dable optar entre los facultativos de medicina general o pediatría existentes, asimismo, en su territorio de elección, mientras que para aquellas que tengan una edad igual o superior a catorce años se puede elegir entre los facultativos de medicina general incluidos en su territorio de elección. Ahora bien, en las zonas básicas de salud en las que no exista asignado pediatra por su escasa población infantil, la elección para las personas de hasta catorce años de edad puede realizarse entre los médicos generales destinados en la zona básica de salud, entre los pediatras existentes en el área de salud, o bien entre los pediatras del núcleo en que resida el paciente o usuario, si aquél supera los 250.000 habitantes. Como se indica en el art. 5 de la norma reglamentaria, la elección de médico general y pediatra puede llevarse a cabo en cualquier momento y sin necesidad de justificación, pudiendo, previamente, solicitarse entrevista con el facultativo. En todo caso, los profesionales de medicina general y pediatría ostentan la facultad de rechazar asignaciones de nuevos usuarios o pacientes cuando el cupo de personas supere el número establecido como óptimo, según las características de la zona básica de salud, cuando el médico alegue alguna razón que por la Inspección de Servicios Sanitarios se considere justificada, así como cuando la persona con derecho a asistencia sanitaria elija un facultativo no destinado en la zona básica de salud a la que pertenezca, en cuyo caso se reputa necesaria la previa conformidad del profesional, con objeto de asegurar la atención domiciliaria.

Por su parte, la libre elección de médico en los servicios de atención especializada es objeto de regulación en el Real Decreto 8/1996, de 15 de enero<sup>1413</sup>. Según se desprende de

---

<sup>1412</sup> En el caso de los menores o incapacitados, la elección se lleva a efecto por sus representantes legales, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 162.1 del Código Civil.

<sup>1413</sup> Según el art. 4, las especialidades en las que el usuario puede ejercitar el derecho de elección son las siguientes: cardiología, cirugía general y del aparato digestivo, dermatología médico-quirúrgica y venereología, aparato digestivo, endocrinología y nutrición, neumología, neurología, obstetricia y ginecología, oftalmología, otorrinolaringología, traumatología y cirugía ortopédica y urología.

su articulado, tratándose de asistencia especializada en consultas externas, el usuario puede optar entre ser atendido por el médico especialista asignado al equipo de atención primaria o elegir libremente entre los facultativos especialistas que desarrollen actividad en las consultas externas, tanto en el hospital de referencia del área de salud correspondiente, como en los centros de especialidades dependientes del mismo. La elección realizada se ha de mantener al menos durante un año, si bien se puede autorizar, previa solicitud del usuario, el cambio de médico especialista antes del transcurso del plazo establecido, siempre que existan causas que así lo justifiquen.

El ejercicio efectivo del derecho a la libre elección de médico requiere, por razones obvias, facilitar a tales efectos información objetiva al paciente, salvando en todo caso los posibles riesgos que un enfoque gerencial centrado exclusivamente en la calidad percibida por los usuarios y un “marketing” preocupado más por la calidad aparente que por la calidad real de los servicios sanitarios puedan traer consigo<sup>1414</sup>. En este sentido, sería preciso elaborar y hacer pública a nivel nacional una comparativa de desempeño de los proveedores sanitarios que incluyese los resultados a nivel de centro (hospital o centro de atención primaria) y de servicio clínico<sup>1415</sup>.

La calidad de las prestaciones sanitarias y, con ella, su garantía, también es puesta en conexión, por el precepto de la LCC que viene sirviendo de guía en la materia, con las actuaciones orientadas a la humanización de la asistencia y la mejora de la accesibilidad administrativa y de su confortabilidad<sup>1416</sup>, aludiéndose expresamente a la incorporación progresiva de habitaciones de uso individual en los hospitales del SNS<sup>1417</sup>. Previsión que

---

<sup>1414</sup> PEMÁN GAVÍN, J.: “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas...”, pág. 129.

<sup>1415</sup> Recomendación que no parece viable en un futuro inmediato. “Impulsar un cambio posible en el sistema sanitario”. McKinsey&Company, Fundación de Estudios de Economía Aplicada, 2009, págs. 26 y 27.

<sup>1416</sup> Un estudio del marco legal en la materia, con especial análisis de los Planes de Humanización en España en BERMEJO, J. C.: *Humanizar la asistencia sanitaria: aproximación al concepto*, Desclée de Brouwer, 2014, págs. 108-116.

<sup>1417</sup> Precisamente, ya el art. 3.9 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, reconoció el derecho de todo paciente a “obtener, dentro de las posibilidades presupuestarias de la Conselleria de Sanidad, una habitación individual para garantizar la mejora del servicio y el derecho a la intimidad y confidencialidad de cada usuario”. En la misma línea, Castilla y León aprobó la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, en cuya Disposición adicional primera se dispone que “en los centros hospitalarios del Sistema de Salud de Castilla y León o concertados con éste, se garantizará la disponibilidad de habitaciones individuales cuando las especiales circunstancias del paciente lo precisen, conforme a lo que

#### CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

desde luego incorpora notables ventajas, fundamentalmente de la mano de la intimidad y confort que se proporciona de tal modo al paciente. En este sentido, la hospitalización implica una relación particularmente intensa con los servicios de salud, por lo que las cuestiones relativas al acondicionamiento material del enfermo y, en particular, las habitaciones, los servicios complementarios y las comodidades para los acompañantes, adquieren gran importancia<sup>1418</sup>.

En consonancia con la recién referida orientación hacia una asistencia más humanizada, la regulación normativa resalta, asimismo, como criterio de calidad la accesibilidad de los centros, servicios y prestaciones de carácter sanitario para personas con discapacidad, de ahí que se encomiende a los centros sanitarios de nueva creación, de un lado, el cumplimiento de las normas vigentes en materia de promoción de la accesibilidad y de eliminación de barreras de todo tipo que les sean de aplicación y a las Administraciones públicas sanitarias, de otro, la promoción de los programas para la eliminación de barreras en los centros y servicios sanitarios que, por razón de su antigüedad u otros motivos, presenten obstáculos para los usuarios con problemas de movilidad o comunicación. Se trata, en definitiva, de evidenciar la imposibilidad de articular un sistema prestacional altamente cualitativo sin la debida adaptación de las infraestructuras que permita el disfrute del derecho a la asistencia sanitaria de todas las personas.

De obligada mención resultan, por último, los servicios de referencia, cuya designación, número y ubicación estratégica<sup>1419</sup> dentro del Sistema Nacional de Salud es acordada en el seno del CISNS. Como se ha avanzado a lo largo de este epígrafe, su función radica en la atención<sup>1420</sup> a aquellas patologías que precisen para su atención una concentración de los recursos diagnósticos y terapéuticos a fin de garantizar la calidad, la seguridad y la eficiencia asistenciales. Es competencia del Ministerio de Sanidad, a este respecto, la acreditación de aquellos servicios de referencia que queden establecidos como

---

reglamentariamente se establezca”. Más adelante, se dictó como norma de desarrollo el Decreto 119/2004, de 25 de noviembre, por el que se regulan los criterios de utilización de habitación de uso individual en los centros hospitalarios del sistema de salud de Castilla y León o concertados con éste.

<sup>1418</sup> PEMÁN GAVÍN, J.: “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas...”, pág. 97.

<sup>1419</sup> A este respecto, las Comunidades Autónomas de Canarias y de las Islas Baleares son consideradas estratégicas dentro del Sistema Nacional de Salud (Disposición adicional octava LCC).

<sup>1420</sup> Atención financiada con cargo al Fondo de cohesión sanitaria.

tales, atendiendo a los criterios de calidad que para cada servicio establezca, reevaluándolos periódicamente.

En el Real Decreto 1302/2006, de 10 de noviembre, se establecen las bases del procedimiento para la designación y acreditación de los centros, servicios y unidades de referencia del Sistema Nacional de Salud. Según dispone la norma, en ellos se lleva a cabo la prevención, diagnóstico o tratamiento de las enfermedades que requieren para su adecuada atención técnicas, tecnologías y procedimientos preventivos, diagnósticos y terapéuticos, de elevado nivel de especialización, las enfermedades que requieren alta tecnología para su prevención, diagnóstico o tratamiento y para las que, atendiendo a su relación coste-efectividad y a los recursos disponibles, se precise la concentración de un número mínimo de casos, así como las enfermedades raras que, por su baja prevalencia, precisan de concentración de los casos para su adecuada atención, lo cual no implica atención continua del paciente en el centro, servicio o unidad de referencia, sino que este podría actuar como apoyo para confirmación diagnóstica, definición de las estrategias terapéuticas y de seguimiento y como consultor para las unidades clínicas que habitualmente atienden a estos pacientes.

## **CAPÍTULO II. LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD**

### **1.- CONCEPTO.**

Conforme señala el art. 8.1 LCC, y reitera empleando iguales términos el art 2.1 RDCSC, la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud constituye 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<sup>1421</sup>. Es éste un elemento que se ha de añadir al catálogo de prestaciones para definir, a través de la conjunción de

---

<sup>1421</sup> Una de las principales novedades que introdujo la LCC consistió en el establecimiento de una cartera de servicios, que en equilibrio con el catálogo, dotara de consistencia el sistema de ordenación de las prestaciones sanitarias.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

ambos, el contenido prestacional de la asistencia sanitaria. En efecto, la aprehensión combinada de uno y otro resulta imprescindible para entender el alcance de la protección social en el ámbito sanitario, si bien cada uno asume diferentes cometidos, pues mientras el catálogo contribuye a la delimitación de prestaciones, la cartera de servicios incorpora las fórmulas y mecanismos anudados a su efectividad.

La noción de cartera de servicios fue propiamente introducida en la LCC, siendo el RDCSC la norma que, en cumplimiento del mandato que la primera contenía, se encargó de darle forma y contenido<sup>1422</sup>, fijando el procedimiento de su actualización. Desde entonces, la regulación jurídica no había destacado por ser objeto de grandes reformas, lo cual puede ser aseverado hasta 2012, año en el que el tan traído Real Decreto-Ley que materializa la reforma sanitaria, procedió a reconfigurar el concepto mismo de la cartera de servicios, dotándola de una conformación diferente. En concreto, la cartera común, que acordada en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud ha de ser aprobada mediante Real Decreto (art. 8.3 LCC)<sup>1423</sup>, se encuentra actualmente fragmentada en las tres siguientes modalidades: la Cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, la Cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud, así como la Cartera común de servicios accesorios del Sistema Nacional de Salud. Todas ellas responden al mismo patrón común en el conjunto del territorio estatal si bien presentan contenidos diferenciados en prestaciones asistenciales, suplementarias y accesorias. Por su parte, el criterio de inclusión acogido en cada una viene de la mano de

---

<sup>1422</sup> El rango reglamentario de la cartera de servicios no ha quedado exento de controversia. El problema deriva del contenido de la misma, ya que aborda la regulación básica a regir en todo el territorio estatal y a la que cada Comunidad Autónoma puede adicionar la que estime pertinente. De ahí que muchas veces se alzaran en su día a favor de una norma con rango legal. En esta línea se posiciona ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., op. cit., pág. 304, que participa de esta demanda, al menos, en lo atinente a las condiciones básicas y mínimas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los correspondientes derechos prestacionales.

<sup>1423</sup> En tanto en cuanto no se apruebe dicha norma, continúa en vigor el RDCSC. A este respecto, se ha denunciado una cierta vaguedad en la redacción que el RDley 2012 dio a este precepto de la LCC, pues “convendría haber indicado cuál es el papel del Consejo y si formula una propuesta, si la misma es vinculante o si es un órgano de asesoramiento técnico-político-interadministrativo que realmente transforma la actuación del propio Consejo de Ministros al dictar el Real Decreto que asume la posición del Consejo Interterritorial de Salud”, si bien se termina admitiendo que la dicción literal alude a aprobar lo que realmente convierte el Real Decreto en algo más que un puro requerimiento de forma. PALOMAR OLMEDA, A.: “La reordenación del ámbito prestacional de la asistencia sanitaria”, en PALOMAR OLMEDA, A., LARIOS RISCO, D. Y VÁZQUEZ GARRANZO, J.: *La reforma sanitaria*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2012, pág. 129.

la toma en consideración de la aportación económica que corresponde realizar al usuario, habiéndose incrementado el repertorio de supuestos en que la misma se prevé<sup>1424</sup>.

Fue así como el RDley 2012 aspiró al logro de uno de sus principales propósitos, a saber, la reordenación y redefinición del contenido prestacional de la asistencia sanitaria provista en el seno del SNS<sup>1425</sup>. No en vano, la norma alude en sus consideraciones iniciales a la necesidad de introducir “una categorización de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud que permita gestionar mejor la realidad asistencial en España donde coexiste un entramado jurídico-administrativo que reduce la transparencia y dificulta la ejecución, disminuyendo, en consecuencia, la eficiencia en su aplicación, y donde se dé cabida a la actuación objetiva basada en un riguroso análisis coste-efectividad que proporciona la red española de agencias de evaluación de tecnologías sanitarias y prestaciones del Sistema Nacional de Salud”.

Según se colige de esta última previsión, y tal y como se tuvo oportunidad de constatar en el examen del ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria, la referida reforma de 2012 hace de la racionalización económica la principal fuente de justificación de las medidas en ella adoptadas, superponiéndose en no escasas ocasiones a la vertiente social que impregna la materia sanitaria. Como no podía ser de otro modo, también en el ámbito objetivo y, en concreto, en la articulación de la cartera común de servicios, tiene una incidencia decisiva la contención del gasto, consecuente con la prohibición del déficit que constitucionalizó la reforma del art. 135 CE<sup>1426</sup>. En efecto, de nuevo, la económica aparece como una razón que, de manera casi obsesiva, impulsa la reforma sanitaria, lo

---

<sup>1424</sup> Según BELTRÁN AGUIRRE, este desglose de la Cartera común introduciendo el copago en determinadas prestaciones evidencia la intención del Gobierno central cuando elabore las tres Carteras de hacer importantes recortes en las prestaciones y de introducir paulatinamente el copago en la asistencia primaria y en la hospitalaria. BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril...”. BIB 2012\940.

<sup>1425</sup> PALOMAR OLMEDA, A.: “La reordenación del ámbito prestacional de la asistencia sanitaria...”, págs. 99-103.

<sup>1426</sup> Como se ha destacado, esta prohibición del déficit, desligada de cualquier otra consideración de política social, “limita la capacidad de maniobra del Estado para, incluso en momentos puntuales, corregir desequilibrios tanto territoriales como entre los diversos grupos sociales, es decir, para avanzar en el camino de la igualdad que es la esencia del Estado social”. APARICIO TOVAR, J.: “Políticas de protección social”, en AA. VV.: *Políticas sociolaborales*, CARDONA RUBERT, M. B. Y CABEZA PEREIRO, J. (Coords.), Civitas, Madrid, 2014, pág. 512.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

cual no ha quedado exento de crítica por parte de la doctrina<sup>1427</sup>. Sirva, a modo de ejemplo, la encomienda que la LCC, en la redacción dada por el RDley 2012, hace al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad con respecto a la elaboración anual de una evaluación de los costes de aplicación de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud (art. 8.4). Lo cierto es que la fórmula empleada destaca por su imprecisión, debida en buena parte a los escuetos términos de los que hace uso y que no llegan a precisar siquiera el desarrollo del procedimiento o la razón de ser del mismo. En cualquier caso, no hay razones para descartar que se trate de una información vinculada a las competencias propias del Consejo interterritorial y de las administraciones competentes en la materia<sup>1428</sup>.

Los servicios contenidos en la cartera en cuestión tienen la consideración de básicos y comunes, entendiendo por tales los necesarios para llevar a cabo “una atención sanitaria adecuada, integral y continuada a todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud” (art. 3 RDCSC). De nuevo se asiste a una alusión normativa expresa al carácter integral que debe acoger la protección de la salud (en clave individual y colectiva, preventiva y reparadora), al tiempo que se hace del carácter ininterrumpido de la asistencia una de las señas de identidad del sistema, de forma que hasta que el restablecimiento de la salud no se produzca, procede la sucesión de todos los procedimientos y actuaciones encaminados a su logro, sea en la atención primaria, especializada o de urgencia. En este sentido, el mismo precepto no se resiste a insistir en que la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud debe garantizar “la atención integral y la continuidad de la asistencia prestada a los usuarios, independientemente del nivel asistencial en el que se les atiende en cada momento”.

El RDCSC lleva a cabo un notorio esfuerzo de sistematización en su renovada ordenación de la cartera de servicios, a la cual tienen acceso todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud, “siempre que exista una indicación clínica y sanitaria para ello” (art. 2.4 RDCSC). Es lo que SEMPERE NAVARRO Y GONZALEZ DIAZ denominan “filtro

---

<sup>1427</sup> En GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud...”, pág. 518, se denuncia este enfoque excesivamente mercantilista, en detrimento de otros como el social o el médico.

<sup>1428</sup> PALOMAR OLMEDA, A., op. cit., pág. 130.

de carácter clínico-sanitario”<sup>1429</sup>, pues no sólo basta la titularidad del derecho, sino que se ha de demostrar a su vez la necesidad del tratamiento correspondiente. De nuevo emerge la racionalización económica como móvil de la actual regulación en el campo sanitario, dado que se pretende evitar la provisión de los servicios sanitarios para casos distintos de los que están detrás de su previsión normativa.

### **1.1.- Cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud.**

En esta cartera quedan comprendidas todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realizan en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente (art. 8 bis LCC, introducido por el RDley 2012). Se trata, empleando los conceptos manejados en el catálogo de la LCC, de las prestaciones de salud pública, atención primaria, atención especializada, sociosanitaria y de urgencia. El criterio de selección de las mismas para su inclusión en la cartera de servicios asistenciales responde a la total cobertura de su provisión por la financiación pública.

El segundo apartado del precepto vuelve a insistir, innecesariamente, en que en la prestación de estos servicios se debe proceder garantizando “la continuidad asistencial, bajo un enfoque multidisciplinar, centrado en el paciente, garantizando la máxima calidad y seguridad en su prestación, así como las condiciones de accesibilidad y equidad para toda la población cubierta”. Desde luego, si se tiene en cuenta el sistema de garantías que, en aras de lograr la efectividad de las prestaciones sanitarias, articula la LCC, y que se acaba de exponer en el Capítulo anterior, bien puede afirmarse el carácter prescindible, por redundante, de esta previsión normativa, al tiempo que resulta cuestionable que las exigencias de igualdad y calidad sólo se hagan recaer sobre el contenido de esta primera cartera. Ciertamente, las premisas que el texto constitucional y la regulación legal sientan, tales como la protección integral de la salud o la provisión de servicios de calidad, han de ser proclamadas en la configuración de todas y cada una de las prestaciones sanitarias, pues sólo en su suma se da plena acogida a la tutela de “la salud pública a través de

---

<sup>1429</sup> SEMPERE NAVARRO, A. Y GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “La organización y clasificación de las prestaciones en general...”, pág. 230.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” a que se refiere el art. 43.2 CE.

### **1.2.- Cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud.**

Dos son los principales elementos que permiten diferenciar esta cartera de la común. De un lado, integra las prestaciones propias de dispensación ambulatoria y, de otro, todas ellas se hallan sujetas a aportación económica por parte del usuario<sup>1430</sup>, como novedad introducida por la reforma de 2012, penalizando claramente a los enfermos crónicos y a las rentas más bajas<sup>1431</sup>. Reproduciendo los términos legales, componen esta cartera la prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica<sup>1432</sup> y la prestación con productos dietéticos, a las que se añade el transporte sanitario no urgente, sujeto a prescripción facultativa, por razones clínicas y con un nivel de aportación del usuario acorde al determinado para la prestación farmacéutica.

Dejando al margen la farmacéutica, que goza de normativa autónoma, la Ley encomienda a la correspondiente orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, a propuesta de la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación, determinados aspectos relativos a las restantes prestaciones que engloba la cartera, en concreto: la actualización del catálogo, los importes máximos de financiación y los coeficientes de corrección a aplicar para determinar la facturación definitiva a los servicios autonómicos de salud por parte de los proveedores, que tendrá la consideración de precio final. En todo caso, el legislador establece un criterio orientativo. Y es que el

---

<sup>1430</sup> En todo caso, el único copago aplicado hasta el momento es el relativo a la prestación farmacéutica, y no con aplicación homogénea. Así, País Vasco aprobó el Decreto 447/2013, de 19 de noviembre, por el que se regulan las ayudas destinadas a facilitar la adherencia a los tratamientos médicos prescritos. Recientemente, mediante la Orden de 21 enero de 2015, del Consejero de Salud, se convocan ayudas destinadas a facilitar la adherencia a los tratamientos médicos prescritos, correspondientes a los ejercicios 2014 y 2015.

<sup>1431</sup> SÁNCHEZ BAYLE, M.: “Comienza la contrarreforma sanitaria...”, pág. 178.

<sup>1432</sup> Habrá, pues, que diferenciar entre la prestación ortoprotésica que se realiza mediante dispensación ambulatoria, la cual está sujeta a aportación del usuario al integrar la cartera común suplementaria y, de otro lado, la prestación ortoprotésica que se dispensa en centros sanitarios sin aportación del usuario, principalmente los implantes quirúrgicos. AA.VV.: *Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad Social*, MARTÍN VALVERDE, A. Y GARCÍA MURCIA, J. (Dir. y Coords.), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 716.

marco propio del porcentaje de aportación del usuario sí es concretado en la norma, al señalar que se regirá por las mismas normas que rigen al respecto la prestación farmacéutica<sup>1433</sup>, tomando como base de cálculo para ello el precio final del producto y sin que se aplique el mismo límite de cuantía a esta aportación.

La plena trasposición de la aportación en el ámbito de la prestación farmacéutica ambulatoria a las demás componentes de la cartera común suplementaria no ha quedado exenta de fundamentada denuncia<sup>1434</sup>. Lo cierto es que la diferencia en la naturaleza de la prestación resulta demasiado relevante para proceder a una asimilación en la participación. Téngase en cuenta, a título ilustrativo, la variación del precio final en un caso y en los otros. Asimismo, resulta criticable que no se admita la posibilidad de fijar el mismo límite de cuantía cuando, tal y como establece la legislación farmacéutica, su establecimiento en este ámbito obedece al ánimo de preservar la continuidad de los tratamientos de carácter crónico y asegurar un alto nivel de equidad a los pacientes pensionistas con tratamientos de larga duración<sup>1435</sup>. Si ése es el (encomiable) propósito que está detrás del establecimiento de topes máximos en el ámbito farmacéutico, no resulta razonable que se descarte su estipulación en relación con prestaciones igualmente capitales del sistema sanitario, como son la ortoprotésica y la prestación con productos dietéticos.

### **1.3.- Cartera común de servicios accesorios.**

---

<sup>1433</sup> Conforme señala el art. 94 bis. 5 LGURM, el porcentaje de aportación del usuario es de un 60 % del PVP para los usuarios y sus beneficiarios cuya renta sea igual o superior a 100.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, un 50 % del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado activo y sus beneficiarios cuya renta sea igual o superior a 18.000 euros e inferior a 100.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, un 40% del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado activo y sus beneficiarios y no se encuentren incluidos en ninguno de los apartados anteriores, así como un 10 % del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios, con excepción de las personas incluidas en el primer supuesto.

Según el apartado octavo, están exentos de aportación los usuarios y sus beneficiarios afectados de síndrome tóxico y personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica, las personas perceptoras de rentas de integración social, las personas perceptoras de pensiones no contributivas, los parados que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo, en tanto subsista su situación, y las personas con tratamientos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

<sup>1434</sup> En GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud...”, pág. 546, se propone el establecimiento de otra categorización más detallada introduciendo mayor número de tramos en función de los ingresos.

<sup>1435</sup> Art. 94.bis.6 LGURM.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

En un claro distanciamiento con respecto a la regulación anterior, que omitía cualquier referencia expresa a las prestaciones que no repercuten en el estado sanitario de la persona de forma directa, desde la reforma de 2012, se incluye en la novedosa cartera común de servicios accesorios del Sistema Nacional de Salud “todas aquellas actividades, servicios o técnicas, sin carácter de prestación, que no se consideran esenciales y/o que son coadyuvantes o de apoyo para la mejora de una patología de carácter crónico, estando sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario” (art. 8 quáter LCC). Según se advierte, la accidentalidad de estas prestaciones, así como la contribución del titular a su financiación mediante la pertinente aportación<sup>1436</sup>, constituyen las señas de identidad del contenido de la tercera cartera. Si bien, y al igual que ocurría en la cartera recién referida, las normas encargadas de regular el régimen de aportación del usuario o, en su caso, el reembolso, serán las mismas que regulan la prestación farmacéutica, tomando como referencia el precio final de facturación que se decida para el Sistema Nacional de Salud.

Dado que no se concretan los servicios que ostentan la consideración de accesorios, tal tarea de definición, junto a la fijación de los importes máximos de financiación y los coeficientes de corrección a aplicar para determinar la facturación definitiva a los servicios autonómicos de salud por parte de los proveedores, así como las modalidades de aportación o reembolso aplicables, es postergada a la pertinente orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, a propuesta de la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación. Asimismo, se remite a la correspondiente orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la efectividad de las actividades, servicios o técnicas incluidas en esta modalidad de cartera una vez aprobadas. Hasta que dicha norma no vea la luz, la efectividad de las actividades, servicios o técnicas incluidas en esta modalidad de cartera no despliega efecto alguno.

### **1.4.- Cartera de servicios complementaria de la Comunidades Autónomas.**

---

<sup>1436</sup> La LCC dispone en el precepto aludido que dicha aportación “se regirá por las mismas normas que regulan la prestación farmacéutica, tomando como referencia el precio final de facturación que se decida para el Sistema Nacional de Salud”.

El RDley 2012, en su afán reordenador, ha dotado de nuevo contenido la ya existente cartera de servicios complementaria de las Comunidades Autónomas en el art. 11 RDCSC, que permanece en vigor, ya se sabe, en tanto en cuanto no se oponga a lo sentado en dicha norma<sup>1437</sup>.

En la lógica propia de nuestro modelo sanitario descentralizado, constitucionalmente consentido, las Comunidades Autónomas ostentan competencia para aprobar sus respectivas carteras de servicios, siempre, eso sí, que se incluya como mínimo común denominador, la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud<sup>1438</sup> y, con ella, las tres modalidades que la componen, esto es, la básica de servicios asistenciales, la suplementaria y la de servicios accesorios. La diferenciación autonómica, por tanto, se produce en las carteras de servicios como ámbito natural dispuesto por la LCC para el ejercicio de las competencias autonómicas de desarrollo, lo que no resulta extrapolable al catálogo de prestaciones que, al ser "general, relativamente abstracto y prácticamente omnicomprendivo, sería difícil encajar en las categorías alguna nueva"<sup>1439</sup>.

Esta cartera complementaria representa, por tanto, una necesaria manifestación del principio de autonomía en el ámbito prestacional sanitario, lo cual explica el carácter complementario con que se adjetiva la cartera en cuestión, pues no puede venir en ningún caso a cercenar el contenido de la común, sino a completar o mejorar el mínimo inquebrantable que ésta incorpora. El principio de igualdad en que se basa el modelo sanitario, hasta el punto de hacer de él el fundamento de las garantías de accesibilidad y movilidad analizadas en el Capítulo anterior, exige que todos los usuarios del sistema gocen de iguales prestaciones básicas<sup>1440</sup>, sobre las cuales, se insiste, cada Comunidad Autónoma tiene la facultad de añadir las que estime pertinente en el ejercicio de sus competencias, y dirigidas, como ha indicado el Tribunal Constitucional<sup>1441</sup>, "a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado". Por

---

<sup>1437</sup> Disposición Transitoria segunda del RDley 2012.

<sup>1438</sup> Se trata de reforzar la garantía de accesibilidad e igualdad que reposa en su fundamento. En este sentido, resulta más acertada la dicción que se incorpora tras la reforma de 2012, al añadir el adjetivo "comunes" a la cartera de servicios del SNS.

<sup>1439</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J., loc. cit., pág. 32. Añade el autor que una medida de este tipo por parte de una Comunidad podría alterar el orden que introduce al efecto la LCC.

<sup>1440</sup> Se asiste a un fiel reflejo del marco competencial constitucionalmente consagrado, en el que el Estado asume la legislación básica por la que establece un mínimo común uniforme en todo el territorio nacional.

<sup>1441</sup> STC 22/2012, de 16 de febrero.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

su parte, el Consejo Interterritorial del SNS irrumpe en este escenario autonómico, pues le incumbe, en su caso, la emisión de recomendaciones sobre el establecimiento por parte de las Comunidades Autónomas de prestaciones sanitarias complementarias a las prestaciones comunes del Sistema Nacional de Salud. Es ésta una nueva expresión de la inquietud que muestra el RDley 2012 por reforzar la igualdad y equidad en el conjunto del territorio español.

En cualquier caso, si autonómica es la fijación del contenido de la cartera complementaria, de forma que las Comunidades pueden incorporar una técnica, tecnología o procedimiento no contemplado en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, igualmente corresponde al nivel autonómico la asunción, con cargo a los propios presupuestos de los entes territoriales, de todos los costes de aplicación de la cartera de servicios complementaria a las personas que tengan la condición de asegurado o de beneficiario. Y ello, sin que exista, como no podía ser de otra forma, discriminación alguna con respecto al usuario, ya sea desplazado o residente. De nuevo aparece la garantía de igualdad, esta vez en su acepción territorial, como trasfondo de la pretensión de lograr una atención sanitaria homogénea en todo el territorio español, coherente con el mandato de equidad que está insistentemente presente en la normativa sanitaria y a la que se insta desde el plano comunitario<sup>1442</sup>.

Desde luego que la financiación con cargo a los propios recursos autonómicos resulta plenamente coherente con el principio autonómico que radica en la configuración del modelo sanitario, si bien la previsión normativa no deja de plantear ciertos problemas en términos de generación de una posible desigualdad entre las Comunidades Autónomas, y es que aquellas con mayor capacidad presupuestaria dispondrán consecuentemente de un abanico prestacional más amplio que el de que las que disponen de menos recursos económicos<sup>1443</sup>. En todo caso, no queda sino reconocer en éste un efecto derivado del funcionamiento y lógica de nuestro Estado social autonómico y, con ello, un efecto que, siendo reprobable, resulta al mismo tiempo inevitable. En este sentido, no le falta razón a

---

<sup>1442</sup> No se olvide a este respecto que, precisamente, los valores esenciales de universalidad, acceso a una atención sanitaria de buena calidad, equidad y solidaridad, figuran con preponderancia en las conclusiones del Consejo sobre los valores y principios comunes de los sistemas sanitarios de la Unión Europea, de 2 de junio de 2006.

<sup>1443</sup> MEDINA GONZÁLEZ, S., op. cit., pág. 204.

MONTOYA MELGAR cuando afirma que la elaboración de carteras de servicios complementarias por parte de las Comunidades Autónomas deja abierta la posibilidad de diferencias en los métodos o instrumentos sanitarios en ellas empleados, promoviendo una competencia ante la cual las Comunidades no se encuentran en iguales condiciones<sup>1444</sup>.

La cartera complementaria que se analiza ha de reunir iguales requisitos que los establecidos para la incorporación de nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos a la cartera común de servicios. Se tiende, así, a disponer en el escalón autonómico, las mismas garantías que contribuyen a la fiabilidad del panorama prestacional sanitario en el ámbito estatal. En particular, la incorporación ha de ir precedida por la debida información motivada al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, el cual tiene capacidad para emitir, en su caso, recomendaciones sobre el establecimiento por parte de las Comunidades Autónomas de prestaciones sanitarias complementarias a las comunes del Sistema Nacional de Salud<sup>1445</sup>. Según se advierte, el elemento de control está arraigado con fuerza en la articulación y despliegue de las carteras autonómicas. En este sentido, las Comunidades han de poner en conocimiento del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad los servicios complementarios no contemplados en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud tras su incorporación efectiva a su cartera de servicios autonómica, los cuales se incluirán en el sistema de información correspondiente<sup>1446</sup>. Se trata, por tanto, de consolidar el control al que se hacía referencia, y hacerlo, en concreto, a través de una acción coordinada al respecto. Lo cierto es que un sistema con la complejidad del SNS, complejidad debida en buena parte a la descentralización territorial y sus implicaciones, no puede funcionar coherentemente sin la debida información entre los agentes intervinientes que contribuya a una acción conjunta e integrada, capaz de eludir disfunciones indeseables. La descentralización no puede ser

---

<sup>1444</sup> MONTOYA MELGAR, A.: "Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud (Apunte para un estudio)", *Revista Aranzadi Social*, núm. 5, 2004. BIB 2004\542.

<sup>1445</sup> Lo cual constituye una plasmación del art. 71.1.b. LCC, el cual, al referenciar las materias a las que se extienden los cometidos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, alude expresamente al establecimiento de prestaciones sanitarias complementarias a las prestaciones básicas del Sistema Nacional de Salud por parte de las Comunidades Autónomas.

<sup>1446</sup> Se trata de garantizar la consecución de la equidad en el acceso a las prestaciones de cualquier usuario, con independencia de la Comunidad Autónoma en la que resida, de garantizar, en fin, el funcionamiento cohesionado del sistema público sanitario. HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: "Reflexiones críticas sobre el catálogo de prestaciones...", pág. 71.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

separada de las notas de coordinación y coherencia. No se olvide, que son éstas las premisas irrenunciables de nuestro modelo de Estado social autonómico, el cual, como se ha apuntado con acierto, “para ser autonómico primero ha de ser Estado y, por tanto, solidario y equitativo”<sup>1447</sup>.

En todo caso, la previsión de estas carteras complementarias por parte de las Comunidades Autónomas no puede quedar sólo en la proyección de su contenido, pues también debe quedar asegurada su viabilidad. Ocupa, en consecuencia, un papel central en este contexto el compromiso financiero, en base al cual se encomienda a los entes autonómicos el establecimiento de los recursos adicionales necesarios para la introducción de técnicas, tecnologías o procedimientos no contemplados en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud. En efecto, la garantía relativa a la capacidad financiera es objeto de persistente exigencia en este ámbito, pues, asimismo, las Comunidades Autónomas se hallan compelidas a destinar los recursos económicos necesarios para asegurar la financiación de la cartera común de servicios, siendo preceptiva para la aprobación de las respectivas carteras complementarias, de manera novedosa tras la reforma sanitaria, la garantía previa de suficiencia financiera en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria<sup>1448</sup>. Asistimos al reforzamiento de un criterio de factibilidad económica que, tendente a evitar desajustes posteriores a la fijación formal del contenido de la cartera de servicios, se compadece con la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, en concreto, con el principio de sostenibilidad financiera que sienta en sus arts. 3 y 4 y la prohibición de incurrir en déficit estructural a que se refiere su art. 11.2. Tal y como se ha apuntado<sup>1449</sup>, la regulación sanitaria actual entraña un amplio condicionamiento, pues no sólo se trata de ostentar recursos cuando se adopta la decisión, sino que también juega un papel determinante la preceptiva sostenibilidad financiera que en el marco general del contexto autonómico deben tener las prestaciones en cuestión. Ciertamente, este imperativo de sostenibilidad no se limita al

---

<sup>1447</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica...”, pág. 402.

<sup>1448</sup> Se ha denunciado la posible inconstitucionalidad de esta previsión por suponer una invasión de las competencias autonómicas en materia sanitaria, por limitar, en suma, la capacidad de desarrollo legislativo de las bases de cuya competencia son titulares las Comunidades Autónomas. BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril...”. BIB 2012\940.

<sup>1449</sup> PALOMAR OLMEDA, A., op. cit., pág. 141.

inicial momento configurador de la cartera, sino que su vigencia se mantiene a lo largo de toda la vida de ésta.

En cualquier caso, conviene destacar que la operatividad del principio de autonomía a este respecto no se limita al ámbito prestacional, sino también al de financiación. Quiere ello decir que nada obstaría, en principio, a que una Comunidad Autónoma decidiese financiar íntegramente una determinada prestación sobre la que la legislación estatal fija la imposición de un determinado copago en la Cartera común básica. Piénsese en el transporte sanitario no urgente, por ejemplo. Así lo entiende también BELTRÁN AGUIRRE<sup>1450</sup>, en base a que "ya no estamos en la estricta regulación de un derecho constitucional, sino en la regulación de legislación básica en la que entra en juego al reparto de competencias en materia de sanidad". De tal forma que la Cartera común fija el montante a financiar por el SNS, sin que el mismo pueda ser disminuido a nivel autonómico, estableciendo una mayor aportación de los pacientes. Las Comunidades Autónomas sí podrían, en cambio, mejorar el mínimo que es fijado para el conjunto del territorio nacional, esto es, optar por su financiación completa.

## **2.- DESARROLLO DE LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS.**

Una vez expuesta la organización de la cartera común de servicios, con especial referencia a las modalidades introducidas por el RDley 2012, procede seguidamente descender a la forma en que se fija su contenido concreto. Así pues, y de acuerdo con el art. 20 LCC, igualmente afectado por la reforma acontecida en 2012, la determinación del contenido de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud se lleva a cabo mediante acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, a propuesta de la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación. En todo caso, el mandato no es genérico, pues se precisan normativamente los criterios que deben informar el proceso de desarrollo de la cartera, aludiéndose a la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas, las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales, así como su impacto

---

<sup>1450</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J. L., "Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril...". BIB 2012\940.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

económico<sup>1451</sup> y organizativo, previéndose la intervención de la Red Española de Agencias de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Prestaciones del Sistema Nacional de Salud en la estimación del empleo efectivo de tales criterios<sup>1452</sup>. Luego la cartera de servicios no sólo delimita el contenido de las prestaciones sanitarias, sino que da fiabilidad técnico-científica a las mismas<sup>1453</sup>.

La Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación<sup>1454</sup>, dependiente del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, así como de los comités y grupos de trabajo de ella dependientes (9.1 RDCSC), cumple una función capital al canalizar la participación de las Comunidades Autónomas en la determinación del contenido de la cartera de servicios, aunque sea en forma de propuesta inspiradora. No se olvide que aspectos cruciales de la asistencia sanitaria, señaladamente la financiación, se hallan descentralizados, luego los entes autonómicos tienen mucho que decir y aportar en este ámbito.

Además de la valoración de las repercusiones de una técnica, tecnología o procedimiento sobre la salud de la población, sobre la organización del sistema sanitario, de las repercusiones éticas, legales y sociales y su impacto económico, para realizar las propuestas sobre su posible inclusión en la cartera de servicios comunes del SNS, la Comisión tiene atribuida una larga serie de cometidos. En concreto, a ella compete el estudio y elevación de las correspondientes propuestas al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre las cuestiones que expresamente se le encomienden,

---

<sup>1451</sup> Adviértase que, de nuevo, y como caracteriza a la reforma de 2012, la vertiente económica emerge en una pauta determinante en la ordenación del contenido prestacional sanitario.

<sup>1452</sup> Esta Red fue creada en virtud del Real Decreto-Ley 16/2012, siendo formalizada la constitución de su consejo en la Orden SSI/1833/2013, de 2 de octubre.

<sup>1453</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J., loc. cit., pág. 26.

<sup>1454</sup> La Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación está presidida por el Director General de Cohesión del Sistema Nacional de Salud y Alta Inspección, como órgano responsable de la elaboración y evaluación de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. Se integran en ella, como vocales, un representante de cada una de las Comunidades Autónomas, de cada una de las mutualidades de funcionarios (MUFACE, MUGEJU e ISFAS), del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, de la Subdirección General de Análisis Económico y Fondo de Cohesión, del Instituto de Salud Carlos III, de la Dirección General de Salud Pública, de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios y de la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud. También cuenta con una secretaría que es ejercida por el titular de la Subdirección General del Ministerio de Sanidad responsable de la cartera de servicios. A su vez, la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación puede incorporar a sus deliberaciones, con voz pero sin voto, a los expertos en cada una de las materias, que se consideren oportunos, en concepto de asesores, o promover, previo a sus decisiones, el consenso profesional a través de grupos de trabajo que convoque a tal efecto en supuestos o circunstancias específicas.

relacionadas con el aseguramiento, la ordenación de prestaciones y su financiación; la tramitación de las propuestas sobre actualización de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, así como otras normativamente atribuidas en la tramitación de los expedientes de actualización de dicha cartera; el establecimiento, en su caso, de plazos máximos para cada uno de los trámites de tales expedientes; la determinación de los requisitos de calidad metodológica y el contenido de los informes de evaluación y los de repercusión económica; la regulación del acceso a la información del sistema de seguimiento informatizado de solicitudes de actualización; y, por último, la realización de las propuestas de uso tutelado, a iniciativa del Ministerio de Sanidad y Política Social o de alguna de las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, y siguiendo con el desarrollo de la cartera común de servicios, la LCC, en su art. 20.2, realiza una exclusión de entrada, al dejar fuera aquellas “técnicas, tecnologías y procedimientos cuya contribución eficaz a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autonomía y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento no esté suficientemente probada”. Esta exclusión ha de hacerse extensiva, tal y como hace el art. 5.4 RDCSC, tanto a la realización de reconocimientos y exámenes o pruebas biológicas voluntariamente solicitadas o realizadas por interés de terceros, como a las técnicas, tecnologías o procedimientos que se encuentren en fase de investigación clínica, salvo los autorizados para uso compasivo; las que no guarden relación con enfermedad, accidente o malformación congénita; así como las que tengan como finalidad meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte o mejora estética o cosmética, uso de aguas, balnearios o centros residenciales u otras similares<sup>1455</sup>. Actuaciones estas últimas que, aun cuando se acometen en ámbitos sanitarios, su conexión con la salud de las personas implicadas puede ser tan sólo mediata o indirecta<sup>1456</sup>. Al no hacerse referencia a la fuente de financiación en

---

<sup>1455</sup> En LANTARÓN BARQUÍN, D., "*Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...*", pág. 74, se señala que, bien por olvido del legislador, bien para reconducir esta materia a su correspondiente ámbito normativo, se omite la fórmula relativa a “su posible tención por los servicios sociales o de otra naturaleza”.

<sup>1456</sup> PEMÁN GAVÍN, J.: “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas...”, pág. 98.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

estos casos, hay quien ha sostenido que el SNS no podría llevar a cabo tales actuaciones ni aun con cargo a otras vías<sup>1457</sup>.

### 3.- PROCEDIMIENTO DE ACTUALIZACIÓN.

Cuando en el capítulo anterior se expusieron las notas definidoras del contenido prestacional de la asistencia sanitaria, se hizo referencia a su carácter eminentemente dinámico. Lo cierto es que la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud no puede quedar inamovible, pues los avances que se suceden en la técnica y en la ciencia médica, en respuesta a la irrupción de nuevas enfermedades, impulsan a modo de motor la adaptación de las prestaciones a la realidad en que se dispensan. Por razones obvias, es la sanitaria una materia enormemente sensible al progreso científico y técnico. En este sentido, si ciencia y técnica se hallan en continua evolución, es menester que cada prestación pueda ver reajustados las tecnologías y procedimientos a ellas enlazados para asegurar la calidad que se enuncia con insistencia como requerimiento de nuestro modelo sanitario. Y es que será imposible proclamar dicho atributo respecto de un sistema que con el tiempo se revela desfasado. La revisión actualizada juega, por tanto, un papel clave en las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, de ahí que se establezca un procedimiento dotado de amplia flexibilidad en aras de facilitar la adecuación de la cartera a las posibilidades que implementa el contexto científico, técnico y económico en cada momento.

Si bien en el catálogo no se prevé un mecanismo propio de modificación o ampliación, no es este el caso de la cartera de servicios. Es por ello que al primero se le ha considerado el “elemento general, permanente y estático” en el sistema de prestaciones

---

<sup>1457</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., "*Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...*", págs. 74 y 75, dado que no se alude a prestaciones no financiadas, como hacía el Anexo III RDOPS, sino que se excluyen sin referencia alguna a la financiación. En contra, SANZ MERINO, A. R.: *Manual básico del sistema de Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2010, págs. 635 y 636, estima que sí cabe sufragar con otros fondos la expedición de informes o certificados sobre el estado de salud, el reconocimiento o las pruebas biológicas solicitadas voluntariamente o realizadas por interés de terceros, la cirugía estética, los tratamientos en balnearios y curas de reposo, la cirugía de cambio de sexo, la hipnosis y el psicoanálisis.

sanitarias, siendo las carteras de servicios los “elementos concretos, variables y dinámicos”<sup>1458</sup>.

Descendiendo a la fórmula en cuestión, el art. 21 LCC dispone que la actualización se lleva a cabo mediante orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud<sup>1459</sup>. Si bien el precepto encomienda al desarrollo reglamentario el concreto procedimiento de actualización, lo cierto es que no se resiste a precisar que las técnicas, tecnologías o procedimientos que se pretendan incluir han de ser sometidas a evaluación, con carácter preceptivo y previo a su utilización en el Sistema Nacional de Salud, por la Red Española de Agencias de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Prestaciones del Sistema Nacional de Salud<sup>1460</sup>. En consecuencia, antes de proceder a la incorporación de que se trate, debe tener lugar el pertinente proceso de valoración que contribuye a aportar seguridad a los profesionales, los pacientes y la sociedad en general<sup>1461</sup>. Evidentemente, en las prestaciones dirigidas a la reparación de un bien jurídico esencial como la salud, tiene una importancia decisiva la existencia de consenso científico sobre su eficacia.

En la referida evaluación, la Red de Agencias ha de verificar la concurrencia de una serie de requisitos, legalmente detallados, en las técnicas, tecnologías o procedimientos que se pretendan incorporar a la cartera de servicios para su financiación pública. En concreto, la LCC alude a la contribución de forma eficaz a la prevención, al diagnóstico o al tratamiento de enfermedades, a la conservación o mejora de la esperanza de vida, al autovalimiento o a la eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento; la aportación de una mejora, en términos de seguridad, eficacia, efectividad, eficiencia o utilidad demostrada respecto a otras alternativas facilitadas en el momento de que se trate; y, por

---

<sup>1458</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J., op. cit., pág. 61.

<sup>1459</sup> Nótese que, en el propósito de evitar todo procedimiento complejo y susceptible de dilatarse en el tiempo, se opta por la Orden ministerial como el instrumento normativo más apropiado.

<sup>1460</sup> No rige ya la evaluación por el Ministerio de Sanidad, a través de la agencia de evaluación de tecnologías sanitarias del Instituto de Salud Carlos III en colaboración con otros órganos evaluadores propuestos por las Comunidades Autónomas, que preveía el art. 7.2. En consecuencia, como se argumenta en GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud...”, pág. 558, a la luz de la Disposición Transitoria segunda de la norma, ha de entenderse derogada dicha previsión.

<sup>1461</sup> TEMES MONTES, J. L. Y GIL REDRADO, J., op. cit., pág. 102.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

último, el cumplimiento de las exigencias que establezca la legislación vigente, en el caso de que incluyan la utilización de medicamentos o productos sanitarios<sup>1462</sup>.

En todo caso, con anterioridad a la inclusión en la cartera de aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos que para su realización precisen utilizar un medicamento, producto sanitario, producto dietético u otro tipo de producto, el art. 5.2 RDCSC incorpora una serie de exigencias concretadas en las siguientes: los medicamentos no sólo han de encontrarse autorizados para su comercialización de acuerdo con la legislación vigente, pues también han de utilizarse conforme a las especificaciones de su ficha técnica autorizada; los productos sanitarios, incluidos los implantes y los reactivos para diagnóstico “in vitro”, deben contar con el marcado CE para la indicación de que se trate, así como los restantes requisitos que establece el Real Decreto 414/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios, y demás normativa de aplicación; los productos dietéticos han de figurar inscritos en el Registro General Sanitario de Alimentos como alimentos dietéticos destinados a usos médicos especiales; mientras que los productos sometidos a regulación específica han de respetar la normativa vigente que les sea de aplicación.

Hasta que se apruebe el desarrollo reglamentario al que se refiere la LCC, el RDCSC sigue siendo la norma encargada de articular el procedimiento de actualización<sup>1463</sup>. De acuerdo con las previsiones en ella contenidas, las correspondientes propuestas han de llevarse a cabo por iniciativa de las administraciones sanitarias de las Comunidades

---

<sup>1462</sup> Más detalladamente, el RDCSC señala que el procedimiento de evaluación para la actualización de la cartera de servicios comunes, se aplica a las técnicas, tecnologías o procedimientos relevantes, entendiendo por tales aquellas que representen una aportación sustancialmente novedosa a la prevención, al diagnóstico, a la terapéutica, a la rehabilitación, a la mejora de la esperanza de vida o a la eliminación del dolor y el sufrimiento; las que constituyan nuevas indicaciones de equipos o productos ya existentes; las que requieran para su aplicación nuevos equipos específicos; las que modifiquen de modo significativo las formas o sistemas organizativos de atención a los pacientes; las que afecten a amplios sectores de población o a grupos de riesgo; las que supongan un impacto económico significativo en el Sistema Nacional de Salud; o bien las que supongan un riesgo para los usuarios o profesionales sanitarios o el medio ambiente.

<sup>1463</sup> Se ha denunciado que, en la práctica, la inclusión de nuevas tecnologías se hace en base a la sola decisión del facultativo, de modo que no se procede a una auténtica evaluación de su efectividad y eficiencia. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., op. cit., pág. 305. A este respecto, la autora argumenta que, desde el acuerdo del pleno del CISNS de 1999, no se ha vuelto a recurrir a este procedimiento para evaluar la introducción de nuevas técnicas o tecnologías en el SNS.

En este sentido, en las mismas líneas introductorias del RDCSC se reconoce que, desde el RDOPS, “se han producido avances e innovaciones en la atención sanitaria que, aunque se han ido incorporando a la práctica clínica, no han sido objeto de una inclusión formal en el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud”.

Autónomas o del propio Ministerio de Sanidad, a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. En concreto, tal propuesta ha de ser acompañada por una memoria técnica que recoja los resultados de la evaluación acometida por la Red de Agencias aludida anteriormente, las repercusiones bioéticas y sociales, así como una memoria económica que contenga la valoración del impacto positivo o negativo que pueda suponer. Si, de acuerdo con las estimaciones económicas que se realicen, la introducción de una nueva técnica, tecnología o procedimiento pudiera determinar un incremento del gasto con implicaciones presupuestarias significativas para el Sistema Nacional de Salud, compete su análisis por la Comisión interministerial para el estudio de los asuntos con trascendencia presupuestaria para el equilibrio financiero del Sistema Nacional de Salud o implicaciones económicas significativas, que ha de emitir el preceptivo informe a presentar ante el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Por su parte, el Ministerio de Economía debe trasladar dicho informe al Consejo de Política Fiscal y Financiera, al cual corresponde proponer las medidas necesarias para garantizar el equilibrio financiero del Sistema Nacional de Salud. Una vez concluida la tramitación de los expedientes, éstos son elevados a la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación, la cual acuerda la pertinente propuesta sobre la inclusión o exclusión de la técnica, tecnología o procedimiento de que se trate. Por último, la aprobación definitiva de las propuestas que se formulen por dicha Comisión es competencia del Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud<sup>1464</sup>.

---

<sup>1464</sup> Un ejemplo reciente de la puesta en práctica de este procedimiento se encuentra en la Orden SSI/1640/2012, de 18 de julio, por la que se modifica el Anexo VI del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, y los anexos I y III del Real Decreto 1205/2010, de 24 de septiembre, por el que se fijan las bases para la inclusión de los alimentos dietéticos para usos médicos especiales en la prestación con productos dietéticos del Sistema Nacional de Salud y para el establecimiento de sus importes máximos de financiación. En esta orden se suprimió el subtipo “MPAA6 Módulos de L-glutamina” del anexo I, tipos y subtipos de alimentos dietéticos destinados a usos médicos especiales susceptibles de financiación por el Sistema Nacional de Salud.

A la vista de la información científica disponible, se plantearon dudas sobre la indicación de estos módulos en las patologías y situaciones clínicas para las que se financian los productos dietéticos en el Sistema Nacional de Salud. Por ello, la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación acordó iniciar un procedimiento de evaluación que siguiese el esquema previsto en la Orden SCO/3422/2007, de 21 de noviembre, por la que se desarrolla el procedimiento de actualización de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, con el fin de llevar a cabo su exclusión en caso de que se confirmaran las dudas sobre su eficacia y utilidad sanitaria en las indicaciones financiadas. Pues bien, realizadas las oportunas evaluaciones sanitarias y económicas, el Comité asesor para la prestación con productos dietéticos, en la reunión de 29 de marzo de 2011, acordó elevar a la Comisión de Prestaciones, Aseguramiento y

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Ahora bien, tal y como especifica el RDCSC<sup>1465</sup>, el régimen de actualización en él previsto no resulta aplicable a la prestación farmacéutica, la cual se rige por su propia normativa, y con los cauces de participación de las Comunidades Autónomas que se establezcan en la misma. Asimismo, se excluye su aplicación respecto de aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos que supongan un cambio menor de otros ya existentes o incorporen dispositivos o productos con modificaciones técnicas menores, salvo en el caso de que cumplan con alguno de los requisitos recopilados líneas arriba.

En el ámbito de la inclusión de nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos, resulta referencia obligada el uso tutelado, el cual, regulado en el art. 22 LCC, tiene como principal cometido la determinación del grado de seguridad, eficacia, efectividad o eficiencia de la técnica, tecnología o procedimiento antes de decidir sobre la conveniencia o necesidad de su inclusión efectiva en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud. Su concreta autorización compete al Ministerio de Sanidad, bien por propia iniciativa, bien a propuesta de las correspondientes Administraciones públicas sanitarias y previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. El uso tutelado se lleva a cabo de acuerdo con un diseño de investigación, por períodos de tiempo limitados, en centros expresamente autorizados para ello y con arreglo a protocolos específicos destinados a garantizar su seguridad, el respeto a la bioética y el logro de resultados relevantes para el conocimiento. En todo caso, emerge en requerimiento imprescindible recabar el consentimiento informado de los pacientes a los que se vayan a aplicar dichas técnicas, tecnologías o procedimientos.

### **4.- POSIBLES EXCLUSIONES.**

Prevista como está, según se acaba de exponer, la inclusión de técnicas, tecnologías o procedimientos en la cartera de servicios en aras de actualizar su contenido, resulta lógico que en ese mismo propósito de lograr un plantel adaptado al alcance de la técnica y la ciencia médica, se prevea la remoción de los elementos que se revelen deficientes. La

---

Financiación la propuesta de exclusión de los módulos de L-glutamina de la cartera de servicios comunes, lo cual fue ratificado por la citada Comisión el 12 de abril de 2011.

<sup>1465</sup> Cuarto apartado del art. 7.

actualización prevista no sólo acoge, por tanto, una vertiente inclusiva, sino también exclusiva, aunque esta última no resulte tan nítida como la primera<sup>1466</sup>. En concreto, el apartado quinto del art. 21 LCC aglutina las pautas necesarias que deben presidir la correspondiente exclusión. Así pues, la puesta en marcha de este procedimiento procede en los casos<sup>1467</sup> en que se evidencie la falta de eficacia, efectividad o eficiencia de la técnica, tecnología o procedimiento incluido, o que el balance entre beneficio y riesgo sea significativamente desfavorable; cuando haya perdido su interés sanitario como consecuencia del desarrollo tecnológico y científico; o bien si deja de cumplir los requisitos establecidos por la legislación vigente; supuestos a los que añade el art. 5.5 del texto legal la falta de acreditación de utilidad sanitaria.

En cuanto al procedimiento, se sigue, por indicación del art. 8.6 RDCSC, la misma dinámica que la dispuesta para las inclusiones. Ahora bien, el precepto no deja de especificar que, en los casos en que existan indicios de que una técnica, tecnología o procedimiento tiene un balance entre beneficio y riesgo significativamente desfavorable, el Ministerio de Sanidad ha de proceder a su exclusión cautelar, poniéndolo en conocimiento de las Comunidades Autónomas de forma inmediata e informando de ello a la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación, para que adopten las medidas necesarias. Simultáneamente, procede el inicio de la tramitación del expediente que permita ratificar la exclusión cautelar o proponer medidas sobre su utilización o sobre el seguimiento de los pacientes. A su vez, en el caso de que lleve aparejada la utilización de un medicamento, producto sanitario u otro tipo de producto sometido a regulación específica, se le aplica el mecanismo de vigilancia y control de los incidentes que pudieran dar lugar a un riesgo para la salud de los pacientes que establezca la normativa que lo regule.

---

<sup>1466</sup> ROMERAL HERNÁNDEZ, J., op. cit., pág. 323. Alega la autora distintas razones en la difícil delimitación entre inclusiones y exclusiones. En primer lugar, el contenido prestacional aparece ciertamente disperso en un amplio abanico de normas al que se une la prolija normativa autonómica que amplía el contenido básico de la Cartera del SNS. En segundo lugar, el RDCSN carece de un anexo específico de servicios excluidos, técnica empleada para regular el listado de prestaciones incluidas, haciendo en ocasiones referencias puntuales a las exclusiones. Por último, el contenido de la cartera de servicios es cambiante, derivado de los cambios sociales y del progreso técnico y científico, que abre nuevas posibilidades asistenciales y deja otras obsoletas.

<sup>1467</sup> Reténgase que los supuestos son tasados y su requerimiento es alternativo, no cumulativo.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Según se advierte, la regulación normativa se refiere al procedimiento de exclusión de las prestaciones en ella contempladas, pero no hace, como hacía el anterior RDOPS, una referencia expresa a aquellas que lo están desde el principio (excepto ciertas exclusiones puntuales en el listado de prestaciones cubiertas<sup>1468</sup>), lo que ha sido elogiado en términos de técnica legislativa<sup>1469</sup>.

En todo caso, no está de más recordar que las prestaciones que no se hallen incluidas no se cubren con financiación pública, sin que quiera esto decir que no puedan dispensarse por el Sistema Nacional de Salud, pues cabe la vía del paciente privado (arts. 16 LGS y 2.7 RDCSC). Es el Anexo IX del RDCSC el que se refiere expresamente a la asistencia sanitaria cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago, lo que ha suscitado críticas por parte de quienes estiman que hubiera sido más adecuado su establecimiento en la LCC, en base a los objetivos que promueven este texto legal<sup>1470</sup>. En concreto, describe los supuestos en que los servicios públicos de salud pueden requerir a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, incluido el transporte sanitario, la atención de urgencia, la atención especializada, la atención primaria, la prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica, las prestaciones con productos dietéticos y la rehabilitación:

- Asegurados o beneficiarios del sistema de Seguridad Social pertenecientes a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, Mutualidad General Judicial o al Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud.

---

<sup>1468</sup> Así, a título ilustrativo y según se constatará más adelante, de la atención a la salud bucodental, el RDSNS excluye expresamente el tratamiento reparador de la dentición temporal, los tratamientos ortodóncicos, las exodoncias de piezas sanas, los tratamientos con finalidad exclusivamente estética, los implantes dentarios y la realización de pruebas complementarias para fines distintos de las prestaciones contempladas como financiables por el Sistema Nacional de Salud. Igualmente, del nivel de atención especializada, quedan excluidos todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos con finalidad estética, que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, los tratamientos en balnearios y las curas de reposo.

<sup>1469</sup> GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: "Cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud...", pág. 560. En consecuencia, aquello que no esté contenido en el RDCSC se considera excluido del SNS y, por tanto, del acceso de los usuarios. En el mismo sentido, ROMERAL HERNÁNDEZ, J., op. cit., pág. 323.

<sup>1470</sup> HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: "Reflexiones críticas sobre el catálogo de prestaciones...", pág. 65.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- Asegurados o beneficiarios de empresas colaboradoras en la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social, en aquellas prestaciones cuya atención corresponda a la empresa colaboradora conforme al convenio o concierto suscrito.

- Accidentes de trabajo o enfermedades profesionales a cargo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina.

- Seguros obligatorios, tales como el seguro obligatorio de los deportistas federados y profesionales, el seguro obligatorio de vehículos de motor, el seguro obligatorio de viajeros, el seguro obligatorio de caza y, en general, cualquier otro seguro obligatorio.

- Convenios o conciertos con otros organismos o entidades, en cuyo caso, se ha de reclamar el importe de la asistencia prestada, de acuerdo con los términos del convenio o concierto correspondiente.

- Ciudadanos extranjeros, incluyéndose los siguientes supuestos:

· Asegurados o beneficiarios en un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y Suiza, no residentes en España, en los casos y condiciones establecidos en los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social.

· Asegurados o beneficiarios de otros países extranjeros, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por España.

- Otros obligados al pago y, en concreto:

· Accidentes acaecidos con ocasión de eventos festivos, actividades recreativas y espectáculos públicos en caso de que se haya suscrito contrato de seguro de accidentes o de responsabilidad civil que cubra las contingencias derivadas de estas actividades.

· Seguro escolar.

· Cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes.

### **CAPÍTULO III. EL SISTEMA DE PRESTACIONES SANITARIAS EN PARTICULAR: RÉGIMEN JURÍDICO**

#### **1.- PRESTACIONES DE SALUD PÚBLICA.**

Coherente con la concepción integral de salud que enarbola la LGS y que confirma la LGSP<sup>1471</sup>, como seña de identidad de la atención dispensada en el SNS, el esquema prestacional actual opta por acoger el plano individual y el colectivo de la protección de la salud y, consecuentemente, la cartera común de servicios incorpora de modo unitario las funciones reparadoras y preventivas de la atención sanitaria. Y es que se ha avanzado mucho desde que la vertiente sanitaria de la protección social únicamente se entendía vinculada al restablecimiento y no a la prevención de la salud<sup>1472</sup>. Con el devenir de los años se ha revelado más imperiosa la necesidad de entender incluida esta esfera hasta completar el ámbito de acción de las prestaciones sanitarias, superando la inicial (y más limitada) noción estrictamente asistencial. Así pues, según se ha señalado<sup>1473</sup>, la atención sanitaria que define el catálogo no prestacional no aparece ya centrada en el individuo aislado, sino orientada a la comunidad en general.

La LCC incorporó el primer reconocimiento específico de esta prestación, pues hasta entonces el RDOPS sólo contenía referencias aisladas y poco sistemáticas a la misma<sup>1474</sup>. El texto legal reconoce, así, las propiedades de la acción colectiva en el ámbito sanitario, pues de otro modo, la protección de la salud quedaría manifiestamente empobrecida. Y al obrar así, materializa las abundantes pautas que recoge la legislación sanitaria en este

---

<sup>1471</sup> El art. 1 de este texto legal define la salud pública como el conjunto de actividades organizadas por las Administraciones públicas, con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en el ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales.

<sup>1472</sup> La LGS supuso un paso decisivo en el proceso de toma de conciencia de la importancia de la prevención de la enfermedad, de manera más o menos explícita, como matiza VIDA FERNÁNDEZ, J., op. cit., pág. 74.

<sup>1473</sup> HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: "Reflexiones críticas sobre el catálogo de prestaciones...", pág. 63.

<sup>1474</sup> Véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., op. cit., pág. 307. Señala la autora que, precisamente, la previsión en la LCC de un capítulo destinado a la coordinación en salud pública y seguridad alimentaria, así como de un plan de cooperación y armonización de actuaciones en salud pública, no fue más que una reacción a la descoordinación que se evidenció en las primeras actuaciones llevadas a cabo tras la transferencia autonómica de la competencia en materia de sanidad e higiene.

ámbito, la cual, consciente de la limitación propia de una asistencia sanitaria únicamente centrada en la esfera restauradora, propone adjuntar a ésta la preventiva. Así, el art. 6.3 LGS establece, como una de las orientaciones que debe inspirar la actuación de las administraciones públicas sanitarias, la garantía de que cuantas acciones sanitarias se desarrollen “estén dirigidas a la prevención de las enfermedades y no sólo a la curación de las mismas”. Otro patrón se encuentra en el art. 18.2 LGS, cuando incluye entre las actuaciones propias de las Administraciones Públicas, a través de sus Servicios de Salud y de los órganos competentes en cada caso, la atención primaria integral de la salud, incluyendo, además de las acciones curativas y rehabilitadoras, las que tienden a la promoción de la salud y a la prevención de la enfermedad del individuo y de la comunidad, llegando a catalogar como una característica fundamental del SNS la organización adecuada para prestar una “atención integral a la salud, comprensiva tanto de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad como de la curación y rehabilitación” (art. 46.b. LGS).

Según se ha señalado acertadamente, son éstas las prestaciones en las que mejor se evidencia la vocación de universalidad propia de nuestro modelo de asistencia sanitaria<sup>1475</sup>, pues su materialización repercute a favor de toda la población. Si bien todas las prestaciones son potencialmente universales, lo cierto es que, en el momento de la ejecución, son las de salud pública las realmente globales, al tener por destinatario al colectivo poblacional.

Definidas en el art. 11 LCC, las prestaciones de salud pública constituyen el conjunto de iniciativas organizadas por las Administraciones públicas para preservar, proteger y promover la salud de la población en la combinación de ciencias, habilidades y actitudes dirigidas al mantenimiento y mejora de la salud de todas las personas, a través de acciones colectivas o sociales. Su articulación se halla impregnada de integralidad, pues como el mismo precepto establece, estas prestaciones son dispensadas a partir de las estructuras de salud pública de las Administraciones y de la infraestructura de atención primaria del Sistema Nacional de Salud. En este sentido y, según se verá en el siguiente epígrafe, el

---

<sup>1475</sup> Lo que explica, según LANTARÓN BARQUÍN, D., "*Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...*", pág. 106, que sea la prestación que abra la relación de prestaciones del art. 7 LCC.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Anexo I del RDCSC integra en la cartera de servicios de atención primaria los programas de salud pública cuya ejecución se realiza mediante acciones que se aplican a nivel individual por los profesionales de ese nivel asistencial. Lo anterior resulta coherente con la condición que ostenta el personal facultativo que trabaja en asistencia primaria en cuanto conector de primera mano del estado sanitario de los pacientes.

Son varias las actuaciones que quedan incluidas en este tipo de prestaciones:

- La información y la vigilancia en salud pública y los sistemas de alerta epidemiológica y respuesta rápida ante emergencias en salud pública. Tales actividades se encuentran en directa relación, de un lado, con el primer apartado del art. 8 LGS, el cual califica como actividad fundamental del sistema sanitario la realización de los estudios epidemiológicos necesarios para orientar con mayor eficacia la prevención de los riesgos para la salud, así como la planificación y evaluación sanitaria, debiendo tener como base un sistema organizado de información sanitaria, vigilancia y acción epidemiológica y, de otro, con el art. 18.13 del mismo texto legal, en el que se alude a la difusión de la información epidemiológica general y específica para fomentar el conocimiento detallado de los problemas de salud<sup>1476</sup>. El propósito no es otro que la aprehensión, por parte de la población, de los factores de riesgo de la salud, siendo este método informativo a su vez uno de los más eficaces procedimientos de prevención de incidentes epidemiológicos.

- La defensa de los fines y objetivos de la salud pública, en la combinación de acciones individuales y sociales destinadas a obtener compromisos políticos, apoyo para las políticas de salud, aceptación social y respaldo para unos objetivos o programas de salud determinados.

- La promoción de la salud, a través de programas intersectoriales y transversales. Se acata así la previsión contenida en el art. 3.1 LGS, conforme al cual, los medios y actuaciones del sistema sanitario están orientados prioritariamente a la “promoción de la

---

<sup>1476</sup> El Centro Nacional de Epidemiología reúne a estos efectos un papel capital, ya que además de gestionar la red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, se encarga del estudio epidemiológico del binomio salud-enfermedad con el fin de mejorar el nivel de salud de la población mediante la vigilancia de la salud pública, el estudio de la conducta de las enfermedades (transmisibles y no transmisibles), la cuantificación de su impacto, la monitorización de su evolución y la investigación de los factores que comprometen la salud. Véase NAVARRO ESPEJO, A. J., op. cit., pág. 341.

salud y a la prevención de las enfermedades”. Insistiendo en el mismo aspecto, la Ley reitera en el art. 6.1.1. que las actuaciones de las Administraciones Públicas Sanitarias se encuentran orientadas “a la promoción de la salud”.

- La prevención de las enfermedades, discapacidades y lesiones, en la línea marcada por la actuación específica de las administraciones públicas, por medio de los Servicios de Salud y de los órganos competentes, consistente en la promoción, extensión y mejora de los sistemas de detección precoz de discapacidades y de los servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades o la intensificación de las preexistentes (apartado décimo octavo del art. 18 LGS).

- La protección de la salud, evitando los efectos negativos que diversos elementos del medio pueden tener sobre la salud y el bienestar de las personas.

- La protección y promoción de la sanidad ambiental, actividad potenciada desde la asunción de la relación existente entre medio ambiente y salud.

- La protección y promoción de la seguridad alimentaria, en consonancia con el art. 18.10 LGS, en el que se define como actuación de la administración en este ámbito el control sanitario y la prevención de los riesgos para la salud derivados de los productos alimentarios, incluyendo la mejora de sus cualidades nutritivas, así como con el art. 12.2.3. LGSP, que hace de la seguridad alimentaria uno de los factores tenidos en cuenta en la vigilancia en salud pública.

- La protección y promoción de la salud laboral, a lo que se ha de añadir la fórmula “con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”, tal y como llevó a cabo la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el art. 18 LGS, referido según se ha visto a las actuaciones de las administraciones públicas a través de los centros de salud.

En la LGSP se encuentra el mayor desarrollo de la actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral, la cual, según estipula su art. 32<sup>1477</sup>, tiene por objeto la consecución del

---

<sup>1477</sup> El precepto acoge un enfoque transversal en el tratamiento de la salud laboral, abordando la tutela de la interacción del individuo con un entorno más amplio que el laboral y que puede propiciar la aparición de patologías no sólo producidas por el trabajo, sino también vinculadas con éste. Véase MONEREO PÉREZ, J. L.,

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

más alto grado de bienestar físico, psíquico y social de los trabajadores en relación con las características y riesgos derivados del lugar de trabajo, el ambiente laboral y la influencia de éste en su entorno, promoviendo aspectos preventivos, de diagnóstico, de tratamiento, de adaptación y rehabilitación de la patología producida o relacionada con el trabajo. Es el precepto siguiente el que, mejorando el contenido del art. 21 LGS, que queda derogado junto al 22, se encarga de fijar las directrices básicas que presiden la política sanitaria en el contexto laboral, concretadas en la promoción, con carácter general, de la salud integral de los trabajadores; la vigilancia de la salud de los trabajadores, individual y colectivamente, para detectar precozmente los efectos de los riesgos para la salud a los que están expuestas; el desarrollo y actuación en los aspectos sanitarios de la prevención de los riesgos laborales; así como la promoción de la información, formación, consulta y participación de los profesionales sanitarios, de los trabajadores y sus representantes legales y de los empresarios en los planes, programas y actuaciones sanitarias en el campo de la salud laboral; además de contemplarse una importante actividad coordinada al efecto entre la autoridad sanitaria con la autoridad laboral<sup>1478</sup>.

- La vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de bienes y del tránsito internacional de viajeros, lo que en el marco de la Unión Europea y la lógica de la libertad comunitaria de circulación no constituye un asunto menor.

---

RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D.: Presentación a la obra *Tratado de Salud Laboral*, MONEREO PÉREZ, J. L. Y RIVAS VALLEJO, P. (Dir.) Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Coord.), Aranzadi, Cizur menor, 2012.

<sup>1478</sup> En el marco de esta coordinación, se prevén las siguientes actividades: el desarrollo de un sistema de información sanitaria en salud laboral que, integrado en el sistema de información de salud pública, dé soporte a la vigilancia de los riesgos sobre la salud relacionados con el trabajo; el establecimiento de un sistema de indicadores para el seguimiento del impacto sobre la salud de las políticas relacionadas con el trabajo; el impulso de una vigilancia de la salud de los trabajadores, a través de la elaboración de protocolos y guías de vigilancia sanitaria específica en atención a los riesgos a los que estén expuestos; el desarrollo de programas de vigilancia de la salud post-ocupacional; la autorización, evaluación, control y asesoramiento de la actividad sanitaria de los servicios de prevención de riesgos laborales; la fijación de mecanismos para la integración en los sistemas de información públicos del Sistema Nacional de Salud de la información generada por las actividades sanitarias desarrolladas por los servicios de prevención de riesgos laborales y por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en relación con la salud de los trabajadores; la promoción de la salud en el lugar de trabajo, a través del fomento y desarrollo de entornos y hábitos de vida saludables; la articulación de mecanismos de coordinación en caso de pandemias u otras crisis sanitarias, en especial para el desarrollo de acciones preventivas y de vacunación; así como cualesquiera otras que promuevan la mejora en la vigilancia, promoción y protección de la salud de los trabajadores y la prevención de los problemas de salud derivados del trabajo.

- La prevención y detección precoz de las enfermedades raras, así como el apoyo a las personas que las presentan y a sus familias. Como no podía ser de otra forma, la lucha contra este tipo de enfermedades que no afectan a más de cinco personas de cada diez mil, según el programa de acción comunitaria sobre las enfermedades poco comunes, incluidas las de origen genético<sup>1479</sup>, bien motiva una mención especial a su previsión, y no sólo a su curación.

Pero la LCC no ha querido hacer de ésta una enumeración tasada, pues incorpora una cláusula de cierre conforme a la cual la prestación de salud pública incluye, asimismo, todas aquellas actuaciones singulares o medidas especiales que, en esta materia, se revele preciso adoptar por parte de las autoridades sanitarias de las distintas administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando circunstancias sanitarias de carácter extraordinario o situaciones de especial urgencia o necesidad así lo exijan y la evidencia científica disponible las justifique.

Centrándonos a continuación en la cartera de servicios de las prestaciones de salud pública, descrita en el Anexo I RDCSC, quedan comprendidas en ésta la información y vigilancia epidemiológica<sup>1480</sup>, la protección de la salud, diseño e implantación de políticas de salud y ejercicio de la autoridad sanitaria<sup>1481</sup>, la promoción de la salud y prevención de

---

<sup>1479</sup> Decisión N° 1295/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 1999, por la que se aprueba un programa de acción comunitaria sobre las enfermedades poco comunes en el marco de la acción en el ámbito de la salud pública (1999-2003).

<sup>1480</sup> La misma engloba los sistemas de información sanitaria (los análisis de los sistemas de información sanitaria existentes y el desarrollo de mecanismos para establecer y utilizar los sistemas de información que se consideren necesarios para llevar a cabo las funciones de la salud pública; la identificación, monitorización y análisis de los determinantes, problemas y necesidades de salud; los informes periódicos sobre el estado de salud de la población y, en particular, las principales enfermedades y sus determinantes; los informes específicos sobre problemas de salud emergentes o relevantes), la vigilancia en salud pública y sistemas de alerta epidemiológica y respuesta rápida ante alertas y emergencias de salud pública (la identificación y evaluación de riesgos para la salud e identificación de brotes y situaciones epidémicas, alertas, crisis y emergencias sanitarias inducidas por agentes transmisibles, físicos, químicos o biológicos; la respuesta ante la aparición de brotes y situaciones epidémicas, alertas, crisis, emergencias y desastres sanitarios inducidos por agentes transmisibles, físicos, químicos o biológicos).

<sup>1481</sup> Lo que incluye el diseño e implantación de políticas de salud para la protección de riesgos para la salud, prevención de enfermedades, deficiencias y lesiones, y promoción de la salud (identificación de prioridades sanitarias y líneas de actuación; promoción y propuesta del desarrollo normativo correspondiente, supervisión, evaluación y actualización de normas, reglamentos, programas y protocolos) y verificación y control del cumplimiento de la legislación, criterios y estándares sanitarios, en ejercicio de la autoridad sanitaria.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

las enfermedades y de las deficiencias<sup>1482</sup>, la protección y promoción de la sanidad ambiental<sup>1483</sup>, la promoción de la seguridad alimentaria<sup>1484</sup>, la vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros, por parte de la administración sanitaria competente<sup>1485</sup>, así como la protección y promoción de la salud laboral<sup>1486</sup>.

En todo caso, y en aras de asegurar la efectividad de estas prestaciones de salud pública, dos son las principales orientaciones que presiden la cartera de servicios en este ámbito.

En primer lugar, tiene una importancia decisiva el diseño e implantación de políticas de salud, comprendiendo las siguientes funciones de salud pública: la valoración del estado de la salud de la población mediante el análisis de la información obtenida a través de los sistemas de información sanitaria y la vigilancia en salud pública, el seguimiento y evaluación de riesgos para la salud, el desarrollo de políticas de salud y la verificación, control e intervención en salud pública en ejercicio de la autoridad sanitaria.

Igualmente relevante resulta a estos efectos la figura del ciudadano, en base a la cual, se justifica la definición de programas para la protección de riesgos para la salud, promoción de la salud y prevención de enfermedades, deficiencias y lesiones, siendo definido el ámbito de ejecución de estos programas por el Ministerio de Sanidad y las Comunidades Autónomas en función de sus competencias, modelos organizativos y

---

<sup>1482</sup> Programas intersectoriales y transversales de promoción y educación para la salud orientados a la mejora de los estilos de vida; programas de carácter intersectorial de protección de riesgos para la salud y prevención de enfermedades, deficiencias y lesiones; programas transversales de protección de riesgos para la salud, de prevención de enfermedades, deficiencias y lesiones, y de educación y promoción de la salud, dirigidos a las diferentes etapas de la vida y a la prevención de enfermedades transmisibles y no transmisibles, lesiones y accidentes; programas de prevención y promoción de la salud dirigidos a grupos de población con necesidades especiales y orientados a eliminar o reducir desigualdades en salud.

<sup>1483</sup> Programas de intervención intersectoriales orientados a disminuir o evitar los riesgos para la salud relacionados con aguas de consumo, zonas de baño, contaminación atmosférica, acústica y del suelo, residuos, productos químicos y zoonosis, incluyendo los análisis de muestras en laboratorios de salud pública.

<sup>1484</sup> Programa intersectorial integral de protección de riesgos que garantice la seguridad en la cadena alimentaria (elaboración, transformación, envasado, etiquetado, almacenamiento, distribución, transporte, publicidad, venta y consumo), incluyendo los análisis de muestras en laboratorios de salud pública.

<sup>1485</sup> Programas intersectoriales de vigilancia de riesgos para la salud en puertos y aeropuertos, puestos fronterizos y medios de transporte nacional e internacional.

<sup>1486</sup> Programas intersectoriales de promoción de la salud y prevención de riesgos y problemas de salud en el entorno laboral.

recursos. En particular, el RDCSC hace expresa referencia en este contexto a los programas intersectoriales, en los que los servicios prestados en el ámbito de la salud pública se agrupan en actuaciones sobre estilos de vida y otros determinantes del entorno que comportan un riesgo para la salud, así como los programas transversales, en los que los servicios prestados en el ámbito de la salud pública se agrupan en programas y actividades en las distintas etapas de la vida, programas y actuaciones sobre enfermedades transmisibles, no transmisibles, lesiones y accidentes, o programas para grupos de población con especiales necesidades.

## 2.- PRESTACIONES DE ATENCIÓN PRIMARIA.

La atención primaria constituye el nivel básico e inicial de atención, que garantiza la globalidad y continuidad de la atención a lo largo de toda la vida del paciente, actuando como gestor y coordinador de casos y regulador de flujos. En la Declaración de Alma-Ata, aprobada en el seno de la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud de 1978, fue definida como “la asistencia sanitaria esencial basada en métodos y tecnologías prácticos, científicamente fundados y socialmente aceptables, puesta al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad mediante su plena participación y a un costo que la comunidad y el país puedan soportar, en todas y cada una de las etapas de su desarrollo con un espíritu de autorresponsabilidad y autodeterminación”, de modo que “forma parte integrante tanto del sistema nacional de salud, del que constituye la función central y el núcleo principal, como del desarrollo social y económico global de la comunidad”.

En el nivel en que se inscribe este tipo de prestaciones, cuyo marco territorial viene delimitado por la zona básica de salud<sup>1487</sup>, radica la primera puerta de entrada al SNS, esto es, la principal plataforma de acceso al sistema sanitario, al tiempo que actúa a modo de cauce conducente a la atención especializada, la cual será objeto de estudio en el siguiente epígrafe. La atención primaria acomete, por tanto, una importante función de *filtro*, esto es, adapta la respuesta del sistema a la necesidad real del paciente, en aras de lograr una

---

<sup>1487</sup> Constituye el marco territorial de la atención primaria de salud donde desarrollan las actividades sanitarias los Centros de Salud, centros integrales de atención primaria (art. 63 LGS).

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

adecuación óptima en el funcionamiento global del mismo. Es así como el personal sanitario de atención primaria "se convierte en el agente de salud del paciente, en el gestor de sus movimientos por el sistema sanitario"<sup>1488</sup>.

La envergadura que asume este nivel es digna de reseña, pues las actividades que incluyen las prestaciones de atención primaria se hallan anudadas no sólo al ámbito preventivo sanitario, de la mano de la promoción de la salud, la educación sanitaria y la prevención de la enfermedad, sino también al ámbito reparador sanitario, a través de la asistencia sanitaria, el mantenimiento y recuperación de la salud, la rehabilitación física<sup>1489</sup> y el trabajo social (art. 12 LCC y Anexo II RDCSC). Esta última norma añade que todas estas actividades, dirigidas a las personas, a las familias y a la comunidad, bajo un enfoque biopsicosocial, se prestan por equipos interdisciplinarios, garantizando la calidad y accesibilidad a las mismas, así como la continuidad entre los diferentes ámbitos de atención en la prestación de servicios sanitarios y la coordinación entre todos los sectores implicados. Se busca, pues, no tanto la conjunción de formaciones específicas como su efectiva armonización integrada, capaz de dotar de efectividad y prosecución el nutrido contenido de la atención primaria.

Tanto la referencia expresa, en calidad de elemento estructural en la ejecución de estas prestaciones, a equipos plurales y articulados en torno a la cooperación de varias disciplinas, como la gran variedad de actuaciones contempladas, constituyen sendos exponentes de la tan traída noción integral de la salud que, en este caso, añade a la atención primaria el art. 18.2 LGS, señalando que la misma ha de incorporar, además de las acciones curativas y rehabilitadoras, las que tiendan a la promoción de la salud y a la prevención de la enfermedad del individuo y de la comunidad<sup>1490</sup>.

---

<sup>1488</sup> CASAJUANA, J., op. cit., pág. 20. Dentro de este papel, el autor incluye también el de gestor/asesor de los tratamientos que recibe el paciente, empleando una visión global centrada en la persona (considerando toda su comorbilidad) y conciliando las distintas visiones más parciales y centradas en la patología que tiene cada especialista.

<sup>1489</sup> Como se apunta en LANTARÓN BARQUÍN, D., "*Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...*", pág. 211, esta previsión hace persistir, si bien vaciándolos de su anterior sentido profesional, los procesos de recuperación aludidos en los derogados arts. 153.1 y 154 LGSS'74.

<sup>1490</sup> A este respecto, se sigue la letra de la declaración de Alma-Ata de 1978, conforme a la cual, la atención primaria "se orienta hacia los principales problemas de salud de la comunidad y presta los servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación necesarios para resolver esos problemas". En particular, prescribe que tales prestaciones deben comprender, cuando menos, las siguientes actividades: "la

Es el RDCSC el encargado de dar cuerpo a la prestación escuetamente referenciada en la LCC, y lo hace de una forma detallada y minuciosa, que la aparta de la normativa anterior<sup>1491</sup>. En efecto, el Anexo II del RDCSC contiene las actuaciones incluidas en este primer nivel prestacional que, conforme al art. 7 LCC, pueden ser objeto de clasificación en generales y específicas<sup>1492</sup>.

## **2.1.- Actuaciones generales.**

### 2.1.1.- Atención sanitaria a demanda, programada y urgente tanto en la consulta como en el domicilio del enfermo.

En esta primera categoría quedan comprendidas todas aquellas actividades asistenciales de atención individual, diagnósticas, terapéuticas y de seguimiento de procesos agudos o crónicos<sup>1493</sup>, así como aquellas de promoción de la salud, educación sanitaria y prevención de la enfermedad que realizan los diferentes profesionales de atención primaria. La atención a los procesos agudos trae consigo una amplia gama de actuaciones, señaladamente, el abordaje de problemas cardiovasculares, respiratorios, del aparato digestivo, infecciosos, metabólicos y endocrinológicos, neurológicos, hematológicos, de la piel, del aparato urinario, del aparato genital, músculo-esqueléticos,

---

educación sobre los principales problemas de salud y sobre los métodos de prevención y de lucha correspondientes; la promoción del suministro de alimentos y de una nutrición apropiada, un abastecimiento adecuado de agua potable y saneamiento básico; la asistencia maternoinfantil, con inclusión de la planificación de la familia; la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; la prevención y lucha contra las enfermedades endémicas locales; el tratamiento apropiado de las enfermedades y traumatismos comunes; y el suministro de medicamentos esenciales”.

<sup>1491</sup> GONZÁLEZ DÍAZ pone de relieve que el RDCSC incorpora una mayor descripción de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos accesibles desde Atención Primaria, una descripción con mayor detalle tanto de las actividades de prevención y promoción de la salud e inclusión de la atención familiar y comunitaria, como de la fisioterapia, los servicios de atención a la mujer y al niño, la inclusión del adolescente, la atención a los enfermos crónicos, la atención domiciliaria y a las personas mayores; la inclusión de los programas de deshabituación tabáquica; la ampliación de la atención paliativa a terminales y la atención a la salud; así como una mayor precisión en la determinación de los servicios que comprende la atención a la salud bucodental, con especial mención de los medios precisos para la atención bucodental a los discapacitados. GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud...”, pág. 521.

<sup>1492</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., “Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...”, pág. 108.

<sup>1493</sup> La norma reglamentaria exige que los procesos agudos y crónicos más prevalentes se atiendan de forma protocolizada.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

otorrinolaringológicos, oftalmológicos, de la conducta y de la relación, conductas de riesgo, traumatismos, accidentes e intoxicaciones.

La actividad asistencial en cuestión se presta, dentro de los programas establecidos por cada servicio de salud en relación con las necesidades de salud de la población de su ámbito geográfico, tanto en el centro sanitario como en el domicilio del paciente cuando, por su estado, a éste le resulte imposible desplazarse al centro de salud. Este componente de la atención primaria aparece ligado a aquellos supuestos en que la demanda previa permite organizar y estructurar el servicio y aquellos otros en que concurre una urgente necesidad. En concreto, son tres las modalidades específicamente implicadas, y vienen representadas en la consulta a demanda, por iniciativa del paciente, preferentemente organizada a través de cita previa; la consulta programada, realizada por iniciativa de un profesional sanitario; así como la consulta urgente, por motivos no demorarles.

### 2.1.2.- Indicación o prescripción y realización, en su caso, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos.

Es en este apartado en uno de los que mejor se evidencia la aspiración reglamentaria a llegar a lo más profundo del contenido de la cartera de servicios, revelándose la completitud a que tiende característicamente el sistema prestacional sanitario, según se vio en el primer capítulo. Si lo que pretendía la norma era describir con la máxima precisión las técnicas, tecnologías y procedimientos que efectivizan las prestaciones, en aras de garantizar su conocimiento por parte del titular del derecho, con capacidad para exigirlos, la regulación del RDCSC en este punto es una buena prueba del propósito cumplido.

La LCC eliminó la palabra “básicos” con que el RDOPS adjetivaba las pruebas y medios diagnósticos que podían ser indicados o prescritos desde atención primaria, lográndose con ello tanto una oportuna ampliación del contenido prestacional, pues se ha de entender que no se requiere que el médico especialista autorice el acceso a ciertas

pruebas<sup>1494</sup>, como una reducción de los plazos, ya que desde entonces no se requiere la espera a la prescripción en los supuestos más cualificados de asistencia especializada<sup>1495</sup>.

Según se extrae del RDCSC, son numerosos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos accesibles en el nivel de atención primaria:

- Procedimientos diagnósticos.

En este tipo de procedimientos la norma distingue entre lo que se ha dado en llamar procedimientos diagnósticos “no condicionados” y “condicionados”<sup>1496</sup>, tomando en consideración los trámites protocolarios que se imponen en un caso y otro:

· Procedimientos diagnósticos básicos, incluyéndose sin ánimo exhaustivo (ya que la norma incorpora la cláusula “entre otros”) la anamnesis y exploración física; espirometría<sup>1497</sup>, medición del flujo espiratorio máximo y pulsioximetría; exploraciones cardiovasculares (electrocardiografía, oscilometría y/o doppler); exploraciones otorrinolaringológicas (otoscopia, laringoscopia indirecta y acimetría cualitativa); medición de la agudeza visual y fondo de ojo; determinaciones analíticas mediante técnica seca, incluyendo la reflectometría; obtención de muestras biológicas; tests psicoafectivos y sociales, de morbilidad y de calidad de vida.

· Procedimientos diagnósticos con acceso desde atención primaria, siempre conforme a los protocolos establecidos y cuando la organización propia de cada servicio de salud lo haga posible, quedando comprendidas las pruebas de laboratorio, la anatomía patológica, el diagnóstico por imagen<sup>1498</sup> y la endoscopia digestiva.

- Procedimientos terapéuticos, los cuales engloban la indicación, prescripción y seguimiento de tratamientos farmacológicos y no farmacológicos adaptados a los

---

<sup>1494</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R., op. cit., pág. 511.

<sup>1495</sup> GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria...*, pág. 63.

<sup>1496</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., "Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...", págs. 109 y 110.

<sup>1497</sup> Esta inclusión en la asistencia sanitaria da alas a la pretendida persistencia de la oxigenoterapia a domicilio en el catálogo prestacional, frente a su ausencia expresa en la LCC y la RDCSC. GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria...*, pág. 108; LANTARÓN BARQUÍN, D., "Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...", pág. 215; ROMERAL HERNÁNDEZ, J., op. cit., pág. 320.

<sup>1498</sup> El RDCSC se refiere, no sin exceptuar la salvedad que integra la cláusula “entre otros”, la radiología general simple y de contraste, ecografía, mamografía y tomografía axial computerizada.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

condicionantes físicos y fisiológicos del paciente<sup>1499</sup>, la administración de tratamientos parenterales, las curas, suturas y tratamiento de úlceras cutáneas, las inmovilizaciones, las infiltraciones, la aplicación de aerosoles, el taponamiento nasal, la extracción de tapones auditivos, la extracción de cuerpos extraños, los cuidados de estomas digestivos, urinarios y traqueales, la aplicación y reposición de sondajes vesicales y nasogástricos, la resucitación cardiopulmonar, las terapias de apoyo y técnicas de consejo sanitario estructurado, así como la cirugía menor<sup>1500</sup>.

### 2.1.3.- Actividades en materia de prevención, promoción de la salud, atención familiar y atención comunitaria.

Se incluye en esta categoría toda una serie de actuaciones relativas a la promoción de la salud, educación sanitaria y prevención de la enfermedad llevadas a término en el nivel de atención primaria, dirigidas al individuo, la familia y la comunidad, en coordinación con otros niveles o sectores implicados. Según se advierte, la atención subjetivamente orientada a determinados colectivos radica en la base de estas actividades. En particular, se pueden distinguir las siguientes:

- Prevención y promoción de la salud: Estas actividades se ejecutan, tanto en el centro sanitario como en el ámbito domiciliario o comunitario, dentro de los programas establecidos por cada servicio de salud, en relación con las necesidades sanitarias de la población de su ámbito geográfico:

- Promoción y educación para la salud<sup>1501</sup>: Inclusivas de las actuaciones dirigidas a modificar o potenciar hábitos y actitudes que conduzcan a formas de vida saludables, así

---

<sup>1499</sup> Quedan incluidos los materiales para la aplicación de tratamientos con insulina y el seguimiento de los tratamientos con anticoagulantes orales en coordinación con atención especializada, conforme a la priorización y los protocolos de cada servicio de salud.

<sup>1500</sup> La cual comprende, según precisa la norma, la realización de procedimientos terapéuticos o diagnósticos de baja complejidad y mínimamente invasivos, con bajo riesgo de hemorragia, que se practican bajo anestesia local y que no requieren cuidados postoperatorios, en pacientes que no precisan ingreso, conforme a los protocolos establecidos y la organización propia de cada servicio de salud.

<sup>1501</sup> La educación para la salud se ha definido como un proceso que informa, motiva y ayuda a la población a adoptar y mantener prácticas y estilos de vida saludables, propugna los cambios ambientales necesarios para facilitar estos objetivos, y dirige la formación profesional y la investigación hacia esos mismos

como a promover el cambio de conductas relacionadas con factores de riesgo de problemas de salud específicos y las orientadas al fomento de los autocuidados, abordando la información y asesoramiento sobre conductas o factores de riesgo y sobre estilos de vida saludables, sin obviar las acciones de educación para la salud grupales y en centros educativos.

- Actividades preventivas, que representan una intervención básica en esta esfera elusiva de la aparición de la enfermedad, integrando las vacunaciones en todos los grupos de edad y, en su caso, grupos de riesgo, según el calendario de vacunación vigente aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y las administraciones sanitarias competentes, así como aquellas que puedan indicarse, en población general o en grupos de riesgo, por situaciones que epidemiológicamente lo aconsejen; la indicación y administración, en su caso, de quimioprofilaxis antibiótica en los contactos con pacientes infecciosos para los problemas infectocontagiosos que así lo requieran; y aquellas actividades orientadas a la prevención de las enfermedades actuando sobre los factores de riesgo (prevención primaria) o a su detección en fase presintomática mediante cribado o diagnóstico precoz (prevención secundaria).

Lo cierto es que, en el ámbito de la vacunación infantil, la existencia de diversos calendarios, uno por Comunidad autónoma, con vacunas y cronologías diferentes, arrojaba un panorama ciertamente confuso. Se aprobó así la Resolución de 24 de julio de 2013, de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, por la que se publicaba el Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre el calendario común de vacunación infantil, que empezaría a aplicarse en enero de 2014. El objetivo no era otro que hacer efectivas las vacunaciones comunes a las mismas edades. Sin embargo, la medida no resultó tan ambiciosa como se hubiese deseado. Antes al contrario, el calendario en ella instaurada fue calificado de mínimo. Una de las principales críticas en este sentido vino de la mano de la ausencia de previsión de vacuna contra el neumococo, que sin embargo sí que preveían algunas Comunidades, como Madrid que fue pionera en

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

2006 en establecerla, a las que se les instó para que se ajustaran al nuevo calendario común y las retiraran, salvo Galicia<sup>1502</sup>.

Afortunadamente, parecen avistarse avances al respecto. En este sentido, el 14 de enero de 2015, el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud acordó incorporar la vacuna frente al neumococo en los calendarios de vacunaciones infantiles, así como adelantar la administración de la vacuna del virus del papiloma humano (VPH) a los doce años, hasta la fecha prevista a los catorce años.

- Atención familiar, referida a la atención individual tomando en consideración el contexto familiar de los pacientes con problemas en los que se sospecha un componente de este tipo. Incluye, pues, la identificación de la estructura familiar, la etapa del ciclo vital familiar, los acontecimientos vitales estresantes, los sistemas de interacción en la familia y la detección de la disfunción familiar.

- Atención comunitaria: Se trata del conjunto de actuaciones con participación de la comunidad, tendentes a la detección y priorización de sus necesidades y problemas de salud, identificando los recursos comunitarios disponibles, priorizando las intervenciones y elaborando programas orientados a mejorar la salud de la comunidad, en coordinación, como no podía ser de otra manera, con otros dispositivos sociales y educativos.

### 2.1.4.- Actividades de información y vigilancia en la protección de la salud.

Referidas al procedimiento de colecta de referencias que determinen el estado sanitario de la población, a la calidad del sistema sanitario, así como a la aglutinación de información en el ámbito epidemiológico, esta categoría se halla conformada por las siguientes actuaciones:

- Información para el análisis y valoración de la situación de salud de la comunidad y para la evaluación de los servicios sanitarios.

---

<sup>1502</sup> ARISTEGUI FERNÁNDEZ, J. Y MORENO-PÉREZ, D.: “El calendario de vacunación común de mínimos para España: posicionamiento del CAV-AEP”, *Anales de Pediatría*, 2014; 80(1), págs. 1-5.

- Vigilancia epidemiológica, en la que se incluyen la participación en los sistemas de alerta epidemiológica para enfermedades de declaración obligatoria, la participación en redes de médicos centinelas para la vigilancia de ciertos problemas de salud, según determinen los servicios de salud pública y la participación en el sistema de farmacovigilancia, mediante la comunicación de efectos adversos.

Las actividades propias de este nivel de la atención primaria vienen a constituir una prueba más del papel clave que desempeña la información en este ámbito, y al que se tuvo oportunidad de referirse en el análisis del sistema de garantías de las prestaciones sanitarias acometido en el Capítulo primero.

#### 2.1.5.- Rehabilitación básica.

Envuelve actividades de educación, prevención y rehabilitación, susceptibles de realizarse en el ámbito de atención primaria, en régimen ambulatorio, previa indicación médica y de acuerdo con los programas de cada servicio de salud, incluyendo la asistencia domiciliaria si se considera necesaria por circunstancias clínicas o por limitaciones en la accesibilidad. Específicamente, comprende la prevención del desarrollo o de la progresión de trastornos musculoesqueléticos, los tratamientos fisioterapéuticos para el control de síntomas y mejora funcional en procesos crónicos musculoesqueléticos, la recuperación de procesos agudos musculoesqueléticos leves, los tratamientos fisioterapéuticos en trastornos neurológicos, la fisioterapia respiratoria y la orientación o formación sanitaria al paciente o cuidador/a, en su caso.

Según se advierte, este abanico de actividades se halla directamente relacionado con lo sentado en el art. 6.5 LGS, y es que según este precepto, las actuaciones de las Administraciones públicas sanitarias se orientan a promover las acciones necesarias para la rehabilitación funcional y reinserción social del paciente. El propósito de las prestaciones sanitarias ya no queda limitado, pues, a la estricta curación del paciente. Antes al contrario, se aspira asimismo a su (re)aptitud para el desenvolvimiento normal de la vida con la mayor celeridad posible.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

### 2.2.- Prestaciones específicas.

Tal y como lleva a cabo el art. 12.f) LCC<sup>1503</sup>, y según se ha visto en el primer capítulo, la cartera de servicios diseñada en el RDCSC tiene en cuenta una serie de criterios particularizados a la hora de fijar el contenido atinente a la atención primaria. En efecto, el texto normativo reconoce la especificidad que la misma contrae en relación con determinados colectivos. De esta forma, nos hallamos ante prestaciones también destinadas potencialmente a toda la población, si bien diferenciando grupos de destinatarios en función de las necesidades sanitarias que cada uno de ellos plantea, y ello en aras de lograr una asistencia sanitaria totalizadora, capaz de abarcar todas las especificidades propias de la amplia gama de usuarios del sistema público de salud. En concreto, adultos, jóvenes, mujeres, personas mayores, grupos de riesgo o enfermos crónicos son objeto de mención especial en este marco. Nótese que los criterios empleados para llevar a cabo tales individualizaciones no sólo atienden a la persona con anterioridad al surgimiento de la situación de necesidad a que la enfermedad aboca (es el caso de aquellos criterios referidos a la edad o sexo), sino también una vez que aquélla se manifiesta (señaladamente, los supuestos de enfermos paliativos o crónicos).

En tales casos, a las hasta aquí señaladas actividades asistenciales, diagnósticas, terapéuticas, de rehabilitación, promoción de la salud, educación sanitaria y prevención de la enfermedad, se les adicionan aquellas que correspondan en aplicación de los protocolos y programas de atención específicos de los distintos colectivos de edad, sexo y grupos de riesgo aludidos. Se evidencia, así, la complementariedad que aportan estas previsiones al conjunto de las prestaciones de atención primaria.

Si bien el RDOPS incorporaba una clasificación en términos similares, lo cierto es que adolecía de un notorio déficit conceptual, de ahí que el RDCSC viniera a asentar las

---

<sup>1503</sup> La letra del precepto incluye en la asistencia sanitaria “las atenciones y servicios específicos relativos a las mujeres, que específicamente incluirán la detección y tratamiento de las situaciones de violencia de género; la infancia; la adolescencia; los adultos; la tercera edad; los grupos de riesgo y los enfermos crónicos”.

necesarias definiciones de las categorías en torno a las cuales se articulan las correspondientes especificaciones<sup>1504</sup>.

2.2.1.- Atenciones y servicios específicos relativos a la mujer, la infancia, la adolescencia, los adultos, la tercera edad, los grupos de riesgo y los enfermos crónicos<sup>1505</sup>

- Servicios de atención a la infancia<sup>1506</sup>: siendo ésta una etapa crucial en la esfera preventiva, resulta lógico que la cartera de servicios de la atención primaria decida hacer una referencia expresa a las actuaciones que tienen lugar con el fin de prever la contracción de enfermedades por parte de los menores integrantes de este colectivo. De ahí que el núcleo prestacional sanitario en este ámbito incluya las actividades relativas a la valoración del estado nutricional, del desarrollo pondo-estatural y del desarrollo psicomotor, así como la prevención de la muerte súbita infantil. Igualmente quedan incluidas la detección de los problemas de salud, con presentación de inicio en las distintas edades que puedan beneficiarse de una detección temprana en coordinación con atención especializada, a través de las actividades encaminadas a la detección precoz de metabolopatías, la detección de hipoacusia, displasia de articulación de cadera, criptorquidia, estrabismo, problemas de visión, problemas del desarrollo puberal, obesidad, autismo, trastornos por déficit de atención e hiperactividad, la detección y seguimiento del niño con discapacidades físicas y psíquicas, la detección y seguimiento del infante con patologías crónicas.

En todo caso, no es la faceta preventiva la única acogida en la atención primaria propia de esta franja de edad, pues asimismo tienen un peso decisivo las actuaciones

---

<sup>1504</sup> Según se verá más adelante, la norma incorpora definiciones que precisan el colectivo adolescente, los grupos de riesgo y los enfermos crónicos.

<sup>1505</sup> Las actividades dirigidas a grupos de riesgo se prestan tanto en el centro sanitario como en el ámbito domiciliario o comunitario, dentro de los programas establecidos por los servicios de salud, en relación con las necesidades de salud de la población a la que atienden, de modo que aquellos disponen de un alto grado de autonomía en la determinación de las actuaciones. La atención específica a los grupos de riesgo representa un elemento persistentemente presente en la regulación sanitaria. En concreto, el art. 18.5 LGS alude entre las funciones de las Administraciones públicas a los “programas de atención a grupos de población de mayor riesgo y programas específicos de protección frente a factores de riesgo”.

<sup>1506</sup> Se echa en falta la concreción expresa de la edad. Y es que, a estos efectos, el anterior RDOPS sí referenciaba como infantes a los menores de catorce años.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

dirigidas a la instrucción articulada a modo de escudo contra la eventual aparición de enfermedades. Así pues, se incluyen en este ámbito los consejos generales sobre desarrollo del niño, hábitos nocivos y estilos de vida saludables, la educación sanitaria y prevención de accidentes infantiles, sin obviarse la orientación anticipada para la prevención y detección de los problemas de sueño y de esfínteres.

- Servicios de atención a la adolescencia: éstos fueron incorporados como novedad en la LCC, satisfaciendo la demanda de atención singularizada que caracteriza al colectivo adolescente, no encuadrable ni en el infante ni en el adulto. Coherentemente, el RDCSC se esfuerza en recoger las actuaciones que permitan combatir los retos más representativos de la juventud de hoy. En este sentido, los servicios en cuestión abordan la anamnesis y consejo sobre hábitos que comporten riesgos para la salud, tales como el uso de tabaco, alcohol y sustancias adictivas, incluyendo la prevención de los accidentes; la valoración y consejo en relación a la conducta alimentaria y a la imagen corporal; así como la promoción de conductas saludables en relación a la sexualidad, evitación de embarazos no deseados y enfermedades de transmisión sexual.

- Servicios de atención a la mujer: también el sexo femenino es erigido en criterio para abrir la puerta a un conjunto de actuaciones constreñidas a las particularidades que trae consigo el elemento estrictamente biológico. Particularidades que, según se constatará inmediatamente, no se limitan al embarazo, parto y puerperio, sino que dan lugar a un abanico de actuaciones mucho más nutrido. Se incluyen, así, en la cartera de servicios la detección de grupos de riesgo y diagnóstico precoz de cáncer ginecológico y de mama de manera coordinada y protocolizada con atención especializada, según la organización del correspondiente servicio de salud, la indicación y seguimiento de métodos anticonceptivos no quirúrgicos y asesoramiento sobre otros métodos anticonceptivos e interrupción voluntaria del embarazo.

Como no podía ser de otro modo, la maternidad ocupa un lugar capital a este respecto, por lo que se atiende al embarazo y puerperio, incluyendo la captación de la mujer embarazada en el primer trimestre de gestación y detección de los embarazos de riesgo; el seguimiento del embarazo normal, de manera coordinada y protocolizada con atención especializada, según la organización del correspondiente servicio de salud; la educación maternal y, con ella, el fomento de la lactancia materna, la prevención de incontinencia

urinaria y la preparación al parto; así como la visita puerperal en el primer mes del posparto para la valoración del estado de salud de la mujer y del recién nacido.

Igualmente se contempla en el ámbito de la atención primaria específicamente dispensada a la mujer la prevención, detección y atención a los problemas que puedan surgir en el climaterio.

Cabe advertir que del repaso recién concluido de las actuaciones en este ámbito, se echa en falta lo que otrora contemplaba el RDOPS bajo el nombre de tratamiento de las complicaciones patológicas de la menopausia conforme a los programas de los servicios de salud.

- Atención al adulto, grupos de riesgo y enfermos crónicos: comprende, en términos generales, la valoración del estado de salud y de factores de riesgo, los consejos sobre estilos de vida saludables, la detección de los problemas de salud y valoración del estadio clínico, la captación del paciente para el seguimiento clínico adecuado a su situación, la atención y seguimiento de personas polimedicadas y con pluripatología, así como la información y consejo sanitario sobre su enfermedad y los cuidados precisos al paciente y cuidador/a, en su caso. Ahora bien, la norma reglamentaria no agota este escalón de la cartera de servicios con tales previsiones. Antes al contrario, ahonda en las actuaciones correspondientes a aspectos más particularizados:

· La atención sanitaria protocolizada de pacientes con problemas de salud crónicos y prevalentes es objeto de expresa referencia, incluyendo la diabetes mellitus (y con ella, el suministro al paciente diabético del material necesario para el control de su enfermedad), la enfermedad pulmonar obstructiva crónica y asma bronquial, la hipercolesterolemia, la hipertensión arterial, la insuficiencia cardiaca crónica, la cardiopatía isquémica, la obesidad y los problemas osteoarticulares crónicos o dolor crónico musculoesquelético.

· También se dedica específica atención a las personas portadoras de VIH+ y enfermedades de transmisión sexual con el objeto de contribuir al seguimiento clínico y mejora de su calidad de vida, al tiempo que se pretende evitar las prácticas de riesgo.

· La atención domiciliaria a pacientes inmovilizados, por su parte, comprende la valoración integral de las necesidades del paciente, englobando las causas de su inmovilización, el establecimiento de un plan de cuidados, médicos y de enfermería que

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

incluya medidas preventivas, instrucciones para el correcto seguimiento del tratamiento, recomendaciones higiénico-dietéticas, control de los síntomas y cuidados generales, así como la coordinación con los servicios sociales; el acceso a los exámenes y procedimientos diagnósticos no realizables en el domicilio del paciente; la realización y seguimiento de los tratamientos o procedimientos terapéuticos que necesite el paciente; la información y asesoramiento a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador/a principal.

- Atención a personas con conductas de riesgo, englobando en primer lugar la atención a fumadores y apoyo a la deshabituación de tabaco. A este respecto, se incluye la valoración del fumador, la información sobre riesgos, el consejo de abandono y el apoyo sanitario y, en su caso, la intervención con ayuda conductual individualizada. La atención al consumidor excesivo de alcohol también es objeto de específica referencia, con especial atención a la detección y cuantificación del consumo y frecuencia de la ingesta, la valoración de la dependencia, el consejo de limitación o eliminación de consumo, la valoración de patologías provocadas por el consumo y la oferta de asistencia sanitaria para abandono en caso necesario. Por último, se prevé la atención a otras conductas adictivas y, con ella, la detección, la oferta de apoyo sanitario especializado, si se precisa, para el abandono de la dependencia y la prevención de enfermedades asociadas.

- La detección precoz y abordaje integrado de los problemas de salud derivados de las situaciones de riesgo o exclusión social, como menores en acogida, minorías étnicas, inmigrantes u otros.

- Atención a las personas mayores: la especificidad propia de los problemas de salud de este colectivo, especificidad por otra parte reconocida desde el mismo texto constitucional<sup>1507</sup>, bien legítima su consideración específica en la cartera de servicios de la atención primaria. El objetivo no es otro que garantizar que un sector de la población tan

---

<sup>1507</sup> El art. 50 CE dispone que los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus "problemas específicos de salud", vivienda, cultura y ocio. Consúltese al respecto MALDONADO MOLINA, J. A.: "La jubilación en la Constitución Española", en AA. VV.: *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 888-890.

representativo y en permanente aumento a consecuencia del envejecimiento demográfico, disponga de toda una serie de servicios específicamente adaptados a sus peculiaridades, asumido que todo avance en la edad lleva inevitablemente asociado el aumento del riesgo de aparición de la enfermedad. Pues bien, como se ha afirmado con acierto, “si nadie puede garantizar, en el sentido pleno del término, la salud de nadie cuánto menos cuando alcanzamos cierta edad, sí que cabe exigir de los poderes públicos que pongan todo el esfuerzo necesario, dentro de lo económicamente factible, para atender desde la prevención/curación, ésta última siquiera sea paliativa, de las enfermedades típicamente seniles (reumáticas, osteoporosis, enfermedades cardíacas, demencias mentales...)»<sup>1508</sup>. Precisamente, este principio de especificidad inherente a la atención sanitaria de las personas mayores se traduce en la previsión de diferentes actuaciones:

- Actividades de promoción y prevención en relación a la alimentación saludable y ejercicio físico, la identificación de conductas de riesgo, la prevención de caídas y otros accidentes, la detección precoz del deterioro cognitivo y funcional, la detección precoz del deterioro físico, con especial énfasis en el cribado de hipoacusia, déficit visual e incontinencia urinaria, así como el consejo y seguimiento del paciente polimedcado y con pluripatología.

- Detección y seguimiento del anciano de riesgo, según sus características de edad, salud y situación sociofamiliar, así como su valoración clínica, sociofamiliar y del grado de dependencia para las actividades de la vida diaria. Esta valoración conlleva la elaboración de un plan integrado de cuidados sanitarios y la coordinación con atención especializada y los servicios sociales, con la finalidad de prevenir y atender la discapacidad y la comorbilidad asociada.

- En aquellos casos en que el mayor carezca de movilidad, se prevé la atención domiciliaria a personas mayores inmovilizadas, incluyendo información, consejo sanitario, asesoramiento y apoyo a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador o cuidadora principal.

---

<sup>1508</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho a la protección de las personas de la tercera edad”, en AA. VV.: *Comentario a la constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2002, pág. 1848.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

- Uno de los principales atributos del sistema prestacional actual reside en su vocación a la continua adaptación a la realidad social en la que opera. En este sentido, se contempla en la atención primaria la detección y atención específica a la violencia de género y malos tratos que infortunadamente persisten en la actualidad en todas las edades, en menores, ancianos y personas con discapacidad. En particular, se contempla la detección de situaciones de riesgo, la anamnesis, y en su caso exploración, orientada al problema en las situaciones de riesgo y ante sospecha de malos tratos; la comunicación a las autoridades competentes de aquellas situaciones que lo requieran, especialmente en el caso de sospecha de violencia de género o de malos tratos en menores, ancianos y personas con discapacidad y, si procede, a los servicios sociales; terminando con el establecimiento de un plan de intervención adaptado a cada caso.

La falta de referencia expresa a las enfermedades raras, en este nivel primario, a diferencia de lo que ocurre en sede de prestaciones de salud pública, dista mucho de seguir la Recomendación del Consejo, de 8 de junio de 2009, relativa a una acción en el ámbito de las enfermedades raras<sup>1509</sup>, en la que se insta a elaborar y aplicar planes o estrategias para las enfermedades raras en el nivel adecuado, o bien estudiar las medidas adecuadas para las enfermedades raras en otras estrategias de sanidad pública, para tratar de garantizar que los pacientes de enfermedades raras tengan acceso a una asistencia sanitaria de alta calidad, que incluya el diagnóstico, el tratamiento, la habilitación para las personas que padecen la enfermedad y, de ser posible, medicamentos huérfanos eficaces.

### 2.2.2.- Atención paliativa a enfermos terminales.

Se trata de una atención integral<sup>1510</sup>, individualizada y continuada de personas con enfermedad en situación avanzada, no susceptible de recibir tratamientos con finalidad curativa y con una esperanza de vida limitada (en general, inferior a seis meses), así como de las personas a ellas vinculadas. La especificidad que merece la asistencia sanitaria concretada en la atención primaria en este campo, acreedora de la dotación de los recursos

---

<sup>1509</sup> DOUE N° C 151 de 03/07/2009.

<sup>1510</sup> Nótese que la atención se adjetiva expresamente “integral”, y no sólo domiciliaria como se hacía en el RDOPS.

cualificados, bien merece la autonomía que se le reconoce. Su objetivo terapéutico radica en la mejora de su calidad de vida, con pleno respeto a su sistema de creencias, preferencias y valores. Además, tiene por destinatarios a pacientes de todas las edades, de modo que el RDCSC superó la restricción contenida en este sentido en el anterior RDOPS, el cual únicamente contemplaba como destinatarios a los mayores de catorce años.

Esta atención, y así lo reconoce el propio texto reglamentario regulador de la cartera de servicios, se caracteriza por su naturaleza eminentemente humanizada y personalizada, de ahí que se preste en el domicilio del paciente o en el centro sanitario, si fuera preciso, estableciendo los mecanismos necesarios para garantizar la continuidad asistencial y la coordinación con otros recursos y de acuerdo con los protocolos establecidos por el correspondiente servicio de salud. En efecto, la atención paliativa a enfermos terminales adopta una proyección integrada, en el sentido de que va más allá del ámbito sanitario para implicar acciones que, de marcado carácter individual y continuado, se centran en la persona del enfermo en cuanto tal, pues lo cierto es que cada una de ellas presenta ineludiblemente sus propias necesidades concretas que, en gran parte de las ocasiones, se hallan determinadas por el entorno en que se ubican<sup>1511</sup>. Lo cierto es que la atención sanitaria en este caso, más que en ningún otro, requiere de una perspectiva integral, capaz de acoger como centro de imputación al paciente y sus circunstancias físicas, psicológicas, afectivas y sociales, así como plenamente respetuosa con su dignidad.

Las actuaciones comprendidas en esta parcela de atención primaria son muy numerosas y, entre ellas, cabe citar la identificación de los enfermos en situación terminal según los criterios diagnósticos y la historia natural de la enfermedad; la valoración integral de las necesidades de pacientes y cuidadores y establecimiento de un plan de cuidados escrito que incluya medidas preventivas, recomendaciones higiénico-dietéticas, control de los síntomas y cuidados generales; la valoración frecuente y control de síntomas físicos y psíquicos, indicando el tratamiento farmacológico y no farmacológico del dolor y de otros síntomas; la información, consejo sanitario, asesoramiento y apoyo a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador principal; en las situaciones que lo

---

<sup>1511</sup> SEMPERE NAVARRO, A. Y GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Prestaciones médico-sanitarias (I)”, en AA. VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dir.), Comares, Granada, 2007, pág. 253.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

precisen, y particularmente en los casos complejos, la atención por estructuras de apoyo sanitario y/o social o por servicios especializados, tanto en consultas como en el domicilio del paciente o mediante internamiento, en su caso.

### 2.2.3.- Atención a la salud mental en coordinación con los servicios de atención especializada.

Con anterioridad a la reforma psiquiátrica de 1985, era la mental una de las áreas asistenciales más deficitarias<sup>1512</sup>. La primera norma en reconocer la importancia de esta parcela en el conjunto de la protección de la salud vino dada por la LGS, cuyo art. 18.8 LGS se refiere expresamente a la promoción y mejora de la salud mental, mientras que el 20 la integra en el sistema sanitario público, al tiempo que equipara a los enfermos mentales con los demás demandantes de asistencia sanitaria. Más tarde, el RDOPS contemplaría la atención a la salud mental como una prestación en sentido estricto<sup>1513</sup>. En todo caso, habría que esperar a la LCC, reforzada más tarde por el RDCSC para que, en un claro avance, la misma engrosara los servicios de la atención primaria, y no sólo de la especializada, como hacía en la anterior norma. Desde luego, ello supuso un paso decisivo en la buena dirección, es decir, a través de la potenciación de la asistencia ambulatoria al efecto, se avanzaba en la pretendida desinstitucionalización y des-estigmatización de los enfermos psiquiátricos. Se articuló, coherentemente, una atención sanitaria realmente asistencial, contrastada la ineffectividad de los tradicionales hospitales psiquiátricos, que actuaban como meros custodios de los enfermos. Asimismo, se reconoció la importancia de la prevención y la promoción de la salud en este ámbito, lo que justificó que su atención excediese del nivel especializado para integrarse también en el primario. Quedó así configurada una estructura sectorizada que implicaba una concepción de la atención a

---

<sup>1512</sup> Véase un ilustrativo repaso de la reforma en TEMES MONTES, J. L. Y GIL REDRADO, J., op. cit., pág. 132 y ss.

<sup>1513</sup> El precepto se refiere también a los principios que han de inspirar las actuaciones de las administraciones sanitarias en este ámbito: atención a los problemas de salud mental en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel de ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización; consideración especial aquellos problemas referentes a la psiquiatría infantil y psicogeriatría; hospitalización de los pacientes por procesos que así lo requieran en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales y el desarrollo de los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral del enfermo mental.

la salud mental de forma integral e interdisciplinar en el Sistema Nacional de Salud, favoreciendo al paciente la continuidad de cuidados en base a equipos multidisciplinares y dispositivos asistenciales diversificados<sup>1514</sup>.

El que la propia regulación normativa aluda expresamente desde el enunciado a la “coordinación con los servicios de atención especializada” es buena prueba del protagonismo que asume la acción coordinada entre ambos niveles de actuación. Ciertamente, ésta emerge en un parámetro esencial en la atención a la salud mental, a fin de garantizar una total efectividad de la misma, de modo que se descarta todo funcionamiento de los servicios incluidos en la vertiente primaria y en la especializada como compartimentos estancos. Se trata, pues, de integrar armoniosamente todas las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general, asegurando su desarrollo concordado.

Pues bien, la cartera de servicios de la atención a la salud mental en este primer nivel engloba, teniendo en cuenta los principios sentados en el art. 20 LGS<sup>1515</sup>, las actividades de prevención y promoción, consejo y apoyo para el mantenimiento de la salud mental en las distintas etapas del ciclo vital; la detección, diagnóstico y tratamiento de trastornos adaptativos, por ansiedad y depresivos, con derivación a los servicios de salud mental en caso de quedar superada la capacidad de resolución del nivel de atención primaria; la detección de conductas adictivas, de trastornos del comportamiento y de otros trastornos mentales y de reagudizaciones en trastornos ya conocidos, y, en su caso, su derivación a los servicios de salud mental; la detección de psicopatologías de la infancia o adolescencia, incluidos los trastornos de conducta en general y alimentaria en particular, y

---

<sup>1514</sup> HIDALGO VEGA, A.: "La asistencia sanitaria en salud mental juvenil en España", *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 84, 2009, pág. 182.

<sup>1515</sup> Dispone el precepto que la atención a los problemas de salud mental de la población se lleva a cabo en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel de ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, de modo que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización. Asimismo, son objeto de consideración especial aquellos problemas referentes a la psiquiatría infantil y psicogeriatría.

La hospitalización de los pacientes por procesos que así lo requieran se realiza en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales, mientras que los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral de los problemas del enfermo mental se desarrollan buscando la necesaria coordinación con los servicios sociales.

Por último, los servicios de salud mental y de atención psiquiátrica del sistema sanitario general cubren, asimismo, y en coordinación con los servicios sociales, los aspectos de prevención primaria y la atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud en general.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

derivación en su caso al servicio especializado correspondiente. Por su parte, y en relación con las personas con trastorno mental grave y prolongado, se prevé expresamente el seguimiento de forma coordinada con los servicios de salud mental y servicios sociales.

### 2.2.4.- Atención a la salud bucodental.

Conlleva toda una serie de actividades asistenciales, diagnósticas y terapéuticas, así como otras de promoción de la salud, de educación sanitaria y preventivas dirigidas a la atención bucodental<sup>1516</sup>. En concreto, en este nivel primario, dicha atención comprende la información, educación para la salud y, en su caso, adiestramiento en materia de higiene y salud bucodental; el tratamiento de procesos agudos odontológicos<sup>1517</sup>, entendiéndose por tales los procesos infecciosos y/o inflamatorios que afectan al área bucodental, traumatismos oseodentarios, lesiones en la mucosa oral y la patología aguda de la articulación témporo-mandibular<sup>1518</sup>; la exploración preventiva de la cavidad oral a mujeres embarazadas y, en particular, instrucciones sanitarias en materia de dieta y salud bucodental, acompañadas de adiestramiento en higiene bucodental, y aplicación de flúor tópico de acuerdo a las necesidades individuales de cada mujer embarazada; así como las medidas preventivas y asistenciales para la población infantil de acuerdo con los programas establecidos por las administraciones sanitarias competentes, mediante la aplicación de flúor tópico, obturaciones, sellados de fisuras u otras.

En todo caso, la norma reglamentaria no se limita a precisar las actuaciones que efectivamente integran el contenido de la cartera de servicios en el ámbito de la salud bucodental, pues igualmente establece un listado (exhaustivo) de tratamientos excluidos al respecto, del que forman parte el tratamiento reparador de la dentición temporal, los

---

<sup>1516</sup> La indicación de esta prestación se realiza por los odontólogos y especialistas en estomatología.

<sup>1517</sup> A modo de ejemplo, la STSJ de Castilla y León de 31 de enero de 2000 rechaza el reintegro de los gastos derivados de la “obtención de todas las piezas cerradas bajo anestesia lo que supone la realización de pulpotomía y pulpectomía en los molares y colocación de coronas de cromo-níquel, reconstrucción con material adhesivo, pulido y limpieza de todos los dientes”, al considerar que tal tipo de tratamientos no puede ser incluido dentro del “tratamiento de procesos agudos odontológicos, incluida la extracción de piezas dentarias” contemplado en la cobertura pública.

<sup>1518</sup> Incluye consejo bucodental, tratamiento farmacológico de la patología bucal que lo requiera, exodoncias, exodoncias quirúrgicas, cirugía menor de la cavidad oral, revisión oral para la detección precoz de lesiones premalignas y, en su caso, biopsia de lesiones mucosas.

tratamientos ortodóncicos<sup>1519</sup>, las exodoncias de piezas sanas, los tratamientos con finalidad exclusivamente estética, los implantes dentarios y la realización de pruebas complementarias para fines distintos de las prestaciones contempladas como financiadas por el Sistema Nacional de Salud.

La cartera de servicios vuelve a hacer gala en este ámbito de la especificidad que se ha remarcado en epígrafes anteriores. Y es que las personas con discapacidad que, a causa de su deficiencia, no son capaces de mantener, sin ayuda de tratamientos sedativos, el necesario autocontrol que permita una adecuada atención a su salud bucodental, son objeto de referencia particularizada en la legislación sanitaria. En particular, a fin de facilitarles los servicios aludidos líneas arriba, se prevé su remisión a aquellos ámbitos asistenciales donde se les pueda garantizar su correcta realización.

Haciendo balance del contenido de la prestación bucodental, ha de concluirse la limitación subjetiva y objetiva de que adolece y que no ha pasado inadvertida en la doctrina<sup>1520</sup>. De un lado, la circunscripción de esta prestación básicamente a población infantil y mujeres embarazadas evidencia una pretensión poco ambiciosa y, de otro, el reducido espectro de actuaciones comprendidas al que ha de sumarse la considerable lista de exclusiones expresas, alertan de que no se está satisfaciendo en este ámbito el pretendido carácter integral que reviste la salud desde su propia configuración constitucional y legal.

Es por ello que las Comunidades Autónomas han desarrollado una función de ampliación fundamental al respecto, si bien circunscrita al ámbito de la salud bucodental de los menores, sin perjuicio, en todo caso, del interés que poco a poco se va tomando

---

<sup>1519</sup> En todo caso, téngase presente que la STS de 7 de junio de 2011 ha señalado, en relación con el Tratamiento Odontológico Rehabilitador, que independientemente de que la rehabilitación pretendida no se encuentre comprendida en la cartera de servicios, “no se le debió denegar a la paciente el tratamiento rehabilitador necesario derivado de la asistencia sanitaria realizada a fin de poder recuperarse satisfactoriamente de las intervenciones quirúrgica y evitar de ese modo los sufrimientos y dolores físicos y psíquicos que padeció posteriormente durante unos años por la extracción de las muelas del juicio”.

<sup>1520</sup> Llega a ser calificada como “una de las mayores deficiencias en medicina preventiva que presenta nuestro sistema”. MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R., op. cit., pág. 512.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

desde el plano central en este campo de actuación<sup>1521</sup>. Pues bien, como ha sucedido en relación con la exclusión de la asistencia sanitaria de los inmigrantes en situación irregular, también las normativas autonómicas han hecho las veces de baluartes de la universalización, en este caso, objetiva, de la protección de la salud. Cabe destacar, así, el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, por el que se regula la prestación asistencial dental a la población de 6 a 15 años de la Comunidad Autónoma de Andalucía; el Decreto 195/2004, de 29 de diciembre, sobre asistencia dental a la población infantil de la Comunidad Autónoma de Extremadura; el Decreto 118/1990, de 24 de Abril, sobre la asistencia dental a la población infantil de la Comunidad Autónoma del País Vasco; la Orden de 27 de diciembre de 2002, de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad Autónoma de Murcia, por la que se determinan los criterios de gestión de la prestación sanitaria bucodental destinada a la población infantil de la Región de Murcia; la Orden de 28 de marzo de 2005 del Departamento de Salud y Consumo, por la que se regula la prestación de la atención sanitaria bucodental a la población infantil y juvenil de la Comunidad Autónoma de Aragón; el Decreto 87/2005 de 29 de julio, sobre la gestión de la prestación sanitaria en materia de salud bucodental para la población entre los 6 y 15 años de la Islas Baleares; así como la Resolución de 18 de febrero de 2008, de la Dirección General de Programas Asistenciales del Servicio Canario de la Salud, por la que se establece el programa de atención sanitaria bucodental a la población infantil de la Comunidad Autónoma de Canarias.

### **3.- PRESTACIONES DE ATENCIÓN MÉDICA ESPECIALIZADA.**

Tanto en el art. 13 LCC como en el Anexo III RDCSC se conceptualiza, mediante el empleo de idénticos términos, la prestación de atención especializada. Ésta comprende un amplio abanico de actividades asistenciales, diagnósticas, terapéuticas y de rehabilitación y cuidados, sin que se excluyan aquellas otras relativas a la promoción de la salud, educación sanitaria y prevención de la enfermedad, cuya naturaleza aconseja que se realicen en este nivel. La regulación normativa insiste en la continuidad e integralidad de

---

<sup>1521</sup> Real Decreto 499/2010, de 30 de abril, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a las Comunidades Autónomas para la promoción de actividades para la salud bucodental infantil durante el año 2010.

la atención dispensada, que ha de ser garantizada, una vez superadas las posibilidades de la atención primaria y hasta que el paciente pueda reintegrarse en dicho nivel, tal y como encomienda la LGS<sup>1522</sup>. Por tanto, el nivel especializado entra en acción cuando, atendiendo al estado del paciente, el alcance de la atención primaria se revela insuficiente o, en otras palabras, cuando es preciso el empleo de las tecnologías, técnicas o procedimientos propios de la cartera de servicios de la prestación especializada. Se explica, así, que se haya aludido a ella como una suerte de atención “transitoria”<sup>1523</sup>, al preverse su ejecución para un determinado período de tiempo, en concreto, el que media entre la constatación de la insuficiencia de la atención primaria y la vuelta del enfermo a la misma tan pronto como sea posible. Luego se aprecia una cierta preferencia de la legislación sanitaria por el nivel de atención primaria, al concebir a la especializada con carácter subsidiario, sólo en tanto en cuanto se superen las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de aquélla.

Sentado el concepto, dos son los principales aspectos de la atención especializada que merecen concreción. De un lado, en relación con el lugar de dispensación, la regulación normativa dispone que, siempre que las condiciones del paciente lo permitan, la atención especializada es prestada en consultas externas y en hospital de día<sup>1524</sup>. De otro, por lo que se refiere al contenido, se ha de partir del precepto legal arriba citado, el cual integra en esta categoría de prestaciones la asistencia especializada en consultas, la asistencia especializada en hospital de día, médico y quirúrgico, la hospitalización en régimen de internamiento, el apoyo a la atención primaria en el alta hospitalaria precoz y, en su caso, la hospitalización a domicilio, la indicación o prescripción, y la realización, en su caso, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos, la atención paliativa a enfermos terminales, la atención a la salud mental y la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable. Como siempre, el RDCSC procede a dar forma a los genéricos bosquejos que traza la LCC, y lo hace profundizando en cada una de estas áreas de actuación.

---

<sup>1522</sup> En concreto, el art. 15.1 dispone que, una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de la atención primaria, los usuarios del Sistema Nacional de Salud tienen derecho, en el marco de su Área de Salud, a ser atendidos en los servicios especializados hospitalarios.

<sup>1523</sup> GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud...”, pág. 533.

<sup>1524</sup> Luego el internamiento queda relegado al último recurso posible, para eludir innecesarios gastos y la saturación del sistema con internamientos superfluos. VIDA FERNÁNDEZ, J., op. cit., pág. 80.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Ahora bien, y según se ha puesto de relieve<sup>1525</sup>, la imposibilidad de sentar un único criterio capaz de establecer una clasificación de tales actuaciones viene dada por la frecuente superposición de unos contenidos y otros. Lo cierto es que, en este nivel, se evidencia una clara interdependencia entre las técnicas empleadas en la ejecución de las diferentes prestaciones, de modo que resulta harto compleja la tarea de dotarlas de una ordenación clasificada. Así se desprende de las no escasas remisiones entre los diversos apartados que conforman el Anexo III del texto reglamentario.

### **3.1.- Asistencia especializada en consultas.**

En ella quedan incluidas las actividades asistenciales, diagnósticas, terapéuticas y de rehabilitación, así como aquellas de promoción de la salud, educación sanitaria y prevención de la enfermedad, que se prestan en el nivel de atención especializada en régimen ambulatorio. En este ámbito, las actuaciones que corresponde llevar a cabo al Sistema Nacional de Salud consisten en la valoración inicial del paciente, la indicación y realización de exámenes y procedimientos diagnósticos, la indicación, realización y seguimiento de los tratamientos o procedimientos terapéuticos que necesite el paciente, la indicación y, en su caso, administración de medicación, nutrición parenteral o enteral, curas, material fungible y otros productos sanitarios que sean precisos, la indicación de ortoprótesis y su oportuna renovación, de acuerdo con lo establecido en el anexo VI de cartera de servicios comunes de prestación ortoprotésica y, por último, la información al alta conteniendo información diagnóstica y de los procedimientos realizados para facilitar el correcto seguimiento del paciente y la continuidad y la seguridad de la atención y de los cuidados.

### **3.2.- Asistencia especializada en hospital de día, médico y quirúrgico.**

Los pacientes a los que se dirige este tipo de actividades asistenciales, diagnósticas, terapéuticas y de rehabilitación, se caracterizan por precisar de cuidados especializados

---

<sup>1525</sup> En LANTARÓN BARQUÍN, D., "*Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...*", pág. 127, se considera que son tres los criterios que rigen, concretados en el régimen prestacional, la accesoriedad, instrumentalidad o apoyo a la atención primaria y la mayor o menor sustantividad.

continuados, incluida la cirugía mayor ambulatoria, de forma que no se revela necesario que pernocten en el hospital. Por su parte, es el facultativo especialista responsable de la asistencia al enfermo la persona competente para indicar la utilización de este recurso.

En particular, las actividades englobadas en esta asistencia especializada son las siguientes:

- La indicación y realización de exámenes y procedimientos diagnósticos.
- La indicación, realización y seguimiento de los tratamientos o procedimientos terapéuticos o de rehabilitación que necesite el paciente, incluida la cirugía ambulatoria y los tratamientos quimioterápicos a pacientes oncológicos.
- Los cuidados de enfermería necesarios para la adecuada atención del paciente.
- Los implantes y otras ortoprótesis y su oportuna renovación.
- La medicación, gases medicinales, transfusiones, curas, material fungible y otros productos sanitarios que sean precisos.
- La reanimación postquirúrgica y, si procede, tras procedimientos diagnósticos invasivos.
- La nutrición parenteral o enteral.
- En su caso, la alimentación según la dieta prescrita.
- La información al alta con instrucciones para el correcto seguimiento del tratamiento y establecimiento de los mecanismos que aseguren la continuidad y la seguridad de la atención y de los cuidados.

### **3.3.- Hospitalización en régimen de internamiento.**

Condicionado su acceso a la indicación del facultativo especialista o a través de los servicios de urgencia hospitalaria, cuando el paciente necesite previsiblemente cuidados especiales y continuados, no susceptibles de ser prestados de forma ambulatoria o a

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

domicilio<sup>1526</sup>, la hospitalización en régimen de internamiento incluye la asistencia médica, quirúrgica, obstétrica y pediátrica o la realización de tratamientos o procedimientos diagnósticos a pacientes que requieren cuidados continuados propiciadores del internamiento<sup>1527</sup>.

Por lo que respecta a los servicios de referencia<sup>1528</sup>, la derivación a los mismos parte de los correspondientes servicios especializados de la Comunidad Autónoma donde reside el usuario en cuestión, una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de los mismos (art. 15.2 LGS).

Varios son los componentes que el RDCSC incluye en la cartera de servicios de la hospitalización en régimen de internamiento:

- La indicación y realización de exámenes y procedimientos diagnósticos, incluido el examen neonatal.
- La indicación, realización y seguimiento de los tratamientos o procedimientos terapéuticos o intervenciones quirúrgicas que necesite el paciente, independientemente de que su necesidad venga o no causada por el motivo de su internamiento.
- La medicación, gases medicinales, transfusiones, curas, material fungible y otros productos sanitarios que sean precisos.
- Los cuidados de enfermería necesarios para la adecuada atención del paciente.
- Los implantes y otras ortoprótesis y su oportuna renovación.
- Los cuidados intensivos o de reanimación, según proceda.

---

<sup>1526</sup> Es lo que se ha llamado el doble filtro, de carácter subjetivo y objetivo. GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud...”, pág. 535.

<sup>1527</sup> Como se apunta en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R., op. cit., pág. 513, valiéndose de la STSJ Castilla-La Mancha de 21 de febrero de 2000, está justificada el alta del paciente cuando no concurren tales requisitos.

<sup>1528</sup> El art. 28.2 LCC dispone que, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, se acordará la designación de servicios de referencia, el número necesario de éstos y su ubicación estratégica dentro del Sistema Nacional de Salud, con un enfoque de planificación de conjunto, para la atención a aquellas patologías que precisen para su atención una concentración de los recursos diagnósticos y terapéuticos a fin de garantizar la calidad, la seguridad y la eficiencia asistenciales.

- El tratamiento de las posibles complicaciones que puedan presentarse durante el proceso asistencial.
- Los tratamientos de rehabilitación, cuando proceda.
- La nutrición parenteral o enteral.
- La alimentación, según la dieta prescrita.
- Los servicios hoteleros básicos directamente relacionados con la propia hospitalización<sup>1529</sup>.
- La información al alta con instrucciones para el correcto seguimiento del tratamiento y establecimiento de los mecanismos que aseguren la continuidad y la seguridad de la atención y de los cuidados.

### **3.4.- Apoyo a la atención primaria en el alta hospitalaria precoz y, en su caso, hospitalización a domicilio.**

Introducida como novedad en la LCC, esta categoría comprende todo un conjunto de actividades diagnósticas y terapéuticas que han de ser llevadas a cabo de forma coordinada por atención primaria y especializada como consecuencia de procedimientos iniciados en el nivel de atención especializada, siempre que ambos niveles, de forma consensuada, acuerden que pueden ser facilitadas a nivel domiciliario, de forma que se garantice la continuidad en la atención prestada al usuario tras el alta hospitalaria, conforme a los programas especiales establecidos y la organización propia de cada servicio de salud.

En los casos en que el paciente se encuentre en una situación clínica que requiera de atención continuada y no presente una inestabilidad clínica que pudiera suponer un riesgo en su evolución, el servicio de salud puede optar por la hospitalización a domicilio.

---

<sup>1529</sup> Lo cierto es que determinadas prácticas hospitalarias actuales ponen en entredicho la efectividad de esta previsión normativa, por lo que se ha denunciado que algunas no se compatibilizan con el fiel ejercicio de esta prestación según los cánones de la dignidad humana. En MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R., op. cit., pág. 513, se comparte esta crítica aludiendo a la cama C.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

En el contenido de la cartera de servicios en este ámbito, destaca la previsión de un amplio abanico de actuaciones que evidencia la pretensión normativa de desterrar cualquier posible perjuicio derivado de la ejecución de la prestación a nivel domiciliario. El propósito, por tanto, no es otro que asegurar que este tipo de atención alcance igual grado de eficacia que la dispensada en el ámbito hospitalario. En concreto, se incluye la valoración integral de las necesidades del paciente que, previa al alta, asegure la continuidad de la atención tras el mismo; el establecimiento de un plan de cuidados que incluya medidas preventivas, instrucciones para el correcto seguimiento del tratamiento, recomendaciones higiénico-dietéticas, control de los síntomas y cuidados generales; el acceso a los exámenes y procedimientos diagnósticos no realizables en el domicilio del paciente; la realización y seguimiento de los tratamientos o procedimientos terapéuticos que necesite el paciente; la indicación y, en su caso, administración de medicación, nutrición enteral o parenteral, curas, material fungible, ortoprótesis y otros productos sanitarios que sean precisos; la información y asesoramiento a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador principal.

### **3.5.- Indicación o prescripción y realización, en su caso, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos.**

En esta categoría se incluyen todos aquellos procedimientos diagnósticos y terapéuticos, indicados por el facultativo responsable de la atención del paciente en el Sistema Nacional de Salud, según la organización de los servicios de salud, que son precisos para las actividades de atención especializada hasta ahora señaladas<sup>1530</sup>.

El RDCSC, como ya hizo en el ámbito de la atención a la salud bucodental, recurre a la técnica de exclusión para dejar fuera, en este caso, del nivel de atención especializada, a todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos con finalidad estética, que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, los tratamientos en balnearios y las curas de reposo.

---

<sup>1530</sup> Los implantes quirúrgicos necesarios para llevar a cabo las actividades de atención especializada están incluidos en el Anexo VI de la cartera de servicios comunes de la prestación ortoprotésica.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Tras ello, la norma reglamentaria descende a enumerar exhaustivamente todas y cada una de las técnicas y procedimientos que son necesarios en el diagnóstico y tratamiento médico y quirúrgico de las diferentes patologías referidas en la Clasificación Internacional de Enfermedades. Así pues, se alude específicamente a las enfermedades infecciosas y parasitarias<sup>1531</sup>, neoplasias<sup>1532</sup>, enfermedades endocrinas, de la nutrición y metabólicas y trastornos de la inmunidad<sup>1533</sup>, enfermedades de la sangre y de los órganos hematopoyéticos<sup>1534</sup>, trastornos mentales<sup>1535</sup>, enfermedades del sistema nervioso y de los órganos de los sentidos<sup>1536</sup>, enfermedades del sistema circulatorio<sup>1537</sup>, enfermedades del aparato respiratorio<sup>1538</sup>, enfermedades del aparato digestivo<sup>1539</sup>, enfermedades del aparato

---

<sup>1531</sup> Enfermedades infecciosas intestinales, tuberculosis, enfermedades bacterianas zoonóticas, otras enfermedades bacterianas, infección del virus de la inmunodeficiencia humana, poliomielitis y otras enfermedades virales del sistema nervioso central no transmitidas por artrópodos, enfermedades virales acompañadas de exantema, enfermedades virales portadas por artrópodos, otras enfermedades debidas a virus y chlamydiae, rickettsiosis y otras enfermedades portadas por artrópodos, sífilis y otras enfermedades venéreas, otras enfermedades espiroquetales, micosis, helmintiasis, otras enfermedades infecciosas y parasitarias y efectos tardíos de las enfermedades infecciosas y parasitarias.

<sup>1532</sup> Neoplasia maligna de labio, cavidad oral y faringe, neoplasias malignas de los órganos digestivos y del peritoneo, neoplasia maligna de los órganos respiratorios e intratorácicos, neoplasia maligna de hueso, tejido conectivo, piel y mama, neoplasia maligna de órganos genitourinarios, neoplasia maligna de otras localizaciones y de localizaciones no especificadas, neoplasia maligna de tejidos linfáticos y hematopoyéticos, neoplasias benignas, carcinoma in situ, neoplasias de evolución incierta y neoplasias de naturaleza no especificada.

<sup>1533</sup> Trastornos de la glándula tiroidea, enfermedades de otras glándulas endocrinas, deficiencias nutritivas, otros trastornos metabólicos y de inmunidad (incluyendo los tratamientos de la obesidad mórbida y las bombas portátiles de infusión subcutánea continua de insulina reguladas en el art. 3 y el Anexo de la Orden SCO/710/2004, de 12 de marzo, por la que se autoriza la financiación de determinados efectos y accesorios con fondos públicos).

<sup>1534</sup> Anemias, defectos de coagulación, púrpura y otras condiciones hemorrágicas, enfermedades de glóbulos blancos y otras enfermedades de la sangre y los órganos hematopoyéticos.

<sup>1535</sup> Su atención se contempla en el apartado séptimo de atención a la salud mental, incluyendo psicosis orgánicas, otras psicosis, trastornos neuróticos, trastornos de la personalidad y otros trastornos mentales no psicóticos y retraso mental.

<sup>1536</sup> Enfermedades inflamatorias del sistema nervioso central, enfermedades hereditarias y degenerativas del sistema nervioso central, otros trastornos del sistema nervioso central, trastornos del sistema nervioso periférico, trastornos del ojo y de los anexos (incluida la terapia fotodinámica para prevenir la pérdida visual en pacientes con neovascularización coroidea subfoveal predominantemente clásica secundaria a degeneración macular asociada a la edad o a miopía patológica, de acuerdo con los protocolos de los servicios de salud y excluida la corrección de los defectos de refracción por medios optométricos y quirúrgicos) y enfermedades del oído y proceso mastoideo.

<sup>1537</sup> Fiebre reumática aguda, enfermedad cardiaca reumática crónica, enfermedad hipertensiva, cardiopatía isquémica, enfermedades de la circulación pulmonar, otras formas de enfermedad cardiaca, enfermedad cerebrovascular, enfermedades de las arterias, arteriolas y capilares y enfermedades de venas y linfáticos y otras enfermedades del aparato circulatorio.

<sup>1538</sup> Infecciones respiratorias agudas, otras enfermedades del tracto respiratorio superior (excluida la cirugía del ronquido salvo que se confirme síndrome de apnea obstructiva del sueño asociado a deformidades anatómicas en vías aéreas superiores o con alteraciones maxilofaciales), neumonía y gripe, enfermedad pulmonar obstructiva crónica y enfermedades asociadas, neumoconiosis y otras enfermedades pulmonares ocasionadas por agentes externos y otras enfermedades del aparato respiratorio.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

genitourinario<sup>1540</sup>, complicaciones del embarazo, parto y puerperio<sup>1541</sup>, enfermedades de la piel y del tejido subcutáneo<sup>1542</sup>, enfermedades del sistema osteo-mioarticular y tejido conectivo<sup>1543</sup>, anomalías congénitas<sup>1544</sup>, enfermedades con origen en el periodo perinatal<sup>1545</sup>, así como lesiones y envenenamientos<sup>1546</sup>.

Bajo la más genérica categoría de “otros procedimientos diagnósticos y terapéuticos”, se aglutinan el diagnóstico prenatal en grupos de riesgo, el diagnóstico por imagen<sup>1547</sup>, la radiología intervencionista diagnóstica y terapéutica, la hemodinamia diagnóstica y terapéutica, la medicina nuclear diagnóstica y terapéutica, incluida la tomografía por emisión de positrones (PET), y combinada con el TC (PET-TC), en indicaciones

---

<sup>1539</sup> Enfermedades de la cavidad oral, glándulas salivares y maxilares en las que se requieran medios propios de la atención especializada, enfermedades del esófago, estómago y duodeno, apendicitis, hernia de la cavidad abdominal, enteritis y colitis no infecciosa, otras enfermedades del intestino y del peritoneo y otras enfermedades del aparato digestivo.

<sup>1540</sup> Nefritis, síndrome nefrótico y nefrosis, otras enfermedades del aparato urinario, enfermedades de los órganos genitales masculinos, trastornos de mama, enfermedad inflamatoria de los órganos pélvicos femeninos y otros trastornos del tracto genital femenino.

<sup>1541</sup> Embarazo ectópico y molar, otro embarazo con resultado abortivo (incluida la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos previstos en la legislación vigente), complicaciones principalmente relacionadas con el embarazo, parto normal (incluida la anestesia epidural, de acuerdo con los protocolos de los servicios de salud) y otras indicaciones para cuidados durante el embarazo, trabajo de parto y parto, complicaciones que se presentan principalmente durante el curso del parto y complicaciones del puerperio.

<sup>1542</sup> Infecciones de la piel y del tejido celular subcutáneo, otros estados inflamatorios de la piel y de los tejidos subcutáneos y otras enfermedades de la piel y del tejido subcutáneo.

<sup>1543</sup> Artropatías y trastornos relacionados, dorsopatías, reumatismo, osteopatías, condropatías y deformidades musculoesqueléticas adquiridas.

<sup>1544</sup> Anencefalia y anomalías similares, espina bífida, otras anomalías congénitas del sistema nervioso, anomalías congénitas del ojo, anomalías congénitas de oído, cara y cuello, anomalías del bulbo arterioso y del cierre septal cardiaco, otras anomalías congénitas cardíacas y del aparato circulatorio, anomalías congénitas del aparato respiratorio, fisura del paladar y labio leporino, otras anomalías congénitas del aparato digestivo, anomalías congénitas de órganos genitales, anomalías congénitas del aparato urinario, deformidades musculoesqueléticas congénitas, otras anomalías congénitas de miembro, anomalías congénitas del tegumento, anomalías cromosómicas y otras anomalías congénitas.

<sup>1545</sup> Causas maternas de morbilidad y mortalidad perinatales y otras enfermedades con origen en el periodo perinatal.

<sup>1546</sup> Fracturas, luxaciones, esguinces y torceduras de articulaciones y músculos adyacentes, lesión intracraneal, lesión interna de tórax, abdomen y pelvis, heridas abiertas, lesión de vasos sanguíneos, efectos tardíos de lesiones, envenenamientos, efectos tóxicos y otras causas externas, lesión superficial, contusión con superficie cutánea intacta, lesión por aplastamiento, efectos de cuerpo extraño que entra a través de orificio, quemaduras, lesión de nervios y médula espinal, otras complicaciones traumáticas y lesiones no especificadas, envenenamiento por drogas, sustancias medicamentosas y sustancias biológicas, efectos tóxicos de sustancias primordialmente no medicamentosas con respecto a su origen, otros efectos y efectos no especificados de causas externas y complicaciones de cuidados quirúrgicos y médicos no clasificados bajo otro concepto.

<sup>1547</sup> Radiología simple (tórax, abdomen, radiología ósea y densitometría, conforme a los programas de los servicios de salud), mama (mamografía y intervencionismo de mama), radiología convencional con contraste, ultrasonidos (ecografía y ultrasonidos doppler), tomografía computarizada (TC), así como resonancia magnética (RM).

oncológicas de acuerdo con las especificaciones de la ficha técnica autorizada del correspondiente radiofármaco, la neurofisiología, las endoscopias<sup>1548</sup>, las pruebas funcionales, el laboratorio<sup>1549</sup>, las biopsias y punciones, la radioterapia, la radiocirugía, la litotricia renal, la diálisis, las técnicas de terapia respiratoria, incluyendo las de terapia respiratoria a domicilio, reguladas por la todavía vigente Orden de 3 de marzo de 1999<sup>1550</sup>, los trasplantes de órganos, tejidos y células de origen humano<sup>1551</sup>. A este respecto, la norma resalta que, en el caso concreto del trasplante de vivo, tanto si es de órganos sólidos como si se trata de alotrasplante de progenitores hematopoyéticos (emparentado y no emparentado), el trasplante lleva asociada la atención relacionada con el proceso de la donación, así como sus posibles complicaciones.

Por último, en el epígrafe de “otros servicios”, el RDCSC reproduce aquellos que son prestados por las correspondientes unidades asistenciales, recogidas en el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, autorizadas por las respectivas Comunidades Autónomas. Se trata, en concreto, de los cuidados intensivos, incluyendo los neonatales; la anestesia y reanimación; la hemoterapia; la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable; la nutrición y dietética, incluyendo los tratamientos con productos dietoterápicos complejos y la nutrición enteral domiciliaria; el seguimiento del embarazo, de manera coordinada y protocolizada con la atención primaria, según la organización del correspondiente servicio de salud; la planificación

---

<sup>1548</sup> El RDCSC precisa que la cápsuloendoscopia se incluye sólo en la hemorragia digestiva de origen oscuro que persiste o recurre después de un estudio inicial de endoscopia negativo (colonoscopia y/o endoscopia alta) y previsiblemente localizada en el intestino delgado.

<sup>1549</sup> Anatomía patológica, bioquímica, genética, hematología, inmunología, microbiología y parasitología.

<sup>1550</sup> Con anterioridad a la LCC, la “oxigenoterapia a domicilio” constituía una prestación complementaria. En la regulación vigente, según se ha advertido en la nota 1474, pierde su condición de prestación específica para integrarse en la cartera de servicios de la atención primaria.

<sup>1551</sup> Entre los órganos se cita expresamente el riñón, corazón, pulmón, hígado, páncreas, intestino, riñón-páncreas, corazón-pulmón y cualquier otra combinación de dos o más de estos órganos para la que exista una indicación clínica establecida. Entre los tejidos y células, figuran las células progenitoras hematopoyéticas procedentes de médula ósea, sangre periférica y sangre de cordón umbilical, en aquellos procesos en los que exista una indicación clínica establecida, tejidos del globo ocular (córnea, esclera y limbo corneal), membrana amniótica, homoinjertos valvulares, homoinjertos vasculares, tejidos musculoesqueléticos y piel, trasplante autólogo de condrocitos como tratamiento de segunda elección cuando haya fracasado una opción terapéutica previa en lesiones condrales de la articulación de la rodilla y en osteocondritis disecante, cultivos de queratinocitos y cultivos celulares para los que exista una indicación clínica establecida, de acuerdo al procedimiento contemplado para la actualización de la cartera de servicios comunes.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

familiar<sup>1552</sup>; la reproducción humana asistida cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida, de acuerdo con los programas de cada servicio de salud<sup>1553</sup>; así como los servicios de prevención.

### **3.6.- Atención paliativa a enfermos terminales.**

La atención al colectivo conformado por las personas que presentan una enfermedad en situación avanzada no susceptible de recibir tratamientos con finalidad curativa y con una esperanza de vida limitada (en general, inferior a seis meses), así como de las personas a ellas vinculadas, no queda constreñida al nivel primario, pues también son objeto de atención integral, individualizada y continuada en el especializado. Como ya hacía en sede primaria, el RDCSC vuelve a incidir en su objetivo terapéutico, consistente en la mejora de la calidad de vida, con respeto a su sistema de creencias, preferencias y valores, así como en su naturaleza especialmente humanizada y personalizada. Igualmente se prevé su provisión en el domicilio del paciente o en el centro sanitario, si fuera preciso, estableciendo los mecanismos necesarios para garantizar la continuidad asistencial y la coordinación con otros recursos y de acuerdo con los protocolos establecidos por el correspondiente servicio de salud.

En concreto, la atención paliativa especializada a enfermos terminales implica la identificación de los enfermos en situación terminal según los criterios diagnósticos y la historia natural de la enfermedad, la valoración integral de las necesidades de pacientes y cuidadores y el establecimiento de un plan de cuidados escrito que incluya medidas preventivas, recomendaciones higiénico-dietéticas, control de los síntomas y cuidados generales, la valoración frecuente y control de síntomas físicos y psíquicos, realizando los exámenes y procedimientos diagnósticos necesarios e indicando el tratamiento farmacológico y no farmacológico del dolor y de otros síntomas, cerrando el repertorio la

---

<sup>1552</sup> Incluye el consejo genético en grupos de riesgo; información, indicación y seguimiento de métodos anticonceptivos, incluidos los dispositivos intrauterinos; y realización de ligaduras de trompas y de vasectomías, de acuerdo con los protocolos de los servicios de salud, excluida la reversión de ambas.

<sup>1553</sup> Inseminación artificial; fecundación in vitro e inyección intracitoplasmática de espermatozoides, con gametos propios o de donante y con transferencia de embriones; transferencia intratubárica de gametos. A este respecto, la STSJ de Andalucía de 26 de febrero de 2001 denegó el reintegro de los gastos derivados de una donación de ovocitos, al no encontrarse comprendida en el contenido prestacional.

información, consejo sanitario, asesoramiento y apoyo a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador principal. Desde luego, cuantos se hallen ligados al enfermo juegan un papel muy importante y así es reconocido desde el sistema jurídico. Como se aprecia, la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud otorga a lo largo de sus previsiones una atención específica a la garantía del apoyo que merece la persona que convive y cuida diariamente del enfermo.

### **3.7.- Atención a la salud mental.**

En el nivel especializado que se está analizando, la atención a la salud mental, que ha de garantizar la necesaria continuidad asistencial, abarca el diagnóstico y seguimiento clínico de los trastornos mentales, la psicofarmacoterapia, las psicoterapias individuales, de grupo o familiares (excluyendo el psicoanálisis y la hipnosis), la terapia electroconvulsiva y, en su caso, la hospitalización.

En la cartera de servicios quedan incluidas, en concreto, las actuaciones preventivas y de promoción de la salud mental en coordinación con otros recursos sanitarios y no sanitarios; el diagnóstico y tratamiento de trastornos mentales agudos y de las reagudizaciones de trastornos mentales crónicos, comprendiendo el tratamiento ambulatorio, las intervenciones individuales o familiares y la hospitalización cuando se precise, el diagnóstico y tratamiento de trastornos mentales crónicos, incluida la atención integral a la esquizofrenia, abarcando el tratamiento ambulatorio, las intervenciones individuales y familiares y la rehabilitación; el diagnóstico y tratamiento de conductas adictivas, incluidos alcoholismo y ludopatías; el diagnóstico y tratamiento de los trastornos psicopatológicos de la infancia o adolescencia, incluida la atención a los niños con psicosis, autismo y con trastornos de conducta en general y alimentaria en particular (anorexia o bulimia), comprendiendo el tratamiento ambulatorio, las intervenciones psicoterapéuticas en hospital de día, la hospitalización cuando se precise y el refuerzo de las conductas saludables; la atención a los trastornos de salud mental derivados de las situaciones de riesgo o exclusión social; la información y asesoramiento a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador/a principal.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

El RDCSC desperdició una gran oportunidad para abordar específicas cuestiones tales como el internamiento en centros psiquiátricos, de forma que habrá que esperar al próximo desarrollo de la cartera de servicios que encomienda la reforma operada por el RDley 2012. Mientras tanto, la abundante y relevante jurisprudencia asentada al respecto en supuestos de reintegro de gastos médicos brinda las pautas determinantes al respecto.

### **3.8.- Rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable.**

Conformada por los procedimientos de diagnóstico, evaluación, prevención y tratamiento de pacientes con déficit funcional, encaminados a facilitar, mantener o devolver el mayor grado de capacidad funcional e independencia posible al paciente, con el fin de reintegrarlo en su medio habitual, la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable viene a constituir el último eslabón que encadena el RDCSC al trazar la cartera de servicios de la atención especializada.

Con carácter específico, quedan incluidas la rehabilitación de las afecciones del sistema musculoesquelético, del sistema nervioso, del sistema cardiovascular y del sistema respiratorio, a través de fisioterapia, terapia ocupacional, logopedia que tenga relación directa con un proceso patológico que esté siendo tratado en el Sistema Nacional de Salud y métodos técnicos.

Como se tendrá oportunidad de comprobar más adelante, la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable figura como contenido tanto de la cartera de servicios de la atención especializada como de la prestación sociosanitaria, a consecuencia de la inclusión que de los procedimientos de rehabilitación hace la LCC en este último tipo de prestaciones. Lo cierto es que la amplitud propia del concepto justifica que no sólo se apliquen desde el nivel especializado tales métodos de recuperación de una actividad o función perdida o disminuida por traumatismo o enfermedad<sup>1554</sup>, sino que también formen parte del correspondiente ámbito sociosanitario.

---

<sup>1554</sup> Ésta es la definición que construye la RAE del concepto de rehabilitación.

#### 4.- PRESTACIONES DE ATENCIÓN DE URGENCIAS.

Según establece el art. 15 LCC, la atención de urgencia<sup>1555</sup>, dotada desde la entrada en vigor del texto legal de plena autonomía y entidad<sup>1556</sup>, se presta al paciente en los casos en que su situación clínica exige una atención sanitaria inmediata. Por tanto, es esta naturaleza inminente de la necesidad de asistencia la que caracteriza la prestación y ayuda, en definitiva, a diferenciarla de otras que incluyen prácticamente los mismos servicios, al tiempo que propicia buena parte de la saturación de la que suele ser objeto.

La provisión de la atención sanitaria de carácter urgente presenta una notable complejidad, en base a una serie de características que no vienen a coincidir en ningún otro tipo de prestación. En concreto, presenta una disponibilidad continua, integrada y proyectada a través de una cobertura asistencial las veinticuatro horas del día, todos los días del año sin excepción; adquiere una dimensión marcadamente multiprofesional y multidisciplinar, al incidir transversalmente en el nivel de atención primaria y el de atención especializada; cuenta con una gran variedad de dependencias jerárquicas que dificultan en no escasa medida su coordinación y, por último, su marco de actuación se centra fundamentalmente en pacientes agudos y graves, cuyo pronóstico depender, frecuentemente, de la inmediatez de las decisiones que se adopten<sup>1557</sup>.

En cuanto a la localización de su dispensación, y dado el carácter apremiante del mismo, ésta se lleva a cabo tanto en centros sanitarios (sea urgencia hospitalaria o ambulatoria) como fuera de ellos, incluyendo el domicilio del paciente, durante las veinticuatro horas del día, mediante la atención médica y de enfermería. En efecto, la atención de urgencia constituye una atención integral y continua que es provista en el ámbito primario (referida, ya se vio, a la atención sanitaria urgente tanto en la consulta

---

<sup>1555</sup> Concreción de la “medicina de urgencia” a que alude el primer apartado del art. 103 LGSS’74.

<sup>1556</sup> Recuérdese que el RDOPS sólo contemplaba esta atención de urgencia en cuanto contenido de la atención primaria y de la atención especializada. HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: “Reflexiones críticas sobre el catálogo de prestaciones...”, pág. 61.

<sup>1557</sup> Peculiaridades resaltadas en JIMÉNEZ MURILLO, L. Y MONTERO PÉREZ, F. J.: “Complejidad de la asistencia urgente en la España del siglo XXI”, *Anales del sistema sanitario de Navarra*, Vol. 33, núm. 1, 2010, pags. 8 y 9.



#### CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

como en el domicilio del enfermo<sup>1558</sup>), en el especializado, a través de la asistencia que corresponde ejecutar en los hospitales durante las veinticuatro horas del día, a pacientes que sufran una situación clínica aguda que obligue a una atención inmediata de los servicios del hospital, así como en los servicios específicamente dedicados a la atención urgente. En todo caso, una vez atendida la situación de urgencia, procede el alta de los pacientes o su derivación al nivel asistencial más adecuado y, cuando la gravedad de la situación así lo requiera, el internamiento hospitalario, con los informes clínicos pertinentes para garantizar la continuidad asistencial que aparece como una constante del contenido prestacional sanitario.

Por su parte, el acceso del paciente a la atención de urgencia hospitalaria se realiza por remisión del médico de atención primaria o especializada o por razones de urgencia o riesgo vital que puedan requerir medidas terapéuticas exclusivas del medio hospitalario.

El establecimiento del procedimiento y el modelo organizativo para la atención de urgencia compete a las administraciones sanitarias competentes, de manera que el acceso a la prestación se realice en el tiempo y lugar adecuados para facilitar una atención adaptada a las necesidades de cada paciente. En un servicio de esta entidad, resulta obligada, por razones obvias, la coordinación de los diferentes intervinientes en la atención de urgencia, a través de los centros coordinadores de urgencias y emergencias sanitarias, que garantizan, las veinticuatro horas, la accesibilidad y la coordinación de los recursos disponibles para este tipo de atención.

Son varias las actuaciones que se comprenden bajo la prestación de atención de urgencia, en particular, la atención telefónica, a través de los centros coordinadores de urgencias sanitarias, que incluye la regulación médica de la demanda asistencial asignando la respuesta más adecuada a cada urgencia sanitaria; la información y la orientación o consejo sanitario; la evaluación inicial e inmediata de los pacientes para determinar los riesgos para su salud y su vida y, en su caso, la clasificación de los mismos para priorizar la asistencia sanitaria que precisen; la realización de los procedimientos diagnósticos y de los procedimientos terapéuticos médico-quirúrgicos necesarios para atender

---

<sup>1558</sup> La principal novedad que introdujo la LCC en este ámbito consistió, precisamente, en la atención de urgencia en el domicilio del beneficiario. GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud...”, pág. 542.

adecuadamente cada situación de urgencia sanitaria; la monitorización, la observación y la reevaluación de los pacientes, cuando su situación así lo requiera; el transporte sanitario, terrestre, aéreo o marítimo, asistido o no asistido, según lo precise la situación clínica de los pacientes, en los casos en que sea recomendable su adecuado traslado al centro sanitario capaz de atender de forma óptima la situación de urgencia; la información y asesoramiento a los pacientes o, en su caso, acompañantes, sobre la atención prestada y las medidas a adoptar al finalizar dicha atención, de acuerdo con la legislación vigente; así como la comunicación a las autoridades competentes de aquellas situaciones que lo requieran, especialmente en el caso de sospecha de violencia de género o de malos tratos en menores, ancianos y personas con discapacidad.

Las víctimas de un atentado terrorista también tienen reconocido el derecho de acceso inmediato a la asistencia sanitaria de urgencia prestada por los órganos y entidades que componen el SNS en las condiciones que establezcan sus normas de funcionamiento (art. 31.1 Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo)<sup>1559</sup>.

## **5.- PRESTACIONES DE ATENCIÓN SOCIOSANITARIA.**

Sin perjuicio de que no figure entre las prestaciones del art. 6 RDCSC<sup>1560</sup>, la atención sociosanitaria es definida en el art. 14 LCC como el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos<sup>1561</sup>, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social. Esto es, la previsión de este tipo de prestaciones se destina a aquellos

---

<sup>1559</sup> Véase BLASCO LAHOZ, J. F.: *Las prestaciones sanitarias, tras sus últimas reformas*, Bomarzo, Albacete, 2013, págs. 47 y 48.

<sup>1560</sup> Lo que resulta justificable en un precepto que remite la regulación de la cartera de servicios de tales prestaciones a anexos del texto reglamentario, sin que el contenido de la sociosanitaria cuente con desarrollo en el mismo.

<sup>1561</sup> Según GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: "*Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria...*", pág. 75, apoyado por LANTARÓN BARQUÍN, D., "*Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...*", pág. 148, es el adjetivo "dependientes" el que encajaría en este contexto, antes que el de crónicos. Ambos autores concluyen que toda persona dependiente causaría esta prestación, pero no todo crónico.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

supuestos en que las necesidades sociales y sanitarias se intercalan a un tiempo sin que se requiera, en todo caso, que la intensidad de ambas adquiera una proporción análoga<sup>1562</sup>. Ya no se trata sólo de curar, sino, más bien, de curar y cuidar de forma sincrónica o sucesiva.

La inclusión de la atención sociosanitaria en el sistema prestacional de la asistencia sanitaria fue obra del texto legal arriba mencionado, que vino a cubrir así el marcado déficit de que adolecía a este respecto el RDOPS. Lo cierto es que este tipo de prestación se hace imperioso en una sociedad en la que aumenta a ritmo vertiginoso el porcentaje de población mayor y, con él, el desarrollo de las tasas de enfermedades crónicas y de dependencia que requieren de intervenciones combinadas y complementarias del sector sanitario y social<sup>1563</sup>. Afloran, por tanto, nuevas necesidades sociales frente a las que los sistemas de protección social no pueden permanecer herméticos, en coherencia con la lógica de continua adaptación de los mismos a la realidad social a la que sirven<sup>1564</sup>. Nótese que se emplea el concepto "adaptación". Y es que, en efecto, el surgimiento de necesidades distintas no requiere de un cambio del modelo, sino de una adecuación del mismo, mediante el empleo de un nuevo enfoque, un enfoque más amplio capaz de integrar nuevos conceptos. Es éste un egregio exponente de cómo la aceleración del envejecimiento poblacional que se constata desde hace años no sólo tiene importantes implicaciones, por razones obvias, en el plano demográfico, político o económico. El aumento del número de personas de edad avanzada tiene, además, determinantes repercusiones en los modelos sociales<sup>1565</sup>, una de las cuales viene constituida por la necesaria asistencia continuada que demanda el menoscabo de las capacidades funcionales físicas, mentales o cognitivas del colectivo dependiente.

---

<sup>1562</sup> Como apunta el Libro Blanco de la coordinación sociosanitaria en España de 15 de diciembre de 2011, "la atención que requiere un paciente crónico y dependiente en determinados momentos podrá ser predominantemente sanitaria mientras que, en otros, pueda serlo principalmente social. Lo determinante es que ambas están presentes a lo largo del proceso asistencial".

<sup>1563</sup> MALDONADO MOLINA, J. A.: *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 22-26.

<sup>1564</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Comares, Granada, 2013, págs. 10-52.

<sup>1565</sup> GARCÍA VALVERDE, M. D. Y MALDONADO MOLINA, J. A.: "La protección de la tercera edad. Su tratamiento en la Constitución Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, pág. 463.

Según expresa la propia Exposición de Motivos de la LCC, la concepción de prestación de atención sociosanitaria en ella contenida se constriñe al ámbito sanitario en sentido estricto, lo cual no ha quedado exento de crítica<sup>1566</sup>, en cuanto supone prescindir de la otra mitad que la conforma. Su regulación en la legislación sanitaria queda, pues, lejos de ser abordada con la completitud e integralidad que hubiese sido deseable en una prestación que ha sido catalogada como auténtico “puente entre prestaciones sanitarias y servicios sociales”<sup>1567</sup>. En efecto, para completar el contenido de esta categoría de atención, se ha de acudir a Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia<sup>1568</sup>.

El nivel autonómico es el encargado de determinar la organización de la atención sociosanitaria, ya que, según sigue precisando el precepto legal referido al inicio de este epígrafe, su provisión se lleva a cabo en los niveles de atención que cada Comunidad Autónoma determine. Igualmente estipulado queda su contenido, el cual abarca los cuidados sanitarios de larga duración, la atención sanitaria a la convalecencia y la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable<sup>1569</sup>. Por el perfil de los enfermos en cuestión, quienes suelen presentar algún tipo de dependencia, resulta necesaria una pertinaz atención y, consecuentemente, la preservación de la continuidad de la prestación, cuya garantía corresponde a los servicios sanitarios y sociales a través de la adecuada coordinación entre las Administraciones públicas correspondientes. La coordinación ha sido conceptualizada como el “conjunto de acciones encaminadas a ordenar los sistemas sanitario y social para ofrecer una respuesta integral a las necesidades de atención sociosanitaria que se presentan simultáneamente en las personas que padecen situaciones de dependencia y enfermedad crónica”<sup>1570</sup>. Se ha de lograr una actuación coherente coordinada de lo sanitario y lo social para personas cuyas necesidades afloran

---

<sup>1566</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, M. M., op. cit., pág. 674.

<sup>1567</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., "Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...", pág. 102.

<sup>1568</sup> No obstante, algunas Comunidades, como Andalucía, contaban con diversos mecanismos de coordinación sociosanitaria con anterioridad a la aprobación de dicho texto legal. MALDONADO MOLINA, J. A.: "La protección a la dependencia en Andalucía", *Temas Laborales*, Vol. 2, núm. 100, 2009, págs. 416 y 417.

<sup>1569</sup> Regulación “excesivamente parca”, como se ha criticado con acierto en VIDA FERNÁNDEZ, J., op. cit., págs. 83 y 84. El autor añade que “debajo de cada uno de estos pueden incluir prestaciones más específicas (como la rehabilitación psicosocial o los cuidados psiquiátricos de larga duración) que no se sabe si se incluyen o no).

<sup>1570</sup> Libro Blanco de la coordinación sociosanitaria en España de 15 de diciembre de 2011.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

entre los límites de uno y otro, tratando de evitar vacíos, duplicidades y períodos de espera en las actuaciones de las distintas estructuras de atención. Por tanto, la efectividad de la atención sociosanitaria depende también en buena medida del funcionamiento de los servicios sociales, lo que, debido a las diferencias que se advierten a este respecto, puede ser origen de no irrelevantes disparidades territoriales<sup>1571</sup>.

El modelo que acoge nuestro sistema está basado, por tanto, en la coordinación, descartando así un planteamiento integrado, es decir, se rechaza la opción de construir un sistema sociosanitario, independiente de la red sanitaria y la social. El componente social y sanitario, sin dejar de pertenecer cada uno de ellos a la red que le corresponde, se articulan para un funcionamiento coordinado en uno o varios de los puntos del itinerario que han de hacer las personas usuarias<sup>1572</sup>.

Es cierto que tanto en la cartera de servicios de la atención primaria como de la especializada<sup>1573</sup>, se comprenden determinadas técnicas y procedimientos que, de una forma u otra, aparecen principalmente enfocadas hacia quienes no necesitan un tratamiento exclusivamente sanitario ni una atención únicamente social, sino una asistencia dotada de uno y otro enfoque. Pero las prestaciones ahora analizadas cumplen un propósito más ambicioso al construirse sobre la sinergia con los servicios sociales y, de esta forma, lograr una atención integral, es decir, satisfacer más adecuadamente las necesidades que presenta este tipo de pacientes, especialmente vulnerables, cuando requieran ambos atención social y sanitaria de manera continua.

La coordinación entre ambos ámbitos de actuación, entre los que existen obvias interrelaciones<sup>1574</sup>, deviene fundamental en aras de proporcionar una atención coherente, integral e ininterrumpida. En este sentido, la continuidad constituye una importante

---

<sup>1571</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., *"Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios..."*, pág. 151. En el mismo sentido, GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: *"Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria..."*, pág. 76, para quien la prestación sociosanitaria no se halla tanto en dependencia de los recursos sanitarios disponibles, equiparables entre unas zonas y otras, como del nivel de desarrollo de los servicios sociales, entre los que sí advierte el autor divergencias resaltables.

<sup>1572</sup> Véase al respecto FANTOVA AZCOAGA, F.: *"Experiencias de coordinación sociosanitaria"*, en AA. VV.: *Coordinación (gruesa y fina) en y entre los servicios sanitarios y sociales*, CASADO, D. (Dir.), Barcelona, Hacer, 2008, págs. 107-116.

<sup>1573</sup> La atención domiciliaria a personas mayores inmovilizadas, por ejemplo.

<sup>1574</sup> Consúltense al respecto LANTARÓN BARQUÍN, D., *"Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios..."*, págs. 144-147.

premisa de una prestación que, por el tipo de enfermedad a cuya atención va destinada, es susceptible de prolongarse en el tiempo. Como se ha indicado, se trata de una prestación que, respecto de la situación de dependencia, “trata de reducirla desde el punto de vista sanitario, y remediarla desde el punto de vista sociocomunitario”<sup>1575</sup>. Desde luego, su eficaz articulación pasa indefectiblemente por abandonar un tratamiento compartimentado entre ambas esferas de actuación. Y es que, además de un principio estructural en todo Estado organizativamente complejo, la coordinación ha sido concebida como “un presupuesto ineludible en la ordenación de materias en las que expresamente se alude a un sistema de servicios: unidad, coherencia, estabilidad, sin perjuicio de la diversidad de servicios y proveedores”<sup>1576</sup>.

Sin duda alguna, esta prestación, aunque no es la única<sup>1577</sup>, representa un paso determinante en la aproximación de dos sistemas esenciales en nuestro modelo de Estado del Bienestar como son el Sistema Nacional de Salud y el Sistema Nacional de Dependencia<sup>1578</sup>. La atención sociosanitaria refuerza, pues, la necesaria intercomunicación entre los ámbitos sanitario y social cuando se trata de personas que precisan de la atención de otras o bien de ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal<sup>1579</sup>.

La interconexión entre ambos campos de actuación se manifiesta en las no escasas alusiones contenidas en la Ley de Dependencia a la normativa sanitaria. Señaladamente, el art. 15, referido al catálogo de servicios<sup>1580</sup>, añade “sin perjuicio de lo previsto en el

---

<sup>1575</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J., op. cit., pág. 83.

<sup>1576</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho a la protección de las personas de la tercera edad...”, op. cit., pág. 1848.

<sup>1577</sup> Se apunta en LANTARÓN BARQUÍN, D., “Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...”, pág. 144, que la prestación ortoprotésica también se mueve entre un ámbito y otro, en virtud de las ayudas económicas que la Administración General del Estado y las administraciones de las Comunidades Autónomas pueden establecer con el fin de apoyar a la persona con ayudas técnicas o instrumentos necesarios para el normal desenvolvimiento de su vida ordinaria.

<sup>1578</sup> Respecto al último, véase MALDONADO MOLINA, J. A.: “Las prestaciones por dependencia en el sistema español de protección social”, en AA. VV.: *Las prestaciones españolas por dependencia y el Derecho de la Unión*, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), Laborum, Murcia, 2011, pág. 71 y ss.

<sup>1579</sup> Definición que de la dependencia contiene el art. 2.2 de la Ley de Dependencia.

<sup>1580</sup> Al respecto, consúltese MORENO VIDA, M. N.: “La protección de las situaciones de dependencia: las prestaciones de servicios en situaciones de dependencia”, en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares,

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

artículo 14 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud”, en el que ya se ha visto que se aborda la prestación de atención sociosanitaria. Por su parte, el art. 21 apunta a la prevención de la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas, mediante el desarrollo coordinado, entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad y a quienes se ven afectados por procesos de hospitalización complejos. Por último, el art. 36.3 preceptúa que, “con el objetivo de garantizar la calidad del Sistema, se fomentará la colaboración entre las distintas Administraciones Públicas competentes en materia educativa, sanitaria, laboral y de asuntos sociales”. En este precepto se aprecia mejor que en ningún otro la directa relación que el sistema normativo reconoce entre la tan traída coordinación y la calidad del sistema en general y de las prestaciones en particular.

En todo caso, esta coordinación debida entre los sistemas de salud y de atención social, si bien no representa en modo alguno un requerimiento nuevo, lo cierto es que es todavía una asignatura pendiente en la actualidad<sup>1581</sup>. Es por ello que el Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011 se refirió a la elaboración de una Estrategia de Coordinación de la Atención Sociosanitaria. En concreto, en su art. 8, dispone que, a fin de mejorar la calidad de la atención a las personas que reciben servicios sanitarios y de atención social, encomienda al Gobierno a través del Ministerio de Sanidad, con la participación de las Mutualidades de funcionarios, en cooperación con las Comunidades Autónomas y con respeto a su ámbito competencial, la elaboración de una Estrategia de Coordinación de la Atención Sociosanitaria, siendo preceptiva al respecto la colaboración de las organizaciones ciudadanas, los profesionales y las empresas del sector. En cuanto a los objetivos incorporados en esta Estrategia, los mismos se hallan ligados a la

---

Granada, 2008, págs. 705-733. MORENO VIDA, M. N. Y DE LA FUENTE LAVÍN, J. M.: "El sistema nacional de dependencia y la Seguridad Social: las prestaciones de servicios para situaciones de dependencia", en AA. VV.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Coords.), Comares, Granada, 2008, págs. 1303-1339.

<sup>1581</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R., op. cit., pág. 520.

coordinación de los servicios sanitarios y de atención social, a la mejora de la calidad y la eficiencia, así como al impulso de la innovación en este ámbito y de generación de empleo.

El primer apartado de la Disposición Derogatoria única del RDCSC exceptúa de la derogación del RDOPS la Disposición adicional cuarta mientras se desarrolla el contenido de la cartera de servicios de atención sociosanitaria. Por tanto, en la actualidad, se debe seguir proclamando la vigencia de tal disposición, dado que aún no se ha aprobado la encomendada cartera, en lo que constituye una marcada carencia de nuestro sistema prestacional, sin perjuicio de que empiecen a vislumbrarse proyectos en esta línea<sup>1582</sup>. No es preciso emplear mucha argumentación para convencer de que, a estas alturas, y ya con una Ley de Dependencia plenamente asentada, se revela apremiante la aprobación de una cartera de servicios sociosanitarios. Mientras tanto, según se indicaba, impera la Disposición Adicional cuarta del RDOPS, la cual no supone una gran aportación, pues se limita a indicar que la atención a los problemas o situaciones sociales o asistenciales no sanitarias que concurren en las situaciones de enfermedad o pérdida de la salud ostentan la consideración de atenciones sociales, volviéndose a insistir en la perentoria garantía de la continuidad del servicio a través de la adecuada coordinación por las Administraciones públicas correspondientes de los servicios sanitarios y sociales.

Se trata, en fin, de combinar fórmulas de apoyo amplias y plurales, que no consista solo en intervenciones biomédicas; atención planificada e integrada, que articule eficazmente las diversas intervenciones médicas y sociales, sin solapamientos ni desfases y que, siempre que sea posible, facilite su permanencia en su entorno sociofamiliar habitual, en su propio domicilio; así como información suficiente para adquirir conocimientos de autocuidado que les capaciten para administrar o gestionar sus problemas de salud<sup>1583</sup>.

---

<sup>1582</sup> Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, relativa a la creación de una cartera de servicios sociosanitarios. BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 290, 14 de junio de 2013.

<sup>1583</sup> *Atención sociosanitaria: una aproximación al marco conceptual y a los avances internacionales y autonómicos*. Informe extraordinario de la institución del Ararteko al Parlamento Vasco, 2008, pág. 33



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

### 6.- PRESTACIÓN ORTOPROTÉSICA.

Según se establece en el art. 17 LCC y en el Anexo VI RDCSC, la prestación ortoprotésica consiste en la utilización de productos sanitarios, implantables o no, cuya finalidad es sustituir total o parcialmente una estructura corporal, o bien modificar, corregir o facilitar su función, comprendiendo los elementos precisos para mejorar la calidad de vida y autonomía del paciente. La virtualidad de esta fórmula abierta, tal y como se ha puesto de relieve<sup>1584</sup>, radica en el signo progresivo de que se vale para proporcionar a la jurisprudencia “un sólido argumento a favor de una prestación de calidad y no una interpretación meramente economicista que es la que ha primado hasta la fecha”. En esta prestación ha sido destacado su carácter dual<sup>1585</sup>, ya que puede ser facilitada directamente por los servicios de salud, o dar lugar a ayudas económicas, en los casos y de acuerdo con las normas que reglamentariamente se establezcan por parte de las Administraciones sanitarias competentes. Por tanto, la normativa vigente sigue manteniendo la tradicional distinción entre prestación ortoprotésica en especie y mediante subvención económica que incorporaba tanto el RDOPS como la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, hoy ambos derogados<sup>1586</sup> o, en palabras de otros autores, entre prestación técnico-sanitaria y económico-asistencial<sup>1587</sup>.

La ayuda económica es prevista para la provisión de ortesis y ortoprotésis especiales. En todo caso, lejos de asumir el importe total, este tipo de ayudas se traducen en la diferencia entre las tarifas de los correspondientes artículos que figuran en los catálogos de cada Administración sanitaria competente y las correspondientes aportaciones del usuario.

Pero en la prestación ortoprotésica no sólo se comprenden las ortesis y las ortoprotésis especiales, pues también aquélla engloba los implantes quirúrgicos, las prótesis externas y

---

<sup>1584</sup> OLARTE ENCABO, S. Y ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., op. cit., pág. 348.

<sup>1585</sup> ROMERAL HERNÁNDEZ, J., op. cit., pág. 313.

<sup>1586</sup> La Disposición Derogatoria única del RDCSC deroga en el primer apartado el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, y en el segundo, la Orden de 18 de enero de 1996 de desarrollo del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, para la regulación de la prestación ortoprotésica, salvo el apartado octavo, que más tarde sería derogado en virtud de la Disposición Derogatoria única de la Orden SPI/1117/2011, de 26 de abril, por la que se regula el Comité Asesor para la Prestación Ortoprotésica. Se advierte en LANTARÓN BARQUÍN, D., "*Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...*", págs. 182-184, que no existen remarcables diferencias entre un régimen y otro, más allá de algunas nominales y organizativas.

<sup>1587</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R., op. cit., pág. 527. En el mismo sentido, OLARTE ENCABO, S. Y ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., op. cit., pág. 352.

las sillas de ruedas, de forma que el RDCSC procede a desgranar el contenido de cada una de estas categorías, al tiempo que deja constancia de su código identificativo<sup>1588</sup> y, en su caso, el tipo de discapacidad o indicación clínica que justifica la prescripción. Asimismo, en lo que constituye una plena manifestación del acogimiento del complemento autonómico prestacional<sup>1589</sup>, se precisa que, en el ámbito de cada Administración sanitaria competente en la gestión de la prestación ortoprotésica, el contenido de la misma se encuentra determinado por aquellos artículos que expresamente se recogen en los catálogos elaborados en desarrollo de lo establecido en el anexo reglamentario. Artículos estos cuya prescripción debe ser llevada a cabo por un médico de atención especializada, especialista en la materia correspondiente a la clínica que justifique la prescripción.

En todo caso, la regulación de la cartera de servicios de esta prestación no se conforma con una definición genérica de las actuaciones que cabe esperar bajo la misma, pues igualmente, como ya ha hecho en otras prestaciones, recopila en forma negativa, aquellas que se excluyen de este ámbito. En concreto, no constituyen parte de la prestación ortoprotésica los efectos y accesorios, ni los artículos ortoprotésicos destinados a uso deportivo, ni los utilizados con finalidad estética<sup>1590</sup>, ni aquellos de los que se realice publicidad dirigida al público en general<sup>1591</sup>.

---

<sup>1588</sup> Se trata de códigos homologados (codificación de 9 dígitos) que se utilizan para el sistema de información de la prestación ortoprotésica.

<sup>1589</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., "*Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...*", pág. 184.

<sup>1590</sup> En la emblemática STS de 2 de octubre de 1995, se resolvió un caso relativo a la lente esclero-corneal correctora de una microrftalmia en el ojo y, por tanto, carente de una finalidad de recuperación funcional del órgano perdido o disminuido, limitándose a corregir la apariencia de deformación resultante. La Sentencia sentó la doctrina de que la finalidad de tales prótesis estéticas "no puede considerarse integrada en el ámbito general de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, que, de acuerdo con el artículo 98 de la Ley General de la Seguridad Social de 1.974 tiene por objeto la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios, así como su aptitud para el trabajo y dentro de este ámbito no quedan en principio comprendidos los tratamientos que no tienen por finalidad el mantenimiento o conservación del "estado en el que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones" -como define la salud el Diccionario de la Lengua Española-, sino la corrección o mejora de la apariencia externa. La interpretación sistemática y la finalista conducen al mismo resultado. En este sentido es significativo que la asistencia sanitaria por accidente de trabajo, en la que rige el principio de la reparación íntegra del daño causado -con independencia de que éste afecte a la salud o a otros aspectos de la integridad personal-, prevea como prestación específica "la cirugía plástica y reparadora adecuada, cuando una vez curadas las lesiones por accidentes de trabajo hubieran quedado deformidades o mutilaciones que produzcan alteración importante del aspecto físico (artículo 11.1.c) del Decreto 2766/1.967)"; norma que no se establece para las contingencias comunes. Y lo mismo sucede si este tipo de prótesis con finalidad estética se pone en relación con las previsiones del artículo 108 de la Ley General de la Seguridad Social de 1.974: no es posible entender que las prótesis estéticas tienen una protección completa en la asistencia sanitaria por

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

La ortoprotésica es, sin duda, una de las prestaciones que ha gozado de mayor desarrollo autonómico de lo esbozado genéricamente en el RDCSC. Así pues, los diferentes Servicios de Salud cuentan con sus respectivos catálogos circunscritos a este ámbito y cuyas primeras versiones obedecían a una pretensión de combate de la restricción que en su día protagonizaron diversos pronunciamientos jurisprudenciales.

La enumeración de los servicios que componen esta prestación, galopa, como toda la asistencia sanitaria en general, al ritmo de los avances que se atestiguan en la técnica, pieza fundamental en el ámbito de la protección de la salud. No en vano, muy recientemente han acaecido introducciones importantes. Así, y por señalar la más reciente, la Orden SSI/1640/2012, de 18 de julio, ha modificado la clasificación de los cojines para prevenir las úlceras por presión para pacientes lesionados medulares, diferenciando entre cojín antiescaras de una sola pieza, cojín antiescaras modular de diferentes materiales con base firme y cojín antiescaras de múltiples celdas de aire independientes unidas por una base<sup>1592</sup>. Asimismo, en cuanto a las prótesis de mama, si anteriormente se contemplaba la de mama exógena, en silicona sólida o con funda, tras la reforma operada por la citada Orden, se alude a la prótesis de mama externa, incluida en su caso la funda.

Por otra parte, tratándose de productos a implantar, el RDCSC se cuida mucho de insistir en el preceptivo cumplimiento, por parte de los productos sanitarios incluidos en la prestación ortoprotésica, respecto de los requisitos contemplados en la legislación vigente que les resulte de aplicación para poder ser suministrados y utilizados y garantizar, en fin, la efectividad de la prestación. Pero tales prerrogativas también se extienden a los establecimientos sanitarios productores de ortoprótesis a medida y los que las adaptan individualizadamente, a los cuales se les encomienda la satisfacción de los requisitos que en cada momento establezca la administración sanitaria competente, a fin de que se salvaguarde una correcta elaboración y adecuación de la prestación prescrita al paciente.

---

contingencias comunes cuando las dentarias y las especiales con proyección funcional, como las gafas y audífonos, sólo dan lugar a ayudas económicas cuando así se determine, según se ha declarado reiteradamente en unificación de doctrina”.

<sup>1591</sup> En todo caso, y como se alude en LANTARÓN BARQUÍN, D., "*Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...*", págs. 185-186, estas prestaciones en principio excluidas pueden llevarse a término a través de la asistencia social, cuando la prestación no pueda considerarse autónoma, sino accesoria de un tratamiento preciso.

<sup>1592</sup> Antes de esta reforma, se distinguía entre cojín antiescaras de silicona, cojín antiescaras de flotación líquida y cojín antiescaras de flotación por aire o de fluido.

En cualquier caso, hay varios productos que merecen especial atención. A saber, las prótesis externas, las sillas de ruedas, las ortesis y ortoprótesis especiales. Y es que la entrega de cualquiera de ellos al usuario ha de ir acompañada del certificado de garantía y una hoja informativa con las recomendaciones precisas para su mejor conservación en condiciones de utilización normal y las advertencias para evitar su mal uso, de acuerdo con lo que establezca al respecto la Administración sanitaria competente. En el supuesto de que se trate de productos que requieren una adaptación específica al paciente, corren a cargo del establecimiento cuantas rectificaciones imputables a la elaboración y adaptación sean precisas. En la elaboración de los productos, el establecimiento ha de ajustarse siempre a las indicaciones consignadas por el especialista prescriptor. Por otra parte, y siempre que así se determine, una vez obtenida la prestación por el usuario, corresponde al especialista prescriptor comprobar que el artículo se ajusta rigurosamente a sus indicaciones y se adapta perfectamente al paciente.

En relación con los artículos susceptibles de renovación, ésta puede concederse, cuando no sea debida al mal trato del usuario, en las condiciones que al efecto se determinen por la Administración sanitaria competente en la gestión de la prestación. Además, para aquellos productos susceptibles de renovación que requieren una elaboración o adaptación individualizada, se debe tener en cuenta la edad del paciente para fijar el periodo de renovación, de modo que se adecue a la etapa de crecimiento de los niños y a los cambios morfológicos derivados de la evolución de la patología.

Por último, y por lo que respecta a los implantes quirúrgicos, se ha de facilitar a los pacientes una hoja informativa con las instrucciones, así como las recomendaciones, contraindicaciones y precauciones que deben tomarse en su caso.

Descendiendo al concreto contenido de la cartera de servicios de la prestación ortoprotésica, es pertinente hacer referencia a los siguientes artículos:

- Implantes quirúrgicos: Según el concepto facilitado por el RDCSC, consiste en el producto sanitario diseñado para ser implantado total o parcialmente en el cuerpo humano mediante intervención quirúrgica y destinado a permanecer allí después de dicha intervención. Asimismo, se añade que “se entiende por implante quirúrgico aquel producto sanitario implantable con finalidad terapéutica que sustituye total o parcialmente una

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

estructura corporal o una función fisiológica que presenta algún defecto o anomalía, o que tiene finalidad diagnóstica”.

Los implantes quirúrgicos relacionados en la cartera de servicios abarcan los de tipo diagnóstico, entre los que sólo se citan los Holters implantables, así como los terapéuticos, categoría esta más amplia que engloba los cardíacos<sup>1593</sup>, los vasculares<sup>1594</sup>, los digestivos<sup>1595</sup>, los neurológicos<sup>1596</sup>, los oftalmológicos<sup>1597</sup>, los osteoarticulares<sup>1598</sup>, los

---

<sup>1593</sup> Entre los que se aglutinan los implantes para cardioestimulación (marcapasos - monocamerales SSI, 1 monocamerales SSIR con respuesta en frecuencia, bicamerales VDD, bicamerales VDDR con respuesta en frecuencia, bicamerales DDD, bicamerales DDDR con respuesta en frecuencia, bicamerales DDD con tratamiento para la fibrilación auricular, resincronizadores para insuficiencia cardíaca-, desfibriladores - monocamerales SSI, bicamerales VDD, bicamerales DDD, resincronizadores para insuficiencia cardíaca, 4 monocamerales SSIR con respuesta en frecuencia, bicamerales DDDR con respuesta en frecuencia, resincronizadores para insuficiencia cardíaca con respuesta en frecuencia, bicamerales con terapia de la fibrilación auricular-, electrodos -para estimulación, para seno coronario y para desfibrilación-), los implantes cardíacos (válvulas -mecánicas: de disco, bivalvas y biológicas xenólogas-, anillos para valvuloplastia -rígidos y flexibles-, conductos valvulados -con válvula mecánica y con válvula biológica xenóloga - y sustitutos de pericardio -sintéticos y biológicos xenólogos -, dispositivos oclusores cardíacos y vasculares -sistemas para cierre de comunicación interauricular y foramen oval, sistemas para cierre de comunicación interventricular y sistemas de cierre del ductus arterioso- y dispositivos de asistencia ventricular-).

<sup>1594</sup> Incluyen los sustitutos vasculares (sintéticos - tubulares bifurcados, tubulares rectos y parches-, biológicos xenólogos -tubulares y parches-); implantes endovasculares, conforme a los protocolos de cada Administración sanitaria competente (endovasculares cerebrales, endovasculares coronarios, endovasculares aórticos -torácicos y abdominales-, endovasculares carotídeos, endovasculares periféricos, filtros vena cava y espirales -coils-); sistemas de oclusión vascular (clips hemostáticos).

<sup>1595</sup> Esofagogástricos, gastrointestinales, biliopancreáticos, recto-anales (incluido el esfínter anal artificial como procedimiento de segunda elección en el tratamiento de la incontinencia fecal cuando hayan fracasado o resulten inaplicables otros procedimientos alternativos, médicos o quirúrgicos y se practique por equipos suficientemente experimentados), así como otros abdominales (derivación peritoneoyugular).

<sup>1596</sup> Sistemas de derivación, incluyendo sus reservorios, y neuroestimuladores, conforme a los protocolos de cada Administración sanitaria competente (generadores, electrodos -para estimulación medular, para estimulación cerebral y para estimulación periférica-).

<sup>1597</sup> Lentes intraoculares para la corrección de la afaquia (de cámara anterior, de cámara posterior -rígidas, plegables, pudiendo ser de silicona o acrílicas-, otros dispositivos para ser implantados con lentes intraoculares -anillos de tensión capsular y segmentos iridianos-), dispositivos de drenaje de glaucoma (válvulas e implantes), prótesis de enucleación y evisceración, implantes palpebrales, implantes de vías lacrimales, implantes de cirugía retinovátreo, queratoprótesis transcorneales de material sintético, así como anillos intraestromales para la corrección del queratocono y de las ectasias corneales.

<sup>1598</sup> Prótesis de cadera (primarias -parciales, sean cementadas o no cementadas, totales, sean cementadas, no cementadas o híbridas-, de revisión -parciales, sean cementadas o no cementadas, y totales, sean cementadas, no cementadas o híbridas-, tumorales -especiales-), prótesis de rodilla (primarias-unicompartimentales, sean cementadas o no cementadas, y totales, sean cementadas, no cementadas o híbridas-, de revisión -totales, sean cementadas, no cementadas o híbridas- y tumorales -especiales-), prótesis de tobillo (totales y parciales), prótesis de pie, prótesis de columna (de cuerpo vertebral -cervicales, dorsales o lumbares-, intervertebrales -discales, pudiendo ser anteriores, posteriores o laterales; espaciadores intersomáticos, que pueden ser cervicales o toracolumbares-, fijaciones vertebrales -cervicales, dorsales o lumbares-), prótesis de hombro (parciales -cementadas y no cementadas-, totales -cementadas, no cementadas e híbridas-, de revisión y tumorales -especiales-), prótesis de codo (parciales y totales), prótesis

otorrino-laringológicos y del aparato respiratorio<sup>1599</sup>, los reparadores<sup>1600</sup>, los genitourinarios<sup>1601</sup> y los dispositivos implantables para administración de fármacos<sup>1602</sup>.

- Prótesis externas, definidas en el RDCSC como aquellos productos sanitarios que requieren una elaboración o adaptación individualizada y que, dirigidos a sustituir total o parcialmente un órgano o una estructura corporal o su función, no precisan de implantación quirúrgica en el paciente. Se excluyen al respecto, como ya hiciera la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, las estructuras y articulaciones elaboradas en titanio, fibra de carbono o con control por microprocesador. Contrariamente, son objeto de inclusión las prótesis de miembro superior y, en ellas, las mioeléctricas para pacientes mayores de dos años amputados unilaterales o bilaterales, prescritas exclusivamente por los servicios de Rehabilitación de los hospitales en la forma en que determinen las Comunidades Autónomas, Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y las Mutualidades de Funcionarios en su respectivo ámbito de gestión, a los pacientes que tengan suficiente capacidad mental y de control mioeléctrico que les permita el manejo de la prótesis de forma segura y eficaz, desarrollen actividades de la vida diaria o laborales en las que la utilización de la prótesis mioeléctrica les supondría una ventaja respecto al uso de una prótesis funcional o pasiva, participen en un programa de rehabilitación para su

---

de muñeca (parciales y totales), prótesis de mano (huesos del carpo, trapezometacarpianas, metacarpofalángicas e interfalángicas), ligamentos y tendones (intervertebrales y articulares).

<sup>1599</sup> Prótesis de oído medio (prótesis de reconstrucción de la cadena osicular -parciales (PORP) y totales (TORP)-, prótesis de estapedectomía, prótesis de estapedotomía, tubos de drenaje transtimpánicos y drenaje de sacos endolinfáticos), implantes auditivos (implantes cocleares, incluida la renovación de los componentes externos -procesador externo, micrófono y antena-, implantes osteointegrados e implantes nucleares -tronco del encéfalo-), prótesis fonatorias y prótesis traqueobronquiales.

<sup>1600</sup> Prótesis mamarias (no se consideran incluidas cuando se utilicen en intervenciones de cirugía estética que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita), cirugía craneofacial, sin que se estimen comprendidas cuando se utilicen en intervenciones de cirugía estética que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita (implantes faciales -malares, submalares y medio faciales, mandibulares, orbitarios y nasales-, prótesis de articulación témporo-mandibular -parciales y totales-, prótesis para la reconstrucción de cavidades mastoideas, plastias craneales -para sustitución ósea, sean sintéticas, metálicas o biológicas xenólogas-, para sustitución de la duramadre, sean sintéticas o biológicas xenólogas), sustitutos musculares, mallas de contención de eventraciones y hernias, así como expansores cutáneos.

<sup>1601</sup> Urológicos (renales y uretrales, uretrales, de incontinencia urinaria -bandas de fijación, esfínter urinario artificial e implantes inyectables para incontinencia-), genitales (peneanos - inactivos y activos-y testiculares).

<sup>1602</sup> Bombas de infusión implantables para el tratamiento de la espasticidad de diferentes etiologías y el tratamiento del dolor cuando han fallado las formas convencionales de administración de fármacos, así como reservorios implantables (ports).

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

adiestramiento y dispongan de un entorno familiar o supervisión externa que favorezca un uso adecuado y continuado de la prótesis en los niños y personas dependientes.

En particular, las prótesis de miembro superior engloban diversas categorías, señaladamente, las prótesis parciales de mano<sup>1603</sup>, incluyendo las prótesis de dedo, las prótesis de desarticulación de muñeca<sup>1604</sup>, la prótesis transradial (por debajo del codo)<sup>1605</sup>, las prótesis de desarticulación de codo<sup>1606</sup>, la prótesis transhumeral (por encima del codo)<sup>1607</sup>, las prótesis de desarticulación del hombro (PDH)<sup>1608</sup>, las prótesis de amputación del cuarto superior (interescapulotorácicas)<sup>1609</sup>, las prótesis de mano<sup>1610</sup>, las pinzas y

---

<sup>1603</sup> Prótesis para amputación parcial de mano, incluido el pulgar; prótesis para amputación parcial de mano y de varios dedos (excluido el pulgar) y prótesis no funcional para amputación de mano.

<sup>1604</sup> Prótesis pasiva de desarticulación de muñeca con encaje infracondilar de antebrazo y mano, prótesis pasiva de desarticulación de muñeca con encaje supracondilar de antebrazo y mano, prótesis funcional de desarticulación de muñeca con encaje infracondilar de antebrazo y terminal a elección, prótesis funcional de desarticulación de muñeca con encaje supracondilar de antebrazo y terminal a elección, prótesis eléctrica de desarticulación de muñeca con encaje infracondilar de antebrazo, muñeca y terminal a elección, así como prótesis eléctrica de desarticulación de muñeca con encaje supracondilar de antebrazo, muñeca y terminal a elección.

<sup>1605</sup> Prótesis pasiva transradial con encaje infracondilar, estructura endoesquelética, muñeca y mano; prótesis pasiva transradial con encaje supracondilar, estructura endoesquelética, muñeca y mano; prótesis pasiva transradial con encaje infracondilar, estructura exoesquelética, muñeca y mano; prótesis pasiva transradial con encaje supracondilar, estructura exoesquelética, muñeca y mano; prótesis funcional transradial con encaje infracondilar, estructura exoesquelética, muñeca y terminal a elección; prótesis funcional transradial con encaje supracondilar, estructura exoesquelética, muñeca y terminal a elección; prótesis eléctrica transradial con encaje infracondilar, estructura exoesquelética, muñeca y terminal a elección; prótesis eléctrica transradial con encaje supracondilar, estructura exoesquelética, muñeca y terminal a elección.

<sup>1606</sup> Prótesis pasiva de desarticulación de codo con encaje, estructura endoesquelética, codo de desarticulación, muñeca y mano; prótesis pasiva de desarticulación de codo con encaje, estructura exoesquelética, codo de desarticulación, muñeca y mano; prótesis funcional de desarticulación de codo con encaje, estructura exoesquelética, codo de desarticulación, muñeca y terminal a elección; prótesis eléctrica de desarticulación de codo con encaje, estructura exoesquelética, codo de desarticulación, muñeca y terminal a elección.

<sup>1607</sup> Prótesis pasiva transhumeral con encaje, estructura endoesquelética, suspensión, codo, muñeca y mano; prótesis pasiva transhumeral con encaje, estructura exoesquelética, suspensión, codo, muñeca y mano; prótesis funcional transhumeral con encaje, estructura exoesquelética, suspensión, codo, muñeca y terminal a elección; prótesis eléctrica transhumeral con encaje, estructura exoesquelética, suspensión, codo, muñeca y terminal a elección.

<sup>1608</sup> Prótesis pasiva de desarticulación del hombro con encaje, estructura endoesquelética, suspensión, hombro, codo, muñeca y mano; prótesis pasiva de desarticulación del hombro con encaje, estructura exoesquelética, suspensión, hombro, codo, muñeca y mano; prótesis funcional de desarticulación del hombro con encaje, estructura exoesquelética, suspensión, hombro, codo, muñeca y terminal a elección; prótesis eléctrica de desarticulación del hombro con encaje, estructura exoesquelética, suspensión, hombro, codo, muñeca y terminal a elección.

<sup>1609</sup> Prótesis pasiva interescapulotorácica con encaje, estructura endoesquelética, suspensión, hombro, codo, muñeca y mano; prótesis pasiva interescapulotorácica con encaje, estructura exoesquelética, suspensión, hombro, codo, muñeca y mano; prótesis funcional interescapulotorácica con encaje, estructura exoesquelética, suspensión, hombro, codo, muñeca y terminal a elección; prótesis eléctrica

dispositivos funcionales<sup>1611</sup>, las articulaciones de muñeca<sup>1612</sup>, las articulaciones de codo<sup>1613</sup>, así como las articulaciones de hombro.

También son objeto de inclusión las prótesis de miembro inferior, que comprenden, a su vez, las prótesis parciales de pie, incluyendo prótesis de dedos<sup>1614</sup>; las prótesis de desarticulación del tobillo, concretadas en la prótesis de desarticulación del tobillo tipo Syme; las prótesis transtibiales (por debajo de la rodilla)<sup>1615</sup>; las prótesis de desarticulación de rodilla<sup>1616</sup>; las prótesis transfemorales (por encima de la rodilla)<sup>1617</sup>; las prótesis de desarticulación de cadera, reconducibles a la prótesis de desarticulación de cadera con encaje pélvico laminado o termoconformado al vacío, estructura endoesquelética, cadera, rodilla y pie; las prótesis de hemipelvectomía y, en concreto, las prótesis de hemipelvectomía con encaje pélvico laminado o termoconformado al vacío, estructura endoesquelética, cadera, rodilla y pie; los pies protésicos, excepto los pies de “gran almacenamiento de energía” y similares<sup>1618</sup>; los rotadores; las articulaciones de

---

interescapulotorácica con encaje, estructura exoesquelética, suspensión, hombro, codo, muñeca y terminal a elección.

<sup>1610</sup> Prótesis de mano pasiva, prótesis de mano funcional y prótesis de mano eléctrica.

<sup>1611</sup> Pinza funcional y pinza eléctrica.

<sup>1612</sup> Articulación de muñeca para terminal pasivo, articulación de muñeca para terminal funcional y articulación de muñeca para terminal eléctrico.

<sup>1613</sup> Articulación de codo pasiva, articulación de codo funcional y articulación de codo eléctrica.

<sup>1614</sup> Prótesis para amputación parcial o total de dedos del pie, prótesis para amputación transmetatarsiana o de desarticulación de Lisfranc, prótesis para la amputación de Chopart y prótesis para la amputación de Pirogoff.

<sup>1615</sup> Prótesis transtibial con encaje PTB, estructura endoesquelética, suspensión y pie; prótesis transtibial con encaje PTB, estructura exoesquelética, suspensión y pie; prótesis transtibial con encaje PTS, estructura endoesquelética y pie; prótesis transtibial con encaje PTS, estructura exoesquelética y pie; prótesis transtibial con encaje KBM, estructura endoesquelética y pie; prótesis transtibial con encaje KBM, estructura exoesquelética y pie; prótesis transtibial con encaje 3S, estructura endoesquelética y pie; prótesis transtibial con encaje 3S, estructura exoesquelética y pie.

<sup>1616</sup> Prótesis de desarticulación de rodilla con apoyo distal, estructura endoesquelética, rodilla y pie; prótesis de desarticulación de rodilla con apoyo distal, estructura exoesquelética, rodilla y pie; prótesis de desarticulación de rodilla con apoyo isquiático, estructura endoesquelética, rodilla y pie; prótesis de desarticulación de rodilla con apoyo isquiático, estructura exoesquelética, rodilla y pie.

<sup>1617</sup> Prótesis transfemoral con encaje cuadrangular laminado o termoconformado al vacío, estructura endoesquelética, rodilla y pie; prótesis transfemoral con encaje cuadrangular laminado o termoconformado al vacío, estructura exoesquelética, rodilla y pie; prótesis transfemoral con encaje cuadrangular ISNY, estructura endoesquelética, rodilla y pie; prótesis transfemoral con encaje cuadrangular ISNY, estructura exoesquelética, rodilla y pie; prótesis transfemoral con encaje CATCAM, estructura endoesquelética, rodilla y pie; prótesis transfemoral con encaje CATCAM, estructura exoesquelética, rodilla y pie; prótesis transfemoral con encaje de contacto total de silicona, estructura endoesquelética, rodilla y pie; prótesis transfemoral con encaje de contacto total de silicona, estructura exoesquelética, rodilla y pie.

<sup>1618</sup> Pie no articulado, pie articulado y pie dinámico.



#### CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

rodilla<sup>1619</sup>; las articulaciones de cadera, concretadas en la articulación de cadera endoesquelética; los encajes tibiales; los encajes femorales; así como las prótesis provisionales para movilización temprana en amputación de miembro inferior<sup>1620</sup>.

Se incluyen también las ortoprótesis para agenesias, inclusivas de las ortoprótesis para agenesias de miembro superior y las ortoprótesis para agenesias de miembro inferior.

A su vez, quedan comprendidas las prótesis distintas a las prótesis de miembros, que incluyen las prótesis de mama, sin que se considere englobado el sujetador post-operatorio (prótesis de mama externa, incluida, en su caso la funda); las prótesis de restauración facial, incluyéndose las de nariz y/o los pabellones auriculares y/o globos oculares en casos de traumatismo, enfermedad o malformación congénita<sup>1621</sup>; así como las prótesis del paladar para malformaciones congénitas, traumatismos y procesos oncológicos del paladar. Téngase en cuenta que la norma en ningún momento contempla las prótesis completas de cabeza. Sin embargo, esto no ha sido óbice para que el Tribunal Supremo<sup>1622</sup> las entienda incluidas en la cartera de servicios del SNS. Y es que, según ha expresado, “las dificultades de encajar un material concreto en el listado reglamentario han de ser resueltas acudiendo a distintos parámetros concurrentes. Así, lo primero que hay que valorar es la finalidad perseguida con la colocación del indicado material, la relevancia de la prescripción médica del uso del mismo y, en suma, las eventuales consecuencias de su no utilización”. De ahí que concluya que, aun cuando el caso craneal no esté expresamente mencionado en la cartera de servicios, cabe entenderlo incluido por analogía cuando la prescripción de su utilización ha sido efectuada por un especialista de los servicios médicos públicos competentes.

Completan el repertorio reglamentariamente estipulado las denominadas ayudas para la audición para pacientes hipoacúsicos, de cero a dieciséis años de edad, afectados de

---

<sup>1619</sup> Articulación de rodilla monocéntrica, articulación de rodilla policéntrica, articulación de rodilla con control neumático, articulación de rodilla con control hidráulico, articulación de rodilla por barras externas y articulación de rodilla para desarticulación.

<sup>1620</sup> Prótesis provisional de desarticulación de tobillo, prótesis provisional para amputación de tibia, prótesis provisional de desarticulación de rodilla, prótesis provisional para amputación femoral y prótesis provisional de desarticulación de cadera.

<sup>1621</sup> Prótesis ocular a medida, prótesis esclerocorneal a medida, prótesis de restauración de órbita a medida, prótesis corneal a medida, pabellón auricular a medida, prótesis de restauración de la nariz a medida.

<sup>1622</sup> STS 751/2014, de 12 de febrero.

hipoacusia bilateral neurosensorial, transmisiva o mixta, permanente, no susceptible de otros tratamientos, con una pérdida de audición superior a 40 dB en el mejor de los oídos (valor obtenido promediando las frecuencias de 500, 1000 y 2000 Hz)<sup>1623</sup>. A tal efecto, resulta competencia de las administraciones sanitarias competentes la vinculación de la financiación de los audífonos<sup>1624</sup> y de los moldes adaptadores a programas de detección precoz, tratamiento completo y seguimiento de la hipoacusia.

- Sillas de ruedas, definidas en el apartado 2.3 del Anexo VI RDCSC como vehículos individuales para favorecer el traslado de personas que han perdido, de forma permanente, total o parcialmente, la capacidad de deambulación y que sea adecuado a su grado de discapacidad. Ahora bien, no todas las modalidades existentes de sillas de ruedas van a formar parte del contenido de la prestación ortoprotésica. Antes al contrario, se descartan expresamente las sillas de ruedas manuales con ruedas grandes delanteras maniobradas por los dos brazos, las sillas de ruedas propulsadas con el pie, las sillas de ruedas de fibra de carbono o titanio y las sillas de ruedas con motor. Según se advierte, la norma reglamentaria omite referencia a este respecto a las sillas de aluminio, de ahí que se haya abogado por su tácita inclusión en la cartera de servicios<sup>1625</sup>. La jurisprudencia, en su momento, también consideró que las grúas hidráulicas escapan de la cobertura pública<sup>1626</sup>.

A sensu contrario, quedan comprendidas en la cartera de servicios las sillas de ruedas manuales<sup>1627</sup> y aquellas con motor eléctrico y dirección eléctrica para pacientes con limitaciones funcionales graves del aparato locomotor por enfermedad, malformación o accidente<sup>1628</sup>. La regulación normativa se vale de una cláusula del todo amplia a fin de evitar indeseables interpretaciones restrictivas. Como señaló el Tribunal Supremo, “lo

---

<sup>1623</sup> Bajo esta categoría se da cobertura a los audífonos y los moldes adaptadores para audífonos.

<sup>1624</sup> Recuérdese que los audífonos no siempre han estado comprendidos en el contenido prestacional sanitario, pues bajo la consideración de prótesis especiales, se denegó reiteradamente la ayuda económica al efecto, al no figurar comprendidos en la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996.

<sup>1625</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., "*Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...*", pág. 201.

<sup>1626</sup> STS 10710/1995, de 28 de septiembre.

<sup>1627</sup> Silla de ruedas manual no autopropulsable no plegable o rígida, silla de ruedas manual no autopropulsable plegable, silla de ruedas manual no autopropulsable plegable para alteraciones funcionales infantiles, silla de ruedas manual autopropulsable no plegable o rígida y silla de ruedas manual autopropulsable plegable.

<sup>1628</sup> Tal y como dispone el RDCSC, para la prescripción de las sillas de ruedas eléctricas se han de tener en cuenta los criterios que se recogen en los protocolos que se establezcan al efecto por la Administración sanitaria competente.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

esencial en la protección de una situación de invalidez o minusvalía son las secuelas o consecuencias que producen las enfermedades y no éstas aisladamente consideradas”<sup>1629</sup>. Asimismo, se exige que las limitaciones funcionales graves en cuestión traigan consigo, al tiempo, la incapacidad permanente para la marcha independiente, la incapacidad funcional permanente para la propulsión de sillas de ruedas manuales con las extremidades superiores y suficiente capacidad visual, mental y de control que permita el manejo de sillas de ruedas eléctricas y ello no suponga un riesgo añadido para la integridad de la persona y la de los demás.

Cuando menos de tortuosa puede tacharse la jurisprudencia existente en relación con las sillas eléctricas y la prestación ortoprotésica<sup>1630</sup>. Y es que no siempre estos elementos se han considerado como contenido propio de la asistencia sanitaria pública. En particular, fueron varias las resoluciones judiciales<sup>1631</sup> que, en base a un principio de control del gasto, rechazaron su inclusión en el ámbito objetivo de la prestación que se analiza en estas líneas.

Desde luego, tal exclusión no tardó en revelarse contradictoria con la tan predicada exigencia de adaptación del contenido prestacional sanitario al progreso de la técnica y las posibilidades a que abre paso. Se trata, no se olvide, de proporcionar una atención apropiada a las necesidades que presenta la persona y hacerlo en base a los avances científicos y técnicos que se suceden. Y, en este sentido, puede constatarse en muchas ocasiones que es la eléctrica, antes que la manual, el tipo de silla de ruedas que mejor satisface el cometido de la prestación ortoprotésica. De ahí que su falta de previsión en la cartera de servicios terminara evidenciándose como un sinsentido.

En consonancia con lo anterior, el RDCSC, como ya hiciera la Orden de 18 de enero de 1996<sup>1632</sup>, incluyó la modalidad eléctrica en el contenido prestacional ortoprotésico,

---

<sup>1629</sup> STS de 27 de marzo de 2001, reproduciendo lo sentado en las SSTS de 26 de enero y 7 de febrero de 2000. Con base en este razonamiento se logró extender por analogía la prestación a enfermedades que no son medulares o neuromusculares pero que producen los mismos efectos.

<sup>1630</sup> Consúltase al respecto LANTARÓN BARQUÍN, D., "*Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...*", págs. 201-205.

<sup>1631</sup> SSTS de 28 de noviembre y 23 de diciembre de 1994, 28 de abril y 28 de septiembre de 1995.

<sup>1632</sup> La Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 incluyó las sillas de ruedas eléctricas para los lesionados medulares cervicales así como los enfermos neuromusculares degenerativos y evolucionados.

favoreciendo, de este modo, un vuelco en la postura jurisprudencial<sup>1633</sup> hasta entonces reacia, como se ha visto, a dicha inclusión. La normativa de la época supo superar, pues, el mero criterio economicista hasta entonces imperante y tender a la calidad que se requiere de la asistencia sanitaria y a la que contribuye decididamente la evolución técnica. Desde luego, el aspecto económico no puede pasar inadvertido en la configuración del contenido prestacional de un sistema público de la significación e implicaciones que al efecto incorpora el sanitario, pero no es menos cierto que en el mismo convive el importante propósito de la satisfacción de la necesidad social que la enfermedad representa del modo más efectivo posible. En esta misma línea se posicionan OLARTE ENCABO y ALMENDROS GONZÁLEZ<sup>1634</sup> al señalar que “puesto que el art. 108 de la LGSS/74 tiene una redacción lo suficientemente amplia y flexible como para permitir una interpretación a contrario, puesto que lo único exigido es que el suministro de tales vehículos sea aconsejado por un criterio de necesidad derivado del tipo de invalidez, debía y debe imponerse una interpretación acorde a los tiempos (art. 3.1.c) CC), en este caso, al estado y avance tecnológico”.

Centrándonos seguidamente en los accesorios para sillas de ruedas, cabe destacar que se entienden comprendidas las mesas o bandejas portátiles (bandeja desmontable especial), los frenos, los neumáticos y ruedas (rueda delantera o pequeña y rueda trasera grande), las baterías (en particular, batería para silla de ruedas eléctrica) y otros accesorios para sillas de ruedas (tales como los apoyos posturales para la silla de ruedas, incluidos tacos y correas, el reposacabezas y el doble aro para autopropulsión con un solo brazo).

En cuanto a los recambios y componentes para sillas de ruedas, la cartera de servicios contempla los reposabrazos, los reposapiés, los chasis, el asiento-respaldo postural a medida, el asiento-respaldo postural modular, así como el cajón de sastre de otros recambios.

---

Posteriormente, la Orden de 23 de julio de 1999 las asignó a pacientes con limitaciones funcionales graves del aparato locomotor por enfermedad, malformación o accidente, con una serie de requisitos al efecto.

<sup>1633</sup> SSTS de 26 de enero, 7 de febrero, 27 y 31 de marzo, 5 y 17 de abril de 2001.

<sup>1634</sup> OLARTE ENCABO, S. Y ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., op. cit., pág. 354. Igualmente se lleva a cabo una oportuna crítica a la aportación de razones meramente económicas por insuficiencia de medios en los pronunciamientos judiciales.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

- Las ortesis son definidas como aquellos productos sanitarios de uso externo, no implantables, que, adaptados individualmente al paciente, se destinan a modificar las condiciones estructurales o funcionales del sistema neuromuscular o del esqueleto. A excepción de las ortesis elaboradas en fibra de carbono, que quedan excluidas expresamente, se engloban en esta categoría las ortesis de columna vertebral (si bien no se consideran englobadas las fajas preventivas)<sup>1635</sup>, las ortesis de miembro superior<sup>1636</sup>, las ortesis de miembro inferior (no se consideran incluidas las ortesis de pie ni las rodilleras en tejido elástico sin flejes)<sup>1637</sup> y los calzados ortopédicos<sup>1638</sup>.

---

<sup>1635</sup> Ortesis lumbo-sacras, siendo la aportación del usuario de treinta euros (ortesis lumbo-sacra semirrígida, ortesis lumbo-sacra rígida, estándar; ortesis lumbo-sacra tipo Knight y ortesis lumbo-sacra rígida, a medida), ortesis toraco-lumbo-sacras (dorso-lumbares), también con aportación del usuario de treinta euros (ortesis toraco-lumbar semirrígida, ortesis para pectus carinatum o tórax en quilla, ortesis toraco-lumbar rígida para inmovilización, ortesis toraco-lumbar tipo Taylor, estándar; ortesis toraco-lumbar rígida para cifolordosis, corsé de Stagnara o Lyones, corsé de Michel, corsé de Cheneau, corsé de Boston, ortesis de inclinación lateral de uso nocturno, ortesis de Kallabis, ortesis de hiperextensión de Jewett, lecho postural de Dennis-Brown, lecho postural a medida), ortesis cervicales, con igual aportación de treinta euros, concretada en ortesis cervical con apoyo occipital y mentoniano; ortesis cérvico-torácicas, también con aportación del usuario de treinta euros (ortesis cervical tipo Somy, minerva larga sobre molde, minerva larga prefabricada y chaleco para halo), ortesis cérvico-toraco-lumbo-sacras, siendo la aportación también de treinta euros (corsé de Milwaukee con cesta pélvica en cuero, corsé de Milwaukee con cesta pélvica en termoplástico, supraestructura, cesta pélvica en cuero y cesta pélvica en termoplástico).

<sup>1636</sup> Ortesis de dedo, siendo la aportación del usuario de doce euros (férula pasiva para dedo pulgar, férula pasiva para dedo, férula activa para dedo pulgar, férula activa extensora para dedo y férula activa flexora para dedo), ortesis de mano, con igual aportación de doce euros (férula pasiva para mantener las articulaciones metacarpofalángicas en una posición determinada, férula activa extensora de articulaciones metacarpofalángicas, férula activa flexora de articulaciones metacarpofalángicas, férula activa flexora de articulaciones metacarpofalángicas y aditamento extensor de dedo/s, férula activa extensora de articulaciones metacarpofalángicas y aditamento extensor/abductor de pulgar, así como férula activa flexora de articulaciones metacarpofalángicas y aditamento extensor/abductor de pulgar), ortesis de muñeca y mano, con aportación del usuario de treinta euros (ortesis pasiva de muñeca, ortesis activa de muñeca, ortesis activa flexora de las articulaciones metacarpofalángicas con estabilización de la articulación de la muñeca y ortesis activa extensora de las articulaciones metacarpofalángicas con estabilización de la articulación de la muñeca), ortesis de muñeca, mano y dedos con aportación del usuario de treinta euros (férula pasiva de muñeca, mano y dedo/s, férula activa extensora de articulaciones metacarpofalángicas y aditamento extensor de dedo/s, férula activa flexora de articulaciones metacarpofalángicas y aditamento flexor de dedo/s, férula activa flexora de articulaciones metacarpofalángicas y aditamento extensor de dedo/s), ortesis de codo, siendo la aportación del usuario de treinta euros (férula pasiva de antebrazo, férula pasiva de codo sin articulación, férula activa de codo con articulación, sistema de control de codo mediante tensor longitudinal), ortesis de hombro y codo, con aportación del usuario de treinta euros (férula pasiva de brazo), ortesis de hombro, codo y muñeca, con aportación del usuario de treinta euros (férula pasiva de hombro, codo y muñeca, sin articulación, férula para parálisis del plexo braquial, obstétrica o infantil, a medida, férula de hombro, codo y muñeca, con articulaciones, férula para parálisis del plexo braquial del adulto), articulaciones de codo, con ninguna aportación por parte del usuario (articulación de codo monocéntrica (par), articulación de codo tipo tornillo sin fin, articulación de codo tipo cremallera o rueda dentada y sistema de control de codo mediante semicírculo graduable).

<sup>1637</sup> Ortesis de tobillo y pie (tibiales), con aportación del usuario de treinta euros (férula posterior pasiva tibial, férula postural antidecúbito de talón, férula de Denis Browne, botín multiarticulado, ortesis para inmovilización de la articulación tibio-tarsiana, polaina desde el tobillo hasta debajo de la rodilla, férula

- Las ortoprótesis especiales<sup>1639</sup>, por su parte, constituyen los productos sanitarios no implantables que sustituyen una estructura corporal o su función o facilitan la deambulación sin que pueda considerarse incluido en los apartados anteriores. En particular, quedan comprendidas las ayudas para caminar manejadas por un brazo<sup>1640</sup>,

---

posterior antiequino dinámica, férula posterior antiequino, ortesis funcional tipo PTB (patelar Tendon Bearing), ortesis tibial de marcha en descarga con suela de balancín, ortesis de control medio-lateral de la articulación tibio-tarsiana, ortesis de control medio-lateral de la articulación del tobillo, ortesis dinámica para ligamentos laterales del tobillo, bitutor corto, bitutor de Klenzack, ortesis dinámica antiequino, ortesis para la descarga del pie, con apoyo de tendón rotuliano, botín de cuero moldeado con articulación en tobillo), ortesis de rodilla, con aportación del usuario de treinta euros (ortesis pasiva para la inmovilización de la rodilla, ortesis de rodilla articulada para estabilidad medio-lateral y control de la flexo-extensión, con articulación de cierre de anillas, ortesis para el control de la rodilla, ortesis para la extensión asistida de la rodilla, con articulación de rodilla libre, ortesis para la flexión o extensión progresiva de la rodilla, mediante tornillo sin fin, ortesis para la flexión o extensión progresiva de la rodilla, mediante semicírculo graduable a voluntad, soporte anatómico para la articulación de la rodilla, con rodete rotuliano de compresión intermitente), ortesis de rodilla, tobillo y pie (femorales), también con aportación de treinta euros (férula con forma de cola de sirena, polaina de pie a muslo, ortesis de valva posterior de muslo y pierna rígida, Férula de abducción, muslera conformada en termoplástico, ortesis estabilizadora de rodilla, ortesis correctora dinámica genu-valgo o varo, ortesis de Grenier, así como ortesis femoral QTB -Quadrilateral Thigh Bearing-), ortesis de cadera, incluyendo ortesis de abducción, con aportación del usuario de treinta euros (ortesis de inmovilización de cadera sin articulación, ortesis para la displasia congénita de cadera -cojín o almohadilla de Frejka/ortesis de Mignon-, ortesis para la displasia congénita de cadera -férula de Von Rosen-, ortesis para la displasia congénita de cadera -arnés de Pavlik-, ortesis modular inmovilizadora de cadera y ortesis de Atlanta -o del Hospital Scottish Rite en Atlanta-), ortesis de cadera, rodilla, tobillo y pie, siendo la aportación del usuario de treinta euros (bitutor femoral metálico, con articulación de rodilla de cierre de anillas, bitutor femoral metálico, con articulación de rodilla de cierre suizo, bitutor femoral metálico, con encaje cuadrangular y articulación de rodilla de cierre de anillas, bitutor femoral metálico, con encaje cuadrangular y articulación de rodilla de cierre suizo, ortesis femoral TPV, férula de Thomas articulada, ortesis femoral de abducción en acero de Tachdjian, dispositivo estabilizador y reciprocador adaptado a ortesis de marcha bilateral, bitutor femoral metálico, con articulación de rodilla, articulación de cadera y cinturón pélvico, bitutor femoral metálico, con encaje cuadrangular, articulación de rodilla de cierre de anillas, articulación de cadera y cinturón pélvico, bitutor femoral metálico, con encaje cuadrangular, articulación de rodilla de cierre suizo, articulación de cadera y cinturón pélvico, ortesis desrotadora femoral (twister), bitutor femoral metálico, con articulación de rodilla de cierre de anillas, articulación de cadera y corsé pélvico, bitutor femoral metálico, con articulación de rodilla de cierre suizo, articulación de cadera y corsé pélvico, cinturón pélvico para ortesis de miembro inferior, barra para ortesis de miembro inferior y estribo de miembro inferior), articulaciones de tobillo, sin que corresponda al usuario aportación alguna, articulaciones de rodilla, también sin ninguna aportación del usuario (articulación de rodilla libre, articulación de rodilla libre con eje atrasado, articulación de rodilla con cierre de anillas, articulación de rodilla con cierre suizo, articulación de rodilla policéntrica), articulaciones de cadera, sin aportación del usuario (articulación de cadera libre, articulación de cadera libre con movimiento de abducción, articulación de cadera libre de polipropileno, articulación de cadera con cierre de anillas, articulación de cadera con cierre de anillas y movimiento de abducción, articulación con cierre suizo -u oculto-).

<sup>1638</sup> Calzados ortopédicos para grandes deformidades, con aportación del usuario de treinta y seis euros: calzado de plastazote o similar (par) y calzado a medida.

<sup>1639</sup> El RDCSC abandona el concepto de prótesis especiales que contiene el art. 108 LGSS'74. LANTARÓN BARQUÍN, D., "*Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...*", pág. 213.

<sup>1640</sup> Muletas de codo con apoyo de antebrazo, con aportación del usuario de doce euros (muleta con apoyo de antebrazo -unidad- y muleta con apoyo de antebrazo, con abrazadera basculante -unidad-), muletas de codo con soporte en antebrazo, con aportación del usuario de doce euros, concretada en muleta con soporte en antebrazo y empuñadura anatómica (unidad), así como muletas con tres o más patas, siendo la aportación del usuario de doce euros.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

ayudas para caminar manejadas por los dos brazos<sup>1641</sup>, ayudas para la terapia circulatoria<sup>1642</sup>, ayudas para la prevención de las úlceras por presión (ayudas antidecúbitos)<sup>1643</sup>, así como el equipamiento para el entrenamiento del movimiento, la fuerza y el equilibrio para pacientes lesionados medulares, parálisis cerebral, traumatismos craneoencefálicos, mielomeningocele, distrofias musculares progresivas y enfermedades neurodegenerativas<sup>1644</sup>.

En esta prestación cumple una tarea fundamental el Comité Asesor para la Prestación Ortoprotésica. Creado por la Orden de 18 de enero de 1996 de desarrollo del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, para la regulación de la prestación ortoprotésica, bajo el anterior nombre de Comisión Técnica Asesora sobre Prestación Ortoprotésica, y adscrito en la actualidad a la Dirección General de Ordenación Profesional, Cohesión del Sistema Nacional de Salud y Alta Inspección, es el órgano coordinador entre las Administraciones sanitarias implicadas en la gestión de esta prestación y tiene como finalidad la coordinación de las actuaciones y el seguimiento de la prestación ortoprotésica, tal y como señala el art. único de la Orden SPI/1117/2011, de 26 de abril, por la que se regula el Comité Asesor para la Prestación Ortoprotésica.

Su actividad se halla vinculada a la Comisión de Prestaciones, Aseguramiento y Financiación, regulada en el art. 9 del RDCSC, la cual, a su vez, depende del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Entre sus amplias funciones, destacan la propuesta de inclusión de nuevos productos o de modificación de las condiciones de uso

---

<sup>1641</sup> Andadores, cuya aportación por parte del usuario es de treinta euros (andador fijo o articulado).

<sup>1642</sup> Prendas de compresión para brazos, piernas, y otras partes del cuerpo para quemados, linfedemas de miembros superiores, linfedemas graves de miembros inferiores y grandes queloides, siendo la aportación del usuario de treinta euros (soporte de cuello, soporte para el mentón, soporte de cuello y mentón, máscara abierta, máscara con banda labial, máscara con banda labial, nariz y boca, máscara de termoplástico, tronco sin mangas, tronco con mangas cortas, tronco con mangas largas, camiseta sin mangas, camiseta con mangas cortas, camiseta con mangas largas, manga, manga con guantelete, manga abarcando el hombro, manga abarcando el hombro con guantelete, guante con protección distal, guante sin protección distal, guante hasta el codo, media hasta la rodilla, a medida, media entera, a medida, panty, a medida, calzón de pernera corta, pantalón, así como tobillera, a medida.

<sup>1643</sup> Cojines para prevenir las úlceras por presión para pacientes lesionados medulares, siendo la aportación del usuario de treinta euros (cojín antiescaras de una sola pieza, cojín antiescaras modular de diferentes materiales con base firme y cojín antiescaras de múltiples celdas de aire independientes unidas por una base).

<sup>1644</sup> Aparatos de bipedestación, cuya aportación por parte del usuario es de treinta euros (parapodium), y planos inclinables, con igual aportación.

de los ya incluidos o su exclusión, la propuesta de los requisitos mínimos comunes que deben reunir los artículos, dirigidos a garantizar la calidad de esta prestación, la propuesta de criterios comunes para la elaboración de los correspondientes catálogos de prestación ortoprotésica por las Comunidades Autónomas, Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y las Mutualidades de Funcionarios en sus respectivos ámbitos de gestión, de forma que se garantice a los pacientes la equidad en esta prestación, la propuesta de los criterios para fijar y revisar los importes máximos de financiación de esta prestación de acuerdo con lo regulado en artículo 124 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, así como hacer propuestas de las modificaciones a las ayudas económicas al paciente en esta prestación, la coordinación del sistema de información que permita el seguimiento de esta prestación, la determinación de las dificultades que pudieran surgir en el cumplimiento de la normativa sobre esta materia y resolución de las dudas sobre su aplicación e interpretación, el apoyo a la colaboración, comunicación e información entre los distintos Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, la Administración General del Estado y otros agentes implicados en la gestión de esta prestación.

Desde la reforma sanitaria que acontece en 2012, la prestación ortoprotésica deja de recibir un tratamiento unificado para diferenciarse entre aquella que, sin que medie aportación del usuario, es llevada a cabo en centros sanitarios y forma parte, pues, de la cartera común básica de servicios asistenciales, siendo fundamentalmente los implantes quirúrgicos la categoría más representativa al respecto, de aquella otra dispensada de modo ambulatorio e incluida, junto a la farmacéutica, los productos dietéticos y el transporte sanitario no urgente, en la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud (sujetas, por tanto, a aportación del usuario). Ya se vio que este porcentaje de aportación se rige por las mismas normas que regulan la prestación farmacéutica, tomando como base de cálculo para ello el precio final del producto y sin que se aplique el mismo límite de cuantía a esta aportación, según dicta el art. 8.ter.5 LCC, cuyo previo apartado alude igualmente al establecimiento de importes máximos de financiación.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

En este sentido, y en cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Adicional segunda del RDley 2012<sup>1645</sup>, vio la luz el Real Decreto 1506/2012, de 2 de noviembre, por el que se regula la cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica del Sistema Nacional de Salud<sup>1646</sup> y se fijan las bases para el establecimiento de los importes máximos de financiación en prestación ortoprotésica. La norma cumple un papel fundamental, al determinar la Oferta de productos ortoprotésicos susceptibles de financiación por el Sistema Nacional de Salud y establecer los criterios para la inclusión de los productos en dicha Oferta, y todo ello, según anuncia en sus primeras líneas introductorias, bajo la pretensión de “facilitar el acceso a una prestación más racional, eficiente y equitativa a los pacientes que requieran un producto ortoprotésico”.

En particular, es el art. 7 el precepto encargado de recopilar los requisitos que han de reunir los productos ortoprotésicos a fin de ser incluidos en la Oferta. Se les requiere, así, que cumplan las exigencias establecidas en la legislación vigente de productos sanitarios; que pertenezcan a algunos de los grupos o subgrupos de implantes quirúrgicos, o de los códigos homologados de ortoprotésis externas, recogidos en el anexo VI del RDCSC; que se correspondan con alguno de los tipos de productos que se determinen, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.3 de la norma reglamentaria, la inclusión en el etiquetado de las indicaciones del producto, sin que comprendan frases, dibujos u otros motivos gráficos que lleven a confusión respecto a las indicaciones, ni contengan publicidad de otros productos; que cuenten con una denominación genérica acompañada de una marca comercial o del nombre de la empresa titular del producto o bien un nombre de fantasía; que no tengan un nombre igual o similar al de otros productos ortoprotésicos financiables o no financiables, salvo en el caso de la denominación genérica, ni al de medicamentos, al de otros productos sanitarios o al de productos dietéticos, de forma que no induzca a confusión; por último, que no efectúen publicidad dirigida al público en general y cumplan, en su caso, los requisitos técnicos que elabore el Ministerio de Sanidad,

---

<sup>1645</sup>“El Consejo de Ministros aprobará, en el plazo de 6 meses a contar desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, un Real Decreto para la regulación de la cartera suplementaria de prestación ortoprotésica del Sistema Nacional de Salud y para el establecimiento de sus importes máximos de financiación”.

<sup>1646</sup> El art. 2.2 de la norma define la cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica como el conjunto de prótesis externas, sillas de ruedas, ortesis y ortoprotésis especiales de dispensación ambulatoria y sujetas a aportación del usuario, financiadas por el Sistema Nacional de Salud, incluyendo aquellos productos que según la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma estén sometidos a régimen de préstamo o alquiler.

Servicios Sociales e Igualdad para cada tipo de producto, a propuesta del Comité asesor para la prestación ortoprotésica.

Asimismo, los importes máximos de financiación constituyen uno de los criterios tenidos en cuenta para decidir sobre la inclusión de un producto ortoprotésico en la Oferta del Sistema Nacional de Salud, toda vez que resultan excluidos de ésta y, por tanto, no son financiables, aquellos productos cuyo precio propuesto al Sistema supere el importe máximo de financiación que le corresponda a su tipo de producto. En cualquier caso, la norma analizada introduce una importante salvedad, y es que si a un usuario le indica el especialista un determinado tipo de producto de ortoprotésis externa incluido en la cartera de servicios, podrá adquirir con cargo al Sistema Nacional de Salud un producto correspondiente a dicho tipo que no se encuentre incluido en la Oferta exclusivamente por superar el importe máximo de financiación, si así lo prevé la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma, INGESA, Instituto Social de la Marina o Mutualidad de Funcionarios. En ese supuesto, se prevé el abono por parte del usuario de la diferencia entre el importe máximo de financiación correspondiente al tipo de producto y el precio de venta del producto adquirido, además de la aportación que le corresponda, aplicada sobre el importe máximo de financiación de su tipo de producto.

Como siempre, el factor coste vuelve a actuar de eje rector en la materia, pues se encomienda al Comité asesor para la prestación ortoprotésica la valoración anual de la conveniencia de realizar una revisión de los importes máximos de financiación, en función de la evolución del consumo relativo a la prestación ortoprotésica, las variaciones de los precios de Oferta, los costes de los productos ortoprotésicos, su coste-beneficio, así como aquellos otros factores que puedan tener incidencia en el coste de la prestación ortoprotésica. Todo ello con el pretendido fin de “adaptarlos a la realidad sanitaria de cada momento, a la situación socioeconómica y a las necesidades de los usuarios del Sistema Nacional de Salud”, advirtiéndose a su vez que “cuando concurren circunstancias excepcionales que determinen una variación sustancial en el coste de los productos ortoprotésicos, tanto si se trata de su aumento como su disminución, [el Comité asesor] valorará si procede una revisión de los importes máximos de financiación para los tipos de productos afectados”.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Sentado lo anterior, la norma desciende a otro elemento determinante en la cartera común suplementaria de la prestación ortoprotésica, a saber, la aportación del usuario, en la que toma como base de cálculo el precio de Oferta del producto. Tras reiterar lo prescrito en la LCC, en relación a que este porcentaje se rige por las mismas normas que regulan la prestación farmacéutica y sin que se aplique el mismo límite de cuantía a esta aportación, establece los siguientes importes:

- Un sesenta por ciento del precio de Oferta del producto para los usuarios y sus beneficiarios cuya renta consignada en las casillas de la base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sea igual o superior a 100.000 euros.

- Un cincuenta por ciento del precio de Oferta del producto para las personas que ostenten la condición de asegurado activo y sus beneficiarios cuya renta consignada en las casillas de la base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sea igual o superior a 18.000 euros e inferior a 100.000 euros.

- Un cuarenta por ciento del precio de Oferta del producto para las personas que ostenten la condición de asegurado activo y sus beneficiarios y no se encuentren incluidos en ninguno de los supuestos anteriores.

- Un diez por ciento del precio de Oferta del producto para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios, con excepción de las personas incluidas en el primer supuesto.

- Un diez por ciento del precio de Oferta del producto en los productos pertenecientes a los subgrupos de aportación reducida que aparecen en el anexo de la norma.

La determinación del límite máximo de la aportación que han de abonar los usuarios tanto en este último supuesto como en los tres anteriores se encomienda a la correspondiente Orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo informe del Consejo Interterritorial.

De mención especial son objeto las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por las mutualidades de funcionarios, para quienes se prevé una aportación del treinta por ciento con el límite que se fije para los usuarios del tercero de los supuestos recién expuestos, salvo para los productos pertenecientes a los subgrupos de aportación reducida, en los que resulta de aplicación lo dispuesto en el último.

Por su parte, se consideran exentos de aportación los usuarios y sus beneficiarios que en el momento de la dispensación estén afectados de síndrome tóxico; las personas con discapacidad que sean beneficiarias del sistema especial de prestaciones sociales y económicas, previsto en el artículo 12 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de personas con discapacidad, y aquellas otras personas con discapacidad que igualmente se encuentren en supuestos de exención contemplados en su normativa específica; las personas perceptoras de rentas de integración social; las personas perceptoras de pensiones no contributivas; los parados que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo en tanto subsista su situación; las personas que requieran tratamientos derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional, si bien su financiación corre a cargo de la correspondiente Mutua, del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina.

## **7.- PRESTACIÓN DE TRANSPORTE SANITARIO.**

El transporte sanitario, que debe ser accesible a las personas con discapacidad, consiste en el desplazamiento de enfermos por causas exclusivamente clínicas, cuya situación les impida desplazarse en los medios ordinarios de transporte<sup>1647</sup> (art. 19 LCC y Anexo VIII RDCSC). En la vigente regulación normativa no es preceptiva, según se advierte, la concurrencia del requisito que establecía el RDOPS en la definición de esta prestación, consistente en la existencia de una situación de urgencia que implicase riesgo vital o daño irreparable para la salud del interesado.

---

<sup>1647</sup> La STSJ de Andalucía 2201/2011, de 13 abril, se pronuncia sobre un caso relativo a una persona que, en el trabajo, y por accidente, perdió el dedo pulgar de la mano derecha, luego implantado. Pues bien, el Tribunal resuelve que el traumatismo y operación quirúrgica hasta su total restablecimiento no le impedirían la utilización de los medios de transporte ordinarios.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Esta prestación<sup>1648</sup> es susceptible de ser desglosada desde la entrada en vigor del RD-ley 16/2012 en transporte sanitario urgente y no urgente, obedeciendo la principal distinción entre una y otra, más allá de los condicionantes de inmediatez que existen en la primera y se ausentan en la segunda, en el régimen de financiación. Así pues, mientras que la prestación de transporte sanitario urgente forma parte de la cartera común básica de servicios asistenciales del SNS y, por tanto, está cubierta de forma completa por financiación pública (art. 8.bis.1 LCC), queda incluido en la cartera común suplementaria, con la consiguiente aportación por parte del usuario, el transporte sanitario no urgente, que ha de estar, en todo caso, sujeto a prescripción facultativa, por razones clínicas (art. 8.ter.3 LCC).

La participación económica del usuario en la financiación de esta prestación, si bien limitada a la modalidad no urgente, constituye una de las principales (y más controvertidas) modificaciones operadas por el RDley 2012. Novedosamente, y rompiendo drásticamente con la situación anterior en que el transporte sanitario venía gozando íntegramente de financiación pública, el último precepto aludido señala que el nivel de aportación del usuario a la prestación de transporte sanitario no urgente ha de ser acorde al determinado para la prestación farmacéutica. Por tanto, y siguiendo lo dispuesto en el art. 94 bis LGURM, se establece un 60 % del PVP para los usuarios y sus beneficiarios cuya renta sea igual o superior a 100.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; un 50 % del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado activo y sus beneficiarios cuya renta sea igual o superior a 18.000 euros e inferior a 100.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; un 40% del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado activo y sus beneficiarios y no se encuentren incluidos en ninguno de los dos supuestos anteriores; y un 10 % del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad

---

<sup>1648</sup> No debe confundirse con el concepto de transporte sanitario las ayudas por desplazamiento y dietas de estancia previstas para los beneficiarios de la asistencia sanitaria de Ceuta y Melilla desplazados por motivos asistenciales, a otros centros del territorio nacional. Resolución de 10 de enero de 2006, del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

Social y sus beneficiarios, con excepción de las personas comprendidas en el primer supuesto.

Aunque no se precise de manera expresa, la consonancia a que llama la LCC respecto de la prestación farmacéutica ha de entenderse referida tanto a la exención de determinados colectivos (94.bis.8 LGURM), como a los topes máximos de aportación (94.bis.6 LGURM). Al respecto, lo cierto es que la prohibición que contiene el quinto apartado del art. 8.ter LCC de aplicar el mismo límite de aportación previsto en la legislación farmacéutica, ha de entenderse referida a las prestaciones contempladas en el segundo apartado del precepto, esto es, a la prestación ortoprotésica y la prestación con productos dietéticos. Así pues, del silencio legal que se mantiene respecto del transporte sanitario no urgente cabe razonablemente inferir la aplicación de dichas cuantías máximas de aportación para los pacientes pensionistas de larga duración en el marco de estas prestaciones.

El RDley 2012 encomendaba al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en su Disposición Adicional segunda, la elaboración “en el plazo de 6 meses a contar desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, una orden ministerial recogiendo los acuerdos del pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre transporte sanitario no urgente”. Pues bien, en claro incumplimiento del plazo previsto, lo cierto es que aún hoy se encuentra pendiente de aprobación la norma que regule los criterios clínicos de indicación y los tipos de traslado y los límites de aportación del usuario al transporte sanitario no urgente<sup>1649</sup>.

En el texto de dicho proyecto contiene, en primer lugar, una definición del transporte sanitario no urgente, conforme a la cual éste consiste en “el desplazamiento de enfermos o accidentados que no se encuentran en situación de urgencia o emergencia, y que por causas exclusivamente clínicas están incapacitados para desplazarse en los medios ordinarios de transporte a un centro sanitario para recibir asistencia sanitaria, o a su domicilio tras recibir la atención sanitaria correspondiente, y que pueden precisar o no atención sanitaria durante el trayecto”. Atendiendo al origen y destino del traslado, así

---

<sup>1649</sup> Al texto del proyecto puede accederse en el siguiente enlace: <http://www.msssi.gob.es/normativa/docs/Otransportenourgente.pdf>.

#### CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

como a la periodicidad, se distinguen diversos tipos de traslados: aquellos del paciente desde un centro sanitario a su domicilio, si fuera necesario, tras el alta hospitalaria o tras atención en un servicio de urgencias; los puntuales del paciente desde su domicilio a centros sanitarios o desde éstos a su domicilio; así como aquellos otros traslados periódicos del paciente desde su domicilio a centros sanitarios o desde éstos a su domicilio. De lo anterior se colige que los traslados entre centros sanitarios no ostentan la consideración de “transporte sanitario no urgente”, de modo que quedarían tales casos excluidos de aportación.

El proyecto de norma prescribe, asimismo, los criterios clínicos de indicación del transporte sanitario no urgente, requiriendo ésta la existencia de deficiencia física, sensorial, cognitiva o psíquica, sea temporal o permanente, que cause incapacidad para poder desplazarse de forma autónoma y que, a juicio del facultativo prescriptor, no permita utilizar los medios ordinarios de transporte públicos o privados<sup>1650</sup>.

En cuanto a la aportación del usuario<sup>1651</sup> en el acceso al transporte sanitario no urgente, ésta será del 10% de la base de cálculo, la cual se prevé en 50 euros por traslado<sup>1652</sup>. Dicha base de cálculo se establece independientemente del precio real del transporte, del tipo utilizado, del kilometraje recorrido y de que el medio sea urbano o rural. Ahora bien, se prevé una valoración anual por parte de la Comisión de Prestaciones, Aseguramiento y Financiación acerca de la procedencia de actualizar la base de cálculo y los límites mensuales de la aportación.

En cuanto a este último extremo, la futura norma asentaría determinados límites mensuales a la aportación del usuario teniendo en cuenta el nivel de renta consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Así, el límite mensual sería de sesenta euros para las personas que ostenten la condición de asegurado activo o pensionista y sus beneficiarios,

---

<sup>1650</sup> A fin de clarificar la valoración de la incapacidad para el uso de medios ordinarios de transporte, evitando indeseables divergencias, se pondrán a disposición de los facultativos prescriptores de transporte sanitario, criterios comunes de indicación del transporte sanitario no urgente.

<sup>1651</sup> Los acompañantes, cuya indicación queda sometida a la valoración del facultativo prescriptor que indique el transporte sanitario no urgente, están exentos de aportación.

<sup>1652</sup> Téngase en cuenta que se entiende por traslado un único trayecto, por lo que los servicios con ida y vuelta son considerados como dos traslados.

cuya renta sea igual o superior a 100.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; de veinte euros, para quienes ostenten la condición de asegurado activo o pensionista y sus beneficiarios, cuya renta sea igual o superior a 18.000 euros e inferior a 100.000 euros; de diez euros, para los asegurados activos o pensionistas y sus beneficiarios que no se encuentren incluidos en ningún supuesto de los anteriores; así como para las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por las mutualidades de funcionarios, quedando estos últimos a su vez exentos de aportación en el caso de necesitar tratamientos derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional<sup>1653</sup>. En todo caso, en relación con las personas que requieran traslados periódicos que se prevean necesarios por un periodo superior a seis meses, con una frecuencia de al menos cuatro traslados semanales del paciente desde su domicilio a centros sanitarios o desde centro sanitario a su domicilio, el límite de aportación máxima que le corresponda tendría carácter anual, y no mensual.

Centrándonos en las condiciones de desarrollo de la prestación, conviene destacar que el transporte sanitario no asistido o asistido es solicitado, de acuerdo con la normativa de cada Comunidad Autónoma, por el facultativo responsable de la asistencia que motive el desplazamiento del paciente, atendiendo a causas estrictamente clínicas y siempre que no suponga un riesgo añadido para la salud del paciente. Asimismo el facultativo debe justificar, en su caso, el requerimiento de acompañante y cuando se trate de tratamientos de larga duración, ha de evaluar periódicamente la necesidad del transporte sanitario.

Por lo que respecta a los destinatarios de esta prestación, el RDCSC se refiere a las personas enfermas o accidentadas cuando reciban asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud, en centros propios o concertados, y que, por imposibilidad física u otras causas exclusivamente clínicas, no puedan utilizar transporte ordinario para desplazarse a un centro sanitario o a su domicilio tras recibir la atención sanitaria correspondiente, en caso

---

<sup>1653</sup> Reproduciéndose lo previsto al respecto en el ámbito farmacéutico, también quedan exentos de aportación los afectados de síndrome tóxico; las personas con discapacidad que sean beneficiarias del sistema especial de prestaciones sociales y económicas, previsto en el artículo 12 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de personas con discapacidad, y aquellas otras personas con discapacidad que igualmente se encuentren en supuestos de exención contemplados en su normativa específica; los perceptores de rentas de integración social; los perceptores de pensiones no contributivas; así como los parados que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo en tanto subsista su situación.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

de que persistan las causas que justifiquen su necesidad. A su vez, pueden ir acompañados cuando la edad o situación clínica del paciente lo requiere.

En concreto, el transporte sanitario, que puede ser marítimo, terrestre<sup>1654</sup>, aéreo<sup>1655</sup>, es ejecutado por el medio más idóneo en razón de la necesidad y oportunidad, en el menor tiempo posible y por la ruta más apropiada para realizar el adecuado traslado. Es decir, el cuadro clínico que presenta el paciente, así como las características del recorrido a realizar, constituyen los criterios que presiden la opción por un medio de transporte u otro.

Ahora bien, conviene matizar que, desde bien pronto, tanto el taxi como el vehículo particular, aun prescrito por facultativo, quedaron descartados del contenido de la prestación. Como recuerda la STSJ de Andalucía, Granada, 428/2012 de 16 febrero, es consolidada jurisprudencia la que entiende por transporte sanitario “el realizado en ambulancias o vehículos especialmente acondicionados (UVIS móviles, etc.) y no en

---

<sup>1654</sup> Los vehículos de transporte sanitario por carretera deben cumplir los requisitos señalados en el Real Decreto 836/2012, de 25 de mayo, por el que se establecen las características técnicas, el equipamiento sanitario y la dotación de personal de los vehículos de transporte sanitario por carretera (modificado por el Real Decreto 22/2014, de 17 de enero), dándose cumplimiento al mandato contenido en el primer apartado del art. 134 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres -desarrollado por Orden PRE/1435/2013, de 23 de julio, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de transporte sanitario por carretera-.

Según preceptúa el art. 2 del Real Decreto de 2012, el transporte sanitario por carretera puede ser realizado por las siguientes categorías de vehículos de transporte sanitario: ambulancias no asistenciales, que no están acondicionadas para la asistencia sanitaria en ruta (incluyéndose en esta categoría las ambulancias de clase A1, o convencionales, destinadas al transporte de pacientes en camilla, así como las ambulancias de clase A2, o de transporte colectivo, acondicionadas para el transporte conjunto de enfermos cuyo traslado no revista carácter de urgencia, ni estén aquejados de enfermedades infecto-contagiosas), ambulancias asistenciales, acondicionadas para permitir asistencia técnico-sanitaria en ruta (quedando comprendidas, a su vez, las ambulancias de clase B, destinadas a proporcionar soporte vital básico y atención sanitaria inicial y las ambulancias de clase C, destinadas a proporcionar soporte vital avanzado).

La realización de actividades de transporte sanitario público o privado complementario por carretera requiere la obtención, para cada vehículo dedicado a la misma, de una autorización administrativa que habilite para su prestación, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 135 y 136 del RDCSC. Según este último precepto, el otorgamiento de las autorizaciones de transporte sanitario requiere de la previa obtención de la pertinente certificación técnico-sanitaria. De modo que cuando la misma sea suspendida, retirada o no renovada en el plazo establecido, se considera automáticamente invalidada la autorización de transporte sanitario, aun cuando dicha invalidez no haya sido formalmente declarada por la Administración. Asimismo, se precisa que las autorizaciones de transporte sanitario deben especificar el tipo de vehículos para el que las mismas se conceden, así como habilitar para la realización del transporte tanto urbano como interurbano en todo el territorio nacional.

<sup>1655</sup> Aviones o helicópteros, presurizados o no, cuya idoneidad viene marcada por factores como la distancia, la accesibilidad o la gravedad. Así, el helicóptero suele emplearse para distancias de 150 a 300 km, mientras que en las superiores, procede normalmente el avión. PÉREZ SALVADOR, P. Y CAMPUZANO FERNÁNDEZ-COLINA, J. A.: *Manual de técnicos de transporte sanitario*, Arán, 2009, pág. 610.

medios ordinarios como son los taxis o los coches particulares, y en su consecuencia la norma sólo contempla como prestaciones (que además ordinariamente es una prestación en especie y no en un reembolso de gastos), el transporte en aquellos vehículos<sup>1656</sup> así como la que considera que “el transporte realizado en taxi no puede considerarse transporte extraordinario y mucho menos sanitario, calificándolo de ordinario”<sup>1657</sup>.

El Anexo VIII dedica una atención específica, en su apartado cuarto, al traslado de pacientes entre Comunidades Autónomas. En particular, cuando una de ellas decide trasladar a un paciente a otra con el fin de prestarle asistencia sanitaria que no es posible facilitar con sus propios medios, ha de proporcionar el transporte sanitario al efecto, tanto para el desplazamiento al centro sanitario, como para el regreso al domicilio “si persisten las causas que justifican la necesidad de esta prestación”<sup>1658</sup>. En caso de utilizarse transporte aéreo o marítimo, es obligación de la Comunidad receptora la asunción del traslado del paciente desde el aeropuerto, helipuerto o puerto hasta el centro sanitario, así como del regreso desde éste hasta el aeropuerto, helipuerto o puerto si persisten las causas que motivan la necesidad de transporte sanitario. En todo caso, tratándose de pacientes que, sometidos a tratamientos periódicos<sup>1659</sup>, se desplazan a otra Comunidad Autónoma durante un periodo de tiempo, es esta Comunidad la que, aplicando los criterios que utiliza para autorizar el uso de transporte sanitario en su ámbito, se hace cargo de facilitar esta prestación para recibir dichos tratamientos a los usuarios que lo requieran por causas estrictamente médicas. Por último, cuando un paciente desplazado transitoriamente a otra Comunidad ha recibido asistencia sanitaria urgente, la de origen del mismo es la que se hace cargo del transporte sanitario que precise por causas estrictamente médicas para su traslado a la Comunidad de origen, bien a su domicilio o a otro centro sanitario.

Lejos de tratarse de una prestación directamente dispensada por el SNS, el transporte sanitario se sustenta en conciertos celebrados entre éste y otras entidades en base a lo

---

<sup>1656</sup> STS de 26 de septiembre de 2001.

<sup>1657</sup> STS de 1 de octubre de 2001.

<sup>1658</sup> Esta última expresión no debería servir para permitir la asunción del coste de tal regreso al domicilio por el patrimonio del paciente. LANTARÓN BARQUÍN, D., *"Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios..."*, pág. 228.

<sup>1659</sup> Tales como diálisis o rehabilitación.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

previsto en el art. 90 LGS<sup>1660</sup>. Se explica así que la actualización revisada de las pertinentes tarifas emerja en un cometido periódicamente obligado. Así pues, en el ámbito de Ceuta y Melilla, único en el que la gestión sigue siendo a cargo del INGESA, se ha de estar a la Resolución de 31 de julio de 2003, del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, sobre revisión de las condiciones económicas aplicables en el año 2003 a la prestación de servicios concertados de transporte sanitario en el ámbito de gestión del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. En el resto, circunscrito al marco autonómico<sup>1661</sup>, las Comunidades son competentes para acometer la contratación, gestión, actualización y resolución de conciertos con las entidades e instituciones en cuestión.

### 8.- PRESTACIÓN DE PRODUCTOS DIETÉTICOS.

El RDOPS incluía en las prestaciones complementarias los denominados tratamientos dietoterapéuticos complejos, haciendo lo mismo respecto de la nutrición enteral en la asistencia hospitalaria. Con la entrada en vigor de la LCC, ambas categorías quedaron aunadas bajo la prestación de productos dietéticos.

Conforme a lo dispuesto en el art. 18 del texto legal y el Anexo VII RDCSC, esta prestación comprende la dispensación de los tratamientos dietoterápicos<sup>1662</sup> a las personas que padezcan determinados trastornos metabólicos congénitos, así como la nutrición enteral domiciliaria<sup>1663</sup> para pacientes a los que no es posible cubrir sus necesidades

---

<sup>1660</sup> En cuyos primeros apartados se establece que las Administraciones públicas sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, pueden establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas. A tales efectos, las distintas Administraciones públicas han de tener en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios. Además, y a los efectos de establecimiento de conciertos, estas Administraciones deben conceder prioridad, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, a los establecimientos, centros y servicios sanitarios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo.

<sup>1661</sup> Por citar el ejemplo más reciente, cabe referirse a Castilla y León y la Resolución de 21 de noviembre de 2011, del Presidente de la gerencia regional de salud, por la que se fijan las tarifas máximas y los porcentajes de revisión de tarifas aplicables en 2011, a la prestación de servicios de transporte sanitario concertado, en el ámbito de la Gerencia regional de salud, en aplicación del artículo 31.2 f) de la Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León.

<sup>1662</sup> Definidos como aquellos que se llevan a cabo con alimentos dietéticos destinados a usos médicos especiales para los usuarios del Sistema Nacional de Salud que padezcan determinados trastornos metabólicos congénitos.

<sup>1663</sup> Según el RDCSC, comprende la administración de fórmulas enterales por vía digestiva, habitualmente mediante sonda (ya sea nasointestinal o de ostomía), con el fin de evitar o corregir la desnutrición de los pacientes atendidos en su domicilio cuyas necesidades nutricionales no pueden ser cubiertas con alimentos

nutricionales con alimentos de uso ordinario a causa de su situación clínica, de forma que si bien tienen un tracto gastrointestinal con suficiente capacidad funcional, son incapaces de ingerir cantidades adecuadas de nutrientes. La Guía descriptiva de la prestación con productos dietéticos del Sistema Nacional de Salud de 2012 explica con claridad que cuando el paciente está hospitalizado, una vez que la enfermedad de base está estabilizada, no es deseable que permanezca ingresado sólo para recibir el tratamiento nutricional. Es por ello que la nutrición enteral domiciliaria “permite al paciente permanecer en su entorno sociofamiliar, con una asistencia más humanizada y con similares garantías de seguridad y eficacia, siempre que se programe adecuadamente el tratamiento y seguimiento del paciente. Todo ello sería aplicable también al paciente que se encuentra en su domicilio, a cargo de una unidad de hospitalización domiciliaria o un equipo de soporte de atención domiciliaria”.

En cuanto a la dinámica de la prestación de productos dietéticos, ésta es facilitada por los servicios de salud o “dará lugar”<sup>1664</sup> a ayudas económicas en los casos y de acuerdo con las normas que reglamentariamente se establezcan por parte de las Administraciones sanitarias competentes. Ahora bien, por razones obvias, no todos los productos dietéticos son financiables con cargo al sistema público sanitario. Antes al contrario, el RDCSC configura como tales aquellos inscritos en el Registro General Sanitario de Alimentos como alimentos dietéticos destinados a usos médicos especiales e incluidos en la oferta (nomenclátor) de productos dietéticos<sup>1665</sup>, excluyéndose al efecto los productos que efectúen publicidad dirigida al público en general. Asimismo, para que los tratamientos con productos dietéticos resulten financiados por el Sistema Nacional de Salud, se requiere, al tiempo, que las necesidades nutricionales del paciente no puedan ser cubiertas con alimentos de consumo ordinario, que la administración de estos productos permita

---

de consumo ordinario. La norma añade, además, que las fórmulas enterales constituyen aquellos alimentos dietéticos destinados a usos médicos especiales constituidos por una mezcla definida de macro y micronutrientes.

<sup>1664</sup> El empleo de la fórmula “dará lugar” despeja las dudas que al respecto pudo crear el art. 108 LGSS’74, el cual aludía a “podrán dar lugar” y, por tanto, incorporaba un sentido más potestativo. En el primer caso, se reconoce un auténtico derecho subjetivo, mientras que el segundo aludiría a la articulación de una ayuda asistencial, con las discrecionalidades frecuentemente aparejadas. Véase OLARTE ENCABO, S. Y ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., op. cit., pág. 353.

<sup>1665</sup> La Oferta comprende el conjunto de todos los alimentos dietéticos para usos médicos especiales financiables por el Sistema Nacional de Salud. Según la referida Guía, en octubre de 2012, tal oferta estaba formada por un total de ochocientos cinco productos (pág. 19).

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

lograr una mejora en la calidad de vida del paciente o una posible recuperación de un proceso que amenace su vida, que la indicación se base en criterios sanitarios y no sociales, que los beneficios superen a los riesgos y que el tratamiento se valore periódicamente<sup>1666</sup>.

Actualmente, es la Orden SPI/2958/2010, de 16 de noviembre, la que establece el procedimiento para la inclusión de los alimentos dietéticos para usos médicos especiales en la oferta de productos dietéticos del Sistema Nacional de Salud y para la aplicación de los importes máximos de financiación. Esta orden tiene por objeto hacer efectivas las previsiones del Real Decreto 1205/2010, de 24 de septiembre y del RDCSC, al establecer el procedimiento para la inclusión de un alimento dietético para usos médicos especiales en la Oferta de productos dietéticos del Sistema Nacional de Salud y para la alteración de las condiciones de oferta, así como para la aplicación de los importes máximos de financiación, además de ampliar las funciones del Comité asesor para la prestación con productos dietéticos. A esta norma reglamentaria encomienda precisamente el RDley 2012, en su Disposición adicional segunda, la fijación de importes máximos de financiación.

Por su parte, el referido Real Decreto 1205/2010, recientemente modificado por la Orden SSI/1329/2014, de 22 de julio, pretende hacer efectivas las previsiones recogidas en el artículo 123 de la Ley 53/2002, al fijar las bases para el establecimiento de importes máximos de financiación para cada tipo de producto facilitado en la prestación con productos dietéticos y los criterios para la inclusión de los alimentos dietéticos para usos médicos especiales en la Oferta del Sistema Nacional de Salud. Por tanto, esta norma fundamentalmente va dirigida a facilitar el acceso a una prestación más racional y eficiente a los pacientes que requieran un alimento dietético para usos médicos especiales, mediante la fijación de criterios para la inclusión de los productos más idóneos para cubrir

---

<sup>1666</sup> En similares términos, el art. 123 de la Ley 53/2002 dispone que para cada producto dietético inscrito en el Registro de alimentos para usos médicos especiales, se decidirá si se incluye, condiciones de inclusión en su caso, o se excluye de las prestaciones con productos dietéticos, teniendo en cuenta criterios generales, objetivos y publicados, que concreta en los siguientes: gravedad, duración y secuelas de las distintas patologías o trastornos metabólicos, utilidad terapéutica del producto dietético, balance riesgo/beneficio del producto, limitación del gasto público destinado a prestaciones con productos dietéticos, existencia de productos dietéticos ya disponibles y otras alternativas mejores o iguales para las mismas patologías o trastornos metabólicos a inferior coste de tratamiento.

sus necesidades nutricionales en la oferta y el establecimiento de importes máximos de financiación. En concreto, la norma recoge en su anexo I los tipos y subtipos de productos susceptibles de financiación por el SNS, en su anexo II los criterios para la asignación de tipo a estos productos y en su anexo III el valor del indicador de referencia para el cálculo de los importes máximos de financiación para cada subtipo.

El RDCSC, modificado en este ámbito el pasado año<sup>1667</sup>, ahonda en las situaciones clínicas capaces de justificar la necesidad de la prestación con productos dietéticos, siempre que concurren simultáneamente los requisitos recién enunciados.

- En primer lugar, la norma especifica los trastornos metabólicos congénitos que pueden ser causa de tratamientos dietoterápicos, refiriéndose a los trastornos del metabolismo de los hidratos de carbono, los trastornos del metabolismo de los aminoácidos y los trastornos del metabolismo de los lípidos.

a) En los trastornos del metabolismo de los hidratos de carbono, quedan englobados la deficiencia primaria de la lactasa intestinal de debut neonatal (deficiencia de la actividad de la lactasa del borde en cepillo del enterocito: fórmulas sin lactosa para lactantes), la deficiencia transitoria de la lactasa intestinal secundaria a atrofia de vellosidades intestinales debida a celiacía (fórmulas sin lactosa para lactantes, mientras persista la deficiencia de la lactasa), los trastornos del metabolismo de la galactosa (galactosemia: deficiencia de la galactoquinasa hepática, deficiencia de la galactosa-1-fosfato-uridiltransferasa hepática y deficiencia de la epimerasa -fórmulas sin lactosa ni galactosa para lactantes-), los trastornos del transporte celular de monosacáridos (deficiencia del transportador de membrana de las piranosas -intolerancia a glucosa y galactosa-: fórmulas con o sin fructosa, sin glucosa, ni galactosa, ni disacáridos y polisacáridos que las contengan), los trastornos del metabolismo del glucógeno (glucogenosis: glucogenosis tipo I. Deficiencia de la glucosa-6-fosfatasa - módulos de dextrinomaltosa de cadena muy larga. Módulos de almidón de maíz modificado rico en amilopectina en pacientes con hipoglucemia grave refractaria al tratamiento con almidón de maíz convencional o

---

<sup>1667</sup> Orden SSI/1329/2014, de 22 de julio, por la que se modifican la cartera común suplementaria de prestación con productos dietéticos y las bases para la inclusión de los alimentos dietéticos para usos médicos especiales en la oferta de productos dietéticos del Sistema Nacional de Salud y para el establecimiento de los importes máximos de financiación.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

intolerancia digestiva demostrada al mismo-, glucogenosis tipo III. Deficiencia de la amilo-1-6-glucosidasa -módulos de dextrinomaltosa de cadena muy larga cuando presentan hipoglucemias. Módulos de almidón de maíz modificado rico en amilopectina en pacientes con hipoglucemia grave refractaria al tratamiento con almidón de maíz convencional o intolerancia digestiva demostrada al mismo- y glucogenosis tipo VI. Deficiencia de la fosforilasa-A y la fosforilasa-B-quinasa -módulos de dextrinomaltosa de cadena muy larga cuando presentan hipoglucemias-), así como los trastornos de la glucosilación de proteínas tipo 1b (deficiencia de la fosfo-manosa-isomerasa -módulos de D-manosa-).

b) En los trastornos del metabolismo de los aminoácidos se incluyen:

· Trastornos del metabolismo de los aminoácidos esenciales: hiperfenilalaninemias<sup>1668</sup>, trastornos del metabolismo de la metionina y aminoácidos sulfurados<sup>1669</sup>, trastornos en el metabolismo de los aminoácidos ramificados<sup>1670</sup> y trastornos del metabolismo de la lisina<sup>1671</sup>.

---

<sup>1668</sup> Fenilcetonuria (deficiencia de la fenilalanina-hidroxilasa-fórmulas exentas de fenilalanina, especialmente en mujeres embarazadas-), hiperfenilalaninemia benigna (deficiencia parcial de la fenilalanina-hidroxilasa), primapterinuria (deficiencia de la carbinolamina-deshidratasa -fórmulas exentas de fenilalanina para toda la vida, especialmente en mujeres embarazadas-), deficiencia de la dihidro-biopterin-reductasa (fórmulas exentas de fenilalanina, especialmente en mujeres embarazadas).

<sup>1669</sup> Homocistinuria (deficiencia de la cistationina- $\beta$ -sintetasa -fórmulas exentas de metionina-), alteraciones en la 5-tetrahidrofolato-transferasa o trastornos del metabolismo de la cobalamina (todos con aciduria metilmalónica), cistationinuria (varias alteraciones: si la cistationinuria o cistationinemia es secundaria a deficiencia de  $\gamma$ -cistationinasa, pueden precisar fórmulas exentas de metionina. Si hay desnutrición o aumento de las necesidades de energía, módulos de dextrinomaltosa y módulos de triglicéridos de cadena larga o media).

<sup>1670</sup> Jarabe de Arce (deficiencia de la  $\alpha$ -ceto-descarboxilasa -fórmulas exentas de leucina, isoleucina y valina. Si hay desnutrición o aumento de las necesidades de energía, módulos de dextrinomaltosa y módulos de triglicéridos de cadena larga o media. En los casos con niveles plasmáticos de isoleucina y/o valina en rango limitante o clínica compatible, módulos de L-isoleucina y/o L-valina-), acidemias orgánicas del metabolismo de la leucina (varios defectos enzimáticos -acidemia isovalérica, acidemia metilcrotónica, acidemia 3-hidroxi-metil-glutárica y Fórmulas exentas de leucina. módulos de glicina en la acidemia isovalérica. Si hay desnutrición o aumento de las necesidades de energía, módulos de dextrinomaltosa y módulos de triglicéridos de cadena larga o media-) y acidemias orgánicas del metabolismo de la isoleucina y la valina (acidemia propiónica: deficiencia de la propionil-CoA-carboxilasa -fórmulas exentas de isoleucina, valina, metionina y treonina. Si hay desnutrición o aumento de las necesidades de energía, módulos de L-alanina, módulos de dextrinomaltosa y módulos de triglicéridos de cadena larga o media. En los casos con niveles plasmáticos de isoleucina en rango limitante o clínica compatible, módulos de L-isoleucina. Acidemia metilmalónica: deficiencia de la metilmalonil-CoA-mutasa: fórmulas exentas de isoleucina, valina, metionina y treonina. Si hay desnutrición o aumento de las necesidades de energía, módulos de L-alanina, módulos de dextrinomaltosa y módulos de triglicéridos de cadena larga o media. En los casos con niveles plasmáticos de isoleucina en rango limitante o clínica compatible, módulos de L-isoleucina.

· Trastornos del metabolismo de los aminoácidos no esenciales: trastornos del metabolismo de la tirosina<sup>1672</sup>, trastornos del metabolismo de la ornitina (hiperornitinemias)<sup>1673</sup>, trastornos del metabolismo de la serina (módulos de L-serina y de glicina).

· Trastornos del ciclo de la urea: deficiencias de la N-acetil-glutamato-sintetasa (módulos de L-arginina y L-citrulina), carbamil-P-sintetasa (módulos de L-arginina y L-citrulina), ornitín-transcarbamilasa (módulos de L-arginina y L-citrulina), argininosuccinil-liasa (módulos de L-arginina), argininosuccinil-sintetasa (módulos de L-arginina) y arginasa.

c) Dentro de los trastornos del metabolismo de los lípidos son objeto de inclusión:

· Trastornos del metabolismo de los ácidos grasos de cadena larga y/o muy larga: trastornos en la absorción intestinal de ácidos grasos de cadena larga y/o muy larga (linfangiectasia intestinal, enfermedad de Swaschman, A-β-lipoproteinemia e hipo-β-lipoproteinemia y citopatías mitocondriales con alteración de función pancreática), defectos de la hidrólisis intravascular de triglicéridos de cadena larga y/o muy larga

---

Hiperкетosis: Deficiencia de la β-cetotiolasa: Fórmulas exentas de isoleucina. Si hay desnutrición o aumento de las necesidades de energía, módulos de dextrinomaltosa y módulos de triglicéridos de cadena larga o media. En los casos con niveles plasmáticos de isoleucina en rango limitante o clínica compatible, módulos de L-isoleucina).

<sup>1671</sup> Aciduria glutárica tipo I (deficiencia de la glutaril-CoA-deshidrogenasa: fórmulas exentas de lisina y de bajo contenido en triptófano. Si hay desnutrición o aumento de las necesidades de energía, módulos de dextrinomaltosa y módulos de triglicéridos de cadena larga o media. En los casos con niveles plasmáticos de triptófano en rango limitante o clínica compatible, módulos de L-triptófano), hiperlisinemia (deficiencia de la proteína bifuncional 2-aminoadípico-semialdehído-sintasa con aumento de lisina en sangre y en orina: fórmulas exentas de lisina. Si hay desnutrición o aumento de las necesidades de energía, módulos de dextrinomaltosa y de triglicéridos de cadena larga y/o media. En caso de hiperamonemia, módulos de L-citrulina. Si no hay mejora neurológica y bioquímica en dos años, se suspenderá el tratamiento), intolerancia hereditaria a la lisina (trastorno del transportador de aminoácidos dibásicos -lisina, arginina, ornitina y cistina-: módulos de L-citrulina. Si hay desnutrición o aumento de las necesidades de energía, módulos de dextrinomaltosa y de triglicéridos de cadena larga y/o media).

<sup>1672</sup> Tirosinemia II (deficiencia de la tirosin-aminotransferasa -fórmulas exentas de tirosina y fenilalanina-), hawkinsinuria (deficiencia de la dioxigenasa -Fórmulas exentas de tirosina y fenilalanina-), y tirosinemia I (Deficiencia de la fumaril-acetoacetasa -Fórmulas exentas de tirosina y fenilalanina, hasta trasplante hepático-).

<sup>1673</sup> Síndrome HHH (deficiencia del transporte de la ornitina mitocondrial -fórmulas con aminoácidos esenciales. Módulos de L-arginina o L-citrulina y L-ornitina-), atrofia girata (deficiencia de la ornitín-transaminasa -fórmulas con aminoácidos esenciales exentas de arginina. Módulos de L-prolina-) y Trastornos del metabolismo de la serina: Módulos de L-serina y de glicina



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

(hiperlipoproteinemia I de Friedrickson -deficiencia de la lipoprotein-lipasa endotelial y deficiencia de APO C II), deficiencias en la  $\beta$ -oxidación mitocondrial de los ácidos grasos de cadena larga y/o muy larga (defectos del transportador de la carnitina, deficiencia de la carnitin-palmitoil-transferasa –CPT- I y II, deficiencia de la carnitin-acil-carnitin-translocasa, deficiencia de la acil-CoA-deshidrogenasa de ácidos grasos de cadena larga y/o muy larga y deficiencia de la 3-hidroxi-acil-CoA-deshidrogenasa de ácidos grasos de cadena larga y/o muy larga, incluyendo la deficiencia de la enzima trifuncional).

- Trastornos del metabolismo de los ácidos grasos de cadena media y/o corta: deficiencia de la acil-CoA-deshidrogenasa de ácidos grasos de cadena media, deficiencia de la acil-CoA-deshidrogenasa de ácidos grasos de cadena corta y deficiencia de la 3-hidroxi-acil-deshidrogenasa de ácidos grasos de cadena corta.

- Trastornos del metabolismo de los ácidos grasos de cadena muy larga, larga, media y corta: deficiencia del complejo electrotransfer-flavoproteína (ETFQoDH), deficiencia del complejo II de la cadena respiratoria mitocondrial, aciduria glutárica tipo II, en la que se afecta la  $\beta$ -oxidación mitocondrial de cualquier ácido graso de diferentes longitudes de cadena (muy larga, larga, media y corta).

- Defectos de la síntesis del colesterol: síndrome de Smith-Lemli-Opitz (módulos de colesterol).

- En segundo lugar, el RDCSC encuentra justificada la nutrición enteral domiciliaria para aquellos pacientes que presentan alteraciones mecánicas de la deglución o del tránsito, que cursan con afagia y disfagia severa y precisan sonda<sup>1674</sup>, aquellos con trastornos neuromotores que impiden la deglución o el tránsito y necesitan sonda, aquellos con requerimientos especiales de energía o nutrientes, así como los que se encuentran en situaciones clínicas cuando cursan con desnutrición severa. La norma precisa, a su vez, que en el caso de pacientes con disfagia neurológica o excepcionalmente motora, con posibilidad de ingerir alimentos sólidos sin riesgo de aspiración, pero que sufren aspiración o riesgo de aspiración para alimentos líquidos cuando éstos no pueden ser

---

<sup>1674</sup> Excepcionalmente, en casos de disfagia severa y si la sonda está contraindicada, puede utilizarse nutrición enteral sin sonda, previo informe justificativo del facultativo responsable de la indicación del tratamiento.

espesados con alternativas de consumo ordinario, se les pueden indicar módulos espesantes, con el fin de tratar de evitar o retrasar el empleo de sonda o gastrostomía.

a) Las alteraciones mecánicas de la deglución o del tránsito, que cursan con afagia o disfagia severa y precisan sonda engloban los tumores de cabeza y cuello, los tumores de aparato digestivo (esófago, estómago), la cirugía otorrinolaringológica (ORL) y maxilofacial y estenosis esofágica no tumoral. En todo caso, siempre que exista disfagia severa y la sonda se halle contraindicada, puede utilizarse nutrición enteral sin sonda, previo informe justificativo del facultativo responsable de la indicación del tratamiento.

b) Entre los trastornos neuromotores que impiden la deglución o el tránsito y que precisan sonda se hallan comprendidas las enfermedades neurológicas que cursan con afagia o disfagia severa<sup>1675</sup>, los accidentes cerebrovasculares, los tumores cerebrales, la parálisis cerebral, el coma neurológico y los trastornos severos de la motilidad intestinal (pseudoobstrucción intestinal y gastroparesia diabética).

c) Los requerimientos especiales de energía y/o nutrientes incluyen los síndromes de malabsorción severa<sup>1676</sup>, las enfermedades neurológicas subsidiarias de ser tratadas con dietas cetogénicas<sup>1677</sup>, la alergia o intolerancia diagnosticada a las proteínas de leche de vaca en lactantes, con el límite cronológico de hasta los dos años si existe compromiso nutricional<sup>1678</sup>, los pacientes desnutridos que van a ser sometidos a cirugía mayor programada o trasplantes, los pacientes con encefalopatía hepática crónica con intolerancia a las proteínas de la dieta y los pacientes con adrenoleucodistrofia ligada al cromosoma X, neurológicamente asintomáticos.

---

<sup>1675</sup> Esclerosis múltiple, esclerosis lateral amiotrófica, síndromes miasteniiformes, síndrome de Guillain-Barré, secuelas de enfermedades infecciosas o traumáticas del sistema nervioso central, retraso mental severo y procesos degenerativos severos del sistema nervioso central.

<sup>1676</sup> Síndrome de intestino corto severo, diarrea intratable de origen autoinmune, linfoma, esteatorrea posgastrectomía, carcinoma de páncreas, resección amplia pancreática, insuficiencia vascular mesentérica, amiloidosis, esclerodermia y enteritis eosinofílica.

<sup>1677</sup> Epilepsia refractaria en niños (De modo excepcional, en adultos con epilepsia refractaria que precisen alimentación por sonda -gastrointestinal u ostomía- y que a criterio del especialista puedan beneficiarse de una dieta cetogénica, por un periodo máximo de dos años), deficiencia del transportador tipo I de la glucosa y deficiencia del complejo de la piruvato-deshidrogenasa.

<sup>1678</sup> Esta restricción cronológica es exclusiva de este supuesto, sin que pueda extenderse a otros. Véase al respecto, STS 885/2014, de 17 de febrero.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

d) En las situaciones clínicas cuando cursan con desnutrición severa se encuadran la enfermedad inflamatoria intestinal (colitis ulcerosa y enfermedad de Crohn), la caquexia cancerosa por enteritis crónica por tratamiento quimio y/o radioterápico, la patología médica infecciosa que comporta malabsorción severa (SIDA), la fibrosis quística, las fistulas enterocutáneas de bajo débito y la insuficiencia renal infantil que compromete el crecimiento del paciente.

Según la concreta categoría de prestación con productos dietéticos, esto es, según se trate de tratamientos dietoterapéuticos o de nutrición enteral domiciliaria, el procedimiento de indicación varía. Y es que, mientras en el primer caso se lleva a término por médicos especialistas de unidades hospitalarias, expresamente autorizadas para este fin por los servicios de salud de las Comunidades Autónomas, en el segundo, la indicación corresponde a los facultativos especialistas adscritos a la unidad de nutrición de los hospitales o a los que determinen los servicios de salud de las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos de gestión y competencias, de acuerdo con los protocolos que establezcan al efecto. Ahora bien, para la indicación de la prestación en uno y otro caso, los facultativos especialistas deben corroborar no sólo que el paciente presenta las patologías y se encuentra en las situaciones clínicas que establece la normativa vigente, de modo que no puedan alimentarse total o parcialmente con alimentos de consumo ordinario, sino además que el producto en cuestión figura incluido en la Oferta de productos dietéticos del Sistema Nacional de Salud.

Por su parte, el procedimiento para proporcionar los tratamientos dietoterápicos y la nutrición enteral domiciliaria, incluido el material fungible preciso para su administración, es establecido por las Administraciones sanitarias con competencias en la gestión de esta prestación. En la mayoría de los casos se dispensa a través de las oficinas de farmacia, por indicación de especialista y con autorización de la prescripción mediante visado o autorización de la inspección sanitaria, mientras que en algunos otros se facilita directamente a través de los centros sanitarios. Según se indica en la Guía de 2012, el gestor del visado o autorización de estos tratamientos debe velar para que esta prestación se proporcione a los usuarios del SNS con una patología subsidiaria de financiación y una determinada situación clínica, en la cantidad y forma adecuada y durante el tiempo necesario. Para facilitar la labor del gestor de visado, la indicación del tratamiento ha de ir acompañada de la información que recoge el “informe tipo justificativo de la

indicación”<sup>1679</sup> ya se trate de nutrición enteral domiciliaria o de tratamientos dietoterápicos en trastornos metabólicos congénitos. En el caso de la nutrición enteral domiciliaria compete al gestor del visado, además, tanto la comprobación de que la vía de administración para la que se prescribe el producto es la que corresponde, es decir, que la administración es por sonda, salvo que se trate de los casos excepcionales de administración oral que la norma contempla, en cuyo caso debe venir justificado adecuadamente en el informe, como que la indicación corresponde a una alimentación completa, de forma que el paciente la tome como única fuente de alimentación, salvo en los casos con requerimientos especiales de energía y nutrientes que se podrán indicar módulos o complementos.

Tras el RDley 2012 y la reordenación que acomete del sistema prestacional sanitario, la prestación con productos dietéticos queda incluida en la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud. Pues bien, el art.8.ter.4 LCC encomienda al respecto la aprobación “por orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, a propuesta de la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación, los coeficientes de corrección a aplicar para determinar el precio final al que se realiza la facturación definitiva a los servicios autonómicos de salud por parte de los proveedores de estos productos”. El mandato fue materializado en la Orden SSI/2366/2012, de 30 de octubre, por la que se establece el factor común de facturación de la prestación con productos dietéticos, la cual determina los coeficientes de corrección a aplicar para determinar el precio final al que se financian los productos dietéticos. Así, a partir del precio de oferta de cada producto incluido en la Oferta de productos dietéticos del SNS, se calcula el importe de facturación, que es la cantidad a la que se abonan dichos productos cuando son facturados por las oficinas de farmacia. Al precio de oferta según los tramos previstos en la norma, se le aplican los coeficientes de corrección que establece, a partir de los cuales, añadiéndoles el IVA vigente en cada momento, se obtiene el factor de facturación que permite calcular a su vez el precio final del producto. El objetivo de esta unificación del

---

<sup>1679</sup> Información que ha de abarcar la identificación del paciente y del facultativo que indica el tratamiento, el diagnóstico (patología que justifica la indicación), los datos de los productos indicados (tipo de fórmula prescrita, datos identificativos del producto y pauta terapéutica), así como los datos de seguimiento del paciente.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

coeficiente de corrección a aplicar para calcular el importe financiación no es otro que el determinar unos importes de facturación de los productos similares en todo el conjunto del SNS. Y es que, hasta la entrada en vigor de dicha norma, al no contar con un factor de facturación común, el precio final de los productos resultaban diferentes entre los Servicios autonómicos de salud.

En la actualidad, se está tramitando el Proyecto de orden ministerial por la que se modifica la Orden de 2012, con el fin de desglosar el valor de los coeficientes de corrección en base a los que determinar el valor del factor común de facturación y así clarificar el margen fijado a la distribución y el correspondiente a la oficina de farmacia cuando estos productos se dispensan con cargo relativo al SNS, cuestión que dejaba sin resolver la norma que pretende modificar.

### **9.- EL “SUBSISTEMA” DE PRESTACIONES FARMACÉUTICAS.**

#### **9.1.- La autonomía normativa de las prestaciones farmacéuticas y su justificación político-jurídica.**

Las peculiares características que reviste la prestación farmacéutica explican que, pese a hallarse relacionada estrechamente con las restantes incluidas en el ámbito objetivo de cobertura de la asistencia sanitaria, goce de una autonomía normativa que la hace acreedora de un marco regulador propio. De ahí que se aluda, en relación con el farmacéutico, a un auténtico subsistema integrado en el general sanitario. Ciertamente, y según se tendrá ocasión de verificar a lo largo del presente epígrafe, opera con una lógica particular y, en concreto, la racionalización del gasto o de nuevo “la tan traída razón económica”<sup>1680</sup>, si bien inspira la configuración de todas las prestaciones, es en la farmacéutica en la que adquiere la forma de imperativo continua y expresamente establecido en el plano legal.

Por tanto, aunque plenamente integrada en el catálogo prestacional de la acción protectora de la Seguridad Social, tal y como se colige de lo dispuesto en la LCC y el

---

<sup>1680</sup> Véase LANTARÓN BARQUÍN, D., "*Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...*", págs. 154-156.

RDCSC, lo cierto es que la regulación de los múltiples elementos que propiamente incorpora la realidad farmacéutica se contiene en una serie de normas específicas. No en vano, tanto el art. 16 LCC<sup>1681</sup> como el Anexo V RDCSC establecen sendas remisiones a la normativa que resulta de particular aplicación a este respecto, y que con carácter estructural representa la LGRUM, sin perjuicio de ciertas alusiones al contenido, indicación, prescripción y dispensación, así como a la participación económica de los usuarios por parte del mencionado Anexo del RDCSC<sup>1682</sup>.

Ha sido el principio de uso racional<sup>1683</sup> el que ha presidido la evolución desde un momento originario, cuando en una vasta prestación farmacéutica tenía cabida la práctica totalidad de los medicamentos (en base a la validación normativa de la libre prescripción) hasta el presente, en que el contenido prestacional en cuestión se halla sujeto a rígidas restricciones de inclusión y de financiación.

La regulación de la prestación farmacéutica tiene su origen, como ocurre igualmente con todos los demás ámbitos de la asistencia sanitaria, en la legislación de Seguridad Social. En concreto, los arts. 105 a 107 LGSS'74<sup>1684</sup> constituían la triada rectora en la materia. Capital importancia revestía al efecto el art. 106, que asentó la libertad de prescripción<sup>1685</sup>, estipulando que “los facultativos encargados de los servicios sanitarios de este Régimen General podrán prescribir libremente las fórmulas magistrales y las especialidades farmacéuticas reconocidas por la legislación sanitaria vigente que sean convenientes para la recuperación de la salud de sus pacientes”. Desde entonces, el panorama regulador ha cambiado mucho y no sólo porque de nuevo en este marco se va a asistir a un desplazamiento de la normativa de Seguridad Social por la que se ha dado en

---

<sup>1681</sup> Señala el precepto que esta prestación “se regirá por lo dispuesto en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, y por la normativa en materia de productos sanitarios y demás disposiciones aplicables”. Remisión que ha de entenderse hoy hecha a la LGURM, que vino a derogar y sustituir a aquélla.

<sup>1682</sup> Como se ha señalado, si bien respeta la autonomía reguladora de la prestación por parte de la LGURM, lo cierto es que el RDCSC “no se resiste a su propio ánimo codificador de fortalecimiento de la seguridad jurídica” a través de una concisa referencia a la misma. LANTARÓN BARQUÍN, D., *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...*, págs. 165 y 166.

<sup>1683</sup> Señala el número 2 del Anexo V del RDCSC que “la prestación farmacéutica se ha de proporcionar de acuerdo con criterios que promuevan el uso racional de los medicamentos”.

<sup>1684</sup> Todavía vigentes, aunque han de entenderse superados.

<sup>1685</sup> Si bien tal libertad había de estar compadecida con el “deber deontológico del médico, como profesional cuyas actuaciones implican gastos que soportan otros, de atenerse a la economía más estricta compatible con la eficacia del tratamiento”. ALONSO OLEA, M., op. cit., pág. 110.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

denominar “sanitaria” (de la mano con carácter principal de la LGURM y la LCC), sino porque precisamente en ella rige como principio capital la racionalización en el uso del medicamento. Principio cuya instauración dio origen (o al menos, intentó) a una concienciación de la importancia de medir la eficacia de los medicamentos sin prescindir del determinante factor de su coste.

Desde 1990, con la anterior Ley del Medicamento, se emprendió una normación específica en materia farmacéutica que hoy ejerce la LGURM. La primera constituyó el texto legal responsable de la introducción del principio de uso racional del medicamento, plenamente asentado ya en el segundo desde su propio título, lo que evidencia que la política farmacéutica incorpora como constante patrón de guía la concordancia en la medida de lo posible entre la atención a la salud y los recursos disponibles, en clara demarcación del contenido de la prestación farmacéutica sobre la base de las exigencias económicas imperantes. Desde luego, la Ley 29/2006, que dedica todo un Título VI a la cuestión tiene mucho que decir y así se demuestra desde su entrada en vigor. Y es que el control del gasto en este ámbito es mucho más que una práctica aconsejable y precavida de cara a un futuro, pues con los datos existentes y que alarman sobre el aumento constante de la demanda de medicamentos, el uso racional en que aquél se subsume materializa la garantía de la universalidad que acompaña sustantivamente la prestación farmacéutica.

Esta regulación normativa aborda, con aspiración integral, la larga cadena de etapas que atraviesan los medicamentos y que pasan por su producción, comercialización, prescripción, dispensación y adquisición por parte de los pacientes. En cualquier caso y, en aras de diferenciar el marco de la investigación, dada la amplitud que, según se advierte, acoge toda aproximación al ámbito farmacéutico, conviene diferenciar, como lo hace VIDA FERNÁNDEZ<sup>1686</sup>, entre aquella dimensión en la que se encajan las medidas tendentes a garantizar la seguridad y calidad de los medicamentos y, por tanto, más apegadas a la vertiente colectiva de la salud (salud pública en sentido estricto) y aquella

---

<sup>1686</sup> Aunque, como advierte el autor, hoy gozan ambas dimensiones de un tratamiento jurídico unificado tanto en sede constitucional como legal. VIDA FERNÁNDEZ, J.: “El régimen de las prestaciones farmacéuticas”, en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008, págs. 502 y 503.

otra prestacional en la que se encuadran las medidas relativas al acceso a los medicamentos por la población en aras de conservar, mejorar o recuperar la salud, en lo que es reflejo de la vertiente individual de la misma. Por razones obvias, el presente trabajo se centra en esta última dimensión, sin perjuicio de que en ocasiones haya que acudir a la primera mediante someras referencias. Ya se justificó en el anterior capítulo cómo la protección de la salud merece ser acogida desde una concepción global, sin que se pueda renunciar tan ligeramente a uno de sus enfoques.

Una vez sentado que las singularidades de la prestación farmacéutica bien justifican su regulación autónoma y diferenciada del tronco común de las demás prestaciones, procede seguidamente adentrarse en ellas y evaluar sus variadas implicaciones.

En primer lugar, los medicamentos objeto de la prestación cumplen, por razones obvias, un papel esencial en el cometido general de la protección de la salud y hacen del farmacéutico un ámbito de actuación en el que el intervencionismo público, justificado precisamente en su finalidad sanitaria<sup>1687</sup>, constituye una característica esencial. Pero no es sólo su incidencia en la salud, sino también el decisivo impacto que el gasto propio de este campo tiene en el total del sistema sanitario<sup>1688</sup>, el que coadyuva en una intensa intervención administrativa, la cual se proyecta en la inclusión y exclusión de los medicamentos en el Nomenclátor oficial, así como en la determinación de su precio. En efecto, es en este ámbito en el que se advierte la más agitada actividad pública a la que se refiere el art. 43 CE. Asimismo, esta intervención, al igual que la normativa correspondiente, se halla presidida por el bloque de principios que conforman la seguridad (de forma que no se produzca perjuicio alguno derivado de su uso), la eficacia (a través de controles que materializan ensayos clínicos), así como el uso racional del medicamento (y su propósito hoy capital de contención del gasto sanitario)<sup>1689</sup>.

---

<sup>1687</sup> El Tribunal Supremo señaló que las especialidades farmacéuticas para uso humano, lejos de constituir un “mero producto comercial sujeto al juego de la oferta y la demanda”, se hallan singularizadas por “su significado sanitario”, en el que radica la legitimación de la intervención pública al respecto. STS de 5 de noviembre de 1999.

<sup>1688</sup> Véanse las cifras reveladoras contenidas en la pág. 45 del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Sistema Nacional de Salud. España 2012, Madrid, 2012. Disponible en: [www.msssi.gob.es](http://www.msssi.gob.es).

<sup>1689</sup> GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “*Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria...*”, pág. 77.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

La farmacéutica constituye, además, una prestación plenamente incidida por la dimensión comunitaria a través de abundantes directivas armonizadoras. Lo cierto es que el farmacéutico constituye un sector estratégico dentro de la Unión Europea, no sólo por razón de salud pública, sino también por su compromiso con políticas que aspiran a articular un marco que le sea favorable a través del papel determinante que a este respecto cumplen la innovación y distribución farmacéutica en el crecimiento económico y el empleo<sup>1690</sup>. No en vano, una de las últimas reformas de la LGURM viene de la mano de la Ley 10/2013, de 24 de julio, la cual acomete la necesaria trasposición al ordenamiento jurídico español de las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal.

La prestación farmacéutica se halla inmersa en una ordenación normativa administrativa que, con el objeto de dar cumplimiento al mandato contenido en el art. 43 CE, trata de conciliar la interacción de agentes en un cuadro de actuación nada fácil de demarcar. La producción de medicamentos, su distribución, su prescripción, su dispensación y el acceso a los mismos implican a muy diferentes sujetos (laboratorios farmacéuticos, almacenistas, mayoristas, médicos que prescriben, farmacéuticos que proveen y pacientes que adquieren), de modo que el intervencionismo público y la regulación pormenorizada que de cada aspecto se lleva a cabo aspira a favorecer el necesario ajuste entre la tutela de la salud pública y la intervención de agentes socio-económicos distintos, tales como las industrias farmacéuticas y las oficinas de farmacia, cada uno con sus propios intereses<sup>1691</sup>. En este sentido, y como rasgo distintivo de la prestación farmacéutica respecto de las demás que componen el conjunto asistencial sanitario, aquella no se dispensa exclusivamente en las instalaciones del SNS, sino que se

---

<sup>1690</sup> Véase LÓPEZ RODRÍGUEZ, C. J.: “Patentes y prácticas anticompetitivas: a propósito del Informe final de la Comisión Europea sobre la competencia en el sector farmacéutico”, en AA. VV.: *Estudios sobre Derecho de la Salud*, TOMILLO URBINA, J. Y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 453-467.

<sup>1691</sup> A menudo, estos intereses se traducen en propósitos enfrentados. De un lado, los laboratorios farmacéuticos asumen elevados costes de innovación a fin de fabricar y comercializar medicamentos eficaces que los rentabilicen, de otro, el sector público trata de contener el gasto sanitario y poner la nota racionalizadora. En medio queda el paciente beneficiario, que aspira a un acceso a la prestación farmacéutica en ejercicio del derecho del que es titular.

inscriben en el mercado de los medicamentos en el que intervienen actores privados, de ahí que la condición competitiva que mueve ineludiblemente tal contexto requiera de la intervención pública, uno de cuyos principales marcos de actuación viene representado, según se verá más adelante, en el precio de los medicamentos. Recuérdese, a este respecto, que la custodia, conservación y dispensación de medicamentos corresponde tanto a las oficinas de farmacia legalmente autorizadas<sup>1692</sup> como a los servicios de farmacia de los hospitales, de los Centros de Salud y de las estructuras de Atención Primaria del Sistema Nacional de Salud para su aplicación dentro de dichas instituciones o para los que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinario de atención a la salud<sup>1693</sup>.

El gasto farmacéutico tiene un peso decisivo en el gasto sanitario total, de modo que es éste el ámbito en el que la presión de dicho gasto se manifiesta con mayor evidencia<sup>1694</sup>. No en vano, la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud supone alrededor del 25 por 100 del gasto sanitario público en España<sup>1695</sup>. Las políticas de contenición del gasto sanitario tienen en el farmacéutico un particular campo de batalla. Es precisamente la lucha por el control de este gasto la que ha llevado aparejada una prolongada sucesión de disposiciones normativas, en lo que se ha considerado una auténtica “marea de reformas, ajustes, medidas correctoras, medidas urgentes o, más claramente, recortes de la protección social derivados de la omnipresente reducción del déficit público”<sup>1696</sup>. Así, y teniendo en cuenta que en 2009 el PIB disminuyó un 3,6 por ciento mientras el gasto farmacéutico crecía en un 4,47 por ciento<sup>1697</sup>, ha sido particularmente intenso desde ese año el proceso de reformas, un proceso que llega hasta nuestros días. Valga reseñar que en los últimos años han visto la luz el Real Decreto-ley 4/2010, de 26 de marzo, de racionalización del gasto farmacéutico con cargo al Sistema Nacional de Salud; el 8/2010,

---

<sup>1692</sup> Art. 1.1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia.

<sup>1693</sup> Art. 103.1 LGS.

<sup>1694</sup> Hasta el punto de que es la pretendida reducción de este gasto la que emerge en principal motivo legitimador de la reforma de 2012.

<sup>1695</sup> DOPICO PLAZAS, J. L.: “La prestación farmacéutica en el ámbito del Sistema Nacional de Salud. Cambios normativos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 26, 2011, pág. 119.

<sup>1696</sup> BLASCO LAHOZ, J. F.: “La prestación farmacéutica y la nueva cartera común de servicios”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 3, 2013.

<sup>1697</sup> DOPICO PLAZAS, J. L., loc. cit, pág. 120.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; el 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011; así como el 16/2012, de 20 de abril, introduciendo modificaciones fundamentalmente, aunque no exclusivamente, en la fijación del precio de los medicamentos. Este Real Decreto-ley ha sido la última norma en protagonizar una amplia reforma de la prestación farmacéutica<sup>1698</sup>. Y se califica de amplia porque, en efecto, abarca una gran cantidad de aspectos que reflejan en buena medida la ambición con que la norma modificadora introduce las medidas, teóricamente, no se olvide, de extraordinaria y urgente necesidad, según el clásico presupuesto de los Reales Decretos-leyes. Así, por citar sólo algunos, se revisa la prescripción de medicamentos y productos sanitarios, su financiación pública, con especial incidencia en la fijación de precios y en el Sistema de precios de referencia y aportación de los usuarios y sus beneficiarios, al tiempo que se incorporan sistemas de información para apoyo a la prescripción y sistemas de precios seleccionados.

A la luz de lo recién expuesto, no parece exagerado afirmar que la ordenación de la prestación farmacéutica se muestra cuando menos turbulenta. En este sentido, cualquier repaso a la LGRUM implica de suyo la verificación de incesantes reformas, e incluso de recursos de inconstitucionalidad, gran parte de los cuales aparecen centrados en la última operada por el RDley 2012.

La brevedad del período intermedio (que en uno de los casos no llega a alcanzar ni siquiera los dos meses de diferencia) entre unas y otras reformas bien refleja la falta de resultados o, al menos, de aquellos pronosticados tras la entrada en vigor de las normas que las viabilizan. Se asiste, en este contexto, a una política del Derecho que, lejos de obedecer a un patrón común, ordenado y organizado, actúa a golpe de Reales Decretos-

---

<sup>1698</sup> El Capítulo IV de la norma, bajo la rúbrica “Medidas sobre la prestación farmacéutica”, introduce importantes modificaciones en la LGURM y en el Real Decreto 823/2008, de 16 de mayo, por el que se establecen los márgenes, deducciones y descuentos correspondientes a la distribución y dispensación de medicamentos de uso humano. A su vez, incorpora importantes medidas relativas a la atención farmacéutica en los hospitales, en los centros de asistencia social y en los centros psiquiátricos, así como en la manipulación y adecuación de preparaciones de medicamentos.

leyes por los que se va regulando o, mejor dicho, “parcheando” una materia tan sensible y necesitada de racionalidad como la farmacéutica.

Sin duda la faceta económica concretada en la reducción de la elevada factura farmacéutica ha constituido el principal elemento empleado en la justificación de la oportunidad del RDley 2012. Sin embargo, también se advierte otro en la lectura de su Introducción. Y es que se habían evidenciado no escasas divergencias entre los entes autonómicos<sup>1699</sup>, como consecuencia del ejercicio de sus respectivas competencias, procediéndose a unas inclusiones y exclusiones farmacéuticas diferenciadas, que ponían en jaque la equidad que debe presidir la articulación del sistema y que se habían denunciado en varias ocasiones<sup>1700</sup>. Fue el caso del Real Decreto 1663/1998, de 24 de julio, que procedió a excluir determinados medicamentos de la financiación pública, los cuales a su vez fueron incluidos por las Comunidades Autónomas con cargo a sus propios fondos (Decreto andaluz 159/1998, de 28 de julio y Decreto foral 258/1998, de 1 de septiembre). En este sentido, conviene precisar que, aunque el juego competencial Estado-Comunidades Autónomas parece pacíficamente definido en la teoría, la práctica arroja no escasos conflictos que se siguen arrastrando hasta nuestros días. Buena prueba de ello es el suscitado en relación con la Comunidad gallega y la andaluza, y que será objeto de atención en páginas siguientes.

## 9.2.- Contenido de la prestación: inclusiones y exclusiones.

Según la definición que facilita el art. 16 LCC, la prestación farmacéutica incluye tanto los medicamentos y productos sanitarios como el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, *durante el período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad*, matización esta última que ha sido interpretada como una primera llamada a la racionalización del uso de los

---

<sup>1699</sup> Recuérdese, según se vio en la segunda Parte temática del presente trabajo de investigación, que el Estado goza de competencia exclusiva en la legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE), de forma que compete a las Comunidades Autónomas tanto el desarrollo como la ejecución al respecto.

<sup>1700</sup> Véase MOLINA HERMOSILLA, O., VILLAR CAÑADA, I. Y GÓMEZ JIMÉNEZ, J. M., op. cit., pág. 1235.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

productos farmacéuticos<sup>1701</sup>. Según se advierte, el precepto legal trata de incorporar la prestación en la lógica del uso racional, de forma que la adecuación del tratamiento aparece enlazada a las necesidades del paciente sin abandonar la vertiente relativa al coste. Al prescriptor le compete, por tanto, una misión de responsabilidad capital y en la que no goza de plena libertad de decisión, pues en esta última van a operar determinantes criterios orientados a la promoción de un uso racional de los medicamentos. Y se les califica de determinantes porque, en efecto, de los mismos se hace depender que futuras generaciones puedan optar a una asistencia sanitaria igualmente de calidad.

La LGURM únicamente considera medicamentos los enumerados en el art. 7, en concreto, los medicamentos de uso humano<sup>1702</sup> y de uso veterinario<sup>1703</sup> elaborados industrialmente o en cuya fabricación intervenga un proceso industrial, las fórmulas magistrales<sup>1704</sup>, los preparados oficinales<sup>1705</sup>, así como los medicamentos especiales previstos en la Ley. En todo caso, gozan del tratamiento legal de medicamentos a efectos de la aplicación del texto legal aludido y de su control general las sustancias o combinaciones de sustancias autorizadas para su empleo en ensayos clínicos o para investigación en animales, correspondiendo a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios resolver sobre la atribución de la condición de medicamento.

---

<sup>1701</sup> BLASCO LAHOZ, J. F., op. cit., pág. 49, y DOPICO PLAZAS, J. L., loc. cit., pág. 110.

<sup>1702</sup> El art. 8.a) LGURM lo define como “toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos o que pueda usarse en seres humanos o administrarse a seres humanos con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico”.

<sup>1703</sup> Según el art. 8.b) LGURM, consiste en “toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades curativas o preventivas con respecto a las enfermedades animales o que pueda administrarse al animal con el fin de restablecer, corregir o modificar sus funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico veterinario. También se considerarán «medicamentos veterinarios» las «premezclas para piensos medicamentosos» elaboradas para ser incorporadas a un pienso”.

<sup>1704</sup> Definidas en el art. 8.i) LGURM como “el medicamento destinado a un paciente individualizado, preparado por un farmacéutico, o bajo su dirección, para cumplimentar expresamente una prescripción facultativa detallada de los principios activos que incluye, según las normas de correcta elaboración y control de calidad establecidas al efecto, dispensado en oficina de farmacia o servicio farmacéutico y con la debida información al usuario en los términos previstos en el artículo 42.5”.

<sup>1705</sup> Se trata de “aquel medicamento elaborado según las normas de correcta elaboración y control de calidad establecidas al efecto y garantizado por un farmacéutico o bajo su dirección, dispensado en oficina de farmacia o servicio farmacéutico, enumerado y descrito por el Formulario Nacional, destinado a su entrega directa a los enfermos a los que abastece dicha farmacia o servicio farmacéutico” (art. 8.j. LGURM).

Ahora bien, tales conceptos manejados en la LGURM no sirven para delimitar la prestación farmacéutica de la Seguridad Social. Por más que muchos de ellos cumplan con la definición legalmente facilitada, sólo resultan objeto de inclusión en aquélla los que a tal efecto establece la regulación legal<sup>1706</sup>. En este sentido, cobra un interés decisivo el procedimiento de exclusión de medicamentos de la cobertura pública. Precisamente, la reforma del 2012 ha encontrado en este último, entre otros, una herramienta decisiva en la recalcitrante pretensión de disminución del gasto en el ámbito farmacéutico. Es la llamada “des-financiación pública de medicamentos”<sup>1707</sup>, la cual adolece de un arriesgado déficit de precisión, pues la norma se limita a establecer unas mínimas pautas, ciertamente vagas que, salvo que el futuro desarrollo reglamentario lo remedie, resultan acreedoras de crítica, ya que no favorecen la adopción de una decisión asentada en unas bases firmes y sólidas. De ahí la inseguridad jurídica a que aboca la vigente regulación.

En concreto, el nuevo art. 85 ter LGURM encomienda al órgano responsable de la prestación farmacéutica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad<sup>1708</sup> la

---

<sup>1706</sup> El Anexo V del RDCSC se refiere a la indicación, prescripción y dispensación de los siguientes productos:

- Los medicamentos para los que, de acuerdo con la normativa vigente, se resuelva su financiación y condiciones de dispensación en el Sistema Nacional de Salud y que hayan sido autorizados y registrados por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios o de acuerdo con lo dispuesto por las normas europeas que establecen los procedimientos comunitarios para la autorización y control de los medicamentos de uso humano.

- Los efectos y accesorios que dispongan del correspondiente marcado CE y para los que, de acuerdo con la normativa vigente, se resuelva su financiación y condiciones de dispensación en el Sistema Nacional de Salud.

- Las fórmulas magistrales y los preparados oficinales elaborados por las oficinas de farmacia de acuerdo con lo establecido en el Formulario Nacional y que cumplan las normas de la Real Farmacopea Española, así como la normativa vigente sobre las normas para su correcta elaboración y control de calidad, en las condiciones pactadas en los correspondientes conciertos suscritos entre las administraciones sanitarias autonómicas y las oficinas de farmacia.

- Las vacunas individualizadas antialérgicas y las vacunas individualizadas bacterianas, preparadas con agentes inmunizantes, a concentración y dilución específica en base a la correspondiente prescripción facultativa para un paciente determinado, de acuerdo con la normativa vigente.

<sup>1707</sup> MOLINA NAVARRETE, E. Y MOLINA NAVARRETE, C., loc. cit., pág. 45.

<sup>1708</sup> Según lo establecido en el artículo 12 del Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, corresponde al titular de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia la competencia para dar el debido cumplimiento al mandato de actualización del listado de medicamentos excluidos de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud mediante resolución motivada.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

actualización, mediante resolución motivada<sup>1709</sup>, de la lista de medicamentos que quedan excluidos de la prestación farmacéutica en el Sistema Nacional de Salud. Ahora bien, tal exclusión, lejos de ser discrecional, debe aparecer motivada en base a alguno de los siguientes criterios: el establecimiento de precios seleccionados, la convivencia con un medicamento sin receta con la que comparte principio activo y dosis, la consideración del medicamento como publicitario en el entorno europeo, que el principio activo cuente con un perfil de seguridad y eficacia favorable y suficientemente documentado a través de años de experiencia y un uso extenso (fórmula esta excesivamente abierta), la indicación en el tratamiento de síntomas menores<sup>1710</sup>, o bien el cumplimiento de cualquiera de los criterios de no inclusión en financiación pública recogidos en el apartado 2 del artículo 89 LGURM, y que serán analizados más adelante.

Según se ha señalado<sup>1711</sup>, es evidente que la nueva reforma ha incorporado a los clásicos criterios de ausencia de valor terapéutico, los enfocados al plano financiero y concretados en los medicamentos que superen los precios seleccionados o aquellos en los cuales el principio activo sea tan seguro como el medicamento comercial.

En el precepto añadido por obra del RDley 2012, se regula el procedimiento concreto de exclusión, de forma que los responsables de los productos excluidos de la financiación han de comunicar al órgano competente los precios a los que van a comercializar dichos medicamentos. En el mes siguiente a la entrada en el registro del órgano competente de las comunicaciones correspondientes, éste resolverá sobre su conformidad o no a los precios propuestos. En caso de disconformidad<sup>1712</sup>, dicho órgano ha de elevar la discrepancia a la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos, la cual resolverá sobre dicha cuestión. La decisión en cuestión, que debe basarse en razones de protección de la salud pública, de igualdad de acceso a los medicamentos por parte de los pacientes o de lesión

---

<sup>1709</sup> Cabe compartir la crítica que se hace en MOLINA NAVARRETE, E. Y MOLINA NAVARRETE, C., loc. cit., pág. 45, a la ausencia de referencia al tipo concreto de resolución.

<sup>1710</sup> Precisamente, la indicación en el tratamiento de síntomas menores ha sido el elemento en el que se basa la mayor parte de las exclusiones que se llevan a cabo en la Resolución de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, de 2 de agosto de 2012, sin que en las demás se contenga una justificación concreta, más allá de una nada satisfactoria remisión a las causas prescritas en el art. 89.2 LGURM.

<sup>1711</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R., op. cit., pág. 521.

<sup>1712</sup> En tanto en cuanto se mantenga la mencionada disconformidad, se mantiene la vigencia del precio industrial máximo.

real o potencial de los intereses de colectivos desfavorecidos, es notificada mediante resolución del órgano competente al interesado.

Las exclusiones de financiación de medicamentos han sido materializadas por el Real Decreto 83/1993, de 22 de enero, por el que se regula la selección de los Medicamentos a efectos de su financiación por el Sistema Nacional de Salud, el cual procedió a excluir de la financiación determinadas; el Real Decreto 2208/1994, de 16 de noviembre, por el que se regula los medicamentos homeopáticos de uso humano de fabricación industrial; así como el Real Decreto 1663/1998, de 24 de julio, por el que se amplía la relación de medicamentos a efectos de su financiación con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la sanidad. Más recientemente, la Resolución de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, con fecha de 2 de agosto de 2012<sup>1713</sup>, acometió la actualización de la lista de medicamentos excluidos de la prestación farmacéutica en el Sistema Nacional de Salud<sup>1714</sup> en función del subgrupo terapéutico del sistema de clasificación ATC al que pertenecen. En todo caso, del listado de los más de cuatrocientos fármacos que excluye, exceptúa los medicamentos pertenecientes a los subgrupos que indica, de forma que permanecen financiados con cargo al Sistema Nacional de Salud exclusivamente para las indicaciones que se establecen en cada caso.

### **9.3.- Financiación pública de los medicamentos y productos sanitarios.**

Una vez desterrada la correlación directa entre la prestación farmacéutica y la financiación pública de medicamentos que implantó el sistema de Seguridad Social en sus inicios, el principio base del uso racional del medicamento y su doble finalidad sanitaria y

---

<sup>1713</sup> Cuyos errores corrigió la Resolución de 17 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia.

<sup>1714</sup> A los que se los que se han de unir los dos medicamentos recogidos en el Anexo I de la Resolución de 18 de febrero de 2013, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se procede a la actualización de la lista de medicamentos que quedan excluidos de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud y se establece visado para los medicamentos que han sido excluidos de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, pero permanecen financiados excepcionalmente para las indicaciones establecidas en función del grupo terapéutico al que pertenecen.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

económica<sup>1715</sup>, eludió la inclusión de la totalidad de los medicamentos en la prestación farmacéutica a través de la cobertura pública. Como consecuencia, no todos los medicamentos encuentran acogida en la financiación pública, ni ésta será siempre completa, pues, según se verá, la participación del beneficiario ejerce un papel determinante, acentuado de manera considerable tras la reforma de 2012.

En este sentido, y según ha remarcado la doctrina<sup>1716</sup>, la financiación pública en el ámbito farmacéutico se halla demarcada por una serie de límites concretados en los referidos a su extensión, ya que los medicamentos no se hallan incluidos en la prestación farmacéutica si no forman parte del Nomenclátor oficial a través de financiación selectiva e intervención en los precios; los referentes a su alcance, y es que, a igualdad de características de entre los medicamentos objeto de financiación, se opta, en virtud del sistema de precios de referencia, del que luego se hablará, por el que se imponga más conveniente en términos económicos; y, por último, los que inciden en su cobertura, de modo que es frecuente, y más tras el RDley 2012, la exigencia de aportación del beneficiario en la financiación de los medicamentos a través de la fórmula del copago. Luego el elemento del precio ha asumido un papel esencial en la determinación de la inclusión del medicamento en la financiación pública.

La incorporación de todo medicamento a la oferta provista en el Sistema Nacional de Salud aparece, en definitiva, presidida por el principio de financiación selectiva y no indiscriminada de medicamentos. Conviene señalar, de partida, que no es ésta una cuestión pacíficamente asentada. Buena muestra de ello, como señala FERNÁNDEZ ORRICO<sup>1717</sup>, es la modificación hasta en cuatro ocasiones del art. 89 LGURM, relativo precisamente al procedimiento para la financiación pública.

---

<sup>1715</sup> Este principio se orienta no sólo hacia un objetivo económico basado en la restricción del gasto farmacéutico al estrictamente necesario, sino también a uno correspondiente a la salud pública, al tratar de eliminar el consumo innecesario de medicamentos capaz de repercutir negativamente en aquélla. VIDA FERNÁNDEZ, J.: “El régimen de las prestaciones farmacéuticas...”, pág. 515.

<sup>1716</sup> Véase LARIOS RISCO, D., op. cit., pág. 206.

<sup>1717</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Medidas sobre la prestación farmacéutica”, en AA. VV.: *Reforma de la Salud Pública y la Asistencia Sanitaria. Estudio de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública y del RDley 16/2012, de 20 de abril, sobre sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) y KAHALE CARRILLO, D. T. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pág. 614.

El precepto en cuestión estipula que la financiación pública de los medicamentos y productos sanitarios requiere su inclusión<sup>1718</sup> en la prestación farmacéutica mediante la correspondiente resolución expresa de la unidad responsable del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad<sup>1719</sup>, estableciendo las condiciones de financiación y precio en el ámbito del Sistema Nacional de Salud. A este respecto, no se ha dejado de lamentar, desde diferentes foros, la ausencia de referencia alguna a la participación de las Comunidades Autónomas, en cuanto directas responsables de la provisión y financiación de los productos en cuestión a través de los sistemas autonómicos de salud<sup>1720</sup>.

El procedimiento es el mismo en los casos en que se produzca una modificación de la autorización susceptible de afectar al contenido de la prestación farmacéutica, con carácter previo a la puesta en el mercado del producto modificado, bien por afectar la modificación a las indicaciones del medicamento, bien porque, sin afectarlas, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios así lo acuerde por razones de interés público o defensa de la salud o seguridad de las personas.

Los criterios que rigen la inclusión de medicamentos en la financiación del Sistema Nacional de Salud<sup>1721</sup> son calificados por el propio texto legal como “generales, objetivos y publicados”. En concreto, se alude a los siguientes: gravedad, duración y secuelas de las distintas patologías para las que resulten indicados, necesidades específicas de ciertos colectivos, valor terapéutico y social del medicamento y beneficio clínico incremental del mismo teniendo en cuenta su relación coste-efectividad, racionalización del gasto público destinado a prestación farmacéutica e impacto presupuestario en el Sistema Nacional de Salud, existencia de medicamentos u otras alternativas terapéuticas para las mismas

---

<sup>1718</sup> Inclusión que en ningún caso es perpetua, pues cabe la puesta en marcha del procedimiento de exclusión.

<sup>1719</sup> Es el denominado *Nomenclátor*, que contiene los medicamentos que acoge la prestación farmacéutica en cada momento.

<sup>1720</sup> Véase VIDA FERNÁNDEZ, J.: “El régimen de las prestaciones farmacéuticas...”, pág. 519. El autor considera que hubiera sido recomendable su implicación en la decisión a través de informes u otras técnicas.

<sup>1721</sup> El RDley 2012 introdujo un apartado sexto en el art. 17 del Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, en el que se establece que los medicamentos y productos sanitarios no incluidos en la financiación sólo pueden ser adquiridos y utilizados por los hospitales del Sistema Nacional de Salud previo acuerdo de la comisión responsable de los protocolos terapéuticos u órgano colegiado equivalente en cada Comunidad Autónoma. Para poder tomar tales decisiones, las comisiones responsables deben haberse constituido de acuerdo a la normativa aplicable en la Comunidad Autónoma, disponer de un manual de procedimiento que garantice la calidad de sus decisiones e informar de su constitución y decisiones al órgano competente dentro de la Consejería responsable.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

afecciones a menor precio o inferior coste de tratamiento, así como grado de innovación del medicamento<sup>1722</sup>. Se trata, pues, de compaginar la discrecionalidad (en ningún caso arbitrariedad) que ineludiblemente conlleva la potestad reglamentaria del Gobierno, con la objetividad que contrae el acatamiento de estos criterios a fin de garantizar la comprobación de su acomodamiento al orden jurídico.

La importancia de la motivación de la inclusión queda resaltada en la todavía Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la transparencia de las medidas que regulan los precios de los medicamentos de uso humano y su inclusión en el ámbito de los sistemas públicos de seguro de enfermedad, que sustituiría la Directiva 89/105/CEE, señalando en su art. 7.7 que “cualquier decisión de incluir un medicamento en el ámbito de aplicación del sistema público de seguro de enfermedad incluirá una motivación que justifique la decisión, así como el alcance y las condiciones de la cobertura del producto, sobre la base de criterios objetivos y comprobables”.

Por otra parte, la decisión concerniente a la exclusión total o parcial o al sometimiento a condiciones especiales de financiación de los medicamentos ya incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, se lleva a la práctica en base a los criterios recién expuestos y teniendo en cuenta el precio o el coste del tratamiento de los medicamentos comparables existentes en el mercado y las orientaciones del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Lo cierto es que esta alusión al coste de tratamiento supone un criterio económico más amplio y excedente al del precio del medicamento<sup>1723</sup>.

Se trata de lo que el art. 89 bis LGURM denomina “análisis coste-efectividad” e “impacto presupuestario” para referirse a los criterios que han de inspirar la decisión de financiación de nuevos medicamentos<sup>1724</sup>, junto al componente de innovación, para

---

<sup>1722</sup> La decisión de excluir total o parcialmente o someter a condiciones especiales de financiación los medicamentos ya incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, se ha de hacer con tales criterios y teniendo en cuenta el precio o el coste del tratamiento de los medicamentos comparables existentes en el mercado y las orientaciones del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. De nuevo, la reforma del 2012 hace gala de su consabida obsesión por la vertiente económica del ámbito farmacéutico.

<sup>1723</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J.: “El régimen de las prestaciones farmacéuticas...”, pág. 522.

<sup>1724</sup> El art. 89 bis, introducido por obra de la reforma de 2012, asigna al Gobierno el establecimiento de los criterios y procedimiento para la fijación de precios de medicamentos y productos sanitarios financiados por

avances terapéuticos indiscutibles por modificar el curso de la enfermedad o mejorar el curso de la misma, el pronóstico y el resultado terapéutico de la intervención y su contribución a la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud si, para un mismo resultado en salud, contribuye positivamente al Producto Interior Bruto<sup>1725</sup>, teniéndose en cuenta los mecanismos de retorno (descuentos lineales, revisión de precio) para los medicamentos innovadores. Según se ha resaltado con acierto<sup>1726</sup>, la conjunción de tales criterios viene a exponer fielmente las dos vertientes que se aúnan en la intervención administrativa en la selección y financiación de medicamentos, a saber, la actividad de policía o limitación tendente a la calidad, seguridad y eficacia de los medicamentos, así como la actividad de prestación, que encuentra su limitación en las disponibilidades económicas y el uso racional del medicamento.

En este contexto, conviene referirse a aquellas situaciones específicas y autorizaciones especiales en que se contempla la disponibilidad de medicamentos, siendo el art. 24 LGURM el encargado de determinar tales supuestos. Así pues, se prevé que la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios pueda conceder una autorización supeditada a la obligación por parte del solicitante de cumplir determinadas condiciones revisables anualmente. Dichas condiciones quedan, en especial, referidas a la seguridad del medicamento, a la información a las autoridades competentes de todo incidente relacionado con su utilización y a las medidas que deben adoptarse.

A su vez, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios puede, de oficio o a solicitud de las Comunidades Autónomas interesadas, por razones sanitarias objetivas y debidamente motivadas, sujetar a reservas singulares la autorización de medicamentos que así lo requieran por su naturaleza o características, así como sus condiciones generales de prescripción y dispensación.

---

el Sistema Nacional de Salud, tanto para los medicamentos de dispensación por oficina de farmacia a través de receta oficial, como para los medicamentos de ámbito hospitalario, incluidos los envases clínicos, o dispensados por servicios de farmacia a pacientes no ingresados.

<sup>1725</sup> Esta referencia es otra buena prueba del reforzamiento que la reforma del 2012 hace de la esfera financiera, de modo que la normativa ya no se limita a encomendar una valoración de tipo económico, sino que fija incluso el indicador de referencia, para que no quede exento de control.

<sup>1726</sup> LARIOS RISCO, D., op. cit., pág. 200.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Por su parte, la prescripción y la aplicación de medicamentos no autorizados a pacientes no incluidos en un ensayo clínico con el fin de atender como uso compasivo necesidades especiales de tratamientos de situaciones clínicas de pacientes concretos se ha de regular reglamentariamente, con pleno respeto a lo establecido en la legislación vigente en materia de autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios puede autorizar, de un lado, la importación de medicamentos no autorizados en España siempre que estén legalmente comercializados en otros Estados, cuando esta importación resulte imprescindible para la prevención, el diagnóstico o el tratamiento de patologías concretas por no existir en España alternativa adecuada autorizada para esa indicación concreta o por situaciones de desabastecimiento que lo justifiquen. De otro, puede igualmente autorizar temporalmente la distribución de medicamentos no autorizados, en respuesta a la propagación supuesta o confirmada de un agente patógeno o químico, toxina o radiación nuclear capaz de causar daños. En estas circunstancias, si se hubiere recomendado o impuesto por la autoridad competente el uso de medicamentos en indicaciones no autorizadas o de medicamentos no autorizados, los titulares de la autorización y demás profesionales que intervengan en el proceso estarían exentos de responsabilidad civil o administrativa por todas las consecuencias derivadas de la utilización del medicamento, salvo por los daños causados por productos defectuosos. Por último, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios también resulta competente para autorizar con carácter excepcional la elaboración y distribución de muestras gratuitas en las condiciones que reglamentariamente se establezcan. En todo caso, no resultan autorizables las muestras gratuitas de medicamentos de sustancias psicoactivas que causen dependencia y de aquellas otras que determine la propia Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

Pues bien, sin perjuicio de lo anterior, el art. 89 LURM continúa señalando que, con objeto de garantizar el uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad puede someter a reservas singulares las condiciones específicas de prescripción, dispensación y financiación de los mismos en el Sistema Nacional de Salud, de oficio o a propuesta de las Comunidades Autónomas en la Comisión Permanente de Farmacia del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de

Salud. Tales reservas singulares son catalogadas a modo de mecanismos intermedios entre la financiación pública de un medicamento incluido en la prestación farmacéutica y su exclusión del Nomenclátor oficial<sup>1727</sup>.

Tal y como se indica en la Introducción del Real Decreto 618/2007, de 11 de mayo, por el que se regula el procedimiento para el establecimiento, mediante visado, de reservas singulares a las condiciones de prescripción y dispensación de los medicamentos, el objetivo de las reservas singulares aplicadas a las condiciones específicas de prescripción y dispensación de los medicamentos no es otro que la verificación de la adecuada utilización de los medicamentos, prestándose especial atención a los que están sujetos a prescripción médica restringida, de utilización reservada a determinados medios especializados, así como a aquéllos que planteen especiales problemas de seguridad o se circunscriban al tratamiento farmacológico de determinados grupos poblacionales considerados de riesgo. Se trata, pues, de asegurar que la utilización de estos fármacos se adecúe, en primer lugar, a lo fijado en las autorizaciones de comercialización del respectivo medicamento; en segundo lugar, a las indicaciones terapéuticas recogidas en la ficha técnica o en el resumen del producto correspondiente; y, en tercer lugar y con respecto a las indicaciones financiadas por el Sistema Nacional de Salud, a la exigencia de que el paciente reciba la medicación adecuada, logrando un uso racional de los medicamentos y una prestación farmacéutica de calidad.

Los requisitos y procedimiento para el establecimiento de reservas singulares, a través de visado, a las condiciones de prescripción y dispensación de los medicamentos son recogidos en el art. 2 del Real Decreto recién referido, el cual faculta al Ministerio de Sanidad a la imposición de visado en los siguientes casos:

- Medicamentos sujetos a la calificación de prescripción médica restringida, entendiendo por tales los medicamentos que, a causa de sus características farmacológicas o por su novedad, o por motivos de salud pública, estén indicados para tratamientos que sólo puedan seguirse en medio hospitalario; los medicamentos que se utilicen en el tratamiento de enfermedades que deban ser diagnosticadas en medio hospitalario, o en establecimientos que dispongan de medios de diagnóstico adecuados, aunque la

---

<sup>1727</sup>*Ibidem*, pág. 203.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

administración y seguimiento pueda realizarse fuera del hospital; los medicamentos destinados a pacientes ambulatorios, pero cuya utilización pueda producir reacciones adversas muy graves, lo cual requiere, si es preciso, una receta médica<sup>1728</sup> extendida por un especialista<sup>1729</sup> y una vigilancia especial durante el tratamiento.

- Medicamentos que, en virtud de decisión motivada y debidamente publicada de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, queden sujetos a reservas singulares, por cuestiones de seguridad o de limitación para determinados grupos de población de riesgo.

- Medicamentos para los que se financien únicamente algunas de sus indicaciones terapéuticas o que se aplique una aportación reducida en función del tipo de paciente, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 1348/2003, de 31 de octubre, por el que se adapta la clasificación anatómica de medicamentos al sistema de clasificación ATC.

En las tres modalidades de medicamentos, el Real Decreto manejado atribuye al Ministerio de Sanidad la facultad de acordar el establecimiento de reservas singulares en el ámbito del Sistema Nacional de la Salud, a través de la limitación de su dispensación,

---

<sup>1728</sup> La receta médica es definida en el art. 1.a) del Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación como el documento de carácter sanitario, normalizado y obligatorio mediante el cual los médicos, odontólogos o podólogos, legalmente facultados para ello, y en el ámbito de sus competencias respectivas, prescriben a los pacientes los medicamentos o productos sanitarios sujetos a prescripción médica, para su dispensación por un farmacéutico o bajo su supervisión, en las oficinas de farmacia y botiquines dependientes de las mismas o, conforme a lo previsto en la legislación vigente, en otros establecimientos sanitarios, unidades asistenciales o servicios farmacéuticos de estructuras de atención primaria, debidamente autorizados para la dispensación de medicamentos.

A fin de garantizar la equidad en el acceso a la asistencia sanitaria, el art. 2.3 del Real Decreto afirma que la receta médica es válida en todo el territorio nacional, de forma que garantizará que el tratamiento prescrito pueda ser dispensado al paciente en cualquier oficina de farmacia del territorio nacional.

<sup>1729</sup> Si bien el art. 77 LGURM señala que los médicos, odontólogos y podólogos, en el ámbito de sus competencias respectivas, son los únicos profesionales con facultad para recetar medicamentos sujetos a prescripción médica, añade seguidamente que “sin perjuicio de lo cual, los enfermeros de forma autónoma, pueden indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica y los productos sanitarios, mediante la correspondiente orden de dispensación”. Los fisioterapeutas, por su parte, también pueden indicar, usar y autorizar, de forma autónoma la dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica y de productos sanitarios relacionados con el ejercicio de su profesión, mediante orden de dispensación. Asimismo, el precepto encomienda al Gobierno la regulación de la indicación, uso y autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica por los enfermeros en el marco de los principios de la atención integral de salud y para la continuidad asistencial, mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial, de elaboración conjunta, acordados con las organizaciones colegiales de médicos y enfermeros y validados por la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud.

sin necesidad de visado, a los pacientes no hospitalizados, en los Servicios de Farmacia de los Hospitales.

Como importante novedad introducida en la reforma de 2012, conviene destacar que, con el fin de garantizar el derecho de todas las personas que gocen de la condición de asegurado y beneficiario al acceso a la prestación farmacéutica en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, se prohíbe que las Comunidades Autónomas establezcan, de forma unilateral, reservas singulares específicas de prescripción, dispensación y financiación de fármacos o productos sanitarios. Esta prohibición, claramente dirigida a Andalucía<sup>1730</sup>, ya había sido puesta de manifiesto en la STSJ de La Rioja de 4 mayo de 2011<sup>1731</sup>. Ahora bien, en el seno de la Comisión Permanente de Farmacia del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud puede decidirse la excepción motivada por una o varias Comunidades Autónomas en razón de sus propias particularidades.

Al Gobierno compete la revisión periódica y la actualización de la relación de los medicamentos y productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con la evolución de los criterios de uso racional, los conocimientos científicos, la aparición de nuevos medicamentos de mayor utilidad terapéutica o la aparición de efectos adversos que hagan variar la relación beneficio/riesgo y los criterios anteriormente citados. Esta posibilidad legalmente contemplada de revisión del contenido de la prestación farmacéutica no viene sino a corroborar el carácter dinámico que ya se predicó del catálogo prestacional sanitario en el primer capítulo de esta parte temática, de modo que su contenido ha de acompasarse al avance científico y técnico, y al cual ha de unirse, en el marco farmacéutico, el recurrente criterio de la contención del gasto.

En todo caso, cabe cuestionar alguno de estos criterios dado que no se compaginan con el carácter objetivo y comprobable que deben tener de acuerdo con la Directiva comunitaria referenciada líneas arriba. Ésa es también la opinión de VIDA

---

<sup>1730</sup> SÁNCHEZ BAYLE, M.: “Comienza la contrarreforma sanitaria...”, pág. 183.

<sup>1731</sup> La Sentencia declaró nula de pleno derecho la Resolución 379/2010, de 8 de septiembre.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

FERNÁNDEZ<sup>1732</sup>, para quien la utilidad terapéutica no constituye un concepto objetivo ni suficientemente definido.

En cuanto a los productos sanitarios que vayan a ser incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud y que se dispensen, a través de receta oficial, en territorio nacional, la LGURM encomienda el seguimiento de los criterios indicados para los medicamentos. Si bien, aquéllos deben cumplir con las especificaciones y prestaciones técnicas contrastadas que hayan previamente determinado el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, teniendo en cuenta criterios generales, objetivos y publicados, tales como la gravedad, duración y secuelas de las distintas patologías para las que resulten indicadas, las necesidades específicas de ciertos colectivos, el valor diagnóstico, de control, de tratamiento, prevención, alivio o compensación de una discapacidad, el valor social del producto sanitario y beneficio clínico incremental del mismo teniendo en cuenta su relación coste-efectividad, la existencia de productos sanitarios u otras alternativas terapéuticas para las mismas afecciones a menor precio o inferior coste de tratamiento.

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad es competente de la revisión de los grupos, subgrupos, categorías o clases de medicamentos cuya financiación no se estime necesaria para cubrir las necesidades sanitarias básicas de la población española<sup>1733</sup>. En todo caso, el art. 89.2 LGURM establece la exclusión de la prestación farmacéutica de los medicamentos sin receta<sup>1734</sup>, los que no se utilicen para el tratamiento de una patología claramente determinada, así como los productos de utilización cosmética, dietéticos, aguas minerales, elixires, dentífricos y otros productos similares. Tampoco son objeto de financiación pública, constituyendo una importante novedad introducida en la reforma sanitaria de 2012, los medicamentos indicados en el tratamiento de síndromes o

---

<sup>1732</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J.: “El régimen de las prestaciones farmacéuticas...”, pág. 522.

<sup>1733</sup> Se ha cuestionado, con razón, que no se establezca plazo alguno, lo que en buena parte contradice la extraordinaria y urgente necesidad en la que se cobija la forma normativa elegida para la reforma llevada a cabo. LARIOS RISCO, D., op. cit., págs. 200 y 201.

<sup>1734</sup> Se advierte, así, que la receta es configurada como instrumento racionalizador en el control de uso de determinadas especialidades farmacéuticas. ROMERAL HERNÁNDEZ, J., op. cit., pág. 312. En el mismo sentido, AA.VV.: *Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad Social*, MARTÍN VALVERDE, A. Y GARCÍA MURCIA, J. (Dir. y Coords.), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 709, en el que se afirma que las recetas médicas que deben utilizar los facultativos constituyen una limitación formal a las prestaciones farmacéuticas, a la que se une la limitación material que constituye la exclusión de medicamentos de financiación pública.

síntomas de gravedad menor, ni aquellos que, aun habiendo sido autorizados de acuerdo a la normativa vigente en su momento, no respondan a las necesidades terapéuticas actuales, entendiéndose por tal un balance beneficio/riesgo desfavorable en las enfermedades para las que estén indicados. En esta imprecisión, parece que se quiere abrir conscientemente la puerta a un más que holgado espacio para introducir exclusiones a la financiación pública de medicamentos, en una nueva estrategia de reducción del gasto farmacéutico.

### 9.3.1.- La fijación del precio de los medicamentos y productos sanitarios.

Se trata de una de las principales técnicas que manifiesta la intervención de los poderes públicos en la demarcación de la financiación de los medicamentos. Su razón de ser reside en la existencia de una demanda plenamente rígida, nacida a través de la prescripción médica, disfrutada por los pacientes y financiada por vía pública<sup>1735</sup>. No en vano, se ha descrito al farmacéutico como un auténtico mercado atípico<sup>1736</sup>.

Dispone el art. 90 LGURM, también objeto de modificación por el RDley 2012, que la comercialización de un medicamento o producto sanitario en el territorio español requiere ineludiblemente haber tramitado la oferta del mismo al Sistema Nacional de Salud. De igual modo se ha de proceder en el caso de que se produzcan variaciones sustanciales en las condiciones de autorización del medicamento o producto sanitario en cuestión.

El Gobierno ostenta la facultad de regular el mecanismo de fijación de los precios de los medicamentos y productos sanitarios que no precisen receta y que se dispensen en territorio español, siguiendo un régimen general objetivo y transparente<sup>1737</sup>. Ahora bien, el

---

<sup>1735</sup> Sobre los fallos existentes en el mercado de medicamentos, consúltese VIDA FERNÁNDEZ, J.: “El régimen de las prestaciones farmacéuticas...”, pág. 528.

<sup>1736</sup> Tal calificación se basa en tres motivos. En primer lugar, no es el consumidor beneficiario de la prestación farmacéutica el que opta por adquirir un determinado medicamento, sino que es el médico que acomete la prescripción en quien radica la decisión en cuestión. En segundo lugar, el mayor porcentaje de costes es directamente asumido por el Sistema Nacional de Salud, quedando al margen del mismo el paciente, el prescriptor y el dispensador. Por último, los importes que corresponde abonar por los productos vienen a resultar de un proceso de toma de decisiones regulado. LÓPEZ RODRÍGUEZ, C. J., op. cit., pág. 457.

<sup>1737</sup> A este respecto, resulta de interés la Disposición transitoria tercera del RDley 2012, la cual, referida a la fijación de los precios de medicamentos no incluidos en la prestación farmacéutica, establece que salvo decisión en contrario de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por razones de

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

texto legal precisa que los titulares de autorizaciones de comercialización de los mismos pueden comercializar los medicamentos que se dispensen en territorio español en régimen de precios notificados, entendiéndose por tal la comunicación del precio al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de modo que el departamento pueda objetar el mismo por razones de interés público.

Por su parte, corresponde a la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos, adscrita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, fijar, de modo motivado y conforme a criterios objetivos, los precios de financiación del Sistema Nacional de Salud de medicamentos y productos sanitarios para los que sea necesario prescripción médica, que se dispensen en territorio español. En los supuestos en que estos mismos productos no resulten financiados, si son dispensados en territorio nacional operará lo mismo que se acaba de indicar en relación con los precios notificados.

En todo caso, los medicamentos y productos sanitarios que se decida puedan ser financiados por el Sistema Nacional de Salud pueden también comercializarse para su prescripción fuera del mismo. A tales efectos, como regla general, el precio de financiación por el Sistema Nacional de Salud ha de ser inferior al precio industrial del medicamento aplicado cuando sea dispensado fuera del Sistema Nacional de Salud. Y es que en éste se encuentra un destinatario a todas luces privilegiado<sup>1738</sup>.

Para la toma de decisiones, la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos tiene en consideración los informes que al efecto elabora el Comité Asesor de la Prestación Farmacéutica del Sistema Nacional de Salud. Este órgano queda regulado en el art. 90 bis LGURM, precepto que, introducido por el RDley 2012, establece su composición y cometido. En concreto, y sin desarrollo reglamentario que concrete extremo alguno, el texto legal señala que el Comité Asesor para la Financiación de la Prestación Farmacéutica del Sistema Nacional de Salud es el órgano colegiado, de carácter científico-técnico, adscrito a la unidad ministerial con competencia en materia de

---

interés general, en tanto no se regulen los mecanismos de fijación de los precios de venta al público de los medicamentos y productos sanitarios, los precios industriales serán libres en aquellos medicamentos que no se financien con cargo a fondos públicos.

<sup>1738</sup> En términos reveladores, se concibe al Sistema Nacional de Salud como el “mejor cliente que puedan tener las industrias farmacéuticas”. FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., op. cit., pág. 620.

prestación farmacéutica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (esto es, la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del SNS y Farmacia), encargado de proporcionar asesoramiento, evaluación y consulta sobre la pertinencia, mejora y seguimiento de la evaluación económica necesaria para sustentar las decisiones de la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos. El Comité está compuesto por un número máximo de siete miembros designados por la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de entre profesionales de reconocido prestigio, con experiencia y trayectoria acreditadas en evaluación farmacoeconómica. Asimismo, en función de los asuntos que se debatan, se prevé la asistencia a las sesiones del Comité por parte de los evaluadores del órgano competente en materia de medicamentos y productos sanitarios que hayan elaborado las evaluaciones de los medicamentos y productos sanitarios objeto de debate. Conviene indicar que, a efectos de evitar posibles críticas frecuentemente inherentes a la instauración de órganos de asesoramiento en la Administración pública, el precepto se cuida de remarcar que la creación y el funcionamiento del Comité Asesor para la Financiación de la Prestación Farmacéutica del Sistema Nacional de Salud “será atendido con los medios personales, técnicos y presupuestarios asignados al órgano al que se encuentre adscrito”. Lo cierto es que la norma protagonista de la reforma sanitaria de 2012 no podía haber prescrito otra cosa, toda vez que es la contención del gasto lo que la inspira y articula, según proclama incansablemente en todo su articulado.

Las cuantías económicas correspondientes a los conceptos de la distribución y dispensación de los medicamentos y de los productos sanitarios y, en su caso, de las deducciones aplicables a la facturación de los mismos al Sistema Nacional de Salud son fijados por el Gobierno, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de forma general o por grupos o sectores, tomando en consideración criterios de carácter técnico-económico y sanitario.

Por su parte, compete al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad el establecimiento del precio de venta al público de los medicamentos y productos sanitarios financiados mediante la agregación del precio industrial autorizado, que tiene carácter de máximo, y de los márgenes correspondientes a las actividades de distribución mayorista y dispensación al público. En concreto, es el art. 2 del Real Decreto 823/2008, de 16 de

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

mayo, el encargado de perfilar los márgenes y deducciones correspondientes a la dispensación al público de medicamentos de uso humano fabricados industrialmente<sup>1739</sup>.

El precepto dispone, en primer lugar, que el margen de las oficinas de farmacia por dispensación y venta al público de medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, para aquellos medicamentos cuyo precio industrial sea igual o inferior a 91,63 euros, se fija en el 27,9 % del precio de venta al público sin impuestos. En cuanto al margen de las oficinas de farmacia por dispensación y venta al público de medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, para aquellos medicamentos cuyo precio industrial sea superior a 91,63 euros e igual o inferior a 200 euros, aquel se fija en 38,37 euros por envase. Asimismo, el margen de las oficinas de farmacia por dispensación y venta al público de medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, para aquellos medicamentos cuyo precio industrial sea superior a 200 euros e igual o inferior a 500 euros se fija en 43,37 euros por envase. Por último, el margen de las oficinas de farmacia por dispensación y venta al público de medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, para aquellos medicamentos cuyo precio industrial sea superior a 500 euros se fija en 48,37 euros por envase.

Los márgenes de las oficinas de farmacia correspondientes a las recetas u órdenes de dispensación de medicamentos de uso humano fabricados industrialmente dispensados con cargo a fondos públicos de las Comunidades Autónomas, del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, de la Mutualidad General Judicial y del Instituto Social de las Fuerzas Armadas se establecen, aplicando a la factura mensual de cada oficina de farmacia por dichas recetas una determinada escala de deducciones<sup>1740</sup>, no sin antes precisar la norma que esta facturación

---

<sup>1739</sup> Según indicó la STS de 15 de noviembre de 1999, “debe tenerse en cuenta que conforme a un sistema de intervención administrativa como el que corresponde a un servicio de interés público como el farmacéutico, la adquisición de las especialidades farmacéuticas de uso humano a un determinado precio no determina el nacimiento de un derecho a su venta con el mismo margen o porcentaje de ganancia existente en dicho momento, sino que, a lo sumo, puede hablarse de una expectativa cuya razonabilidad de mantenimiento está condicionada por el régimen de precio autorizado que la Ley establece para tales productos sanitarios. No existe, por tanto, lesión de "derecho adquirido" incorporado al patrimonio de eventuales titulares. Ni tampoco una retroactividad frente a derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, sino la afectación a una mera expectativa de mantenimiento de los márgenes a los que se adquirieron las especialidades farmacéuticas”.

<sup>1740</sup>

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

mensual se calcula en términos de precio de venta al público incrementado con el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA)<sup>1741</sup>, así como que las deducciones correspondientes a las administraciones y mutualidades recién aludidas son las que resulten de aplicar el porcentaje que representa cada una de ellas en la facturación mensual de cada oficina de farmacia, consideradas conjuntamente.

Por otra parte, y con el objeto de garantizar la accesibilidad y calidad en el servicio, así como la adecuada atención farmacéutica a los usuarios del Sistema Nacional de Salud, a las oficinas de farmacia que resulten exentas de la escala de deducciones referida líneas arriba les resulta de aplicación a su favor un índice corrector de los márgenes<sup>1742</sup> de las oficinas de farmacia correspondiente a las recetas u órdenes de dispensación de

<sup>1740</sup> Ventas totales a PVP IVA hasta	Deducción	Resto hasta	Porcentaje aplicable
–	–	–	
Euros	Euros	Euros	
0	0	37500	0
37500,01	0	45000	7,8
45000,01	585	58345,61	9,1
58345,62	1799,45	120206,01	11,4
120206,02	8851,53	208075,9	13,6
208075,91	20801,83	295242,83	15,7
295242,83	34487,04	382409,76	17,2
382409,77	49479,75	600000	18,2
600000,01	89081,17	En adelante	20

<sup>1741</sup> Por lo que se refiere a las presentaciones de medicamentos con precio industrial superior a 91,63 euros y a efectos de dicha facturación mensual, se excluye de la escala de deducciones la cantidad que, calculada en términos de precio de venta al público con IVA incluido, exceda del citado precio industrial.

<sup>1742</sup> La STSJ de Madrid 1463/2009, de 15 de julio, afirma que “resulta evidente que si en esta norma se llevó a cabo la revisión de márgenes a las oficinas de farmacias y a los almacenes farmacéuticos, puede ser igualmente aceptable desde un punto de vista legal que se revisen los márgenes de las entidades de la industria farmacéutica (fabricantes e importadores) mediante la norma que nos ocupa, y que ello se enmarque perfectamente dentro de la actividad correctora de precios que al Estado por Ley corresponde. Por ello puede entenderse que dentro de estas medidas interventoras -que no tributos- habrá que englobar no sólo la fijación o corrección de precios de medicamentos (que ya se han admitido abiertamente por el Tribunal Supremo), sino también la corrección de los márgenes de ventas a los intervinientes en este mercado, como son las oficinas de farmacia, los almacenes farmacéuticos (medidas interventoras igualmente admitidas por la Sala, como veremos), y los fabricantes o importadores de productos farmacéuticos (como es el caso que ahora se juicicia)”.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

medicamentos de uso humano fabricados industrialmente y dispensados con cargo a fondos públicos, conforme a otra escala igualmente establecida en sede legal<sup>1743</sup>. Escala en la que para la aplicación del tramo correspondiente se toma en consideración la cuantía de la diferencia entre 12.500 euros y el importe de la facturación mensual correspondiente a las recetas u órdenes de dispensación de medicamentos de uso humano fabricados industrialmente dispensados con cargo a fondos públicos. El cálculo de dicha facturación mensual se lleva a cabo en términos de precio de venta al público incrementado con el impuesto sobre el valor añadido. Por lo que se refiere a las presentaciones de medicamentos con precio industrial superior a 91,63 euros y a efectos de dicha facturación mensual, se excluye de dicho cómputo la cantidad que, calculada en términos de precio de venta al público, incluido el impuesto sobre el valor añadido, exceda del citado precio industrial.

A la diferencia entre dicha cuantía y el tramo inferior que corresponda de la mencionada escala se le aplica el porcentaje señalado en la misma y a la cantidad resultante se le ha de añadir el importe fijo especificado en cada tramo de la escala. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que en ningún caso el importe derivado de la aplicación del índice corrector de los márgenes puede superar, a favor de la farmacia, los 833,33 euros mensuales.

Las oficinas de farmacia en cuestión deben cumplir, además, una serie de requisitos legalmente estipulados: en primer lugar, que no hayan sido objeto de sanción administrativa o inhabilitación profesional ni estén excluidas de su concertación; en segundo lugar, que participen en los programas de atención farmacéutica y en la

---

1743

Diferencial		Porcentaje	Fijo
De	a		
0,01	2750	7,25	
2750,01	5500	7,75	199,38
5500,01	8250	8,25	412,5
8250,01	10466,66	8,75	639,37
10466,67	12500		833,33

realización del conjunto de actividades destinadas a la utilización racional de los medicamentos que establezca la Administración sanitaria correspondiente: y, por último, que sus ventas anuales totales, en términos de precio de venta al público incrementado con el impuesto sobre el valor añadido, no superen los 200.000 euros en el ejercicio económico correspondiente al año natural anterior.

La decisión sobre el cumplimiento de tales requisitos exigidos, así como la resolución de las incidencias que se produzcan al efecto, corresponde a las distintas Administraciones sanitarias competentes en materia de ordenación farmacéutica a las que corresponde el procedimiento para su aplicación. En particular, de todo ello se da audiencia previa a la Mutualidad General de Funcionarios de la Administración Civil del Estado, a la Mutualidad General Judicial, al Instituto Social de las Fuerzas Armadas y, en su caso, al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

La cuantía derivada de la aplicación del índice corrector de los márgenes correspondiente a las Administraciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, incluyendo la Mutualidad General de Funcionarios de la Administración Civil del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, no es otra que la que resulte de aplicar el porcentaje que representa cada una de ellas en la facturación mensual de cada oficina de farmacia, consideradas conjuntamente. El procedimiento de gestión de dicha información ha de estar ajustado a las reglas establecidas respecto de los informes relativos a la aplicación de la escala conjunta de deducciones.

Para la intervención sobre los precios de los medicamentos, se reputa esencial la debida información económica, que queda regulada en el art. 92 LGURM. En concreto, y a los efectos de la fijación de precios, los laboratorios farmacéuticos deben facilitar al Ministerio de Sanidad<sup>1744</sup> toda la información sobre los aspectos técnicos, económicos y financieros, pudiendo éste efectuar comprobaciones sobre la información facilitada. Ahora bien, en el caso de que la empresa esté integrada en un grupo que realice otras actividades, además de las relacionadas con medicamentos, o las desarrolle fuera de España, el Ministerio puede requerir la información que permita conocer la imputación para

---

<sup>1744</sup> Corresponde al Ministerio elevar anualmente a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos un informe sobre sus actuaciones en materia de precios.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

determinar los gastos afectados a la actividad farmacéutica en España. La información que en virtud de este artículo obtenga la Administración General del Estado es confidencial.

### 9.3.2.- La revisión del precio de los medicamentos y productos sanitarios.

Los aspectos atinentes a la revisión del precio quedan regulados en el art. 91 LGURM, conforme al cual, el precio fijado para los medicamentos resulta revisable de oficio o a instancia de parte<sup>1745</sup>, de acuerdo con lo previsto en los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Si bien, fuera de los supuestos contemplados en dicha regulación, el precio de un medicamento puede ser objeto de modificación cuando lo exijan cambios en la valoración de su utilidad terapéutica o en las circunstancias técnicas, sanitarias o económicas. En esta última referencia a la vertiente económica en la técnica revisora se advierte, una vez más, una pretendida estrategia de contención del gasto farmacéutico.

En este contexto, el Consejo de Ministros, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, ostenta competencia para revisar globalmente o fijar las condiciones de revisión periódica de los precios industriales o, en su caso, de los precios de venta al público, para todos o una parte de los medicamentos y productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud. Con esta medida extraordinaria y urgente se aspira a garantizar la viabilidad de las revisiones, ya en términos de precio industrial o de precio de venta al público, sin sujeción a plazos de carácter temporal, permitiendo que cuando las circunstancias lo requieran, la racionalización del gasto farmacéutico se pueda aplicar de forma inmediata en beneficio del Sistema<sup>1746</sup>.

---

<sup>1745</sup> Según introdujo novedosamente el RDley 2012, a los efectos de las revisiones de precios menores a petición de parte, sólo se tienen en cuenta las que supongan, como mínimo, una reducción del 10% sobre el precio industrial máximo en vigor autorizado para la financiación con fondos públicos, de forma que las inferiores no originan este cauce procedimental de revisión.

<sup>1746</sup> LARIOS RISCO, D., op. cit., pág. 210.

Igualmente corresponde al Consejo de Ministros, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, la revisión de las cuantías económicas correspondientes a la distribución y dispensación de los medicamentos y productos sanitarios.

En todo caso, los medicamentos excluidos de la financiación con cargo a fondos públicos y que tienen indicaciones no excluidas de la misma, se consideran financiados por dichos fondos, a efectos de la fijación y de la revisión de su precio intervenido.

### 9.3.3.- El sistema de precios de referencia y el sistema de precios seleccionados.

Muchos han sido los criterios que se han sucedido en la ordenación de la prescripción de los medicamentos. En un principio, el art. 106 LGSS'74 establecía la libertad de prescripción que al respecto ostentaba el facultativo, según se ha señalado en precedentes páginas. Sin embargo, la presión económica ejercida por esta partida de gasto alertó sobre la inviabilidad de este sistema. Es así como nuestro modelo ha acogido un sistema de precios de referencia, o, como mejor se ha indicado<sup>1747</sup>, una fórmula mixta entre el modelo de sustitución de los medicamentos prescritos por decisión del farmacéutico (norteamericano) y el de precios de referencia (alemán), si bien con preponderancia de este último sobre el primero.

El sistema en cuestión fue establecido primariamente en el Real Decreto 1035/1999, de 18 de junio, por el que se regula el sistema de precios de referencia de los medicamentos en la financiación con cargo a los fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a Sanidad, que fue derogado por la Disposición derogatoria única del Real Decreto 1338/2006, de 21 de noviembre, por el que se desarrollan determinados aspectos del artículo 93 LGURM.

El sistema de precios de referencia preside la financiación pública de los medicamentos y productos sanitarios, tratando de lograr, en concreto, una financiación racionalizada de la prestación farmacéutica. Junto a la participación en el pago por parte

---

<sup>1747</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R., op. cit., pág. 523.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

de los pacientes, así como el control del precio en la producción y distribución, constituye uno de los mecanismos de mayor calado en la lucha por la reducción de la factura farmacéutica. Sin embargo, no se encuentra del todo pulido, y buena cuenta de ello lo dan las numerosas reformas que han acaecido en los últimos años<sup>1748</sup>. En concreto, el Real Decreto-ley 4/2010, de 26 de marzo, de racionalización del gasto farmacéutico con cargo al Sistema Nacional de Salud, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, el Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, el 16/2012, de 20 de abril, así como la Ley 10/2013, de 24 de julio han introducido variadas modificaciones en este elemento del subsistema farmacéutico.

A la vista de lo recién indicado, bien puede afirmarse que el art. 93 LGURM, relativo al sistema de precios de referencia, ha sido uno de los más frenéticamente modificados de toda la legislación sanitaria, al menos, en los últimos años. Nada más y nada menos que cinco normas en tres años han reformado el tenor literal del precepto, lo que evidencia la provisionalidad y la falta de enfoque con que se aborda el ámbito de la asistencia sanitaria que se analiza. Según se constata, la técnica de la extraordinaria y urgente necesidad no siempre resulta afortunada, de modo que se revela del todo imperiosa la previa reflexión, así como el planteamiento sosegado de objetivos, antes de acometer las modificaciones de que se trate.

Conforme estipula el art. 93 LGURM, el precio de referencia consiste en la cuantía máxima<sup>1749</sup> con la que se financian las presentaciones de medicamentos<sup>1750</sup> incluidas en cada uno de los conjuntos que se determinen, siempre que se prescriban y dispensen con cargo a fondos públicos. En concreto, estos conjuntos engloban todas las presentaciones de medicamentos financiadas que tengan el mismo principio activo e idéntica vía de administración, entre las que existirá incluida en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, al menos, una presentación de medicamento genérico o biosimilar, salvo que el medicamento o su ingrediente activo principal hayan sido autorizados con una antelación mínima de diez años en un Estado miembro de la Unión Europea, en cuyo caso no será indispensable la existencia de un medicamento genérico o biosimilar para

---

<sup>1748</sup> Véase un repaso de las mismas en LARIOS RISCO, D., op. cit., págs. 214-223.

<sup>1749</sup> Nótese que este adjetivo es añadido en la reforma del 2012, asemejándose a la versión de la Ley del Medicamento.

<sup>1750</sup> En la LGURM esta expresión vino a sustituir a las presentaciones de especialidades farmacéuticas.

establecer un conjunto. Ahora bien, tanto las presentaciones indicadas para tratamientos en pediatría, como las correspondientes a medicamentos de ámbito hospitalario, incluidos los envases clínicos, constituyen conjuntos independientes.

El precio de referencia de cada conjunto es calculado en base al coste/tratamiento/día menor de las presentaciones de medicamentos en él agrupadas y, en todo caso, debe garantizarse el abastecimiento a las oficinas de farmacia para los medicamentos de precio menor. La norma precisa que los medicamentos no pueden superar el precio de referencia del conjunto al que pertenecen, superando el más limitado criterio anterior que sólo aludía a la mayor brevedad posible y a un mínimo de una vez al año.

Por su parte, el establecimiento de los nuevos conjuntos y la revisión de los precios de los conjuntos ya existentes se llevan a término con carácter anual<sup>1751</sup>. No obstante, los precios menores de las nuevas agrupaciones homogéneas son fijados automáticamente en el Nomenclátor que corresponda, y los precios menores de las ya existentes son revisados con carácter trimestral. Se trata de dar, así, una mayor continuidad al procedimiento de seguimiento.

Por lo que respecta a los productos sanitarios, compete al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad el establecimiento de un sistema similar de precios. Luego ya no rige lo previsto con anterioridad a la reforma de 2012 en relación con ciertas innovaciones galénicas que, por su interés en términos de utilidad terapéutica, podían quedar excluidas del sistema de precios de referencia por un período de cinco años. No

---

<sup>1751</sup> El precepto no menciona de modo expreso quién resulta competente al efecto, como sí hacía la versión anterior, refiriéndose al Ministerio previo acuerdo de la comisión delegada del gobierno para asuntos económicos e informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Hasta la fecha, las normas que se han sucedido en el establecimiento de los conjuntos de medicamentos y sus precios de referencia pueden ser concretadas en las siguientes: la Orden SCO/3997/2006, de 28 diciembre, la Orden SCO/3867/2007, de 27 diciembre, la Orden SCO/3803/2008, de 23 de diciembre, la Orden SAS/3499/2009, 23 diciembre, la Orden SPI/3052/2010, de 26 de noviembre y la Resolución de 28 de diciembre de 2011, de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, por la que se determinan los nuevos conjuntos de medicamentos que se dispensen en oficinas de farmacia a través de receta médica oficial u orden de dispensación, sus precios de referencia, y se revisan los precios de referencia fijados por Orden SPI/3052/2010, de 26 de noviembre.

Actualmente se encuentra en trámite el Proyecto de Orden por la que se determinan los nuevos conjuntos de medicamentos y sus precios de referencia y se procede a la revisión de los precios de referencia fijados para los conjuntos determinados con anterioridad.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

queda sino esperar a la regulación que al efecto se apruebe en ejecución de la remisión normativa.

Lo cierto es que en la propia LGURM o, mejor dicho, en la reforma que en ella introdujo el RDley 2012, se desconfiaba del alcance del sistema de precios de referencia. Así pues, y quizá en la pretensión de evitar una nueva reforma del precepto, se añade a aquél un complemento que viene representado en el sistema de precios seleccionados. Es este un paso más en la senda hace tiempo emprendida hacia la búsqueda de soluciones eficaces en el control del descarrilado gasto farmacéutico. En concreto, el Real Decreto-ley 16/2012 y su obstinación por reducir el gasto público farmacéutico, introdujo un art. 93 bis en el texto de la LGURM, asentando el señalado sistema de precios seleccionados<sup>1752</sup>. Según enuncia el precepto, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ostenta la facultad de proponer a la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos la aplicación del sistema de precios seleccionados a los medicamentos y productos sanitarios financiados. A tales efectos, compete al mismo Ministerio la elaboración de una propuesta motivada, de acuerdo a los criterios recogidos en el precepto legal, que ha de contener el precio máximo seleccionado aplicable en cada caso.

Una vez autorizado por la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad procede a publicar la decisión por Resolución de la unidad responsable de la prestación farmacéutica.

En el caso de los medicamentos financiados, el sistema de precios seleccionados se aplica a medicamentos sujetos a precios de referencia, teniendo en cuenta el consumo del conjunto, el impacto presupuestario<sup>1753</sup>, la existencia de, al menos, tres medicamentos en el conjunto, así como la ausencia de riesgo de desabastecimiento<sup>1754</sup>. Valorados estos criterios, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a través de la unidad con responsabilidad en prestación farmacéutica, procede a comunicar a los proveedores el

---

<sup>1752</sup> Y lo hizo sobre la base de lo previsto en la anterior versión del apartado undécimo del art. 93 LGURM, que fue incluido por obra del Real Decreto-Ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011.

<sup>1753</sup> De nuevo el RDley 2012 hace gala de su extrema inquietud por la vertiente económico-financiera de la ordenación farmacéutica.

<sup>1754</sup> Análogos criterios se aplican para el caso de los productos sanitarios.

inicio de un procedimiento de precio seleccionado, con comunicación del precio máximo de financiación que se propone para que manifiesten sus intenciones.

En base a las comunicaciones recibidas, el Ministerio elabora la propuesta anteriormente referida, de modo que cuantos medicamentos o productos sanitarios superen el precio máximo financiable quedan excluidos de la financiación por el Sistema Nacional de Salud, por el tiempo de vigencia del precio seleccionado, el cual, según establece la norma es de dos años durante los cuales no podrá ser modificado.

En cuanto a la actualización del sistema de precios seleccionados, ésta procede, para los casos en los que no haya sido aplicado con anterioridad, con periodicidad anual, de forma simultánea a la actualización del sistema de precios de referencia.

Ahora bien, las presentaciones de los medicamentos que resulten afectadas por la regulación legalmente prevista atinente al sistema de precios seleccionados, quedan exentas, a partir de dicho momento, de la aplicación de las deducciones recogidas en los artículos 8<sup>1755</sup>, 9<sup>1756</sup> y 10<sup>1757</sup> del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se

---

<sup>1755</sup> Su primer apartado se pronuncia en los siguientes términos: “las oficinas de farmacia aplicarán en la facturación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente que se dispensen con cargo a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud una deducción del 7,5 % sobre el precio de venta al público de estos medicamentos. A efectos de la aplicación y reparto de esta deducción entre todos los agentes de la cadena farmacéutica, la distribución aplicará una deducción del 7,5 % sobre el precio de venta del distribuidor, correspondiendo al laboratorio farmacéutico aplicar igualmente una deducción del 7,5 % sobre el precio industrial máximo. Estas deducciones serán igualmente aplicables a los medicamentos que, aun estando integrados en el sistema de precios de referencia, formen parte de conjuntos inactivos”. El segundo, por su parte, dispone que “las deducciones del apartado anterior se realizarán sin perjuicio de los descuentos regulados en el apartado 6 del artículo 3 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y no afectarán a los actuales márgenes comerciales de la dispensación y distribución, que mantienen sus cuantías. La aplicación de la escala prevista en el apartado 3 del artículo 2 del Real Decreto 823/2008, de 16 de mayo, por el que se establecen los márgenes, deducciones y descuentos correspondientes a la distribución y dispensación de medicamentos de uso humano, se efectuará una vez aplicadas las deducciones contempladas en el apartado 1 de este artículo”.

<sup>1756</sup> “En las compras de medicamentos de uso humano fabricados industrialmente formalizadas con cargo a fondos públicos del Sistema Nacional de Salud a través de los servicios de farmacia de los hospitales, de los centros de salud y de las estructuras de atención primaria, se aplicará una deducción del 7,5 % sobre el precio de compra”.

<sup>1757</sup> “Las deducciones previstas en los artículos 8 y 9 no serán de aplicación a los medicamentos genéricos así como a los medicamentos que se encuentran afectados por la aplicación del sistema de precios de referencia, con la salvedad hecha en el párrafo tercero del apartado uno del artículo 8. En el caso de medicamentos huérfanos, las deducciones contempladas en los artículos 8 y 9, serán del 4 por ciento. Por otra parte en el caso de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, respecto de los que no exista genérico o biosimilar autorizado en España, incluidos los de uso hospitalario, para los que hayan transcurrido diez años desde la fecha en que se hubiese adoptado la decisión de financiar con fondos públicos, u once en el caso de haber sido autorizada una nueva indicación, las deducciones contempladas en

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. Esto último ha sido interpretado como una suerte de desplazamiento de tal sistema de deducciones y su sustitución por el sistema de precios seleccionados<sup>1758</sup>.

Por su parte, los laboratorios titulares de la autorización de comercialización de las presentaciones de los medicamentos y las empresas ofertantes de las presentaciones de los productos sanitarios que resulten finalmente seleccionadas deben asumir el compromiso de garantizar su adecuado abastecimiento mediante declaración expresa al efecto. A este respecto, no conviene preterir el art. 101.2.c.21 LGURM, en el que se califica de infracción muy grave el desabastecimiento, y en concreto, “cesar el suministro de un medicamento por parte del titular de autorización de comercialización, en el caso en el que concurren razones de salud o de interés sanitario, como en el supuesto de originarse laguna terapéutica, ya sea en el mercado en general o en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud”.

El sistema de precios seleccionados, además de poder extenderse a través de la fijación de una aportación reducida por agrupaciones homogéneas, puede igualmente aplicarse a medicamentos y productos sanitarios que, no estando financiados, se consideren de interés para la salud pública en los términos expresados en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. En este sentido, para la determinación del precio seleccionado, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ha de tener en cuenta las especiales características de distribución y aplicación de estos productos.

El más inmediato antecedente de este sistema de precios seleccionados radica en el apartado noveno del art. 1 del Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011<sup>1759</sup>, norma que redactó el art. 93 LURM, disponiendo expresamente que “el

---

los artículos 8 y 9, serán del 15 por ciento, salvo en los medicamentos que cuenten con protección de patente de producto en todos los Estados miembros de la Unión Europea que, sin estar sujetos a regímenes excepcionales o transitorios en materia de propiedad industrial, hubiesen incorporado a su ordenamiento jurídico la legislación comunitaria correspondiente, y siempre que esta circunstancia se acredite por el titular de la autorización de comercialización”.

<sup>1758</sup> MOLINA NAVARRETE, E. Y MOLINA NAVARRETE, C., loc. cit., pág. 49.

<sup>1759</sup> Así se recuerda en LARIOS RISCO, D., op. cit., págs. 220 y 221.

Gobierno fijará motivadamente los criterios y el procedimiento para determinar el grupo de medicamentos que podrán quedar excluidos del sistema de precios de referencia, siendo éste sustituido por el sistema de precio seleccionado; para ello se tendrá en cuenta el consumo de estos medicamentos y /o su impacto presupuestario en el Sistema Nacional de Salud”, y añadiendo que “la aplicación del sistema de precio seleccionado podrá extenderse, asimismo, a otros grupos de medicamentos respecto de los que, no formando parte del sistema de precios de referencia, estén financiadas varias presentaciones con igual composición, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación, y a los productos sanitarios para pacientes no hospitalizados que requieran para su dispensación en oficina de farmacia receta médica oficial u orden de dispensación, de los que estén financiadas varias presentaciones con las mismas características, tipo, tamaño y contenido, y estén clasificados conforme a los grupos relacionados en los anexos I y II del Real Decreto 9/1996, de 15 de enero, por el que se regula la selección de los efectos y accesorios, su financiación con fondos de la Seguridad Social, o fondos estatales afectos a la sanidad y su régimen de suministro y dispensación a pacientes no hospitalizados”. Si bien coincidía en ciertos extremos con la redacción vigente<sup>1760</sup>, lo cierto es que mientras ésta opta por estipular las condiciones de funcionamiento del sistema en el propio cuerpo legal, la anterior remitía expresamente a la labor reglamentaria el desarrollo de lo legalmente establecido, al disponer que “el Real Decreto que se dicte al efecto regulará el procedimiento para la selección de las presentaciones de dichos medicamentos y productos sanitarios, así como para la determinación de su precio, y para la fijación del plazo durante el cual se mantendrá vigente el mismo”.

Ninguna norma llegó a materializar la propuesta que el Real Decreto-ley 9/2011 incorporó en la LGURM. Ninguna norma en el ámbito estatal, pues lo cierto es que en el plano autonómico sí se implantaron mecanismos tendentes a dar forma al apunte legalmente recogido. En concreto, Andalucía adaptó este modelo a su propia realidad a través del Decreto-ley 3/2011, de 13 diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes

---

<sup>1760</sup> También señalaba que “los laboratorios titulares de la autorización de comercialización de las presentaciones de los medicamentos y las empresas ofertantes de las presentaciones de los productos sanitarios que resulten finalmente seleccionadas deberán asumir el compromiso de garantizar su adecuado abastecimiento mediante declaración expresa al efecto. Las presentaciones que no resulten seleccionadas, quedarán temporalmente excluidas de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud durante el plazo en que se mantenga vigente el sistema de precio seleccionado”.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

sobre prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía. La norma en cuestión articula un sistema de precios seleccionados, conforme al cual, “la persona titular de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud realizará convocatorias públicas en las que podrán participar todos los proveedores interesados, para seleccionar el producto sanitario que deberá ser dispensado por las oficinas de farmacia cuando, en el marco de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, se les presente una receta médica, u orden de dispensación, en las que el mismo se identifica, exclusivamente, por su denominación genérica. En caso de que el producto tenga establecido precio menor de referencia en el Sistema Nacional de Salud, solo podrán participar en la convocatoria los proveedores de aquellos productos sanitarios cuyo precio autorizado es igual o inferior a dicho precio en el momento de la convocatoria”. Además, se prevé que “para cada grupo y tipo de producto sanitario o conjunto de intercambio si éste estuviese establecido en el Sistema Nacional de Salud, para el que exista en el mercado más de un producto autorizado y que puedan considerarse intercambiables entre sí, se seleccionará el de la entidad proveedora cuya propuesta represente, para el Servicio Andaluz de Salud, el menor coste final de la prescripción correspondiente de entre los propuestos. Para los cálculos oportunos, se tendrá en cuenta la diferencia entre el precio autorizado del producto sanitario, si éste tiene establecido precio menor de referencia en el Sistema Nacional de Salud o, en su defecto, el precio máximo de facturación correspondiente vigente en el momento de la convocatoria, establecido conforme a lo dispuesto en la Disposición transitoria sexta y la cuantía de la mejora económica para el Servicio Andaluz de Salud ofrecida por la empresa proveedora correspondiente”. Es de esta forma como “se obtendrá un listado ordenado de menor a mayor coste final de aquellos”, para, con carácter general, seleccionar el primero que figure en el citado listado, mientras que en los casos de resolución del convenio y en los de desabastecimiento, total o parcial, fehacientemente constatados, “el producto sanitario seleccionado será sustituido por el siguiente seleccionado que figure en el listado”.

La norma andaluza resulta, cuando menos, controvertida, si se tiene en cuenta que el sistema en ella previsto “puede suponer la exclusión de facto de la financiación pública en Andalucía de los productos no seleccionados, lo que no es compatible con la idea de que

el contenido mínimo de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud sólo puede fijarlo la administración central”<sup>1761</sup>. Desde luego, la problemática que se plantea no es menor, tal y como evidencia el recurso de inconstitucionalidad 4539-2012, interpuesto por el Presidente del Gobierno de la Nación en relación con su artículo único.

#### 9.3.4.- La aportación de los usuarios en la prestación farmacéutica ambulatoria.

La inclusión de medicamentos en la financiación del sistema no implica la completa cobertura pública de su coste, pues nuestro modelo farmacéutico se edifica sobre la base de la participación de los usuarios en el coste de los medicamentos y productos sanitarios<sup>1762</sup>. En efecto, la financiación de la prestación farmacéutica no queda limitada a la técnica impositiva, pues, como las demás integrantes de la Cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud, esta prestación, en su modalidad ambulatoria, se halla sujeta a la correspondiente aportación del usuario. La participación en el pago constituye, pues, la otra vertiente de la financiación de los medicamentos. Si al sistema público compete la asunción del coste articulado en torno al sistema de precios de referencia ya visto, sobre el beneficiario recae la obligación de contribución económica a través de la técnica del copago.

Queda claro que la inclusión de un medicamento en la prestación farmacéutica no supone en modo alguno que todo su coste sea asumido por el Sistema Nacional de Salud. Existen supuestos, y cada vez son más numerosos, en que el beneficiario ha de colaborar en la financiación de la misma, en lo que supone un esfuerzo económico que se adiciona al que de suyo se lleva a cabo vía impuestos. De ahí que más que de copago se hable comúnmente de “repago”<sup>1763</sup>. Y es que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, “el sistema sanitario nunca es gratis, aunque pueda ser declarado gratuito para el usuario, en cuyo caso se financiará indirectamente con el conjunto de tributos del sistema y demás

---

<sup>1761</sup> LARIOS RISCO, D., op. cit., págs. 221 y 222. Añade el autor que la norma andaluza no respeta la previsión de la LGURM por la que la aplicación del sistema de precios seleccionados sólo se lleva a cabo con respecto a los grupos previamente excluidos del sistema de precios de referencia.

<sup>1762</sup> ROMERAL HERNÁNDEZ, J., op. cit., pág. 313.

<sup>1763</sup> Véase MOLINA NAVARRETE, E. Y MOLINA NAVARRETE, C., loc. cit., págs. 54-58.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

ingresos del Estado, en lugar de, directamente, con cargo a las aportaciones del usuario"<sup>1764</sup>.

La técnica de la aportación, en modo alguno nueva<sup>1765</sup>, juega un papel determinante entre las estrategias de contención del gasto farmacéutico por la que se busca exonerar de una parte del coste de los medicamentos al sistema público, quedando la misma a cargo de los beneficiarios<sup>1766</sup>. En cualquier caso, la finalidad no es enteramente económica, pues también se pretende salvaguardar el alcance terapéutico de la propia prestación farmacéutica al eludir el abuso en su empleo<sup>1767</sup>, mediante el fomento de la responsabilidad ciudadana en su consumo. Se trata, en definitiva, de disminuir el gasto que asume el Sistema Nacional de Salud, al tiempo que se tiende al reforzamiento del principio capital del uso racional, evitando la adquisición de medicamentos finalmente no utilizados.

De entre todas las polémicas medidas incorporadas en el RDley 2012, ha sido la atinente al régimen de aportación del beneficiario una de las acreedoras de mayor crítica y recelo. No en vano, determinadas Comunidades Autónomas, como señaladamente el País Vasco, se han rebelado contra la nueva regulación del copago. Así, el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi incorpora en su art. 8 un régimen de aportación y exención específico y diferenciado del estatal, con lo que el desafío a la equidad e igualdad está servido.

La reforma operada en el ámbito del copago ha sido, además, eminentemente amplia, de forma que no sólo ha incidido en los sujetos, introduciendo nuevos colectivos en el copago, como los pensionistas, que hasta entonces quedaban exentos de la obligación de

---

<sup>1764</sup> STC 71/2014, de 6 de mayo, rec. núm. 7208/2012 (FJ 7).

<sup>1765</sup> Lo cierto es que esta participación de los beneficiarios en la prestación farmacéutica era asumida desde la propia legislación de Seguridad Social, si bien con un carácter muy limitado. Art. 107 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, que aprobó el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

<sup>1766</sup> En las mismas líneas introductorias del RDley 2012 se alude a la necesidad de preservar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud como causa justificativa de la modificación acometida en el régimen de aportación.

<sup>1767</sup> Véase GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: "*Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria...*", pág. 90. En el mismo sentido, en MOLINA NAVARRETE, E. Y MOLINA NAVARRETE, C., loc. cit., pág. 54, se alude a un doble efecto recaudatorio y disuasorio.

aportación, sino que también ha supuesto una novación en los criterios que rigen en la determinación del límite y cuantía del montante a pagar. Lo cierto es que la discriminación de los pensionistas en función de la renta que se lleva a cabo desde la reforma sanitaria de 2012 ha sido considerada como una virtud, puesto que no existían sólidos argumentos que justificasen su tratamiento como un conjunto autónomo<sup>1768</sup>. Desde luego, parece más coherente que el criterio en la delimitación de los usuarios sujetos a copago venga determinado por la situación económica, más que por la edad.

Lo cierto es que la aportación del usuario emerge tras la reforma sanitaria en la lógica de la prestación farmacéutica ambulatoria<sup>1769</sup>, efectuándose en el mismo momento de la dispensación del medicamento o producto sanitario y siendo proporcional al nivel de renta que se actualizará, como máximo, anualmente.

En todo caso, no parece que exista un proyecto de estabilidad, pues el primer apartado del art. 94 atribuye al Gobierno la revisión periódica de la participación en el pago a satisfacer por los ciudadanos por la prestación farmacéutica incluida en la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud, y los supuestos de financiación íntegra con cargo a fondos públicos<sup>1770</sup>. A tal efecto, la revisión se ha de publicar a través de la pertinente orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en el Boletín Oficial del Estado.

Por su parte, el segundo apartado del mismo precepto se refiere a la modulación de la participación en el pago por parte del Gobierno, en base a criterios que tengan en cuenta la capacidad de pago, la utilidad terapéutica y social de los medicamentos o de los productos sanitarios, las necesidades específicas de ciertos colectivos, la gravedad, duración y secuelas de las distintas patologías para los que resulten indicados, la racionalización del gasto público destinado a prestación farmacéutica, así como la existencia de medicamentos o productos sanitarios ya disponibles y otras alternativas mejores o iguales para las mismas afecciones. En todo caso, los usuarios se encuentran obligados a justificar

---

<sup>1768</sup> MOLINA NAVARRETE, E. Y MOLINA NAVARRETE, C., loc. cit., pág. 54.

<sup>1769</sup> Definida en el primer apartado del art. 94 bis LGURM como “la que se dispensa al paciente mediante receta médica u orden de dispensación hospitalaria a través de oficinas o servicios de farmacia”.

<sup>1770</sup> No es costoso advertir la existencia de una “voluntad gubernamental de hacer del pago directo, no ya sólo a través de impuestos, de esta prestación un elemento clave para la sostenibilidad financiera de la misma”. MOLINA NAVARRETE, E. Y MOLINA NAVARRETE, C., loc. cit., pág. 54.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

su derecho a la correspondiente modalidad de pago cuando así les sea requerido por el personal facultativo del Sistema Nacional de Salud o en las oficinas de farmacia dispensadoras. Y es que la aportación, según se verá, se hace depender de la concreta circunstancia que acredite el derecho.

Con carácter general, el porcentaje de aportación del usuario sigue el siguiente esquema, constituido por distintos tramos que fueron introducidos con la reforma del 2012 en un nuevo art. 94 bis LGURM:

- Un 60 % del PVP para los usuarios y sus beneficiarios cuya renta sea igual o superior a 100.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

- Un 50 % del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado activo y sus beneficiarios cuya renta sea igual o superior a 18.000 euros e inferior a 100.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

- Un 40% del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado activo y sus beneficiarios y no se encuentren incluidos en ninguno de los supuestos anteriores.

- Un 10 % del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios<sup>1771</sup>, con excepción de las personas incluidas en el primer supuesto.

---

<sup>1771</sup> Conviene precisar, a este respecto, lo dispuesto en la Orden PRE/1797/2008, de 18 de junio, sobre acreditación de la condición de pensionista de la Seguridad Social a efectos del reconocimiento del derecho a la prestación farmacéutica, la cual señala que los pensionistas de la Seguridad Social, así como los beneficiarios a su cargo, deben acreditar dicha condición para determinar el alcance de su derecho en relación con la prestación farmacéutica. En este sentido, tal acreditación se efectúa mediante documento expedido a tales efectos por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, siempre que le corresponda el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y cuando se trate de pensionistas o de sus beneficiarios, residentes en España, con derecho a asistencia sanitaria a cargo de otro país al amparo de instrumentos internacionales. En los supuestos de estancias temporales de pensionistas o de sus beneficiarios, con derecho a asistencia sanitaria con cargo a otro país al amparo de instrumentos internacionales, puede acreditarse dicha condición mediante documento expedido por la institución competente del otro país.

- Con carácter sectorial, el nivel de aportación de los mutualistas y clases pasivas de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas y la Mutualidad General Judicial es del 30 %<sup>1772</sup>.

La Ley incorpora, en este ámbito, una previsión flexibilizadora, lo que indica que no impera en exclusiva el criterio atinente a la renta, pues al menos se tienen en cuenta ciertas necesidades de determinados grupos específicos. En particular, y con el fin de “garantizar la continuidad de los tratamientos de carácter crónico y asegurar un alto nivel de equidad a los pacientes pensionistas con tratamientos de larga duración”, los porcentajes generales arriba referidos se encuentran sujetos a topes máximos de aportación en una serie de supuestos, por lo que el importe de las aportaciones que excedan de las cuantías correspondientes son objeto de reintegro por la Comunidad Autónoma de que se trate, con una periodicidad máxima semestral<sup>1773</sup>. Esto no ha quedado exento de crítica<sup>1774</sup>, y es que tal criterio modulador no se tiene en cuenta en el momento de la dispensación, sino que opera a posteriori, de forma que en el momento de la adquisición del medicamento se ha de pagar con arreglo al régimen general y el criterio exclusivo de la renta.

Los límites máximos que la norma legal prevé son los siguientes:

- Un 10 % del PVP en los medicamentos pertenecientes a los grupos ATC de aportación reducida, con una aportación máxima para el 2012, expresada en euros, resultante de la aplicación de la actualización del IPC a la aportación máxima vigente. Dicha aportación máxima se actualiza, de forma automática, cada mes de enero de acuerdo con la evolución del IPC<sup>1775</sup>, formalizándose la actualización a través de

---

<sup>1772</sup> Nótese que este colectivo es el único que mantiene el mismo porcentaje que con anterioridad a la reforma de 2012, de modo que se le sigue dispensando el tratamiento privilegiado del que tradicionalmente ha gozado.

<sup>1773</sup> En el ámbito del INGESA, rige la Resolución de 11 de enero de 2013, por la que se establece el procedimiento de reembolso del exceso de aportación farmacéutica a los usuarios que ostenten la condición de asegurados pensionistas así como por sus beneficiarios.

<sup>1774</sup> Véase LARIOS RISCO, D., op. cit., págs. 225 y 226, y SÁNCHEZ BAYLE, M.: “Comienza la contrarreforma sanitaria...”, pág. 185.

<sup>1775</sup> Para el año 2015, la Resolución de 15 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se procede a la actualización de la cuantía máxima correspondiente a los medicamentos pertenecientes a los grupos ATC de aportación reducida, y se actualizan los límites máximos de aportación mensual para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

resolución de la unidad responsable de farmacia del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

- Para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios cuya renta sea inferior a 18.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o que no estén incluidos en los siguientes supuestos, se prevé hasta un límite máximo de aportación mensual de ocho euros<sup>1776</sup>.

- Para las personas que ostentan la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios cuya renta sea igual o superior a 18.000 euros e inferior a 100.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se establece hasta un límite máximo de aportación mensual de dieciocho euros<sup>1777</sup>.

- Para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionista de la Seguridad Social y sus beneficiarios cuya renta sea superior a 100.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se estipula hasta un límite máximo de aportación mensual de sesenta euros<sup>1778</sup>.

En todo caso, están exentos de aportación los usuarios y sus beneficiarios afectados de síndrome tóxico y personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica<sup>1779</sup>, las personas perceptoras de rentas de integración social, las

---

ambulatoria establece en 4,24 euros la aportación máxima para los medicamentos pertenecientes a los grupos ATC de aportación reducida.

<sup>1776</sup> Siendo ésta la letra del precepto legal, hay que estar, no obstante, a la Resolución de 15 de diciembre de 2014, que establece, en los supuestos de renta inferior a 18.000 euros, un límite máximo de aportación mensual 8,23 euros.

<sup>1777</sup> Nuevamente corregido por la Resolución de 15 de diciembre de 2014 en 18,52 euros.

<sup>1778</sup> Conforme a tal Resolución, el límite máximo de aportación mensual vigente es de 61,75 euros.

<sup>1779</sup> Los arts. 8 y 9 del Real Decreto 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 de su inclusión social eximen de aportación a quienes no estén incluidos en el sistema de Seguridad Social. En consecuencia, tal exención no es de aplicación cuando la persona con discapacidad es beneficiaria de la asistencia sanitaria como hijo de un asegurado en activo. Así se indica en la STS 4241/2011, de 17 de mayo.

personas perceptoras de pensiones no contributivas, los parados que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo en tanto subsista su situación, así como las personas con tratamientos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Con respecto a estos últimos, se advierte que la normativa vigente mantiene un tratamiento deliberadamente cualificado o, más bien, privilegiado, que tanto se ha denunciado en cualquier análisis del régimen de las contingencias profesionales.

La aportación del usuario, conforme se acaba de exponer, resulta proporcional a su nivel de renta, por lo que deviene imprescindible la determinación del mismo. A tales efectos, cobra relevancia la Disposición adicional tercera del RDley 2012, que, referida a la cesión de información tributaria, dispone que “la administración tributaria facilitará, dentro de cada ejercicio, al órgano de la administración pública responsable del reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo, los datos relativos a sus niveles de renta en cuanto sean necesarios para determinar el porcentaje de participación en el pago de las prestaciones de la cartera común de servicios sujetas a aportación”. Ahora bien, y a pesar de que se precise expresamente que “en el tratamiento de estos datos la administración cesionaria debe respetar la normativa sobre protección de datos de carácter personal”, la disposición no deja de ser controvertida, tal y como lo demuestra el hecho de que también ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad.

Igualmente polémica ha resultado la redacción del art. 94 ter, introducido también en virtud de la reforma de 2012, y referido precisamente a la protección de datos personales. El precepto en cuestión habilita al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina a tratar los datos obrantes en los ficheros de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y de las entidades que colaboran con las mismas que resulten imprescindibles para determinar la cuantía de la aportación de los beneficiarios en la prestación farmacéutica. Si bien la previsión normativa se cuida de señalar que dicho tratamiento “se somete plenamente a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y sus disposiciones de desarrollo”, contiene una peligrosa exención de requerimiento del consentimiento del interesado. Del mismo modo, se reconoce la facultad que ostenta la administración competente en materia tributaria para comunicar al Instituto Nacional de la



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina, los datos que resulten necesarios para determinar el nivel de renta requerido, y lo preceptúa igualmente añadiendo la infortunada cláusula “sin contar con el consentimiento del interesado.

Por su parte, los órganos de las administraciones públicas que resulten competentes para determinar la concurrencia de los requisitos establecidos para la exención de la aportación aludidos líneas arriba, pueden comunicar esta circunstancia al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina, y de nuevo, “sin contar con el consentimiento del interesado”. El Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina ha de comunicar al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y éste, a su vez, a las demás Administraciones sanitarias competentes el dato relativo al nivel de aportación que corresponda a cada usuario de conformidad con lo establecido en la normativa reguladora de las recetas médicas y órdenes de dispensación<sup>1780</sup>. Según establece el precepto legal, dicha información en ningún caso incluirá el dato de la cuantía concreta de las rentas.

Pero no es el de la información el único campo condicionado por la aportación del usuario. También ésta incide en el código de clasificación de las recetas. En concreto, tal y como señala el art. 5.1 del Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, las recetas oficiales se han de adaptar a una serie de criterios básicos de diferenciación de acuerdo con la expresión de las siglas o del código de clasificación en la base de datos de tarjeta sanitaria individual, los cuales figuran impresos alfanuméricamente o codificados en la parte superior derecha de las recetas de acuerdo al siguiente esquema:

- Código TSI 001 para los usuarios exentos de aportación.
- Código TSI 002 para los usuarios con aportación reducida de un 10 %.
- Código TSI 003 para los usuarios con aportación de un 40 %.
- Código TSI 004 para los usuarios con aportación de un 50 %.

---

<sup>1780</sup> Los datos comunicados son objeto de tratamiento por la Administración sanitaria correspondiente a los solos efectos de su incorporación al sistema de información de la tarjeta sanitaria individual.

- Código TSI 005 para los usuarios con aportación de un 60 %
- Código TSI 006 para los usuarios de mutualidades de funcionarios con aportación de un 30%.
- ATEP para las recetas de accidentes de trabajo o enfermedad profesional.
- NOFIN para las recetas de medicamentos y productos sanitarios no financiados.
- DAST para las recetas de medicamentos y productos sanitarios prescritas a usuarios en el marco de aplicación de la Directiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza: los usuarios deben abonar el importe íntegro.

Es evidente que a partir de estos códigos alfanuméricos ni el personal facultativo ni el farmacéutico que dispensa el fármaco prescrito por aquél pueden conocer con exactitud la renta del paciente en cuestión y, pocas críticas cabría hacer desde el punto de vista del derecho a la protección de datos personales que asiste al paciente. Sin embargo, no hay que perder de vista que por medio de estas clasificaciones se puede llegar a saber el tramo de renta en el que se halla el paciente, lo que parece que es suficientemente sensible para que el consentimiento previo del paciente fuese requerido<sup>1781</sup>.

#### 9.3.5.- Especial referencia al "euro por receta".

El empeinado propósito de reducción del gasto público farmacéutico también ha inspirado la acción autónoma y su afán de buscar nuevas fuentes de financiación. Mención especial merece al respecto la introducción de tasas en Cataluña y Madrid, bajo la coloquial denominación del "euro por receta". Fue el art. 41 de la Ley catalana 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del Impuesto sobre las Estancias en Establecimientos Turísticos, la que estableció la tasa sobre los actos preparatorios y los servicios accesorios de mejora de la información inherentes al proceso para la prescripción y dispensación de medicamentos y productos

---

<sup>1781</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: "Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril...". Westlaw BIB 2012\940.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

sanitarios mediante la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación. Siguiendo este precedente, la Asamblea de Madrid aprobó la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, cuyo art. 2.9 instauró la tasa por prestación de servicios administrativos complementarios de información, con ocasión de la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación.

De perfiles prácticamente idénticos<sup>1782</sup>, todo indicaba que ambas tasas correrían igual suerte en términos constitucionales. Y así fue. Siendo objeto de sendos recursos de inconstitucionalidad<sup>1783</sup>, que abrieron la puerta a la suspensión de su aplicación<sup>1784</sup>, el Tribunal Constitucional ha terminado por concluir que tanto la tasa impuesta en Cataluña, como la de Madrid, resultan contrarias a la Constitución española (SSTC 71/2014, de 6 de mayo, y 85/2014, de 29 de mayo, respectivamente).

Desde el punto de vista técnico, nada parecía reprochable, en tanto en cuanto el art. 157.1.b) CE reconoce el poder tributario de las Comunidades Autónomas, habilitando la configuración autonómica de tasas, sin que se apreciase una indebida superposición de hechos imposables de los tributos autonómicos sobre otros previamente gravados por el Estado o las entidades locales, máxime cuando el copago farmacéutico previsto en la LGURM carece de carácter tributario, pues se incluye en la categoría más amplia de prestación patrimonial de carácter público del art. 31.3 CE<sup>1785</sup>. Los cuestionamientos

---

<sup>1782</sup> En ambas coinciden sustancialmente el hecho imponible (los actos preparatorios y los servicios accesorios de mejora de la información inherentes al proceso para la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios mediante la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación, en Cataluña, y la prestación de determinados servicios administrativos con ocasión de la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación, en Madrid), el devengo (el momento de la dispensación de la receta correspondiente a un medicamento), los sujetos pasivos (la persona física a la que se prescribe y se dispensa un medicamento o producto sanitario, que es documentada en la receta médica u orden de dispensación correspondiente, en la tasa catalana, y la persona física a la que se prescribe un medicamento o producto sanitario documentado en una receta médica u orden de dispensación, en la tasa madrileña) y la cuota (un euro por receta).

<sup>1783</sup> Recurso de inconstitucionalidad núm. 191-2013 promovido por sesenta y dos senadores del Grupo Parlamentario Socialista, recurso de inconstitucionalidad núm. 349-2013 promovido por el Presidente del Gobierno y recurso de inconstitucionalidad núm. 7208-2012, interpuesto por la Presidenta del Gobierno en funciones.

<sup>1784</sup> El mantenimiento de ambas suspensiones fueron decretadas, respectivamente, en el ATC 142/2013, de 4 de junio, en relación con la Comunidad de Madrid, y el ATC 122/2013, de 21 de mayo, en relación con Cataluña.

<sup>1785</sup> AMATRIAIN CÍA, I.: "La financiación del sistema sanitario público a través de tasas. En especial, el llamado "euro por receta"", en AA. VV.: *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, ALENZA GARCÍA, J. F. Y ARCOS VIEIRA, M. L. (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 77.

pivotaban, antes bien, sobre el plano referente al reparto competencial de la materia sobre la que ambas tasas incidían<sup>1786</sup>.

Y es que en los dos casos las tasas recaían directamente sobre la prestación farmacéutica, pues sabido es que su pago constituye condición para la dispensación del medicamento. Siendo así, el Tribunal Constitucional rechaza que estos instrumentos tributarios puedan entenderse afectados a servicios administrativos añadidos, ya que "no se amplían el ámbito subjetivo ni objetivo de las prestaciones sanitarias, sino que, como se ha constatado, incide directamente sobre una prestación básica, empeorándola desde la perspectiva del ciudadano, beneficiario de la misma"<sup>1787</sup>.

El TC sostiene en ambos pronunciamientos, como no podía ser de otra forma, el carácter básico que ostentan los arts. 94 y 94 *bis* LGURM, a los que remite el art. 8 *ter* LCC, que ya se ha visto que regulan los supuestos y la cuantías en los que procede el copago farmacéutico. De esta forma, y dado que tanto el "euro por receta" madrileño como el catalán tienen por hecho imponible, lejos de una prestación nueva, la misma prestación farmacéutica, cuya financiación regulan los preceptos recién referidos, se concluye que "no resulta por tanto compatible con este régimen básico el establecimiento de una tasa como la controvertida, al hacer más gravoso para el ciudadano la adquisición de sus medicamentos con receta en la Comunidad Autónoma". Desde luego que para los usuarios de los servicios públicos de salud en que operase el "euro por receta", sería más costoso el acceso a la prestación farmacéutica que para los de los restantes servicios autonómicos, dado que aquellos se verían compelidos a abonar no sólo el copago farmacéutico pertinente, común en el conjunto del SNS, sino también el euro correspondiente a cada receta u orden de dispensación que desatiende, además, la capacidad económica del sujeto pasivo. Si el sistema de financiación de la prestación farmacéutica forma parte integrante de las bases en materia sanitaria, sólo el Estado resulta

---

<sup>1786</sup> Consúltese AGULLÓ AGÜERO, A.: "La tasa del euro por receta. Controversia competencial y régimen jurídico", en AA. VV.: *La distribución del poder financiero en España: Homenaje al profesor Juan Ramallo Massanet*, ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., ZORNOZA PÉREZ, J. J. (Dir.) Y VEGA BORREGO, F. A. (Coord.), Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 349-367.

<sup>1787</sup> FJ 7.b) de la STC 71/2014 y FJ 3.d) de la STC 85/2014.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

competente en el establecimiento de una tasa que supone exigir una contribución a la persona a la que se le prescribe o dispensa un medicamento<sup>1788</sup>.

La definición del sistema de financiación de la prestación farmacéutica satisface, en definitiva, las exigencias formales y materiales de la legislación básica, al garantizar una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar del territorio nacional en que se resida, evitando la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud. En este sentido, la modalidad de financiación aplicable a las diferentes prestaciones sanitarias y a los supuestos en que procede el pago de aportaciones por sus destinatarios, como financiación adicional, representan un elemento nuclear del propio ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, que en consecuencia debe ser regulado de manera uniforme, a fin de garantizar el mínimo común de prestaciones sanitarias cubierto por financiación pública en todo el territorio nacional<sup>1789</sup>.

En el plano normativo, se ha insistido en la necesaria preservación de este principio de igualdad territorial. No en vano, el art. 88 LGURM, llevándolo por rúbrica, reconoce el derecho "de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la utilización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias", al tiempo que prohíbe que estas medidas autonómicas puedan ocasionar "diferencias en las condiciones de acceso a los medicamentos y productos sanitarios financiados por el Sistema Nacional de Salud, catálogo y precios" o "distorsiones en el mercado único de medicamentos y productos sanitarios". La oposición de las tasas madrileña y catalana con esta previsión legal es

---

<sup>1788</sup> La fundamentación del carácter estatal de esta competencia fue desarrollada en la STC 136/2012 (FJ 5). En dicho pronunciamiento, el TC puso de relieve que la determinación de la modalidad concreta de financiación de una prestación del Sistema Nacional de Salud como la farmacéutica es una decisión básica que corresponde tomar al legislador estatal, incluyendo en particular la posibilidad de imponer una colaboración financiera del usuario por vía de aportación adicional (copago), pues ello incide en la forma de prestación del servicio público fundamental de la sanidad y en el acceso igualitario al medicamento por parte de los usuarios.

<sup>1789</sup> SSTC 71/2014 (FJ 7.a), 136/2012 (FJ 5) y 22/2012, de 16 de febrero (FJ 3).

notoria<sup>1790</sup>, profundizando las brechas de la inequidad territorial y vulnerando, por tanto, las garantías de accesibilidad y movilidad que reconoce la LCC y que han sido objeto de estudio líneas arriba.

#### 9.4.- Indicación y prescripción.

En el ámbito de la prescripción de medicamentos, en el que la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios cumple un cometido esencial, al catalogar al medicamento, en la misma autorización, como sujeto a prescripción médica<sup>1791</sup> o no sujeto<sup>1792</sup>, se ha encontrado uno de los terrenos más fructíferos en cuanto a racionalización del gasto farmacéutico se refiere. En efecto, es el denominado uso racional del medicamento el que ha erigido desde unos años atrás hasta la actualidad en elemento motriz que aspira a orientar la prescripción de fármacos. Uso racional cuyo fin no es otro que preservar la disponibilidad de la prestación y, con ello, su real efectividad para todos los usuarios.

---

<sup>1790</sup> MATIA PORTILLA, F. J.: "Examen constitucional de las regulaciones catalana y madrileña del euro por receta", *Revista de Derecho Político*, núm. 90, 2014, pág. 36. El autor señala que "se podrá discutir si la nueva tasa encarece, o no, el precio del medicamento (en sí mismo considerado), pero resulta patente, en todo caso, que la misma produce, inevitablemente una distorsión en el mercado único de medicamentos y productos sanitarios (...) El Tribunal entiende que las Comunidades pueden facilitar (léase abaratar) el acceso a los medicamentos, pero no dificultarlo (léase encarecerlo), aunque tanto una como otra medida tiene por indudable efecto distorsionar ese mercado único".

<sup>1791</sup> Se hallan sujetos a prescripción médica aquellos medicamentos que puedan presentar un peligro, directa o indirectamente, incluso en condiciones normales de uso, si se utilizan sin control médico; los que se utilicen frecuentemente, y de forma muy considerable, en condiciones anormales de utilización, y ello pueda suponer, directa o indirectamente, un peligro para la salud; los que contengan sustancias o preparados a base de dichas sustancias, cuya actividad y/o reacciones adversas sea necesario estudiar más detalladamente; o los que se administren por vía parenteral, salvo casos excepcionales, por prescripción médica. A su vez, la normativa precisa que la AEMPS puede establecer, en los medicamentos que sólo pueden dispensarse bajo prescripción médica, las siguientes subcategorías: medicamentos de dispensación bajo prescripción médica renovable o no renovable, medicamentos sujetos a prescripción médica especial y medicamentos de dispensación bajo prescripción médica restringida, de utilización reservada a determinados medios especializados.

<sup>1792</sup> La AEMPS puede calificar como medicamentos no sujetos a prescripción médica aquéllos que vayan destinados a procesos o condiciones que no necesiten un diagnóstico preciso y cuyos datos de evaluación toxicológica, clínica o de su utilización y vía de administración no exijan prescripción médica, de modo que dichos medicamentos puedan ser utilizados para autocuidado de la salud, mediante su dispensación en la oficina de farmacia por un farmacéutico, que informará, aconsejará e instruirá sobre su correcta utilización.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

### 9.4.1.- El principio del uso racional de los medicamentos y sus implicaciones en la prescripción y dispensación de los mismos

El art. 4 del RDley 2012 operó una importante reforma en el art. 85 LGURM<sup>1793</sup>, introduciendo una nueva ordenación en la prescripción a través del principio activo<sup>1794</sup>, a fin de asegurar su consolidación en la prestación farmacéutica.

En primer lugar, y valiéndose de una fórmula neutra que se ha llegado a tachar de “sofisma”<sup>1795</sup>, el referido precepto enuncia que “la prescripción de medicamentos y productos sanitarios en el Sistema Nacional de Salud se efectuará en la forma más apropiada para el beneficio de los pacientes, a la vez que se protege la sostenibilidad del sistema”. De nuevo, la ansiada a la par que compleja sintonía entre calidad prestacional y viabilidad financiera se impone como principio guía de la articulación de la prescripción farmacéutica. Ahora bien, siendo éste el propósito teórico, en la práctica se asiste a una marcada hegemonía del elemento económico. No hay más que acudir en este sentido a los apartados sexto y séptimo del art. 5 del Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, los cuales, introducidos por el RDley 2012 resultan enormemente reveladores, al disponer que “en los informes de prescripción y terapéutica para el paciente se incorporará información sobre el coste del tratamiento, con diferenciación del porcentaje asumido por el Sistema Nacional de Salud” y que “durante el acto médico, el paciente será informado de la existencia de opciones terapéuticas de aportación reducida con carácter previo a la emisión de la receta oficial del Sistema Nacional de Salud”.

Una vez sentado lo anterior como premisa básica, la regulación legal procede a desgarnar el sistema de prescripción en sentido estricto. En particular, en el Sistema Nacional de Salud, las prescripciones de medicamentos incluidos en el sistema de precios

---

<sup>1793</sup> Tan sólo ocho meses se mantuvo en vigor la redacción dada al precepto por el Real Decreto-Ley 9/2011.

<sup>1794</sup> Se ha señalado que “la prescripción por principio activo, aunque ayude a la contención de costes a corto plazo, es, sobre todo, una filosofía. Una filosofía por la que los profesionales trabajan con los nombres de la sustancia que representa el medicamento y no con el nombre que va ligado a un producto industrial, por la que ese nombre se incorpora a las recetas y paulatinamente a todos los documentos, las historias clínicas, los informes de alta. Es una estrategia que tiende al debilitamiento del impacto comercial de los laboratorios y a recuperar el carácter científico de un tratamiento”. SÁNCHEZ BAYLE, M.: “Comienza la contrarreforma sanitaria...”, pág. 179.

<sup>1795</sup> MOLINA NAVARRETE, E. Y MOLINA NAVARRETE, C., loc. cit., pág. 42.

de referencia o de agrupaciones homogéneas no incluidas en el mismo<sup>1796</sup> se efectúan de acuerdo con el siguiente esquema configurado desde la propia LGURM:

- Para procesos agudos, la prescripción “se hará, de forma general, por principio activo”<sup>1797</sup>.

- Para los procesos crónicos, la primera prescripción, correspondiente a la instauración del primer tratamiento, “se hará, de forma general, por principio activo”. A juicio de SÁNCHEZ BAYLE, esta distinción entre la primera receta y las demás, además de resultar muy difícil en la práctica, salvo en los casos de receta electrónica, carece de sentido. Su justificación última parece encontrarse en la búsqueda del equilibrio entre la prescripción por principio activo y la cesión a las pretensiones de la industria farmacéutica, pero intentado condicionar la primera receta en un supuesto totalmente erróneo de que la marca o el genérico dispensado en la farmacia en la primera receta es el que se va a mantener en las dispensaciones sucesivas<sup>1798</sup>.

- Para los procesos crónicos cuya prescripción se corresponda con la continuidad de tratamiento, “podrá realizarse” (por tanto, este supuesto carece del carácter imperativo advertido en los dos anteriores) por denominación comercial, siempre y cuando ésta se encuentre incluida en el sistema de precios de referencia o sea la de menor precio dentro de su agrupación homogénea.

---

<sup>1796</sup> Señala la Disposición adicional decimocuarta LGURM que, a efectos de aplicar los supuestos de dispensación y sustitución establecidos en los artículos 85 y 86 respectivamente de esta Ley, la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, publicará en su página web, junto al Nomenclátor de productos farmacéuticos del Sistema Nacional de Salud, la información relativa a las agrupaciones homogéneas de las presentaciones de los medicamentos y de los productos sanitarios para pacientes no hospitalizados que requieran para su dispensación receta médica oficial u orden de dispensación.

La información sobre los precios menores se actualiza el primer día hábil de cada mes y se publicará en la página web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

<sup>1797</sup> El art. 8.c) LGURM define el principio activo como toda materia, cualquiera que sea su origen - humano, animal, vegetal, químico o de otro tipo- a la que se atribuye una actividad apropiada para constituir un medicamento. Por su parte, el art. 2.2. del Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, en su redacción dada por el Real Decreto 686/2013, de 16 de septiembre, preceptúa que constituye principio activo o sustancia activa toda sustancia o mezcla de sustancias destinadas a la fabricación de un medicamento y que, al ser utilizadas en su producción, se convierten en un componente activo de dicho medicamento destinado a ejercer una acción farmacológica, inmunológica o metabólica con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas, o de establecer un diagnóstico.

<sup>1798</sup> SÁNCHEZ BAYLE, M.: “Comienza la contrarreforma sanitaria...”, pág. 180.



#### CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Según se constata, la norma, en su redacción vigente, supera la referencia genérica contenida en la anterior, en la que se señalaba (en una apuesta decidida por el principio activo, con un carácter imperativo que desplazaba el tono de fomento con que éste se encomendaba en la redacción original de la LGURM) que “la prescripción, indicación o autorización de dispensación de los medicamentos se realizará por principio activo, en la receta médica oficial u orden de dispensación, del Sistema Nacional de Salud”. Aunque hay quien ha criticado la ausencia de una elección precisa y objetiva de criterio en el tenor literal actual de la LGURM<sup>1799</sup>, parece que no pretende sino emplear una fórmula capaz de acoger las distintas opciones existentes de política farmacéutica o las diferentes estrategias autonómicas al respecto.

Por tanto, según la normativa actualmente vigente, la prescripción por principio activo constituye el principio de base. No obstante, también se admiten ciertas excepciones a esta regla general. Así, la prescripción por denominación comercial de medicamentos resulta factible en dos supuestos. En primer lugar, en el caso de los medicamentos considerados como no sustituibles, de forma que el reemplazamiento por el bioequivalente genérico deviene en imposible y, en segundo lugar, cuando se respete el principio de mayor eficiencia para el sistema, en lo que constituye una fórmula dotada de gran vaguedad requirente de mayor precisión en el desarrollo reglamentario precedente. Este último supuesto viene a representar una importante excepción al criterio del principio activo y el medicamento genérico, si bien se halla legalmente justificada porque se sigue cumpliendo de esta manera el criterio de la simetría calidad/coste. Luego esta previsión resulta enormemente reveladora, en el sentido de que se concede al criterio de eficiencia económica tal preponderancia que es capaz de legitimar el desplazamiento del criterio del principio activo que tanto ha contribuido, no hay duda, en la consolidación del uso racional del medicamento. Por otra parte, supone igualmente la imposición de una fuerte presión sobre la responsabilidad del prescriptor<sup>1800</sup>. Y, en este sentido, se corre el riesgo de que el facultativo asuma funciones propias de valoración de la carga financiera de sus

---

<sup>1799</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., op. cit., pág. 604.

<sup>1800</sup> Así ha sido criticado por MOLINA NAVARRETE, E. Y MOLINA NAVARRETE, C., loc. cit., págs. 43 y 44, para quienes “la conexión estrecha entre la prescripción y los efectos económico-financieros responsabilizan en extremo al médico del objetivo del ahorro para el SNS, pero lo desconecta –aleja- parcialmente de las contingencias del paciente”.

decisiones, que sobrepasan arriesgadamente las que deben dirigir su actividad, condicionada a los requerimientos de salud del paciente. La presión continuamente ejercida sobre el médico provoca no sólo el desconcierto del sanitario correspondiente, sino también un ánimo de tensión con los pacientes, que reclaman un comportamiento que la propia estructura no ofrece al médico.

En cualquier caso, la prescripción de un medicamento para su utilización en condiciones diferentes a las establecidas en su ficha técnica debe ser autorizada previamente por la comisión responsable de los protocolos terapéuticos u órgano colegiado equivalente en cada Comunidad Autónoma<sup>1801</sup>. Se trata de garantizar un sistema de información que contribuya a una eficaz asistencia a los beneficiarios de la prestación farmacéutica.

En aquellos supuestos en que la prescripción se realice por principio activo, el farmacéutico ha de dispensar el medicamento de precio más bajo de su agrupación homogénea y, en el caso de igualdad, el medicamento genérico o el medicamento biosimilar correspondiente. Se sigue básicamente el mismo patrón que desde hace años se ha asentado en la dispensación farmacéutica. Y es que no es la actual la primera regulación que encomienda su ejecución al menor coste posible. Así pues, en su originaria redacción, la LGURM ya señalaba que cuando en la prescripción se contuviera sin más la referencia a un principio activo, se habría de dispensar el fármaco de menor precio y, en igualdad de precio, el genérico, en su caso. Tras la reforma de 2011, de vigencia inferior al año, se estipulaba que el farmacéutico debería dispensar la presentación del medicamento o del producto sanitario que tuviese menor precio, de acuerdo con las agrupaciones homogéneas determinadas por la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Si bien, se añadía que cuando por excepción a la norma general la prescripción, indicación o autorización de dispensación se hubiera realizado identificando el medicamento o el producto sanitario respectivamente, por su denominación comercial, el farmacéutico habría de dispensar dicho medicamento o

---

<sup>1801</sup> Un detallado estudio de la lógica y funciones de estos órganos autonómicos, creados bajo diferentes terminologías, en LARIOS RISCO, D., op. cit., págs. 185-187.

#### CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

producto si fuese el de menor precio de la correspondiente agrupación, de modo que si no lo fuera, no podría sino dispensar el que tuviese menor precio de la misma.

Conviene seguidamente referirse, como lo hace el art. 86 LGURM, al supuesto excepcional en que, por causa de desabastecimiento no se disponga en la oficina de farmacia del medicamento prescrito o concurran razones de urgente necesidad en su dispensación. Pues bien, en tales circunstancias, el farmacéutico puede proceder a sustituirlo por el de menor precio, siempre que tenga igual composición, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación. Al tiempo, ha de informar en todo caso al paciente sobre la sustitución y asegurarse de que conozca el tratamiento prescrito por el médico. También le corresponde la anotación, en el lugar correspondiente de la receta, del medicamento de la misma composición, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación que dispense, la fecha, su firma y su rúbrica. En todo caso, quedan exceptuados de esta posibilidad de sustitución aquellos medicamentos que, por razón de sus características de biodisponibilidad y estrecho rango terapéutico, determine el Ministerio de Sanidad. La reforma del RDley 2012 ha introducido una referencia especial al supuesto en que la prescripción se realice por denominación comercial, de forma que si el medicamento prescrito tiene un precio superior al del precio más bajo de su agrupación homogénea, el farmacéutico sustituirá el medicamento prescrito por éste y, en caso de igualdad, dispensará el medicamento genérico o el medicamento biosimilar correspondiente.

En cuanto a la información de los precios menores de las agrupaciones homogéneas de medicamentos y productos sanitarios, señala la Disposición adicional décimo cuarta de la LGURM que, a efectos de aplicar los supuestos recién aludidos, la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, ha de proceder a publicar en su página web, junto al Nomenclátor de productos farmacéuticos del Sistema Nacional de Salud, la información relativa a las agrupaciones homogéneas de las presentaciones de los medicamentos y de los productos sanitarios para pacientes no hospitalizados que requieran para su dispensación receta médica oficial u orden de dispensación. Por su parte, la información sobre los precios menores, según introdujo como novedad la reforma del 2012, se actualiza el primer día hábil de cada mes y se publica en la página web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

En cada agrupación homogénea<sup>1802</sup> de medicamentos se integran las presentaciones de los medicamentos financiadas con el mismo principio activo en cuanto a dosis, contenido, forma farmacéutica o agrupación de forma farmacéutica, y vía de administración, que puedan ser objeto de intercambio en su dispensación.

Asimismo, en cada agrupación homogénea de productos sanitarios se integran, siempre que sea posible, las presentaciones financiadas que, teniendo las mismas características, tipo, tamaño y contenido, y estando clasificadas conforme a los grupos relacionados en los anexos I y II del Real Decreto 9/1996, de 15 de enero, por el que se regula la selección de los efectos y accesorios, su financiación con fondos de la Seguridad Social, o fondos estatales afectos a la sanidad y su régimen de suministro y dispensación a pacientes no hospitalizados, puedan ser objeto de intercambio en su dispensación.

Si las variaciones experimentadas en los precios de los medicamentos o productos sanitarios así lo aconsejaran, y previo acuerdo de la Comisión Permanente de Farmacia del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, la mencionada Dirección General puede actualizar la información de los precios menores, afectando en su caso dicha actualización a todas las agrupaciones, o a las agrupaciones que se estimen pertinentes, así como incorporar nuevas agrupaciones, y establecer plazos de coexistencia de los precios y devolución de existencias, de las presentaciones de medicamentos y productos sanitarios que hubieran reducido voluntariamente su precio en función del precio menor de cada agrupación, pudiéndose autorizar que dicha reducción se realice sin cambio del código nacional.

A efectos informativos, las actualizaciones de la información de precios menores son incorporadas en el Nomenclátor de productos farmacéuticos del Sistema Nacional de Salud, finalizados los plazos que en su caso se hubieran establecido.

Siguiendo en el ámbito de la prescripción, cabe señalar que reúne una importancia decisiva el sistema de información tendente a su apoyo. A estos efectos, es de destacar la novedad que introdujo la reforma de 2012 en forma de art. 85 bis LGURM, cuya

---

<sup>1802</sup> Se diferencian las agrupaciones homogéneas de medicamentos integradas exclusivamente por un medicamento y sus licencias con el mismo precio que el medicamento de referencia.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

reducción modificó Ley 10/2013, de 24 de julio, encomendando a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas la dotación a sus prescriptores de un sistema de prescripción electrónica común e interoperable, que permita el registro de la formación sobre el número de dosis ajustada a las necesidades del tratamiento, al tiempo que incorpore subsistemas de apoyo a la prescripción, tales como un nomenclátor de medicamentos en línea, una correspondencia entre principios activos, medicamentos disponibles y patologías en las que están indicados, los protocolos de tratamiento por patología recomendados desde las instituciones sanitarias y las sociedades médicas, con indicación de los estándares de elección y los beneficios esperados, un coste del tratamiento prescrito y alternativas de elección terapéutica, según criterios de eficiencia, una base de datos de interacciones, una base de datos de ensayos clínicos en su provincia o Comunidad Autónoma, una información periódica en línea (autorización y retirada de medicamentos y productos sanitarios, alertas y comunicaciones de interés para la protección de la salud pública), así como una difusión de noticias sobre medicamentos que, sin ser alertas en sentido estricto, contribuyan a mejorar el nivel de salud de la población.

Resulta procedente detenerse, pues, en la receta electrónica, la cual constituye, según el Plan de Calidad del SNS 2010, el soporte de todos los procesos necesarios para hacer efectiva la prestación farmacéutica a los pacientes y usuarios (prescripción, visado, dispensación), constituyendo una pieza esencial, junto a otras<sup>1803</sup>. En concreto, la receta electrónica es concebida como el sistema de información que relaciona al médico con la oficina de farmacia y a ésta con la entidad responsable del pago de la prestación. Este instrumento no es sino un egregio exponente del impulso que las tecnologías de la información están adquiriendo en el ámbito sanitario en general, y en el farmacéutico en

---

<sup>1803</sup> En concreto, el Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud, presentado por el Ministerio de Sanidad en marzo de 2006 incluye, entre sus seis grandes áreas de actuación, la utilización de las tecnologías de la información en el SNS para mejorar la atención a los ciudadanos. Una de las estrategias para su desarrollo es el proyecto “Sanidad en Línea”, dentro de la iniciativa gubernamental del Plan Avanza que persigue generalizar el uso de las tecnologías en la sociedad española, englobando como elementos funcionales y tecnológicos necesarios para la interoperabilidad de los sistemas autonómicos un sistema fiable de identificación de los usuarios (Tarjeta Sanitaria), la informatización de los registros clínicos de cada usuario o paciente (Historia Clínica Digital), así como mecanismos que mejoren la accesibilidad a los servicios sanitarios, como la citación de los usuarios (Telecita) y dispositivos de diagnóstico y tratamiento a distancia evitando desplazamientos (Telemedicina).

particular, con el objetivo capital de mejorar (por agilización) la atención sanitaria a los ciudadanos.

En este sentido, el impulso de la receta electrónica responde al amplio propósito de establecer los criterios y medios tecnológicos para facilitar al usuario la prestación farmacéutica, simplificando al máximo los trámites necesarios para asegurar la continuidad de los tratamientos en todo el Sistema, de definir las especificaciones funcionales básicas que debe reunir cualquier sistema de receta electrónica en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, así como de establecer los requisitos funcionales del sistema de receta electrónica para que resulte operativo entre Comunidades Autónomas.

Desde luego, el acceso electrónico a las órdenes de prescripción de medicamentos desde cualquier punto de dispensación del país reúne las ventajas propias de todo desarrollo tecnológico y que en el ámbito farmacéutico se concretan en la garantía a los ciudadanos del acceso a los medicamentos que tienen prescritos desde cualquier farmacia del país sin necesidad de presentar una receta en papel, la desvinculación del médico respecto de la función económico-administrativa de la receta médica, la promoción del desarrollo de los programas de uso racional del medicamento y el progreso en la implantación de sistemas de información, que permitan a las Comunidades Autónomas conocer las transacciones que se realizan entre ellas.

El mismo Plan de Calidad definió el modelo funcional de Receta Electrónica en las Comunidades Autónomas señalando que, si bien son diferentes las aplicaciones que soportan las experiencias existentes en receta electrónica en cada una, lo cierto es que todas ellas presentan características y pautas comunes en cuanto a las funcionalidades que ofrecen:

- El paciente se identifica con su tarjeta sanitaria y el médico se identifica y acredita electrónicamente.
- La prescripción se realiza contra un Nomenclátor (el oficial del Sistema Nacional de Salud o una adaptación del mismo).
- La prescripción médica se registra automáticamente en la historia clínica electrónica del paciente.

#### CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

- Las recetas se generan de forma electrónica, y se validan automáticamente con la firma electrónica del facultativo, almacenándose en una Base de Datos de prescripción.
- El médico imprime el volante de instrucciones del paciente, en soporte papel.
- La oficina de farmacia realiza la identificación automática del paciente y sus datos a través de la tarjeta sanitaria, y accede a una o varias prescripciones pendientes de dispensar.
- Se registra automáticamente la dispensación de la oficina de farmacia a través de la firma electrónica del farmacéutico, así como las sustituciones, si fueran realizadas.

Lo cierto es que este sistema no sería del todo eficaz si se limitara al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de residencia habitual, ya que un significativo número de usuarios del sistema sanitario residen temporalmente en más de una de ellas o bien pueden llevar a cabo viajes por el conjunto del territorio español. Es así como se aspira a colaborar en la reducción de la parte de actividad administrativa de los profesionales dirigida a la prescripción de tratamientos de continuación en usuarios desplazados, aportando eficiencia adicional a todos los Servicios de Salud y, con ellos, al Sistema Nacional de Salud en su conjunto.

Por último, en cuanto al diseño funcional del sistema RE-SNS, y en aras de atender a las exigencias mencionadas, el Plan alude a la necesidad de un sistema de interoperabilidad en el Sistema Nacional de Salud integrado por diversos componentes, a saber, la identificación del paciente a través de la BDTSI-SNS, la identificación inequívoca del medicamento prescrito bajo marca comercial o principio activo, y productos sanitarios prescritos para su dispensación en cualquier oficina de farmacia, a través del Nomenclátor oficial del Sistema Nacional de Salud que posibilita la identificación inequívoca de los medicamentos, sin obviar un modelo de datos básico y común para todas las recetas del SNS en relación con la identificación del paciente, medicamentos y prescriptor.

Por lo que se refiere a los sistemas de apoyo a la prescripción, gestionados desde los órganos competentes a nivel de Comunidad Autónoma, estos se encargan de la recogida de la información correspondiente a los precios seleccionados vía aportación reducida, de modo que el médico pueda tomar en consideración el impacto económico durante la

prescripción de medicamentos y productos sanitarios. En particular, es el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el órgano competente para velar por que estos sistemas de apoyo a la prescripción se articulen de modo eficiente y contribuyan a mantener la equidad del sistema sanitario, mientras que es cometido del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en coordinación con las Comunidades Autónomas, el establecimiento de protocolos asistenciales de carácter básico eficaces en la orientación de la prescripción y utilización de aquellos medicamentos que, por sus características singulares, requieran especial atención y cautela en su prescripción y dispensación.

#### 9.4.2.- Los medicamentos genéricos.

En el principio en mayúsculas del uso racional de medicamentos, adquiere una importancia decisiva el impulso que los medicamentos genéricos han recibido en las más recientes directrices normativas, a pesar de que los resultados no hayan sido tan satisfactorios como los pretendidos<sup>1804</sup>. El medicamento genérico constituye aquel que basa su autorización en la demostración de bioequivalencia con un medicamento previamente autorizado y para el que ha expirado el periodo de protección de datos, es decir, han transcurrido al menos diez años desde su autorización. En todo caso, ha de cumplir con todas las garantías de calidad exigibles, y a su vez, demostrar que el principio activo se absorbe por el organismo de la misma manera que el correspondiente medicamento original.

En el fomento de este mercado específico de medicamentos genéricos descansa, de nuevo, el reiterado propósito de control del gasto farmacéutico. En este sentido, como ha señalado el Tribunal Constitucional<sup>1805</sup>, el importe de la prestación farmacéutica, en tanto que integrante de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, no es un aspecto indiferente a su configuración legal, hasta el punto de que su prestación al menor coste posible constituye uno de los elementos integrantes de la misma, articulándose su

---

<sup>1804</sup> LARIOS RISCO, D., op. cit., pág. 171. El autor denuncia, basándose en el Plan Estratégico de Política Farmacéutica para el SNS, que “la política de medicamentos genéricos ha sido tardía y poco efectiva hasta la fecha si la comparamos con la desarrollada en los países de nuestro entorno, que presentan tasas de usos de genéricos muy superiores”.

<sup>1805</sup> AATC 95/2011, de 21 de junio, 96/2011, de 21 de junio y 147/2012, de 16 julio.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

financiación pública mediante un sistema de fijación de precios máximos (el de los denominados precios de referencia), así como otro de precios seleccionados que persigue “un declarado objetivo de control del gasto farmacéutico, lo que se complementa con medidas que, tanto en el plano de la prescripción como en el que aquí nos interesa, el de la dispensación, pretenden reforzar la política de promoción de medicamentos genéricos y la consiguiente obtención de ahorros al sistema nacional de salud”.

No se olvide, a estos efectos, que la competencia propia de los medicamentos genéricos, esto es, sin protección de patente, si bien no exenta de ciertas flaquezas<sup>1806</sup>, supone una herramienta esencial en la contención del gasto farmacéutico y, al tiempo, favorece el acceso a la prestación en cuestión, es decir, “el tratamiento a largo plazo de más pacientes con menos recursos económicos”<sup>1807</sup>.

La definición legal viene de la mano del art. 8.g) LGURM<sup>1808</sup>, conforme al cual, medicamento genérico es “todo medicamento que tenga la misma composición cualitativa y cuantitativa en principios activos y la misma forma farmacéutica, y cuya bioequivalencia con el medicamento de referencia haya sido demostrada por estudios adecuados de biodisponibilidad”<sup>1809</sup>.

Tanto el art. 7.5 del Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, como el 14.2 LGURM, coinciden en señalar que los medicamentos genéricos, que se identifican por llevar a continuación de su nombre las siglas EFG, deben designarse con la denominación oficial española del principio activo y, en su defecto, con la denominación común usual o científica de dicha sustancia, acompañada, en su caso, del nombre o marca del titular o

---

<sup>1806</sup> Lo cierto es que se pueden generar “distorsiones” en el tratamiento de los pacientes, familiarizados con el de marca, sin perjuicio de la en ocasiones cuestionada real bioequivalencia entre genéricos y de marca. LARIOS RISCO, D., op. cit., págs. 178 y 179. Es por ello que el autor aboga por el incentivo del consumo de genéricos, sin que se llegue a impedir la prescripción de los fármacos de marca.

<sup>1807</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, C. J., op. cit., pág. 458.

<sup>1808</sup> Iguala términos emplea el art. 2.35 del Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente.

<sup>1809</sup> Continúa señalando el precepto que “las diferentes sales, ésteres, éteres, isómeros, mezclas de isómeros, complejos o derivados de un principio activo se considerarán un mismo principio activo, a menos que tengan propiedades considerablemente diferentes en cuanto a seguridad y/o eficacia. Las diferentes formas farmacéuticas orales de liberación inmediata se considerarán una misma forma farmacéutica. El solicitante podrá estar exento de presentar los estudios de biodisponibilidad si puede demostrar que el medicamento genérico satisface los criterios pertinentes definidos en las correspondientes directrices detalladas”.

fabricante. Asimismo, es posible la denominación con una marca siempre que no pueda confundirse con una denominación oficial española o una denominación común internacional ni inducir a error sobre las propiedades terapéuticas o la naturaleza del medicamento.

En el marco de esta preferencia por los medicamentos genéricos en cuanto mecanismo para contener el gasto sanitario, la anterior redacción a la reforma del 2011 se inscribía en el fomento de la prescripción de los medicamentos identificados por su principio activo en la receta médica. En base a ese carácter meramente dispositivo, cobró un auge especial en las políticas de las administraciones sanitarias el incentivo económico a aquellos facultativos que, coherentes con esta estrategia, optaran por la prescripción de medicamentos genéricos<sup>1810</sup>, incentivos avalados en la STJUE de 22 de abril de 2010, C-62/09, *Association of the British Pharmaceutical Industry*<sup>1811</sup>. Según esta resolución, “el artículo 94, apartado 1, de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001 (LCEur 2001, 4108), por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, en su versión modificada por la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (LCEur 2004, 1755), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a sistemas de incentivos económicos, como el controvertido en el litigio principal, aplicados por las autoridades nacionales responsables de la salud pública a fin de reducir sus gastos en la materia y tendentes a favorecer, a efectos del tratamiento de ciertas patologías, la prescripción por los médicos de medicamentos específicamente designados y que contienen una sustancia activa diferente de la del medicamento que se había prescrito anteriormente o que se habría podido prescribir de no existir tal sistema de incentivos”.

En todo caso, el Tribunal de Justicia se cuida de precisar que tales prácticas de incentivación económica pública para la prescripción de medicamentos que contengan determinadas sustancias activas no pueden perjudicar la objetividad de la que debe dar muestra el médico en la prescripción relativa a un paciente singular. En este sentido, se

---

<sup>1810</sup> Véase LARIOS RISCO, D., op. cit., págs. 172-175.

<sup>1811</sup> Véase un comentario a la misma en TAPIA HERMIDA, A.: “Incentivos económicos (primas, ventajas pecuniarias o ventajas en especie), a los médicos de los sistemas públicos de salud/seguridad social, para que prescriban medicamentos específicamente designados y/o medicamentos genéricos”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 333, 2010, págs. 109-140.

#### CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

recuerda que “por una parte un médico prescriptor está obligado desde el punto de vista deontológico a abstenerse de prescribir un medicamento determinado si éste no es apropiado para el tratamiento terapéutico de su paciente, y ello no obstante la existencia de incentivos económicos públicos para la prescripción de dicho medicamento. Por otra parte, se debe señalar que todo médico sólo está habilitado para practicar su arte bajo el control de las autoridades públicas de salud, que se realiza directamente, sea indirectamente a través de organizaciones profesionales facultadas al efecto, como el General Medical Council en el Reino Unido. Pues bien, en el marco de esa función de control y de vigilancia de la actividad de los médicos, las autoridades públicas o las organizaciones profesionales delegadas están habilitadas para dirigir a los médicos recomendaciones en materia de prescripción de medicamentos, sin que esas recomendaciones puedan afectar de manera perjudicial a la objetividad de los médicos prescriptores en el sentido del quincuagésimo considerando de la Directiva 2001/83”.

Ahora bien, tras la reforma operada en la LGURM por obra del Real Decreto de 2011, toda suerte de incentivo a la prescripción por principio activo quedó vaciada de sentido, en tanto el precepto legal pasó a incorporar la prescripción en forma de imperativo y no ya en términos de fomento.

En el momento en el que el particular acude a la oficina de farmacia presentando la prescripción que contiene principio activo, esto es, en la dispensación farmacéutica, dos han sido las principales estrategias diseñadas a nivel autonómico, si bien no exentas de controversia en clave constitucional. En concreto, Galicia aprobó un catálogo priorizado de productos farmacéuticos, hecho público por Resolución de la Consejería de Sanidad, de 30 de diciembre de 2010, cuya suspensión levantó el Auto del Tribunal Constitucional 96/2011, de 21 de junio, y en el que establece una selección reducida de medicamentos financiados por el Servicio Gallego de Salud. Finalmente, en la STC 6/2015, de 22 de enero, se desestima el conflicto positivo de competencia interpuesto por el Presidente del Gobierno, al estimarse que no ha existido extralimitación competencial alguna por parte de la Comunidad gallega al no contravenir el Catálogo priorizado el procedimiento de prescripción y dispensación de productos farmacéuticos contenido en la LGURM.

Pero no ha sido el modelo gallego el único controvertido<sup>1812</sup>. Así, Comunidades Autónomas como Cantabria, País Vasco, Extremadura o Castilla-La Mancha optaron en 2010 por la desactivación, mediante resoluciones administrativas, de ciertos fármacos de marca en el sistema de receta electrónica, procediendo a su reemplazo por el genérico bioequivalente. Una vez más, se ponen de relieve las no escasas complejidades que incorpora la lógica de nuestro Estado autonómico en la articulación del sistema sanitario en general, y del subsistema farmacéutico en particular.

## **10.- BALANCE JURÍDICO-CRÍTICO DE LA CUESTIÓN: EL MODELO PRESTACIONAL Y LAS PRINCIPALES TENSIONES QUE SE PLANTEAN EN SU ARTICULACIÓN.**

### **10.1.- Significación e implicaciones de la descentralización en la articulación del sistema prestacional sanitario.**

Según ha quedado expuesto con anterioridad, las Comunidades Autónomas son competentes para aprobar sus propias carteras de servicios complementarias. En éstas han de incluir, cuando menos, la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud en sus modalidades básica de servicios asistenciales, suplementaria y de servicios accesorios, garantizándose a todos los usuarios del mismo (art. 8 *quinquies*.1 LCC). Aunque preservado ese mínimo común en el conjunto del territorio, lo cierto es que la articulada convergencia de diversos centros de producción normativa genera innegables diferencias entre los sistemas autonómicos en cuanto a prestaciones sanitarias se refiere<sup>1813</sup>. Ejemplos

---

<sup>1812</sup> Un recorrido por las diversas iniciativas autonómicas en LARIOS RISCO, D., op. cit., págs. 177-179.

<sup>1813</sup> Estas diferencias son comúnmente cuestionadas en un considerable volumen de quejas ante la institución del Defensor del Pueblo. A título ilustrativo, en el Informe Anual de 2014, publicado a comienzos del presente año 2015, la Defensora del Pueblo da cuenta del desarrollo de diversos perfiles de expresión genética (plataformas genómicas) que permiten, en determinados estadios de cáncer de mama, ajustar los tratamientos de acuerdo a las características clínicas, patológicas y biológicas de cada paciente y lograr terapias más efectivas y menos agresivas, con mejores resultados y mayor calidad de vida para los pacientes. Estas plataformas se aplican en hospitales de la red pública de alguna Comunidad Autónoma, pero no en el conjunto del Sistema Nacional de Salud. Otra muestra de las diferencias entre los servicios autonómicos se revela con la inexistencia de unidades específicas de rehabilitación en el Servicio Madrileño de Salud para la atención a menores con daño cerebral sobrevenido, con la consecuencia de que tratamientos establecidos por especialistas médicos de este Servicio, y que deberían ser financiados por la sanidad pública, se prestan, por recomendación de dichos profesionales, en centros privados, financiando el coste los propios pacientes o sus familiares. Págs. 302 y 303.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

prototípicos al respecto pueden venir a la mente de todos sin excesivo esfuerzo, piénsese en la atención bucodental, en las operaciones oculares de corrección de la miopía o en los medicamentos<sup>1814</sup>. Asimismo, la prestación sanitaria a las personas transexuales arroja un panorama territorialmente diverso, sin que existan unidades especiales de trastorno de identidad de género en todas las Comunidades, desde que Andalucía instaurase la primera en 1999<sup>1815</sup>. No resulta extraño, entonces, que la cuestión de la distribución de la responsabilidad en la ordenación de las prestaciones sanitarias entre Estado y Comunidades Autónomas haya llegado a ser considerado "el aspecto más conflictivo de las técnicas de ordenación"<sup>1816</sup>.

En la permanente construcción en que se hallan la "cláusula social" y la "cláusula autonómica" del Estado de Derecho, el poder de autogobierno cuenta con importantes espacios de actuación, al poder diversificar los niveles de protección para los ciudadanos que residan en su territorio, ampliando la protección básica<sup>1817</sup>. El diseño de un sistema sanitario descentralizado conlleva de forma inevitable la coexistencia de disparidades en las políticas realizadas en la materia. No es así, en principio, extraño a la lógica organizativa del sistema el que se adviertan disimilitudes al respecto, máxime cuando la diversidad es comúnmente concebida como inherente al modelo territorialmente descentralizado que configura la Constitución. El problema es que nos hallamos, en el presente caso, ante un aspecto tan crucial de la prestación como es el ámbito objetivo de cobertura. En este sentido, y en palabras de PALOMEQUE LÓPEZ, "la pluralidad y la diversidad jurídicas propias del Estado compuesto territorialmente por Comunidades

---

<sup>1814</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J.: "El paso definitivo de la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2005, págs. 158-160. Recuérdese que el Real Decreto 1663/1998, de 24 de julio, procedió a excluir determinados medicamentos de la financiación pública, los cuales a su vez fueron incluidos por las Comunidades Autónomas con cargo a sus propios fondos (Decreto andaluz 159/1998, de 28 de julio y Decreto foral 258/1998, de 1 de septiembre).

<sup>1815</sup> FERNÁNDEZ SANTIAGO, P. Y ALONSO GÓMEZ, C.: "Aspectos jurídicos y sanitarios de ser transexual", en AA. VV.: *La protección de la salud en tiempos de crisis: nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A. Y PÉREZ ÁLVAREZ, S. (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 224-226. Un análisis de la regulación autonómica en la materia en GARCÍA VALVERDE, M. D.: "Transexualidad y cirugía de cambio de sexo. Situaciones amparadas por la legislación española", en AA. VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 349-354.

<sup>1816</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J.: "Las carteras de servicios: concreción, racionalización y articulación...", pág. 28.

<sup>1817</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: "Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias...", pág. 67.

Autónomas no deja de ser, sin embargo, un valor constitucional cuyo ejercicio ambicioso o descuidado podría arriesgar seguramente la realización efectiva de los principios de *igualdad* y de *solidaridad*, garantizados también constitucionalmente y expresivos, sin discusión, de las señas de identidad del Estado social y democrático de derecho y de sus valores permanentes de cohesión social"<sup>1818</sup>.

La cuestión central consiste en determinar si la existencia de diferencias entre las carteras de servicios de las diversas Comunidades Autónomas se aleja de la consolidación de un sistema integrador, equitativo y cohesionado a nivel social y territorial, es decir, si es susceptible de generar problemas estructurales de desigualdad entre los ciudadanos con relación al SNS, de modo que se desatienda al contenido del art. 139.1 CE, referido al reconocimiento de los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio nacional. El ámbito sanitario no escapa, por tanto, a la tensión que incorpora todo modelo de Estado descentralizado entre el poder de diversificación que acoge el principio de autonomía y el poder unificante correspondiente a la exigencia de unidad que se inscribe en los valores fundamentales también consagrados en el texto constitucional (igualdad, solidaridad y libertad real para todos los ciudadanos)<sup>1819</sup>, siendo el art. 2 CE el fundamento jurídico de referencia<sup>1820</sup>. Cualquier estrategia de composición de esta dialéctica entre el interés general del Estado y los intereses específicos de cada autonomía resulta, desde luego, tan necesaria como compleja.

En todo caso, la doctrina constitucional ha tratado de aportar luz al respecto. Así, ha sostenido que la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español no excluye “las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias”<sup>1821</sup>, normas autonómicas que aspiran a “una mejora en su ámbito territorial

---

<sup>1818</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: "El principio constitucional de unidad del orden económico nacional y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materias de trabajo y Seguridad Social", *Actualidad Laboral*, Vol. 3, núm. 47, 1999, pág. 902.

<sup>1819</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Y DÍAZ AZNARTE, M. T., op. cit., págs. 73 y 77.

<sup>1820</sup> El precepto proclama que “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”.

<sup>1821</sup> SSTC 61/1997, de 20 de marzo (FJ 7); 173/1998, de 23 de julio (FJ 9); 188/2001, de 29 de septiembre (FJ 12); 37/2002, de 14 de febrero (FJ 12); y 152/2003, de 17 de julio (FJ 3); STC 98/2004, de 25 mayo (FJ 7).

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

de ese mínimo común denominador establecido por el Estado”<sup>1822</sup>. Así, “el art. 149.1.16 CE le atribuye las bases en materia de 'sanidad', para asegurar -como se ha dicho- el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos”. Las Comunidades Autónomas, en el ámbito de su autogobierno, pueden decidir ampliar el catálogo mínimo e irreductible que representa la aspiración común al logro de unos objetivos compartidos por todos los individuos con independencia del territorio en que residan, es decir, nada impide que, en virtud de su competencia, puedan mejorar el mínimo estatal que trata de consolidar un abanico homogéneo y suficiente de prestaciones sanitarias públicas para toda la población<sup>1823</sup>.

En coherencia con lo anterior, en el panorama sanitario se vislumbran dos niveles diferenciados: las prestaciones comunes, “prestaciones sanitarias con cargo a fondos estatales adscritos a la Sanidad aprobadas por el legislador estatal” y las prestaciones territoriales, “legisladas por las distintas CC.AA. con cargo a sus propios recursos”<sup>1824</sup>. Así lo reconoce el art. 11.1 RDCSC, cuando dispone que las Comunidades “en el ámbito de sus competencias, podrán aprobar sus respectivas carteras de servicios, que incluirán, cuando menos, la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, la cual debe garantizarse a todos los usuarios del mismo”. Preservando y salvaguardando en todo caso dicho soporte construido a base de valores comunes capaces de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de toda la población, se tolera plenamente el desarrollo de distintos proyectos políticos y con ello la existencia de diferentes carteras de servicios a nivel autonómico. Ciertamente, y tal y como ha dejado sentado el Alto Tribunal, “la igualdad de derechos y obligaciones en su aspecto interterritorial no puede ser entendida en términos tales que resulte incompatible con el principio de descentralización política del Estado (art. 2 C.E.), pues ello impediría el ejercicio por las Comunidades Autónomas de las competencias que tienen atribuidas, ejercicio que, entre otras cosas, supone la

---

<sup>1822</sup> STC 98/2004, de 25 de mayo (FJ 7).

<sup>1823</sup> El acceso a las prestaciones sanitarias se garantiza con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento los usuarios del Sistema Nacional de Salud (arts. 24 LCC y 2.5 del Real Decreto 1030/2006).

<sup>1824</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., "*Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...*", págs. 46 y 47.

libertad para configurar, dentro del marco constitucional y estatutario, una política propia en relación con dichas materias”<sup>1825</sup>.

Es, pues, sentada doctrina constitucional la que sostiene que “el principio de igualdad en su dimensión interterritorial no impone que todas las Comunidades Autónomas tengan que ejercer sus competencias «de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes»”<sup>1826</sup>. Por tanto, la igualdad “no puede ser concebida como una rigurosa y monolítica configuración del ordenamiento de la que resulte que en cualquier parte del territorio se tengan los mismos derechos y obligaciones, sea cual sea la peculiaridad de su contenido. Con la debida reserva respecto de «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1. C.E.), la potestad legislativa de que gozan las Comunidades Autónomas hace que nuestro ordenamiento tenga una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional”<sup>1827</sup>.

De este modo, el principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades ejerzan sus competencias “con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.<sup>a</sup> de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía”<sup>1828</sup>. En este postulado radica la cuestión de fondo, en el sentido de que la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier punto del territorio nacional no puede ser entendida como rigurosa uniformidad del

---

<sup>1825</sup> STC 14/1998, de 22 de enero (FJ 11).

<sup>1826</sup> STC 37/1987, de 26 marzo (FJ 10) y STC 14/1998, de 22 de enero (FJ 11).

<sup>1827</sup> STC 37/1981, de 16 de noviembre (FJ 2); STC 46/1991, de 28 de febrero (FJ 3) y STC 14/1998, de 22 de enero (FJ 11).

<sup>1828</sup> SSTC 37/1987, de 26 marzo (FJ 2), 14/1998, de 22 de enero (FJ 11).



#### CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

ordenamiento<sup>1829</sup>, de forma que el principio de autogobierno consagrado en la Constitución española ampara la existencia de diferencias entre las carteras sanitarias ofrecidas en los diversos servicios autonómicos de salud.

Como apunta MOLINA NAVARRETE, el “principio de autonomía” aparece en nuestros días como un límite al principio de igualdad, a fin de configurar y poner en práctica un “Sistema de Bienestar Autonómico”, propio y diferenciado en cada Comunidad<sup>1830</sup>. Dicho en otros términos, el planteamiento descentralizado del sistema público sanitario implica la inexistencia de un panorama uniforme al respecto y, con ello, la coexistencia de tantas políticas sanitarias como Comunidades Autónomas, en las que se decide en virtud del principio de autogobierno cuestiones sobre el contenido material de la cobertura o la extensión subjetiva de la misma<sup>1831</sup>. La identidad resulta, en definitiva, antagónica a los postulados propios del Estado autonómico.

En coherencia con lo anterior, la variedad en el plantel prestacional sanitario no supone una amenaza a la igualdad de todos los españoles que debe presidir el acceso al SNS y a la que se refiere la Exposición de Motivos de la LCC<sup>1832</sup>, sino que es una consecuencia del principio de autonomía, el cual tolera la existencia de disimilitudes a este respecto entre los territorios autonómicos. La existencia, salvado el suelo mínimo, de diversas carteras de servicios envuelven, pues, diferencias consentidas por la lógica constitucional de nuestro Estado autonómico y ello no se contrapone a la unidad predicable del SNS como un todo integrador. Es éste precisamente el fundamento del Estado autonómico y los principios que lo inspiran<sup>1833</sup>. A juicio de DE LA VILLA GIL, “protección para todos no significa necesariamente la misma protección para todos porque

---

<sup>1829</sup> SSTC 37/1981, de 16 de noviembre (FJ 2) y STC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 2).

<sup>1830</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias...”, pág. 60.

<sup>1831</sup> Véase GALLEGO, R.: “Las políticas sanitarias de las Comunidades Autónomas”, en AA. VV.: *Estado de bienestar y Comunidades Autónomas: la descentralización de las políticas sociales en España*, GALLEGO, R., GOMÀ, R. Y SUBIRATS, J. (Eds.), Tecnos, Madrid, 2003, pág. 102 y ss.

<sup>1832</sup> En ella se alude a un nuevo modelo que “ofrezca nuevos instrumentos que permitan a los ciudadanos recibir un servicio sanitario público de calidad y en condiciones de igualdad efectiva en el acceso, independientemente del lugar de su residencia”.

<sup>1833</sup> “El régimen autonómico se caracteriza por un equilibrio entre la homogeneidad y diversidad del «status» jurídico público de las Entidades territoriales que lo integran. Sin la primera no habría unidad ni integración en el conjunto estatal; sin la segunda no existiría verdadera pluralidad ni capacidad de autogobierno, notas que caracterizan al Estado de las Autonomías”. STC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 2).

universalidad no es igual a uniformidad”<sup>1834</sup>, lo que acoge LANDA ZAPIRAÍN al defender que no se puede, bajo el estandarte de la igualdad, imponer “una uniformidad asfixiante de las competencias innegables que las Comunidades Autónomas adquieren en esta materia”<sup>1835</sup>.

Parece, pues, claro que el principio de igualdad queda cristalizado con la definición de un catálogo de prestaciones desarrollado mediante una cartera de servicios común al territorio del Estado, que han de dispensar como mínimo todos los servicios autonómicos sanitarios que conforman el SNS y, sobre el cual, cada Comunidad Autónoma podrá añadir las que estime oportunas atendiendo a criterios de capacidad económica, de disponibilidad de recursos públicos<sup>1836</sup>. Ahora bien, si a la luz de la doctrina constitucional, recientemente expuesta, no puede reivindicarse una plena identidad de prestaciones en el conjunto del SNS, lo cual no casaría con la lógica del Estado autonómico diseñado constitucionalmente, lo cierto es que sí cabe tender cuanto menos al objetivo de la homogeneidad como garantía de unas condiciones materiales de vida digna para todos<sup>1837</sup>. Y es que la configuración de nuestro modelo sanitario descentralizado pero inserto en la lógica de un sistema, no se olvide, nacional de salud, demanda la constante conciliación de la gestión de tal servicio público por parte de las Comunidades Autónomas con ciertos requerimientos de homogeneidad respecto del conjunto prestacional, con ciertas pautas comunes, en definitiva, de configuración.

Asumido como lo es por el Tribunal Constitucional y la doctrina científica que el principio de autonomía tolera que el nivel cuantitativo de la asistencia sanitaria no sea igual en todo el territorio, cabe detenerse siquiera someramente en el aspecto cualitativo, esto es, si ha de existir una calidad prestacional común a todo el territorio del Estado. Se trata de casar la igualdad formal que ha de presidir el acceso de todos los españoles en igualdad de condiciones con la diversidad en las técnicas organizativas existentes en los diversos servicios autonómicos de salud como consecuencia de una gestión propia de los

---

<sup>1834</sup> DE LA VILLA GIL, L. E.: “El derecho constitucional a la salud...”, pág. 608.

<sup>1835</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., op. cit., pág. 32.

<sup>1836</sup> STS de 31 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta).

<sup>1837</sup> JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.: “La revisión de los trece Estatutos de autonomía a los cinco años de su aprobación”, en AA. VV.: *La Constitución española. Lecturas para después de una década*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1989, pág. 152.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

recursos disponibles en cada territorio<sup>1838</sup>. Al respecto, APARICIO TOVAR ha señalado con acierto que las diferencias cualitativas en la provisión de prestaciones sanitarias en modo alguno quiebra el principio de igualdad, ya que son fruto de la (más o menos eficaz) gestión dispensada por el concreto servicio autonómico de salud<sup>1839</sup>. En este sentido, la misma dotación de recursos tecnológicos por habitante en las diferentes Comunidades Autónomas varía en gran medida de unas a otras, lo que está relacionado con la ausencia de planificación capaz de ajustar los recursos a las necesidades asistenciales, las presiones políticas y la influencia que la industria tecnológica ejerce sobre las administraciones para la compra de sus equipos<sup>1840</sup>.

En todo caso, y buscando que la diferente distribución de recursos y dispar desarrollo técnico no tenga repercusión negativa en la protección de la salud, se ha articulado lo que una denomina “transversalidad territorial” de las prestaciones sanitarias<sup>1841</sup>. En concreto, y en lo relativo a las diferencias de tecnologías, el art. 2.4 RDCSC dispone que “los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a la cartera de servicios comunes reconocida en este Real Decreto, siempre que exista una indicación clínica y sanitaria para ello, en condiciones de igualdad efectiva, al margen de que se disponga o no de una técnica, tecnología o procedimiento en el ámbito geográfico en el que residan. Los servicios de salud que no puedan ofrecer alguna de las técnicas, tecnologías o procedimientos contemplados en esta cartera en su ámbito geográfico establecerán los mecanismos necesarios de canalización y remisión de los usuarios que lo precisen al centro o servicio donde les pueda ser facilitado, en coordinación con el servicio de salud que lo proporcione”. De esta forma, y según lo prescrito en el apartado c) del art. 4 LCC, los ciudadanos tienen derecho a recibir, por parte del servicio de salud de la comunidad autónoma en la que se encuentre desplazado, la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud que pudiera requerir, en las mismas condiciones e idénticas garantías que los ciudadanos residentes en esa Comunidad Autónoma. Se trata de efectivizar, en fin, uno de los postulados característicos del derecho

---

<sup>1838</sup> LÓPEZ CUMBRE, L, op. cit., pág. 701.

<sup>1839</sup> APARICIO TOVAR, J.: “El derecho a la protección de la salud...”, pág. 1564.

<sup>1840</sup> “El sistema sanitario público en España en riesgo por las políticas del actual Gobierno para hacer frente a la crisis y alternativas de mejora que garanticen la sostenibilidad, universalidad, equidad y calidad del mismo”, Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública, 2014, pág. 26.

<sup>1841</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., “Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios...”, pág. 55.

a la asistencia sanitaria y que se concreta en el disfrute de las más óptimas técnicas sanitarias por parte de todos los ciudadanos con independencia de la Comunidad Autónoma en que residan. A tal efecto, revisten una importancia sustancial los ya analizados Fondo de Cohesión Sanitaria y Fondo de Garantía Asistencial, en clave económica, en la viabilidad de la atención sanitaria en supuestos de desplazamientos interautonómicos de ciudadanos.

El principio teórico de colaboración está, pues, asentado, pero no así los mecanismos que precisa su control efectivo. Esto es, tan necesaria como la misma proclamación del derecho de todo español a ser atendido en una Comunidad Autónoma diferente de la de residencia cuando en ésta no pueda acceder a la técnica que requiere, resulta la implantación de herramientas eficaces tendentes a impedir determinadas prácticas a las que se asiste lamentablemente con no escasa frecuencia. Prácticas éstas que obstaculizan la atención asistencial y hospitalaria de residentes desplazados a otra Comunidad o que no garantizan su provisión en condiciones de igualdad efectiva. No está de más insistir en la vulneración que estos casos vienen a constituir respecto de las garantías de accesibilidad y movilidad consagradas en los arts. 23 y 24 LCC, respectivamente, y que han sido objeto de estudio en el primer Capítulo de esta Parte temática.

La solución pasa indefectiblemente por un mayor compromiso en cuanto se refiere a los Convenios de asistencia acordados entre las Comunidades Autónomas. Y este compromiso no sólo impone de suyo una actitud y esfuerzo verdaderamente cooperativo de los entes autonómicos, sino también una actividad propia de verificación y seguimiento. No ha faltado quien ha apuntado, en este sentido, la necesaria constitución de Comisiones de las Autoridades Autonómicas interesadas, que, a imagen y semejanza de lo que acontece en el ámbito de la protección civil, si bien en este caso en conexión con el CISNS y los servicios de inspección, controlasen el efectivo funcionamiento de la atención en cumplimiento de los Convenios de asistencia suscritos<sup>1842</sup>.

#### 10.1.1.- El contenido básico prestacional como nivel óptimo.

---

<sup>1842</sup> Consúltese al respecto SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., op. cit., pág. 82.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

La cartera común de servicios aspira a configurar un contenido prestacional básico de aplicación en el conjunto del territorio nacional. Respetando ese umbral, las Comunidades Autónomas pueden ampliar tales servicios mediante la aprobación de sus carteras de servicios complementarias en el ejercicio de sus competencias, sin que, en la lógica de la doctrina constitucional recién expuesta, puedan efectuarse reproches desde el punto de vista del principio de igualdad.

Lo cierto es que atribuir a este contenido básico una significación de mínimos supone hacer una interpretación excesivamente restrictiva. Y es que se ha advertido que, en materia sanitaria, “el Estado no configura lo básico como el equivalente a la atención sanitaria mínima a dispensar, sino que de la regulación básica se desprende un contenido mucho más amplio y, no sólo desde un punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo”, de modo que el nivel adecuado de atención sanitaria que contempla el catálogo de prestaciones básico del SNS “no se corresponde con un nivel de atención mínimo o reducido, sino con un nivel de atención óptimo que aspira a ofrecer cada vez más y mejores prestaciones dentro de sus posibilidades financieras”<sup>1843</sup>. Luego lo básico no puede ser entendido en el ámbito sanitario en meros términos de indispensabilidad. Dicho de otra forma, el significado normativo de lo básico no conduce a una limitación material del contenido prestacional que adjetiva. También es éste el parecer de VIDA FERNÁNDEZ, para quien “no se puede identificar lo básico, en cuanto mínimo común denominador en términos normativos, con una visión cuantitativa de este concepto, es decir como lo escaso”, añadiendo que, si bien es inevitable poner en relación el plano normativo con el material, “lo que no se debe hacer es tomar lo básico en el sentido literal del término e identificarlo con lo escaso o, peor, con lo insuficiente”<sup>1844</sup>.

Parece claro, pues, que en la determinación del nivel prestacional básico que satisface la cartera de servicios del SNS, se debe rehuir de criterios meramente cuantitativos, para

---

<sup>1843</sup> Desde el punto de vista cuantitativo, la LCC incorpora un amplio contenido prestacional que complementa con un sistema de garantías, mecanismos de información, coordinación y cooperación. En el plano cualitativo, la Ley incide insistentemente en la garantía de una atención sanitaria integral, adecuada y continuada, haciendo de la calidad un objetivo prioritario. HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: “Reflexiones críticas sobre el catálogo de prestaciones...”, págs. 82-84.

<sup>1844</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J.: “Las carteras de servicios: concreción, racionalización y articulación...”, pág. 33.

adoptar un enfoque basado en el cumplimiento de su función última, que no es otra que la garantía de las condiciones comunes para una atención integral, continuada y de calidad.

### **10.2.- El objetivo de la contención del gasto sanitario, en general, y farmacéutico, en particular. Cuestionamiento de su hegemonía en las más recientes reformas.**

Los avances de la ciencia médica y de la técnica, unidos a los cambios sociales que modifican los índices de morbilidad, determinan una intensa presión incrementalista sobre las prestaciones sanitarias públicas y generan, con ello, una fuerte tensión entre la dinámica expansiva generada y las obvia limitación de los medios disponibles<sup>1845</sup>. Esta limitación se evidencia con más fuerza en contextos de crisis económica como el actual.

En este sentido, las reformas que han incidido en los últimos años sobre el contenido prestacional de la asistencia sanitaria se hallan comúnmente inmersas en una línea de empeñada búsqueda de la contención del gasto sanitario, en general, y del farmacéutico, en particular. Un gasto cuyo incremento, fundamentalmente, de la mano del envejecimiento de la población y del aumento de la frecuencia y de la intensidad de la atención demandada<sup>1846</sup>, viene a representar uno de los principales desafíos en materia sanitaria, de modo que la demanda asistencial que se muestra prácticamente ilimitada pone contra las cuerdas la viabilidad del servicio público en cuestión. Pues bien, en aras de lograr el mandato constitucional de un régimen público “suficiente” de Seguridad Social, se ha acudido a diversas técnicas de austeridad enfocadas, infortunadamente, del exclusivo lado de la reducción del alcance de la protección social.

Siguiendo a VILLAR ROJAS, cualquier discusión sobre servicios públicas pasa por estudiar cuatro aspectos esenciales de su regulación, a saber, la cobertura (quiénes tienen derecho), el objeto (cuáles son las prestaciones garantizadas), el coste y, por tanto, la financiación (quién paga y cómo), así como las condiciones de prestación<sup>1847</sup>. Del repaso

---

<sup>1845</sup> PEMÁN GAVÍN, J.: “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas...”, pág. 113.

<sup>1846</sup> Según ALONSO OLEA, puede considerarse al anciano como “un formidable consumidor de la asistencia sanitaria”. ALONSO OLEA, M., op. cit., pág. 26.

<sup>1847</sup> VILLAR ROJAS, F. J.: “Crisis económico-financiera; crisis de la administración pública”, en AA. VV.: *El derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego*, GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (Dir.), Atelier, Barcelona, 2013, pág. 77.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

de la reforma sanitaria que se ha tenido ocasión de realizar a lo largo del presente trabajo, bien puede concluirse que ha afectado a todos y cada uno de estos elementos en la búsqueda del ahorro económico. En este sentido, la exclusión de medicamentos del nomenclátor oficial, el aumento del copago farmacéutico, la previsión de esta técnica de participación del usuario en otras prestaciones en las que nunca antes se había aplicado, o la ruptura con la proyección universalista del sistema reflejan la ambición de esta reforma, tendente a reducir el sistema en todas sus dimensiones (objetiva, subjetiva y financiera). De ahí que se pueda resaltar que estas reformas se inscriben en el proceso, más amplio, de "desmontaje institucional" del que, según que se ha denunciado, participa también la más reciente política laboral<sup>1848</sup>. Se trata de hacer cada vez más borroso el componente público en la definición y la propia lógica del sistema sanitario, a través del esfuerzo privado de los ciudadanos, en la senda de la llamada "remercantilización".

Dos son las alternativas que se plantean, según MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE, ante el objetivo de estabilidad financiera en los sistemas sanitarios: la primera viene dada por la "racionalización del coste" que, a través de la optimización, implica el máximo beneficio con el mínimo coste posible, mientras que la segunda se halla representada en la "reducción del coste", que se materializa en una reducción del gasto a través de un menor compromiso público junto a la privatización de las formas de organización del servicio<sup>1849</sup>. En los últimos años y, en particular, en la más reciente reforma acometida por el RDley de 2012, se advierte una decidida inmersión en esta última opción. No se incide, pues, en la racionalización del consumo de fármacos, en la gestión verdaderamente eficiente de los recursos<sup>1850</sup>, en el fomento de una demanda "sostenible", ni tan siquiera en el logro de una mayor educación sanitaria o en una verdadera conciencia de los pacientes sobre su salud y sobre el uso responsable del

---

<sup>1848</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: "Una ruta bajo sospecha: hacia la creación de empleo a través de la facilitación y el abaratamiento de los despidos (acerca de la reforma laboral 2012 del gobierno del Partido Popular)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34, 2013, pág. 69.

<sup>1849</sup> Los autores han precisado, con acierto, que "mientras que la primera dimensión del valor eficiencia económica de la gestión sanitaria no sólo es exigible sino imprescindible, pues el SNS no puede funcionar al margen de un modelo de evaluación y control permanente del gasto, la segunda no sólo es rechazable como valor sino impracticable social y técnicamente". MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: "La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica...", pág. 370.

<sup>1850</sup> El Informe sobre la salud en el mundo 2010 de la OMS, "Financiación de los sistemas de salud: el camino hacia la cobertura universal", calcula que entre el 20% y el 40% del gasto sanitario total se pierde por la ineficiencia en la gestión de los recursos.

sistema<sup>1851</sup>. Antes al contrario, con el objeto de frenar el gasto público al respecto, la norma se limita a acoger los mecanismos que repercuten con mayor impacto en el esfuerzo privado de los beneficiarios, sumándolo al que ya efectúan vía impuestos. Resulta cuando menos destacable que en estos pretendidos objetivos de control del gasto farmacéutico en aras de asegurar la sostenibilidad del sistema sanitario no se haya pensado más que en el sacrificio del usuario a través de un aumento de su contribución, de modo que sólo en este último parece articularse la fundamental racionalización del gasto público farmacéutico. Y es que, de las últimas medidas legislativas adoptadas, no se puede sino colegir un acusado enfoque hacia el corto plazo, es decir, todas ellas buscan preservar la sostenibilidad del SNS mediante fórmulas de resultados inmediatos.

La racionalidad es desplazada por la emergencia<sup>1852</sup>. El precio que en términos sociales se paga por ello resulta, infortunadamente, excesivamente alto. Con razón, APARICIO TOVAR ha puesto de relieve que "en los últimos tiempos, la relevancia de lo jurídico es frecuentemente infravalorada en favor de los aspectos relativos a financiación que, sin dejar de tener importancia, en realidad son meramente instrumentales". Este enfoque introduce el riesgo de "reducir la Seguridad Social a una cuestión de hecho regida por la oportunidad política, debilitando así la posición dentro del sistema del sujeto protegido, que acaba siendo engullido por exigencias económicas de un equilibrio financiero que cada vez más aparece como un imperativo autónomo"<sup>1853</sup>.

Lo cierto es que la norma referida se muestra reveladora cuando afirma en su Introducción que "la financiación de medicamentos y productos sanitarios en el Sistema

---

<sup>1851</sup> 1 de cada 3 visitas al médico de familia podría ser innecesaria desde el punto de vista de la atención a la salud. Entre un 30% y un 80% de las visitas de urgencia podrían no ser urgentes. En total, más de 80 millones de visitas al año podrían evitarse o redirigirse a canales más eficientes en coste<sup>1851</sup>. "Impulsar un cambio posible en el sistema sanitario". McKinsey&Company, Fundación de Estudios de Economía Aplicada, 2009, pág. 6.

<sup>1852</sup> "La racionalidad y la ordenación sistémica puede reconfigurar un sistema con una técnica diferente a la de los recortes horizontales y generalizados que pueden ser una técnica de emergencia pero que nos sirve para indicar que la normalización no puede asentarse sobre la emergencia". PALOMAR OLMEDA, A.: "El modelo de sanidad pública: algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la configuración de un servicio público esencial", en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario*, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dirs.), Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 101.

<sup>1853</sup> APARICIO TOVAR, J.: "Seguridad Social", en AA. VV.: *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social*, BAYLOS GRAU, A. P., FLORENCIO THOMÉ, C. Y GARCÍA SCHWARZ, R. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 1946.



## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Nacional de Salud es uno de los grandes desafíos actuales. La austeridad en el gasto público, imprescindible en todo momento, ha devenido un objetivo inaplazable. Por ello, resulta necesario, más que nunca, que las decisiones de financiación estén presididas por los criterios de evidencia científica de coste-efectividad y por la evaluación económica, con consideración del impacto presupuestario<sup>1854</sup>, en la que se tenga en cuenta un esquema de precio asociado al valor real que el medicamento o producto sanitario aporta al sistema. Es momento, por tanto, de sentar las bases para un análisis exhaustivo de los beneficios que un nuevo medicamento o producto sanitario aporta a la sociedad en general y al tejido socioeconómico español en particular a la hora de decidir sobre sus condiciones de financiación por el Sistema Nacional de Salud”. Sigue indicando que “el mismo principio de austeridad y de racionalización en el gasto público en la oferta de medicamentos y productos sanitarios obliga a actualizar el vigente sistema de aportación por parte del usuario y exige introducir cambios en el mismo, de modo que se adecue al actual modelo de financiación del Sistema Nacional de Salud por los presupuestos generales del Estado”.

Según se constata, la pretensión de austeridad en el gasto farmacéutico ocupa un lugar central y condicionante de toda la modificación articulada. También se desprende lo mismo de la preeminencia de los criterios relativos al “análisis económico de la prestación” o a la “evaluación costes/beneficios” que están insistentemente presentes en la reciente reforma<sup>1855</sup>, con la inevitable ambigüedad e imprecisión que todo balance netamente económico entraña. Precisamente, esta insistencia es bien representativa de la obcecación con que la vigente normativa aborda el elemento económico. Siendo éste importante, máxime en un ámbito en el que, como se ha señalado, el gasto sanitario adquiere unas dimensiones altamente representativas, desde luego no es, ni puede ser, por el componente social de la materia en que se inserta, el único determinante. Y es que resulta criticable no sólo que la reforma se incline del lado económico de la balanza, sino que además parezca abstenerse de sopesar los restantes criterios que operan en el contexto sanitario.

---

<sup>1854</sup> Deviene a todas luces ineludible un desarrollo reglamentario que dote de contenido y remedie la vaguedad de este concepto.

<sup>1855</sup> Véase MOLINA NAVARRETE, E. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “Elevando el umbral del dolor de la mala gestión de la crisis: recortes travestidos de reforma sanitaria”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 351, 2012, págs. 40-58.

Ciertamente, con lo que se viene argumentando no se está rechazando, ni mucho menos, la idea de que la contención del gasto representa una dimensión fundamental del tratamiento de la sanidad. Antes al contrario, desde aquí se parte de que supone éste un punto ineludible a tener en cuenta en toda política sanitaria, y así lo ha estimado el Tribunal Constitucional en recientes pronunciamientos<sup>1856</sup>. De hecho, es la farmacéutica una de las prestaciones en las que mejor se evidencia el imperativo de acompasamiento entre la sostenibilidad del SNS y la calidad de unas prestaciones materializadas en este caso en la provisión de medicamentos que aspiran, unas veces, a restaurar la salud, y otras, a prevenir y evitar la irrupción de la enfermedad. Se trata, en síntesis, de fomentar el tan predicado uso racional de medicamentos<sup>1857</sup> en conjunción con su dispensación a la totalidad de la población que lo necesite. El desafío no es en modo alguno simple, pues además se ha de garantizar la solvencia y el equilibrio financiero del sistema, junto a la calidad de las prestaciones, tal y como deriva de la Carta Magna. Por tanto, calidad y eficiencia son dos conceptos que deben ir entrelazados cualquiera que sea la estrategia que se siga en la articulación de las prestaciones sanitarias. El uno no puede existir en detrimento del segundo, y viceversa, pues sabido es que el éxito de cada uno garantiza de forma directa el del otro.

Salvado lo anterior, lo que se está cuestionando desde estas líneas es el enfoque desde el que la suficiencia financiera de las prestaciones se aborda. Y es que se asiste a una progresiva introducción de patrones de mercado en la regulación, provisión y acceso a una prestación tan esencial como la sanitaria. Esto es precisamente lo que ha de juzgarse, si a la luz de la teoría de los derechos sociales fundamentales que se ha desarrollado en el

---

<sup>1856</sup> AATC 122/2013, de 21 de mayo; 239/2012, de 12 de diciembre; 238/2012, de 12 de diciembre; 147/2012, de 16 de julio y 96/2011, de 21 de junio: “la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a todos los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización y contención del gasto farmacéutico pues es uno de los principales componentes del gasto sanitario y en el que más pueden incidir las políticas de control del mismo, tanto más necesarias en una situación como la actual caracterizada por una exigente reducción del gasto público. La contención y reducción del gasto farmacéutico es, por tanto, un objetivo a conseguir por la totalidad de las estructuras del sistema nacional de salud”.

<sup>1857</sup> Uso racional que no queda circunscrito a la esfera del consumo, pues como establece el art. 31.4 LCC, el Ministerio de Sanidad, junto con las Comunidades Autónomas, ha de acometer acciones encaminadas al uso racional del medicamento que comprenden entre otras, “programas de educación sanitaria dirigidos a la población general para la prevención de la automedicación, el buen uso de los medicamentos y la concienciación social e individual sobre su coste, así como programas de formación continua de los profesionales, que les permita una constante incorporación de conocimientos sobre nuevos medicamentos y la actualización sobre la eficacia y efectividad de éstos”.

## CUARTA PARTE: OBJETO Y CONTENIDO DEL DERECHO: EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES SANITARIAS Y LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

presente trabajo de investigación, esta preeminencia del prisma económico-financiero tiene cabida conceptual e institucional.

Lo cierto es que el cambio de lógica es evidente y ya está implantado<sup>1858</sup>. La posición que ocupa el paciente en el mercado va a suponer un condicionante para el acceso a la prestación, dejándose a un lado su condición de titular del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria. Y en este sentido, como siempre que se prescinde del fundamento de los derechos de ciudadanía, surge el riesgo de crear barreras en el acceso que den lugar a diferencias y, con ello, se quebrante la igualdad de condiciones en su ejercicio. No se exagera si se afirma, que estas medidas de reforma pueden interpretarse como otra de las vías de la "degradación a la que está siendo sometido desde distintos ámbitos el Estado Social y Democrático de derecho"<sup>1859</sup>.

---

<sup>1858</sup>Muy significativamente en los últimos años se asiste a una sustitución de las medidas focalizadas en la garantía de la eficacia, calidad y seguridad de los medicamentos, por las que se centran en la financiación pública de los mismos. Véase LARIOS RISCO, D.: "La prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud: a propósito de las medidas introducidas por el RD-ley 16/2012", en PALOMAR OLMEDA, A., LARIOS RISCO, D. Y VÁZQUEZ GARRANZO, J.: *La reforma sanitaria*, Aranzadi Thomson Reuters Pamplona, 2012, págs. 164 y 165.

<sup>1859</sup> APARICIO TOVAR, J.: "Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica", *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013, pág. 137.

## CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE "LEGE FERENDA".

Sin perjuicio de las conclusiones específicas que se han alcanzado a lo largo del desarrollo discursivo de la presente Tesis doctoral, se estima pertinente dejar constancia en esta última parte un conjunto de conclusiones finales especialmente significativas (primero enunciadas concisamente y posteriormente desarrolladas), así como diversas propuestas "de lege ferenda" necesarias para mejorar el marco normativo vigente en el ámbito de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social.

El objetivo no es otro que proceder a una recapitulación conclusiva de las principales ideas y consideraciones manejadas en este trabajo de investigación. Por razones obvias, la que sigue no es una relación taxativa y cerrada, sino meramente de realce de cuestiones consideradas nucleares y, en definitiva, ilustrativa en su conjunto.

*La asistencia sanitaria constituye una de las prestaciones más características de la Seguridad Social, plenamente correspondiente con la fundamentación político-jurídica de ésta, sin que las particularidades advertidas en su configuración y gestión puedan llevar a concluir la escisión entre ambas.*

El derecho a la asistencia sanitaria se halla en ineludible conexión con la garantía constitucional de la Seguridad Social. Conexión que se afirmó desde la misma génesis y evolución de nuestro sistema de Seguridad Social, con el antecedente más remoto del Seguro Obligatorio de Enfermedad. Esta postura se enfrenta, en el marco de un debate más amplio, a aquellas otras que, de forma mayoritaria, sostienen una desvinculación entre la asistencia sanitaria y el sistema de Seguridad Social. A título ilustrativo, la financiación con cargo a presupuestos y no por cotizaciones sociales de la sanidad, la competencia autonómica en su gestión, la tendencial universalidad del ámbito subjetivo de cobertura, independiente del componente contributivo-profesional, o la articulación de un Sistema

## CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE "LEGE FERENDA".

Nacional de Salud con entidad propia diferenciada del de Seguridad Social, son algunas de las razones comúnmente esgrimidas por los defensores de las tesis segregacionistas.

Sin embargo, estas argumentaciones no pueden considerarse lo suficientemente concluyentes para desgajar la dimensión sanitaria de la acción protectora de la Seguridad Social, pues no dejan de ser meras particularidades organizativas y competenciales en el propósito de abordar con la mayor eficacia posible la incuestionable especificidad y complejidad técnica que entraña la provisión de las prestaciones sanitarias. En este sentido, es preciso diferenciar entre la vertiente conceptual y la institucional-organizativa de la cuestión. La asistencia sanitaria se configura como una prestación de la Seguridad Social, si bien se provee mediante un entramado organizativo específico. El que se dispense en el marco del Sistema Nacional de Salud, dotado de una estructura propia, no puede interpretarse como un reemplazamiento del sistema de Seguridad Social, que no queda materialmente afectado. Ésta y no otra es la conclusión que arroja cualquier detenido estudio del régimen jurídico normativo de las prestaciones sanitarias, tanto en el plano nacional como en el supranacional.

En efecto, y según se ha tenido oportunidad de constatar en este trabajo de investigación, desde el punto de vista del Derecho interno, cabe afirmar que entre el art. 41 y el 43 de la Constitución media una significativa vinculación, de forma que el segundo precepto requiere ineludiblemente una interpretación sistemática con el primero. Ambos se complementan, en ningún modo se excluyen. Descendiendo al ámbito legal, es clara la inscripción de la asistencia sanitaria a la acción protectora del sistema de la Seguridad Social que anuncia el art. 38.1.a) LGSS. Esta conexión entre prestaciones sanitarias y Seguridad Social es también ratificada desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, pues la normativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social no dejan de incluir en su seno las denominadas, en la terminología de los Reglamentos comunitarios, *prestaciones de enfermedad en especie*.

Más aún, existen razones para sostener que la sanitaria no sólo constituye una prestación específica del sistema de Seguridad Social, sino que representa una de sus piezas maestras. Lo contrario supone participar de una argumentación incoherente con la propia fundamentación político-jurídica de la Seguridad Social. En este sentido, bien puede afirmarse que es en este tipo de prestaciones en el que mejor se materializa el principio de solidaridad intrínseco a la lógica de Seguridad Social, principal institución de promoción del bienestar social y de superación de desigualdades. Si la protección de la

salud, en cuanto derecho social orientado a la igualdad, constituye una condición necesaria para la proclamación de la justicia social, su realización no puede desgajarse del marco de la Seguridad Social, estando este sistema fundamentado precisamente en la materialización de dicho valor como una de las principales funciones del Estado social.

La asistencia sanitaria es, en definitiva, insigne expresión de los principios esenciales de la política de Seguridad Social, siendo ésta la que favorece su concepción como un verdadero derecho de proyección universal. No cabe perder de vista, a estos efectos, que la ampliación del ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias corrió en paralelo a la evolución progresiva del propio sistema de Seguridad Social. Siendo su función nuclear la protección social ante situaciones de necesidad, escaparía de toda lógica la exclusión al respecto de una de efectos tan acuciantes como la pérdida de salud.

*La asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea participa de un planteamiento técnico-jurídico que, por su complejidad, resulta poco afortunado. Es preciso acometer una simplificación jurídico-normativa capaz de introducir mayores dosis de coherencia en la regulación de una de las cuestiones más prototípicas del modelo social europeo.*

En una suerte de transacción entre las competencias nacionales de los Estados miembros en la organización de sus sistemas sanitarios y la consolidación de una Europa solidaria que favorezca la efectiva realización del derecho a la protección de la salud, se ha ido consolidando en el devenir de la construcción de la Unión un marco jurídico normativo sobre la asistencia sanitaria transfronteriza. Lo cierto es que este marco adolece de una gran complejidad, al concurrir en él distintos sistemas paralelos de acceso, no siempre bien delimitados. En efecto, en la materia converge, de un lado, la tradicional normativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social de la Unión Europea, fundamentada en la libre circulación de ciudadanos asegurados a tales sistemas y, de otro, la Directiva 2011/24/UE, que viene a codificar la jurisprudencia que el TJUE edifica sobre la base de la libre prestación de servicios. La complejidad referida aumenta

## CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE "LEGE FERENDA".

considerablemente si se toman en consideración las transposiciones que de la norma europea han de realizar los Estados miembros a sus respectivos ordenamientos internos. Esto multiplica por veintiocho las variantes en la regulación al respecto, pues hay Estados que optan por ceñirse a incorporar en sus mismos términos el contenido de la Directiva (es el caso de España, con el Real Decreto 81/2014), mientras que en otros se ha preferido mejorar aquélla, ampliando los mínimos que incorpora.

Existen, por tanto, diversas vías de reembolso de los gastos dimanados de la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea. Todas ellas recaen sobre la misma realidad, es decir, regulan igual objeto, si bien cada una lo hace con un contenido propio que la diferencia de las restantes. Siendo así, bien puede inferirse que la Directiva no ha cumplido el propósito que desde sus propios Considerandos propugna, referido a aportar seguridad jurídica y claridad en el régimen de asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión.

Lo cierto es que la confusión que arroja actualmente el tratamiento de la temática habría podido evitarse, bien mediante la incorporación de la jurisprudencia comunitaria en el sistema de coordinación (no habría sido ésta la primera vez que así se procediese, pues recuérdese que el complemento *Vanbraekel*, de creación jurisprudencial, pasó a inscribirse en la letra de los Reglamentos de coordinación), bien sustrayendo la regulación en él contenida relativa a las prestaciones sanitarias y conjugándola con la jurisprudencia en una nueva norma diferenciada que, con carácter exclusivo, estableciese los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. Cualquiera de estas dos opciones habría evitado las disparidades a las que asiste toda aproximación técnico-jurídica a la regulación de la movilidad de pacientes en la Unión Europea.

Dado que ninguna de las posibilidades recién apuntadas fue finalmente llevada a la práctica, y que parece más útil reflexionar en el terreno del *ser* que en el de lo que *hubiese podido ser*, no resta sino advertir que la complejidad, por diversidad de instrumentos, del régimen jurídico en este ámbito corre el riesgo de incrementarse aún más. Y es que la Directiva no ha incorporado la jurisprudencia del TJUE con plena fidelidad, manteniendo una regulación significativamente más restrictiva en determinados aspectos y generando con ello distorsiones entre el contenido de una y otra. Teniendo en cuenta la casuística que caracteriza este ámbito, no tardará en surgir la ocasión en que el Tribunal de Justicia de la Unión deba pronunciarse precisamente sobre alguna de las cuestiones en las que la Directiva no haya efectuado una codificación rigurosa de la jurisprudencia comunitaria.

Llegado el caso, el Tribunal de Luxemburgo podría terminar por complicar aún más el escenario si siguiese desarrollando su propia (y más garantista) doctrina en el marco de la asistencia sanitaria transfronteriza, apartándose de lo asentado en la Directiva de 2011. Luego la jurisprudencia comunitaria podría ampliar el sistema dual actual, al convertirse en una tercera vía.

El panorama deviene aun más complejo si se desciende al Derecho interno español y, en concreto, a la normativa nacional en materia de reintegro de gastos médicos. Ciertamente, el paciente puede pretender el reembolso de lo abonado con ocasión de la asistencia sanitaria que recibe fuera de sus fronteras en base a los supuestos de urgencia vital que prevé nuestra legislación, en lo que constituiría otra posible vía a concurrir con las ya descritas. Una vía ésta, conviene destacar, más tuitiva que las restantes, en tanto en cuanto contempla un reintegro completo de los gastos asumidos, tanto los de tipo accesorio como los posibles copagos.

Desde un punto de vista técnico-jurídico, queda claro que la regulación de la asistencia sanitaria transfronteriza en la UE no resulta todo lo afortunada que sería deseable. Esta complejidad normativa en el reembolso de gastos médicos, traducida en la práctica en una notoria complejidad administrativa, genera el desconcierto de los pacientes, para quienes resulta difícil conocer con exactitud cuestiones tales como el tipo de prestaciones cubiertas o el régimen de autorización previa, y la inseguridad para los Estados en el control de la movilidad con fines sanitarios.

***La descentralización del sistema sanitario incorpora tensiones no resueltas que ponen en cuestión la consolidación de un modelo verdaderamente cohesionado. Es preciso reforzar las técnicas de coordinación, evitando desequilibrios y promoviendo la solidaridad interterritorial.***

En la lógica del principio de autonomía territorial que define la articulación de nuestro modelo de Estado, la responsabilidad que encomienda el art. 43 CE a los poderes públicos en la organización y tutela de la salud se traduce en una competencia compartida entre



## CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE "LEGE FERENDA".

Estado y Comunidades Autónomas. En esta distribución competencial, es el Estado el responsable de preservar un marco global de homogeneidad a través de la configuración de una ordenación básica de prestaciones, que actúa a modo de mínimo a partir del cual las Comunidades pueden mejorar por ampliación, en el ámbito de su autogobierno, el contenido de la asistencia sanitaria a dispensar en sus respectivos territorios.

Esta capacidad autonómica para complementar el *quantum* prestacional fijado a nivel nacional abre naturalmente las puertas a inevitables diferencias territoriales. Sin embargo es consolidada doctrina constitucional la que estima que el principio de igualdad no impone el mismo contenido en el ejercicio de las competencias autonómicas, de modo que tales divergencias están consentidas en la articulación de un sistema sanitario territorialmente descentralizado, sin que se considere supongan un quebrantamiento de la igualdad constitucionalmente proclamada, pues ésta no equivale a la uniformidad de ordenamientos. Luego el que el derecho a la asistencia sanitaria tenga distinto contenido en función de la Comunidad en que resida el paciente es una cuestión que podrá ser tan debatida como se quiera. Pero lo cierto es que ésta no es sino la consecuencia inevitable de la configuración de nuestro Estado social autonómico, la traducción del principio de autogobierno en el sistema sanitario, por lo que cualquier crítica a la misma sería reconducible a un tema más amplio, como es el relativo al Estado autonómico y sus implicaciones. Éste es ya otro debate.

Sea como fuere, parece claro que el desarrollo del principio autonómico no puede entenderse carente de límites, pues encuentra en la equidad entendida como la igualdad de acceso a los servicios sanitarios públicos un valor que necesariamente demarca su operatividad. El SNS, conformado por tantos servicios de salud como Comunidades Autónomas, cada uno con capacidad de organización y gestión propia, ha de lograr el compromiso entre la pluralidad que implica el principio de autogobierno y la unidad que trae consigo la concepción integral del sistema, ambos característicos de nuestro Estado social de Derecho. No se puede considerar el principio de autogobierno antagónico al de cohesión. Antes al contrario, es este último un elemento condicionante de la efectividad del primero. La coordinación del modelo multinivel al que se asiste adquiere, así, una relevancia manifiesta. Constituye una herramienta fundamental en la configuración de un sistema congruente, en la conciliación entre la autonomía y la equidad que definen nuestro modelo, en la garantía de que la diversidad intrínseca al Estado autonómico no derive en una desigualdad de los derechos de los ciudadanos. Estos postulados, de tan fácil

predicación en la teoría, resultan de articulación compleja en la práctica. Y el contexto sanitario es buen reflejo de ello. En este sentido, se asiste en la actualidad a no escasas disfunciones que revelan que aún restan flecos sueltos en la consecución de un modelo verdaderamente cohesionado. Significativamente, puede afirmarse que el origen de la mayor parte de tales disfunciones radica en terrenos propios de la voluntad política (las trabas que pueden encontrar pacientes para ser atendidos en servicios autonómicos de salud diferentes del de origen, frecuentemente denunciadas en los informes del Defensor del Pueblo, no serían sino una muestra de lo anterior).

Es cierto que se han producido oportunos avances en los últimos años, señaladamente mediante la articulación del Fondo de Garantía Asistencial, que vino a complementar la función del Fondo de Cohesión Sanitaria en la igualdad de acceso a las prestaciones sanitarias en el conjunto del territorio nacional, el establecimiento de un calendario común de vacunas a nivel estatal o la articulación de un formato único de tarjeta sanitaria para favorecer el intercambio de información entre los Servicios autonómicos de Salud sobre la población protegida, a fin de garantizar la asistencia sanitaria de todos los españoles en sus desplazamientos a otras Comunidades Autónomas, por poner algunos ejemplos referidos (y elogiados) en este trabajo de investigación. Sin embargo, como se apuntaba líneas arriba, es necesario corregir otras tensiones aún existentes entre los distintos niveles competenciales a través de fórmulas de coordinación efectiva. Y es que, si bien el carácter descentralizado del modelo sanitario está claramente consolidado, habiendo transcurrido más de una década desde el final del proceso de transferencias competenciales en la materia, no puede decirse lo mismo respecto de la garantía de coordinación que requiere su funcionamiento coherente. En este aspecto se revelan debilidades que es preciso enmendar. El CISNS, debido al carácter no vinculante de sus decisiones o a la unanimidad prescrita para los acuerdos, que termina por obstaculizar su adopción en cuestiones básicas, no ha conseguido erigirse en un auténtico órgano de colaboración institucional entre los niveles estatal y autonómicos. No despliega, pues, toda la operatividad a la que estaba llamado, siendo en muchas ocasiones víctima de confrontaciones y desavenencias de tipo político. De ahí que se pueda concluir la necesidad de que supere ese carácter meramente consultivo y, adoptando plena capacidad ejecutiva, pueda configurarse como elemento vertebrador del sistema.

## CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE "LEGE FERENDA".

El funcionamiento cohesionado de nuestro modelo sanitario también pasa necesariamente por reconocer la importancia que a estos efectos ostenta la información integrada y su intercambio entre servicios de salud. En consecuencia, se han de salvar las disfuncionalidades constatables en la actualidad y potenciar la información transparente y homogénea, con parámetros comunes en el conjunto del SNS, que permita el acceso público y la comparación de importantes variables como los resultados en salud, las condiciones de acceso, los indicadores de calidad o las listas de espera entre los distintos servicios autonómicos.

Transcurridos más de diez años desde la entrada en vigor de la LCC, bien puede constatarse que el texto legal no ha logrado satisfacer plenamente el propósito con el cual vio la luz, esto es, promover la efectiva cooperación entre las administraciones sanitarias en aras de consolidar unas garantías básicas y comunes de calidad y acceso en todo el territorio del Estado. Es preciso, por ello, adoptar fórmulas de coordinación más efectivas que, superando las insuficiencias de las ya implantadas, refuercen la institucionalización del Sistema Nacional de Salud y doten de consistencia la cohesión del sistema sanitario.

***La dialéctica de lo público y lo privado en el ámbito sanitario asiste en los últimos años a un creciente reforzamiento del segundo sobre el primero, a pesar de que no se hayan conseguido demostrar en la práctica las virtudes bajo las que, en términos de eficiencia, se propugnan tradicionalmente las técnicas de gestión privada.***

La gestión sanitaria se caracteriza en la actualidad por el recurso a una amplia variedad de fórmulas jurídicas. Del análisis de las mismas acometido en este trabajo de investigación se constata una notable expansión del ámbito concedido a la provisión privada. Ello se inscribe en una corriente de pensamiento, curiosamente tan indemostrada como asentada, que, en un continuo desdoro del ámbito público, atribuye a las técnicas jurídicas de carácter privado todas las bondades en términos de eficiencia, reduciendo las de tipo público a la expresión del dispendio y la futilidad.

Si bien no puede afirmarse en modo alguno que la intervención del sector privado en la sanidad constituya un fenómeno reciente (ya se ha visto que desde finales de los 90 del

siglo XX las denominadas *nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud* cuentan con habilitación legal), lo cierto es que sí resulta remarcablemente novedosa la creciente proporción en la que hoy día se recurre al mismo. En efecto, en los últimos tiempos se evidencia una inclinación cada vez más frecuente hacia las técnicas de gestión privada, que se han visto reforzadas con el advenimiento de la crisis. En la marea de urgencias económicas y de recortes a la que se asiste en nuestros días, se inscribe una pretendida minimización del gasto sanitario mediante la inmersión de la iniciativa privada en las fórmulas de gestión. Se pretende, así, optimizar el servicio y reordenar los recursos, paliar el déficit público del sistema sanitario flexibilizando el funcionamiento de los centros sanitarios en base a la acogida de técnicas propias del Derecho privado en el régimen jurídico de las entidades intervinientes, las cuales quedan dotadas de una mayor autonomía en la gestión de sus presupuestos. Las formas tradicionales de gestión pública han sido, pues, progresivamente desbancadas por la introducción de patrones de mercado que, a través de términos propios de modernización, flexibilidad y asignación eficiente de recursos, han instalado su lógica en el ámbito de la sanidad, buscando reducir la rigidez que incorporan los controles jerárquicos y presupuestarios propios del sector público sobre el servicio.

Desde luego, de la cita de los propósitos teóricos de las técnicas de gestión privada, no parece poder desprenderse objeción alguna, en el sentido de que nada se antoja más deseable que un sector sanitario racionalizado, eficiente y que evite toda prodigalidad en la gestión de recursos, todo gasto excesivo y superfluo. Pero lo controvertido en este ámbito estriba precisamente en determinar si las virtudes bajo cuya justificación se impulsan estas reformas privatizadoras se han materializado en la realidad o, al menos, si lo han hecho con la misma intensidad con que se preserva la calidad de la atención sanitaria y las garantías de los usuarios del servicio. La cuestión no es otra, pues, que calibrar si esta lógica inspiradora que promueve en los últimos años la gestión sanitaria se acompasa o no a la misma razón de ser de nuestro sistema sanitario, fundamentado en la atención integral de la salud a la luz de criterios de calidad, universalidad y suficiencia.

El primer obstáculo con que se tropieza al respecto es que no siempre se cuenta con la transparencia deseada en términos de información estadística sobre costes, recursos y resultados en salud. Por tanto, las ventajas tan proclamadas en los aspectos financiero y de

## CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE "LEGE FERENDA".

control del gasto, así como en la eficiencia, no han logrado quedar demostradas de forma suficientemente sólida, al menos hasta el día de hoy. La solución pasa ineludiblemente por la consolidación de la transparencia y la evaluación objetiva y rigurosa como principios rectores en el desarrollo de las diversas fórmulas empleadas.

En lo reprochable del uso, o mejor, abuso, de las técnicas privatizadoras en la actualidad cabe aludir, en primer lugar, al hecho de que la búsqueda de rentabilidad referida a la relación coste-eficacia termina por desplazar en la escala de prioridades la propia calidad de las prestaciones provistas. En efecto, la intervención del ánimo de lucro en la gestión de las prestaciones sanitarias no siempre logra los resultados de calidad prometidos bajo su implantación. Ésta suele ser la gran perdedora en el recurso a estas modalidades de gestión, al tiempo que se suele prescindir de los servicios más costosos, desatendiendo necesidades de colectivos de población especialmente vulnerables. Y es que uno de los principales riesgos inherentes a estas fórmulas de gestión emanan directamente de la primacía de la obtención de beneficios en el canon de actuación, de modo que la atención a las necesidades sanitarias como criterio de organización sanitaria queda desplazada en base al propio de la oferta y la demanda, poniendo en peligro el acceso al Sistema Nacional de Salud en igualdad de condiciones, que constituye una de las principales garantías dispuestas en la LCC.

Nos hallamos ante la reproducción en el ámbito sanitario de la clásica dialéctica de lo público y lo privado. Traducida en principios, implica el duelo entre la eficiencia y la calidad técnico-médica, de modo que las políticas más privatizadoras suelen refugiarse en la primera, mientras que sus objetores se amparan en el segundo para deslegitimar las fórmulas privadas de organización. Lograr a un tiempo la eficacia de la intervención médica y la economía de medios no parece, pues, una meta apacible. La búsqueda de la actividad pública sostenible debe ser un objetivo al que no escape la actividad sanitaria, pero debe cuidarse de no entregar la misma prestación al propósito de la eficiencia. Dicho de otra forma, concebir la sanidad como un servicio público no equivale a estimar su gestión como un ámbito exclusivo y excluyente de la Administración, pues la colaboración del sector privado está jurídicamente avalada desde hace tiempo. De lo que se trata es de preservar, en todo caso, el efectivo control y la dirección pública del proceso a fin de promover la igualdad y solidaridad que sustentan el mismo fundamento de las sanitarias como prestaciones de cobertura pública.

Nos movemos, no se olvide, en el ámbito de la protección de la salud, de ineludibles implicaciones en la dignidad de la persona, lo cual impide concebir la sanitaria como una actividad económica sin más, sujeta a la misma lógica del mercado. En efecto, la priorización a toda costa de la maximización de la eficiencia tiene difícil encaje en el ámbito de la asistencia sanitaria, enraizado en el ejercicio de un derecho social fundamental de desmercantilización. Y, en este sentido, no está de más insistir en que la garantía de este derecho requiere para su efectividad de la afirmación de la dimensión pública del modelo y, con ella, el compromiso colectivo con la salud como necesidad de interés general a satisfacer. Un compromiso capaz de consolidar la legitimación del sanitario como servicio público.

Lo cierto es que este fenómeno se inscribe en un proceso más amplio que, desde hace tiempo en marcha, supone un notorio cambio en la función social del Estado, o al menos, en el desenvolvimiento de dicha función. Así, en las últimas décadas, se asiste a la transición desde la asunción directa por parte del mismo respecto de las situaciones de necesidad social hacia la encomienda de estas últimas al ámbito privado a través de fórmulas jurídicas muy variadas. Se está gestando, por tanto, un cambio de paradigma por el que se sustraen cada vez más ámbitos de competencia pública para quedar en manos de la gestión del sector privado. De este modo, el Estado deja progresivamente de presentar las notas básicas de un Estado gestor de servicios públicos, para asumir las propias de un Estado que tiende a la sinergia con el sector privado en la búsqueda de eficiencia y productividad en el cometido público. Se asiste, en definitiva, a un debilitamiento del *Estado social* y a un correlativo fortalecimiento del *Estado mercado*.

*La plena universalización de la asistencia sanitaria constituye todavía una asignatura pendiente de nuestro sistema. La última reforma sanitaria, a partir de una marcada regresión de la titularidad universal del derecho al concepto de aseguramiento, ha acometido diversas exclusiones en el ámbito subjetivo de cobertura de las prestaciones sanitarias, exclusiones que vulneran el derecho fundamental de toda persona a la asistencia sanitaria. La pretendida rectificación en relación con los*

## CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE "LEGE FERENDA".

***extranjeros en situación irregular, recientemente anunciada, ni es adecuada en términos de técnica jurídica, ni es suficiente en clave material.***

Uno de los elementos más característicamente ensalzados en la evolución del sistema sanitario en España había estado referido a la ampliación del ámbito subjetivo de cobertura, desde la ruptura con el principio contributivo clásico. Una ampliación que había permitido consolidar un sistema prácticamente universal, a falta de reducidos colectivos de población. La reforma sanitaria de 2012 supuso mucho más que un alto en el camino hacia la consecución de la plena universalización del modelo. Supuso un paso atrás en esos avances históricos, alejando al sistema de esa meta a la que la asistencia sanitaria está llamada desde el plano constitucional (art. 43) y legal (art. 3.2 LGS, art. 2.b. LCC y Disposición adicional sexta LGSP). Y lo hizo a partir de lo que puede estimarse una evidente declaración de intenciones, al reemplazar la noción de *titularidad del derecho a la protección de la salud* por la de *aseguramiento*.

A consecuencia de la reforma operada, el abanico de individuos con acceso gratuito a las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social se ha visto reducido en gran medida, fundamentalmente mediante la introducción de un límite de edad (veintiséis años) para que los descendientes puedan ostentar la condición de beneficiarios de la asistencia sanitaria, así como la exclusión de los extranjeros en situación irregular.

Esta restricción en el acceso a los servicios de salud rompe con la universalidad como uno de los principios cardinales de nuestro sistema sanitario. De ahí que dicha medida regresiva pueda, en consecuencia, ser cuestionada desde un amplio enfoque.

En primer lugar, se ha de acometer un cuestionamiento de la misma *a la luz de la Constitución española*. Y es que tanto el art. 41 CE, aludiendo a "todos", como el 43 CE, en su referencia a "todos los ciudadanos", propugnan la universalidad como una de las señas de identidad del sistema de Seguridad Social, en general, y de las prestaciones sanitarias, en particular. De lo que se desprende que las normas legales que desarrollen la letra constitucional al respecto deben preservar la universalidad como premisa de la configuración del sistema prestacional sanitario. La titularidad del derecho a la asistencia sanitaria no es dependiente de la condición de ciudadano, sino de la de persona. Dicho de otra forma, la ciudadanía política no puede operar como criterio de definición de los titulares del derecho a la asistencia sanitaria, consustancial a la dignidad humana.

La reforma en el ámbito subjetivo de cobertura de las prestaciones sanitarias merece también ser cuestionada *a la luz del Derecho internacional de los Derechos Humanos*. A estos efectos, conviene poner el acento en una cláusula cuya potencialidad no es infortunadamente tan aprovechada como debería ser. Se trata del canon interpretativo que contiene el art. 10.2 CE en remisión a los instrumentos de derechos humanos, que contienen comúnmente una formulación universalista, esto es, un reconocimiento del derecho fundamental a la protección de la salud respecto de "toda persona" (señaladamente, los arts. 25.1 DUDH, 12.1 PIDESC, 35 CDFUE). De lo que se sigue que, siendo éste el sentido en el que están llamados a ser interpretados los derechos contenidos en la Constitución, bien puede concluirse que la reforma sanitaria y la restricción que opera en la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria sobre la base de la situación jurídico-administrativa de la persona, tiene sobradas tachas de inconstitucionalidad. En efecto, la reforma operada por el RDley 2012 deriva en un resultado manifiestamente contrario a la concepción internacional del derecho y, en consecuencia, a la interpretación que exige hacer el art. 10.2 CE. Esta denunciada oposición entre la medida restrictiva española y el Derecho internacional ha sido confirmada por el mismo Comité Europeo de Derechos Humanos.

Asimismo, la ruptura con la universalidad del sistema es susceptible de ser cuestionada *a la luz de su impacto económico y sanitario*. No existen razones concluyentes para presumir que aquélla consiga el propósito de reducción del gasto público sanitario bajo cuya justificación fue adoptada. En este sentido, está demostrado que no es el colectivo extranjero irregular el que hace un mayor uso del sistema sanitario. A su vez, al quedar la atención de urgencias como el único nivel de atención con acceso gratuito para este sector poblacional, queda condenado a una (todavía) mayor presión en la demanda de sus servicios, cuya financiación resulta por otra parte más costosa que los de tipo preventivo. En clave sanitaria, además, conviene hacer constar que esta restricción en el control sanitario de un colectivo potencialmente portador de enfermedades infecto-contagiosas puede devenir en un riesgo para el conjunto de la población, convirtiéndose una cuestión de salud individual en un problema de salud pública.

El conjunto de cuestionamientos que se viene haciendo puede concluirse reflexionando ahora *a la luz del reparto competencial en materia sanitaria*. Y es que,



## CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE "LEGE FERENDA".

también en este extremo, la exclusión de los extranjeros en situación irregular presenta efectos controvertidos. La recepción de la medida no ha sido en modo alguno pacífica en las Comunidades Autónomas responsables de la gestión de los distintos servicios autonómicos de salud. De manera que del análisis del panorama que actualmente presenta la aplicación de la medida en el conjunto del territorio nacional, el resultado no puede hallarse más fragmentado: desde aquellas Comunidades que han optado por aplicarla en sus estrictos términos, hasta aquellas que se han rebelado manteniendo la provisión universal de los servicios sanitarios en ellas instalados, pasando por aquellas otras que han decidido modular en ciertos aspectos la reforma estatal.

La exclusión de determinados colectivos del derecho a la asistencia sanitaria supone hoy, en definitiva, un palpitante desafío de amplias dimensiones. En este sentido, no despliega consecuencias exclusivamente en el ámbito de la protección de la salud, pues también tiene efectos devastadores en términos de cohesión social. La introducción de criterios discriminatorios (señaladamente la exigencia de regularidad en la situación administrativa) en el acceso a los servicios de salud no es coherente con el enfoque integrador característico de nuestro modelo de Estado Social y con una de las principales exigencias de la justicia social, concretada en la satisfacción de determinados bienes esenciales en la vida de los seres humanos, procurando su participación en la sociedad. Teniendo en cuenta que la protección social en general, y la sanitaria en particular, encuentra su fundamento en la dignidad inherente al ser humano, no resulta costoso colegir que la atención a la salud debe promocionarse respecto del conjunto de la sociedad en condiciones de igualdad.

La pretendida rectificación anunciada recientemente desde el Ministerio de Sanidad y proclamada como un restablecimiento de la asistencia sanitaria a los extranjeros irregulares en ningún caso puede calificarse como tal. Y ello porque, desde el punto de vista material, se muestra a todas luces insuficiente al habilitar el acceso de este colectivo exclusivamente al nivel de atención primaria, continuando privado del acceso a la atención médica especializada. Al tiempo, la medida es del todo inadecuada desde el punto de vista técnico-jurídico. Desatendiendo el principio de reserva de ley contenido en el art. 43 CE, se remite a un ulterior acuerdo en el CISNS, sin que se prevea ninguna modificación a nivel jurídico-legal al respecto.

Así las cosas, se propone desde estas líneas (re)instaurar efectivamente la titularidad universal del derecho a la asistencia sanitaria, solucionando las disfunciones advertidas

entre los términos de la última reforma y las opciones asentadas en la base política y jurídica de nuestro modelo sanitario. La solución pasa, pues, por proceder a la efectiva realización, dar operatividad plena a los principios formulados en el texto constitucional, en los instrumentos internacionales de derechos humanos e incluso en normas básicas de la regulación sanitaria (LGS). Siendo la salud una de las necesidades más elementales de todo ser humano, no resulta admisible otro título de acceso a los servicios sanitarios que el de *persona*. Ésta y no otra es la interpretación coherente con un derecho fundamental que es correlato de la dignidad inherente al ser humano, la cual constituye a su vez el presupuesto antropológico de la configuración del Estado social y democrático de Derecho. En coherencia con ello, se impone necesario restituir el derecho de los inmigrantes irregulares a la tarjeta sanitaria, restableciendo su derecho de acceso al conjunto de las prestaciones sanitarias en todos los niveles de atención, y no exclusivamente en el propio de atención primaria. Es ésta la propuesta más coherente con la consideración del derecho a la asistencia sanitaria como un auténtico derecho fundamental de la persona.

*Las últimas reformas sanitarias han sido enfocadas desde la primacía de la racionalidad jurídico-económica sobre la racionalidad jurídico-social. En el marco de un sistema que opera con recursos limitados para atender una demanda cada vez más intensa, la preservación de su sostenibilidad tiene significativa importancia, pero en ningún caso puede constituirse en criterio hegemónico, a costa de debilitar los elementos básicos definidores de aquél. La relación entre la viabilidad del sistema y la efectividad del derecho a la asistencia sanitaria debe ser de equilibrio, sin que sea admisible la consideración de la primera como un objetivo incondicionado en el marco de continuas reducciones del alcance de la protección de la salud.*

El sistema sanitario ha sido objeto en los últimos años de una serie de reformas de gran calado. Señaladamente, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, vino a constituir el eje cardinal de un amplio proceso de revisión con la finalidad político-jurídica de reducir el gasto público sanitario.

El ámbito sanitario, por tanto, no ha quedado ajeno a las denominadas políticas de

## CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE "LEGE FERENDA".

austeridad. Antes al contrario, éstas han encontrado en aquél un importante terreno de actuación, a través de la reducción del alcance de la protección de uno de los principales factores de bienestar social como es la salud. En concreto, la restricción del ámbito subjetivo de cobertura, la introducción de variaciones en el sistema de participación del usuario en las prestaciones farmacéuticas, la redefinición de la cartera de servicios, con la consiguiente introducción del copago en prestaciones hasta entonces exentas del mismo (transporte sanitario no urgente, prestaciones ortoprotésicas y prestaciones con productos dietéticos), así como la exclusión de cobertura pública de un gran número de medicamentos para síntomas menores (si bien no de escasa prevalencia), que pasan a ser íntegramente financiados por los usuarios sin toma en consideración del criterio de renta, son algunas de las reformas introducidas con la pretensión, casi obsesiva, de corregir el déficit público. Tales reformas, por razones obvias, penalizan en mayor medida a los sectores más vulnerables de la sociedad, los que cuentan con menor poder adquisitivo y los enfermos crónicos, al tiempo que propician el recurso a técnicas privadas de aseguramiento como reacción a las diferentes exclusiones prestacionales, fragmentando la asistencia sanitaria entre quienes tienen recursos económicos para ello y los que no, y reduciendo la intervención activa de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades sociales.

El alcance de estas modificaciones no puede interpretarse sino en clave regresiva. Y es que, de las medidas adoptadas, la conclusión a la que cabe llegar no es sólo que se abstienen de introducir avance alguno en el sistema sanitario, desatendiendo la cláusula de progresividad en la realización de los derechos sociales dispuesta en el art. 2 PIDESC, sino que, más aún, han supuesto un notable retroceso en los elementos fundamentales de aquél, tales como la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria o su contenido prestacional. Al romper con buena parte de lo conseguido en materia sanitaria, estas reformas adolecen de un carácter marcadamente involutivo. Además, es de resaltar la contradicción que se advierte en el mismo proceso de reforma, pues la naturaleza coyuntural de las razones que lo impulsan no se corresponde con la naturaleza estructural de las modificaciones que opera, incidiendo en el mismo núcleo del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria. De esta forma, se combate la reducción de recursos con la reducción del derecho a la asistencia sanitaria.

Lo cierto es que una mera referencia al pretendido ahorro económico no parece ser suficiente para justificar tal alteración en principios definidores del sistema, máxime

cuando no ha sido siquiera concretada la articulación de dicho ahorro. Esto nos lleva a una reflexión más amplia, de la que la reforma sanitaria puede considerarse, en última instancia, una clara manifestación, y es la primacía que las reformas sociales más recientes conceden a la racionalidad económica, relegando la social a un segundo plano.

Se asiste, así, a un desajuste entre lo que *debe ser* y lo que *es*, entre el modelo sanitario constitucionalmente consagrado, de conformidad con los principios del Estado social de Derecho, y el que resulta del último proceso de reforma, que otorga toda la prioridad al principio económico. Ciertamente, se están debilitando buena parte de los principios básicos que habían tradicionalmente constituido sus señas de identidad y que tanto habían contribuido a su crédito. Si la asistencia sanitaria es uno de los derechos que mejor ejemplifican los postulados de justicia social que fundamentan el Estado social, bien puede concluirse que la reducción operada en su alcance contradice la misma legitimidad política de nuestro modelo de Estado. Dicho de otro modo, la reforma sanitaria más reciente se inscribe en un ámbito conceptual que se opone al propio del principio social que define el modelo de Estado desde el art. 1 CE y que legitima la acción de los poderes públicos en aras de satisfacer las necesidades de los individuos al margen de la posición que ocupan en el mercado.

En todo caso, conviene poner de relieve que no es sólo el principio social el que es puesto en cuestión como consecuencia de las últimas reformas, pues el democrático no queda inafectado, al emerger el Real Decreto-Ley en el principal instrumento de decisión político-jurídica, invadiendo espacios tradicionalmente ocupados por la Ley, y sin que la situación de extraordinaria y urgente necesidad que habilita su empleo resulte en todos los casos debidamente acreditada. De esta forma, se sustrae del debate parlamentario la adopción de medidas que afectan a elementos esenciales del derecho a la asistencia sanitaria, elementos que habían sido asentados en leyes respaldadas por amplios consensos, como es el caso de la LGS o la LCC.

Estas reformas se inscriben en las tensiones socio-económicas del sistema, impulsando hasta el momento la primacía de la razón económica. Desde estas líneas no se quiere, ni se puede, mantener una visión que desatienda el económico como componente a tener necesariamente en cuenta en la gestión de una oferta limitada de recursos frente a una demanda creciente, impulsada por el aumento de la esperanza de vida y, con él, el

## CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE "LEGE FERENDA".

envejecimiento de la población y el aumento de enfermedades crónicas. Antes al contrario, son reiteradas las ocasiones en que a lo largo de este trabajo de investigación se ha instado al preceptivo equilibrio entre la sostenibilidad financiera del sistema y la garantía de efectividad del derecho a la protección de la salud. Es obvio que la coyuntura económica en que nació y se desarrolló el sistema sanitario ha cambiado, y mucho, pero no parece ser ésta razón suficiente para prescindir de los principios fundamentales en que está basado y que constituyen su justificación jurídico-política más preciada. El económico, con ser importante, no puede llegar a tal grado de hegemonía que sea el único criterio a regir en las políticas públicas. En otras palabras, siendo la asistencia sanitaria, como todo derecho prestacional, un derecho condicionado económicamente, ello no habilita a una desconfiguración material del mismo bajo el paraguas de la reducción de los recursos disponibles. Es preciso, por tanto, reorientar el proceso, de forma que, superando el propósito meramente económico, se aspire al bienestar material mediante la promoción de las condiciones que logran la autorrealización de los ciudadanos, entre las que la asistencia sanitaria, como pieza básica de nuestro modelo de constitucionalismo democrático-social, juega un papel fundamental.

Se impone, así, la necesidad de reforzar el sistema público sanitario, de preservar su viabilidad sin alterar el nivel y la calidad de las prestaciones en él dispensadas, sin destruir los principios básicos de universalidad y equidad que lo han llevado a ser acreedor de un prestigio notorio. Lo anterior pasa por una estrategia insistente en la racionalización de recursos, y no tanto en la reducción de los mismos. Y es que en este marco se encuadra uno de los aspectos más cuestionables de la reforma sanitaria. Ha sido ésta una reforma precipitada, basada en recortes presididos por el apremio y no por la ponderación. Se han adoptado, ciertamente, medidas de pretendido efecto inmediato, sin reparar en los costes en términos sociales de ellas derivados. Frente a ello, se debe hacer constar la existencia de no escasas alternativas para racionalizar el gasto público sanitario sin destruir los fundamentos mismos del sistema. En este sentido, se revela más adecuado buscar soluciones en el largo plazo, de la mano de la gestión verdaderamente eficiente de los recursos, el fomento de la conciencia ciudadana responsable en el uso de los servicios médicos y el consumo de medicamentos, la educación sanitaria o la implicación de los profesionales.

En estas reformas y sus repercusiones se asiste a una paradoja harto significativa. Mientras su fundamento reside en una concepción reduccionista de la eficacia del derecho

social a la protección de la salud, los efectos que de ellas se derivan no hacen sino evidenciar la urgencia de reforzar la realización efectiva de aquél. En otras palabras, la necesidad de un modelo de asistencia sanitaria de calidad y universal aumenta con su mismo debilitamiento, pues éste corre en paralelo a la generación de situaciones de injusticia social. De las medidas restrictivas operadas en materia sanitaria se colige, en definitiva, no sólo una (merecida) crítica por la reducción en el alcance material del derecho social, sino también una oportunidad para sostener la necesaria efectividad del mismo.

La solución a la preeminencia de la razón económica sobre la social que ratifica la más reciente reforma sanitaria pasa, en definitiva, por afirmar la necesidad de *blindar* el derecho social fundamental a la protección de la salud, en general, y la asistencia sanitaria, en particular, protegiéndolo frente a restricciones de su contenido básico.

*La protección de la salud constituye un derecho social fundamental, tal y como se contempla expresamente en la CDFUE (ex. art. 35 en relación con el art. 34). El carácter debilitado de las técnicas de garantía que la Constitución española diseña atendiendo a la ubicación en el texto constitucional del precepto que lo proclama no constituye criterio suficiente para aceptar una devaluación de su caracterización jurídica. A tal efecto, es preciso acoger un enfoque material, funcional, basado en una interpretación sistemática de la Constitución, una valoración del fundamento mismo del derecho, concretado en la dignidad inherente al ser humano, así como una estimación de su significación en la justificación socio-política del Estado social y democrático de Derecho.*

La reforma de la que han sido objeto las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social no sólo merece ser cuestionada, como se acaba de hacer líneas arriba, desde el punto de vista de los efectos restrictivos que ha desplegado en su alcance y contenido. Más controvertida, si cabe, resulta ser la base en que se sustentan las modificaciones introducidas. En este sentido, cualquier reflexión a la exclusiva luz de las medidas regresivas, de los recortes y sus implicaciones es manifiestamente limitada, por lo que se

## CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE "LEGE FERENDA".

debe llegar al verdadero trasfondo de este proceso de revisión del sistema prestacional. Y ese trasfondo no es otro que una negación de la consideración de la protección de la salud como auténtico derecho social fundamental. En términos más generales, cabe sostener que la reforma se vale de una pretendida devaluación de la teoría de los derechos sociales en tanto derechos fundamentales. Luego rebatir la adopción de tales medidas restrictivas pasa por cuestionar la misma premisa de la que parten y, en consecuencia, reconocer en la protección de la salud, en general, y la asistencia sanitaria, en particular, un auténtico derecho social fundamental que, atribuido a la persona como tal, merece ser salvaguardado. Su participación de la dogmática de los derechos fundamentales constituye uno de los mejores instrumentos para combatir el recién denunciado desequilibrio entre la racionalidad económica y la social a favor de la primera.

Ello exige superar la tradicional diferenciación entre los denominados derechos de libertad y los de prestación, afirmando la interdependencia e indivisibilidad de todos ellos y dotándoles de igual eficacia jurídica. Precisamente la protección de la salud representa un valioso exponente de esta unidad, pues constituye un elemento esencial para la inclusión social que requiere el efectivo ejercicio de los derechos civiles y políticos. La dignidad humana como fundamento común a todos los derechos representa una argumentación incontestable a tales efectos. La salud es presupuesto de una vida digna y, con ello, condición existencial indispensable para dotar de contenido el disfrute de los restantes derechos, con los que guarda una relación de dependencia funcional.

En tanto necesidad básica del ser humano, su satisfacción requiere ineludiblemente efectivizarse como garantía de un derecho social fundamental de toda persona, a fin de ser apartado del mercado y asegurar así un acceso igualitario a las prestaciones en que se materializa, neutralizando al tiempo los dispares efectos que los determinantes sociales de la salud tienen en los seres humanos. Dicho de otra forma, el derecho social a la protección de la salud garantiza este componente básico de bienestar al margen de la posición del individuo en el mercado, reproduciendo a este respecto los postulados de la desmercantilización que constituye la justificación socio-política del Estado del bienestar.

El derecho a la protección de la salud, como en general todos los derechos sociales, ha adolecido tradicionalmente, en el plano nacional e internacional, de un sistema de garantías debilitado respecto del dispuesto para los derechos civiles y políticos. En este hecho se ha pretendido advertir un criterio de distinción entre los derechos fundamentales, categoría en la que se inscribirían los últimos, y aquellos otros, los de prestación, que

quedarían reducidos a meras aspiraciones o declaraciones retóricas jurídicamente ineficaces. El art. 53.3 CE vendría a constituir la consagración constitucional de lo anterior. No en vano, el débil régimen de garantías que el precepto dispone respecto de los derechos reconocidos en el Capítulo III del Título primero de la Constitución, entre los que se encuentra el derecho a la protección de la salud, es frecuentemente esgrimido para negar a aquéllos la condición de derechos fundamentales.

Sin embargo, hoy día esta interpretación, por limitada, debe entenderse superada. Esto es, la reducción del art. 43 CE, precepto en el que se reconoce el derecho a la protección de la salud, a un mero enunciado programático sobre la exclusiva base de la configuración técnica o ubicación formal por la que opta el constituyente y la consiguiente protección constitucional que recibe, no parece coherente con la interpretación sistemática y finalista a la que está llamado el texto constitucional en su conjunto. Es necesario, entonces, adoptar un enfoque material y funcional, que tenga en cuenta la inescindible vinculación de este derecho con otros también fundamentales, señaladamente el derecho a la vida o a la integridad física o moral, así como su fundamento concretado en la dignidad inherente al ser humano. A este respecto, el enfoque internacional vuelve a mostrarse como una referencia ineludible en la caracterización jurídica del derecho, al ser cuantiosos los textos internacionales de derechos humanos que proclaman abiertamente la protección de la salud como un auténtico derecho fundamental. La CDFUE bien puede estimarse un instrumento insigne en este sentido, pues reconoce expresamente este derecho en su art. 35, en combinación con el derecho a las prestaciones de Seguridad Social en casos de enfermedad que proclama el art. 34.1. Y lo hace, además, respecto de toda persona, participando de la vocación universalista que caracteriza la misma esencia del derecho fundamental a la asistencia sanitaria. De este modo, la Carta, lejos de configurarlo como un derecho de ciudadanía política, reconoce en él un derecho inherente a todo ser humano, sin restricción alguna derivada de condición jurídico-administrativa alguna.

***El derecho a la protección de la salud cuenta con un contenido mínimo irreductible que debe quedar blindado frente al poder de decisión político-jurídica. Dicho contenido, conformado por los elementos básicos que permiten identificar el derecho en base al***



*interés jurídicamente protegido, constituye el límite oponible a cuantas medidas pretendan incidir en el fundamento mismo del sistema prestacional sanitario, restringiéndolo o desvirtuándolo.*

Siendo la protección de la salud un derecho social fundamental, es dable reconocer en él la existencia de un núcleo mínimo irreductible. Éste operaría a modo de límite en cualquier regulación sobre el mismo, luego el respeto a ese mínimo inderogable debe orientar el juicio de la labor de desarrollo normativo del derecho.

Desde luego que este derecho, en tanto derecho de prestación que opera con recursos limitados, está económicamente condicionado. Y desde luego que, en la lógica de un derecho de configuración legal, el legislador tiene un margen considerablemente amplio de maniobra en la concreción del mismo, en la determinación del acceso al sistema prestacional y en su contenido material. Pero ello es muy diferente a estimar que aquél tenga carta en blanco al respecto. Muy al contrario, cabe identificar en la protección de la salud, en general, y en la asistencia sanitaria, en particular, un núcleo indisponible que representa un límite (mínimo, no máximo) al poder de decisión. Se trata, por tanto, de un núcleo que debe ser preservado y acorazado frente a posibles restricciones que, en una pretendida relativización de la dogmática de los derechos sociales fundamentales, afecten a la misma esencia del derecho. Dicho en otros términos, los elementos básicos que permiten identificar este derecho en base al interés jurídicamente protegido en él han de quedar fuera de toda restricción.

Afirmada, como se acaba de hacer, la existencia de un contenido irreductible en el derecho a la protección de la salud, que queda blindado frente al ámbito de decisión político-jurídica, la siguiente cuestión a dilucidar no es otra que la identificación de ese mínimo que se corresponde con el fundamento originario del derecho. Para ello, emerge con fuerza la unidad de la Constitución como criterio hermenéutico. Es decir, en la determinación de ese núcleo básico debe operar una interpretación sistemática del texto constitucional, que vaya más allá de una interpretación marginal del art. 43 CE.

Este precepto, sin perjuicio del carácter marcadamente abierto que presenta en su redacción, lo cierto es que contiene ciertas reservas materiales. Cabría destacar al respecto la encomienda a los "poderes públicos" en la organización y tutela de los servicios sanitarios (que se opondría a la hegemonía de la privatización en las fórmulas de gestión),

o la alusión a "todos" como titulares del derecho (contraria a la exclusión de determinados colectivos poblacionales del acceso a la asistencia sanitaria). El empleo de este precepto para determinar el contenido inderogable del derecho es, por tanto, de gran utilidad, pero no suficiente.

Con mayor ambición, la determinación de ese núcleo esencial debe encontrarse en la conjunción del referido precepto constitucional con el art. 41 CE, que remite al criterio de suficiencia en la determinación del ideal de cobertura, con la cláusula del Estado social y sus implicaciones como escenario de realización de los derechos sociales (arts. 1.1 y 9.2 CE), así como, de manera muy significativa, con el art. 10.2, que reenvía como canon interpretativo al Derecho internacional de los Derechos Humanos.

Lo cierto es que los instrumentos internacionales de derechos humanos, imprescindibles en la configuración del estándar mínimo de protección de éstos, bien pueden ser considerados auténticos baluartes de la universalización como elemento básico definidor del derecho a la protección de la salud. Según se ha tenido oportunidad de constatar en este trabajo de investigación, cada uno de ellos proclama como titulares a "todas las personas", reconociendo, por tanto, un derecho inherente a todo ser humano por el hecho de serlo.

Es preciso, pues, optimizar las sinergias de una protección multinivel de derechos. Esto es, hacer valer los compromisos internacionales en materia de derechos sociales, compromisos que, al incorporar una proyección universalista, junto a otros parámetros como la progresividad e irreversibilidad de los mismos, cobran un claro interés hermenéutico en la definición del contenido mínimo irreductible de la asistencia sanitaria, al tiempo que sirven de acicate a su avance. Luego la involución en el diseño de nuestro sistema sanitario que quieren significar las más recientes reformas, a través de medidas restrictivas carentes de una justificación sólida, contradice el estímulo evolutivo que acomete el estándar internacional de protección del derecho a la protección de la salud.

En este contenido irreductible que se viene sustentando se encuentra, pues, un valioso argumento oponible frente a eventuales medidas que incidan en los fundamentos mismos del sistema sanitario. Así, restricciones del tipo de las operadas por la última reforma sanitaria en elementos clave del derecho a la protección de la salud como la universalización, la extensión de su contenido material, o el carácter público de la

## CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE "LEGE FERENDA".

organización, por muy avaladas que se digan estar en base a motivaciones de tipo económico (más bien economicista), dejan de ser admisibles desde el momento en que vulneran ese contenido esencial. Luego la defensa de este núcleo indisponible emerge en un criterio determinante para discernir si una medida opera como concreción del derecho o significa, por el contrario, una reducción inaceptable del mismo. En este sentido, bien puede afirmarse que las medidas de reforma articuladas en los últimos años han *limitado*, más que *delimitado*, el propio derecho.

Con esto no se está negando en ningún caso la posibilidad de desarrollar distintas opciones de política económica y social, pues ésta es precisamente una de las principales notas distintivas de nuestro modelo de constitucionalismo democrático-social, a lo que coadyuva el que la Constitución no contenga una fórmula cerrada, un modelo plenamente definido de asistencia sanitaria. Lo que se está descartando es que esa imprecisión, consabida, del texto constitucional pueda interpretarse como una puerta abierta a incesantes reducciones, en el plano subjetivo y objetivo, capaces de vaciar de contenido el derecho a la protección de la salud, desvirtuando su mismo fundamento.

## BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA GALLO, P.: "La nueva regulación de la tarjeta sanitaria individual y los problemas financieros de la sanidad pública", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013.

AGUDO ZAMORA, M.: "Fundamentación filosófica de la lucha contra la pobreza y la marginación como objetivo básico del Estado Social", en AA. VV.: *Pobreza y exclusión: II Foro Andaluz de los Derechos Sociales*, TEROL BECERRA, M. J. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

AGUILERA IZQUIERDO, R.: "Reintegro de gastos médicos por asistencia sanitaria fuera del Sistema de la Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 9, 1998.

AGULLÓ AGÜERO, A.: "La tasa del euro por receta. Controversia competencial y régimen jurídico", en AA. VV.: *La distribución del poder financiero en España: Homenaje al Profesor Juan Ramallo Massanet*, ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., ZORNOZA PÉREZ, J. J. (Dir.) Y VEGA BORREGO, F. A. (Coord.), Marcial Pons, Madrid, 2014.

AHIJADO PÉREZ, M.: "Garantías de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud (I): prestaciones autonómicas, equidad, movilidad de pacientes", en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen I, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

- "Libre elección de facultativo como garantía de calidad de la prestación sanitaria", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013.

ALARCÓN CARACUEL, M. R. Y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1987.

ALBERTI LÓPEZ, L.: "La asistencia sanitaria en el conjunto de la previsión social española", en AA. VV.: *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*, Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales, Madrid, 1988.

## BIBLIOGRAFÍA.

ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

ALMANSA PASTOR, J. M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1989.

ALONSO GARCÍA, R. Y SARMIENTO, D.: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.

ALONSO OLEA, M. Y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2002.

ALONSO OLEA, M.: “El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas”, en AA. VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980.

- “Cien años de Seguridad Social”, *Papeles de Economía Española*, núms. 12-13, 1982.

ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Civitas, Madrid, 1999.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B. Y MEDINA GONZÁLEZ, S.: *Derecho de los Servicios Públicos Sociales*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “El art. 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 15, 1982.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública: sistema de prestaciones y coordinación sanitaria*, Comares, Granada, 2007.

- “El Sistema Nacional de Salud (II): ordenación de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario*, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dirs.), Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

AMATRIAIN CÍA, I.: “La financiación del sistema sanitario público a través de tasas. En especial, el llamado ""euro por receta""”, en AA. VV.: *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, ALENZA GARCÍA, J. F. Y ARCOS VIEIRA, M. L. (Dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ANTEQUERA VINAGRE, J. M.: "Las sentencias sobre servicios sanitarios recibidos en países distintos a los de residencia: la libre circulación de pacientes en la Unión Europea. Revisión e implicaciones", *Revista de Administración Sanitaria*, Vol. 7, núm. 4, 2009.

APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Civitas, Madrid, 1989.

- "Desplazamientos para la asistencia sanitaria especializada en la Seguridad Social. Sobre el objeto del conflicto positivo de competencia y la inactividad en el traspaso de los servicios a la Comunidad Autónoma", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 50, 1991.

- "La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo", *Revista de Derecho Social*, núm. 19, 2002.

- "El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria", en AA. VV.: *Comentario a la constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2002.

- "La Seguridad Social en la Constitución", en AA. VV.: *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

- *Introducción al Derecho social de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2005.

- "La Seguridad Social, pieza esencial de la democracia", en AA. VV.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Coords.), Comares, Granada, 2008.

- "De nuevo sobre la pensión de jubilación: ¿a qué edad hay que jubilarse?", *Revista de Derecho Social*, núm. 49, 2010.

- "La Constitución es normativa. A propósito de la política de empleo", *Jueces para la democracia*, núm. 71, 2011.

- "Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica", *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013.

## BIBLIOGRAFÍA.

- "Políticas de protección social", en AA. VV.: *Políticas sociolaborales*, CARDONA RUBERT, M. B. Y CABEZA PEREIRO, J. (Coords.), Civitas, Madrid, 2014.

- "Seguridad Social", en AA. VV.: *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social*, BAYLOS GRAU, A. P., FLORENCIO THOMÉ, C. Y GARCÍA SCHWARZ, R. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

APILLUELO MARTÍN, M.: "Derecho y contenido de la asistencia sanitaria", en AA. VV.: *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, ALENZA GARCÍA, J. F. Y ARCOS VIEIRA, M. L. (Dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

ARBELÁEZ RUDAS, M.: "El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes. Elementos diferenciales y regulación en España", en AA. VV.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2011.

ARETA MARTÍNEZ, M.: "Sobre el carácter excepcional del reintegro de gastos sanitarios por el sistema nacional de salud y la inclusión o no de la asistencia sanitaria pública en el Sistema de Seguridad Social", *Revista Aranzadi Social*, núm. 20, 2007.

ARISTEGUI FERNÁNDEZ, J. Y MORENO-PÉREZ, D.: "El calendario de vacunación común de mínimos para España: posicionamiento del CAV-AEP", *Anales de Pediatría*, 2014; 80(1).

ARMENGOL FERRER, F. Y CIENFUEGOS MATEO, M.: "La legislación española sobre el céntimo sanitario ante el Derecho de la Unión Europea. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2014, *Transportes Jordi Besora S.L. / Generalitat de Catalunya*, C-82/12", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 35, 2015.

ARNOLD, R.: "El desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en Europa", en AA. VV.: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2002.

ASHFORD, D. E.: *La aparición de los Estados de Bienestar*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.

ASÚA GONZÁLEZ, C.: "Responsabilidad sanitaria", en DÍAZ ALABART, S. Y ASÚA GONZÁLEZ, C.: *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Montecorvo, Madrid, 2000.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

AZAGRA SOLANO, M.: “El reintegro de gastos sanitarios: cómo, cuándo, por qué”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2011.

AZUAR LÓPEZ, M. Y CASADO D.: *Perspectivas de la Seguridad Social española*, Acebo, Madrid, 1988.

BALAGUER CALLEJÓN, F.: “Derecho y Derechos en la Unión Europea”, en AA. VV.: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2002.

BAQUERO VARGAS, J. Y SAN JOSÉ PÉREZ, C.: "La mercantilización de la sanidad", *Revista de Economía Crítica*, núm. 6, 2008.

BAYLOS GRAU, A.: “La contracción del Estado social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 63, 2013.

BECK, U.: *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 2010.

BELORGEY, J. M.: “La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales: El mecanismo de reclamaciones colectivas”, en AA. VV.: *Tratado sobre protección de derechos sociales*, TEROL BECERRA, M. Y JIMENA QUESADA, L. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “La información en la Ley General de Sanidad y en la jurisprudencia”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 3, Enero-Diciembre 1995.

- “¿Sistema Nacional de Salud o Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social?”, *Revista Derecho y Salud*, núm. 16, 2007.

- “Coordinación general sanitaria”, *Revista Derecho y salud*, Vol. 15, Nº. Extra 2, 2007.

- “La universalización de la asistencia sanitaria operada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de salud pública: tardío e insuficiente cumplimiento del mandato ínsito en el artículo 43 de la Constitución” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2012.



## BIBLIOGRAFÍA.

- “Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2012.

- “La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales”, en AA. VV.: *Derecho y salud en la Unión Europea*, PÉREZ GÁLVEZ, J. F. Y BARRANCO VELA, R. (Dirs.), Comares, Granada, 2013.

BENACH, J.: “La desigualdad social perjudica seriamente la salud”, *Gaceta Sanitaria*, Vol. 11, núm. 6, 1997.

BERMEJO, J. C.: *Humanizar la asistencia sanitaria: aproximación al concepto*, Desclée de Brouwer, 2014.

BEVERIDGE, S. W.: *Seguro Social y Servicios Afines. Informe de Lord Beveridge (1942)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

BIURRUN MANCISIDOR, G.: “El derecho a la asistencia sanitaria y la libre circulación en la UE. El papel de la comunicación al paciente”, Conferencia de clausura del XIV Congreso de la Asociación Española de Gestión de Riesgos Sanitarios, celebrado del 9 al 11 de junio de 2011 en San Sebastián. Documento disponible en [http://www.aegris.org/XIVCongreso/descargas/ponencias/c\\_gbiurrun.pdf](http://www.aegris.org/XIVCongreso/descargas/ponencias/c_gbiurrun.pdf).

BLASCO LAHOZ, J.: “El reintegro de gastos médicos. Un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 11, 2004.

- “La prestación farmacéutica y la nueva cartera común de servicios”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 3, 2013.

- *Las prestaciones sanitarias, tras sus últimas reformas*, Bomarzo, Albacete, 2013.

BOBBIO, N.: *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Taurus, Madrid, 1995.

- *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 2009.

BONILLA MARÍN, G.: “La política de previsión y los seguros sociales”, *Discurso de apertura Curso Académico 1923- 1924*, Universidad de Granada, 1923.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

BORRAJO DACRUZ, E.: “El derecho a la asistencia sanitaria en la Seguridad Social”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 8, 1980.

- “La Seguridad Social en el marco jurídico-institucional”, en AA. VV.: *La reforma de la Seguridad Social*, Madrid, 1982.

- “Artículo 43”, en *Constitución española de 1978*, Tomo IV, EDERSA, Madrid, 1984.

BRILLAT, R.: “La actividad pre-convencional y para-convencional del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos sociales”, en JIMENA QUESADA, L.; ALEGRE MARTÍNEZ, M. A.; BRILLAT, R.; FLAUSS, J. F. Y FREIXES SANJUAN, T: *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- “Evolución y consolidación del pacto europeo de democracia social: la Carta Social Europea”, en AA. VV.: *Tratado sobre protección de derechos sociales*, TEROL BECERRA, M. Y JIMENA QUESADA, L. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: “Asistencia sanitaria transfronteriza: algunas pinceladas a la luz de la directiva comunitaria”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 24, 2011.

- "Los Derechos de los pacientes en asistencia sanitaria transfronteriza", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 4, 2014.

CAÍS, J. y CASTILLA, E. J.: “El sector sanitario”, en AA. VV.: *V Informe Sociológico sobre la situación social en España: sociedad para todos en el año 2000*, JUÁREZ, M. (Dir.), Caritas Española, Madrid, 1995.

CALERO, R. Y GALLARZA, M. G.: “La concesión administrativa como modelo de gestión sanitaria en la Comunidad Valenciana”, *Cuadernos de CC. EE. Y EE.*, núm. 59, 2010.

CANTERO MARTÍNEZ, J.: “La asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea: entre ciudadanía sanitaria y reglas de mercado”, en AA. VV.: *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, GASCÓN ABELLÁN, M., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

## BIBLIOGRAFÍA.

- “Los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza: la Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo”, en AA. VV.: *Derecho y salud en la Unión Europea*, PÉREZ GÁLVEZ, J. F. Y BARRANCO VELA, R. (Dir.), Comares, Granada, 2013.

- "Constitución y derecho a la protección de la salud ¿existe algún límite frente a los recortes sanitarios?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013.

CANTERO RIVAS, R. Y ESTÁN TORRES, M. C.: *El reintegro de los gastos sanitarios causados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1998.

CAÑIZARES RUIZ, A. Y SANTOS GÓMEZ, A.: *Gestión de listas de espera en el Sistema Nacional de Salud. Una breve aproximación a su análisis*. Documento de trabajo 174/2011. Fundación Alternativas.

CARNELUTTI, F.: *Teoría general del Derecho. Metodología del Derecho*, con estudio preliminar “La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti”, de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2003.

CARPANI, G.: "Le garanzie per l'effettività dei LEA: quale ruolo per l'Esecutivo e l'amministrazione statale", en AA. VV.: *I livelli essenziali delle prestazioni sociali e sanitarie*, BOTTARI, C. (a cura di), Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna.

CARRASCOSA BERMEJO, D.: *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social: Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.

- “Libre prestación de servicios y reembolso de gastos de hospitalización no programada durante estancia temporal en otro Estado miembro: ¿procede abonar el «complemento diferencial Vanbraekel»? A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 15-6-2010 Asunto Comisión Europea contra el Reino de España C-211/08, TJCE 2010/175”, *Revista Aranzadi Social*, Vol. 3, núm. 11, 2010.

CARRASCOSA BERMEJO, D. Y CARRILLO MÁRQUEZ, D.: “Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre asistencia sanitaria y libre prestación de servicios. Su recepción en la Directiva 2011/24/UE y el riesgo de una tercera vía”, en AA. VV.: *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea*, CARRASCOSA BERMEJO, D. (Dir.), Francis Lefebvre, Madrid, 2014.

CARRASCOSA BERMEJO, D. Y TRILLO GARCÍA, A.: “Cobertura sanitaria y reembolso en el marco de los Reglamentos de coordinación”, en AA. VV.: *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea*, CARRASCOSA BERMEJO, D. (Dir.), Francis Lefebvre, Madrid, 2014.

CASAJUANA, J.: "La renovación de la Atención Primaria desde la consulta", en AA. VV.: *La renovación de la Atención Primaria desde la consulta*, CASAJUANA, J. Y GÉRVAS, J. (Dirs.), Springer Healthcare, Madrid, 2013.

CASCAJO CASTRO, J. L.: “En torno a la configuración jurisprudencial y doctrinal de la llamada alta inspección”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núms. 46-47, 1985.

CASTILLO, S.: “En torno al mutualismo español contemporáneo. Solidaridad desde abajo revisited”, en AA. VV.: *Asociacionismo en la España contemporánea. Vertientes y análisis interdisciplinar*, MAZA ZORRILLA, E. (Coord.), Universidad de Valladolid, Valladolid, 2003.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La protección social en los nuevos Estatutos de Autonomía”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 5, 2007.

CAVAS MARTÍNEZ, F. Y SÁNCHEZ TRIGUERO, C.: “La protección social de la salud en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.: “El debate sobre la acción directa frente a la aseguradora de la responsabilidad civil de la Administración sanitaria: luces y sombras”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 21, núm. 1, 2011.

- “El contrato de seguro de responsabilidad civil de la Administración Sanitaria: mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos y problemática procesal de las acciones judiciales del perjudicado”, en AA. VV.: *Estudios sobre Derecho de la Salud*, TOMILLO URBINA, J. Y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

## BIBLIOGRAFÍA.

- “Modelos de gestión sanitaria: público y privado en la gestión de la salud”, en AA. VV.: *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2013.

CERVELL HORTAL.: “Pacientes en Unión Europea: libertad restringida y vigilada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2011.

CHACÓN MATA, A.: “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a través del desarrollo de indicadores: avances concretos en la organización de las Naciones Unidas”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Vol. 21, núm. 1, 2010.

CHICHARRO LÁZARO, A.: “El rompecabezas de la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea”, en AA. VV.: *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, ALENZA GARCÍA, J. F. Y ARCOS VIEIRA, M. L. (Dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

CORBELLA DUCH, J.: *Manual de Derecho sanitario*, Atelier, Barcelona, 2006.

COSSÍO DÍAZ, J. R.: *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989.

CRESPO CARBONERO, J. A.: *Democratización y reforma social en Adolfo A. Buylla: economía, derecho, pedagogía, ética e historia social*, Oviedo, Universidad de Oviedo. Servicio de Publicaciones, 1998.

CUESTA BUSTILLO, J.: “Evolución de la previsión social española en el primer tercio del siglo XX”, en AA. VV.: *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*, Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales, Madrid, 1988.

- *Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración, (1918-1931)*. Tomo II de *Los Seguros Sociales en la España del Siglo XX*, Ministerio de Trabajo y Universidad de Salamanca, Madrid, 1988.

- “El proceso de expansión de los seguros sociales obligatorios. Las dificultades. 1919-1931”, en AA. VV.: *Historia de la acción social pública en España. Beneficencia y previsión*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

DAHL, R.: *La democracia: una guía para los ciudadanos*, Taurus, Madrid, 1999.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

DE COSSÍO RODRÍGUEZ, P.: “Los derechos y obligaciones de los pacientes. El consentimiento informado”, en AA. VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

DE CURREA-LUGO, V.: *La salud como derecho humano. Quince requisitos y una mirada a las reformas*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Bilbao, 2005.

DE LA VILLA GIL, L. E.: “El modelo constitucional de protección social”, en AA. VV.: *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: “Consentimiento informado y prueba de la *lex artis*. La relevancia de la prueba de presunciones”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 21, Núm. 1, 2011.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: “La ausencia de un verdadero espacio común sanitario en la Unión Europea ¿un problema sustancialmente jurídico?”, *Revista Derecho y Salud*, núm. 2, 2011.

DE VAL TENA, A. L.: “El derecho de los extranjeros a la protección de la salud”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, 2002.

DELMAS-MARTY, M.: *Résister, responsabiliser, anticiper*, Éditions du Seuil, Paris, 2013.

DESDENTADO BONETE, A. Y DESDENTADO DAROCA, E.: “El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 44, 2003.

DI FEDERICO, G.: “La direttiva 2011/24/UE e l'accesso alle prestazioni mediche nell'Unione europea”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, núm. 3, 2012.

DÍAZ AZNARTE, M. T., “El régimen jurídico de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Las prestaciones médico-sanitarias (II)”, en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008.

## BIBLIOGRAFÍA.

- "Población migrante y derechos sociales. Una visión panorámica", en AA. VV.: *Migraciones y tercer sector en tiempos de crisis: nuevos retos de intervención, participación e inclusión*, ABOUSSI, M. Y MORATA GARCÍA DE LA PUERTA, B. (Coords.), 2014.

DÍAZ, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998.

DOMÉNECH PASCUAL, G.: "Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio", *In dret*, núm. 2, 2008.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.: "Formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud: de la Ley General de Sanidad a las fórmulas de colaboración público-privada", en PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J.: *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

DOPICO PLAZAS, J. L.: "La prestación farmacéutica en el ámbito del Sistema Nacional de Salud. Cambios normativos", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 26, 2011.

DOYAL, L Y GOUCH, I.: *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994.

DUGUIT, L.: *Las transformaciones del derecho público y privado*, edición crítica y estudio preliminar, con estudio preliminar "Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit" de MONEREO PÉREZ, J. L. Y CALVO GONZÁLEZ, J., Comares, Granada, 2007.

DURÁN RUIZ, F. J.: "La Directiva de asistencia sanitaria transfronteriza: mercado interior, armonización de los sistemas de salud, nacionales de terceros estados y responsabilidades de las administraciones de los Estados miembros", en AA. VV.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2011.

DURAND, P.: *La política contemporánea de la Seguridad Social*, trad. y estudio preliminar de José Vida Soria, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

ESCOBAR ROCA, G.: "Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución", en AA. VV.: *Tratado sobre protección de derechos sociales*, TEROL BECERRA, M. Y JIMENA QUESADA, L. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

FANTOVA AZCOAGA, F.: "Experiencias de coordinación sociosanitaria", en AA. VV.: *Coordinación (gruesa y fina) en y entre los servicios sanitarios y sociales*, CASADO, D. (Dir.), Barcelona, Hacer, 2008.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales en las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 2009.

- "Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas", en AA. VV.: *Crisis Económica y Función Pública*, FUENTETAJA PASTOR, J. A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.) Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

- "Constitución, derechos sociales y tutela del trabajador", en AA. VV.: *Constitución española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico: XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, GARRIDO PÉREZ, E. (Coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2013.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E.: *Valores constitucionales y derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Dykinson, 2009.

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: "Medidas sobre la prestación farmacéutica", en AA. VV.: *Reforma de la Salud Pública y la Asistencia Sanitaria. Estudio de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública y del RDley 16/2012, de 20 de abril, sobre sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) y KAHALE CARRILLO, D. T. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

FERNÁNDEZ SANTIAGO, P. Y ALONSO GÓMEZ, C.: "Aspectos jurídicos y sanitarios de ser transexual", en AA. VV.: *La protección de la salud en tiempos de crisis: nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A. Y PÉREZ ÁLVAREZ, S. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Una teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.



## BIBLIOGRAFÍA.

- *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, Trotta, Barcelona, 2011.

FOTINOPOULOU BASURKO, O.: “El reembolso de gastos médicos y la directiva sobre asistencia sanitaria transfronteriza”, *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 25, 2012.

FREIRE CAMPO, J. M.: “El Sistema Nacional de Salud español en perspectiva comparada europea: diferencias, similitudes, retos y opciones”, *Claridad*, núm. 7, 2006.

- “Los sistemas de aseguramiento sanitario de riesgos de enfermedad en España”, *Revista Derecho y Salud*, núm. 15, 2007.

FREIRE CAMPO, J. M., INFANTE CAMPOS, A. Y REY DEL CASTILLO, J.: “La política de salud en el Estado de las Autonomías”, en AA. VV.: *Políticas sociales y Estado de Bienestar en España: Informe 2003*, GARDE, J. A. (Ed.), Fundación Hogar del Empleado, Madrid, 2003.

FREIRE-CAMPO, J. M. Y REPULLO-LABRADOR, J. R.: “Política social y salud”, en AA. VV.: *Política social y Estado de bienestar*, ALEMÁN BRACHO, C. Y FERNÁNDEZ GARCÍA, T. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GALA VALLEJO, C.: *La asistencia sanitaria en el marco de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.

GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad civil médica*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.

GALLARDO CASTILLO, M. J.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Bosch, Barcelona, 2009.

GALLEGO, R.: “Las políticas sanitarias de las Comunidades Autónomas”, en AA. VV.: *Estado de bienestar y Comunidades Autónomas: la descentralización de las políticas sociales en España*, GALLEGO, R., GOMÀ, R. Y SUBIRATS, J. (Eds.), Tecnos, Madrid, 2003.

GARCÍA COTARELO, R.: *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C.: “La asistencia sanitaria y los Reglamentos 1408/71 y 574/72. La coordinación comunitaria de las prestaciones en especie y en

metálico de enfermedad y maternidad”, en AA. VV.: *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999.

- “¿Libre circulación de pacientes en la Unión Europea? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2003.

- “La coordinación de regímenes de Seguridad Social. El Reglamento CEE 1408/71. Simplificación y extensión a nacionales de terceros Estados”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 42, 2003.

- “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.

- “Articulación e interrelación entre las vías de reembolso del Reglamento CE/883/2004 y las de la Directiva 2011/24/UE”, en AA. VV.: *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea*, CARRASCOSA BERMEJO, D. (Dir.), Francis Lefebvre, Madrid, 2014.

GARCÍA PIQUERAS, M.: *El régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 1996.

GARCÍA VALVERDE, M. D.: “Transexualidad y cirugía de cambio de sexo. Situaciones amparadas por la legislación española”, en AA. VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

GARCÍA VALVERDE, M. D. Y MALDONADO MOLINA, J. A.: “La protección de la tercera edad. Su tratamiento en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005.

GARCÍA VIÑA, J.: “El trasfondo público: distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas”, en AA. VV.: *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2013.

GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1989.

## BIBLIOGRAFÍA.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Concepto, contenido y eficacia del derecho social internacional y del derecho social comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 2, 1997.

GARRIDO CUENCA, N. M.: “El derecho a la protección de la salud en los estatutos de autonomía: propuestas para un derecho prestacional universal de nueva generación”, en AA. VV.: *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, GASCÓN ABELLÁN, M., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

GARRIDO FALLA, F.: “Artículo 53”, en *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980.

- *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, Volumen II, 1992.

GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991.

GARZÓN VALDÉS, E.: “Cinco consideraciones acerca de la concepción de los derechos sociales de Robert Alexy”, en AA. VV.: *Derechos sociales y ponderación*, GARCÍA MANRIQUE, R. (Ed.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

GAVARA DE CARA, J. C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch, Cuadernos de Derecho Constitucional, Barcelona, 2010.

GIMENO FELIÚ, J. M.: “Contratación pública en el ámbito de la administración sanitaria: reflexiones”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario*, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dirs.), Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

GIMENO-FELIU, L. A.; MACIPE-COSTA, R. M.; DOLSAC, I.; MAGALLÓN-BOTAYA, R.; LUZÓN, L.; PRADOS-TORRES, A. Y GARCÍA-CAMPAYO, J.: “Frecuentación de la población inmigrante versus autóctona en atención primaria: ¿quién consume más servicios?”, *Revista Atención Primaria*, Vol. 43, núm. 10, 2011.

GIRELA MOLINA, B.: “Régimen jurídico de las entidades sanitarias privadas”, en AA. VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

GIUBBONI, S.: *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli social nazionali nello spazio giuridico europeo*. Il Mulino, Bologna, 2012.

GÓMEZ JIMÉNEZ DE CISNEROS, J.: *Los hombres frente al derecho*, Comares, Granada, 2010.

GÓMEZ MARTÍN, M.: “La libre prestación de servicios sanitarios en Europa. A propósito de las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001”, *Revista Derecho y Salud*, núm. 2, 2002.

GÓMEZ RIVERO, R. Y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: "Los inicios de la revolución industrial en España: la fábrica de algodón de Sevilla (1833-1836)", *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 46, 2003.

GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Asistencia sanitaria y protección de la salud”, en AA. VV.: *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

- “El derecho a la información médica: derecho de los pacientes a conocer versus deber de los facultativos a ofrecerla”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 2, 2005.

- “Cartera común de servicios del sistema nacional de salud”, en AA. VV.: *Reforma de la Salud Pública y la Asistencia Sanitaria. Estudio de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública y del RDley 16/2012, de 20 de abril, sobre sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud*”, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) y KAHALE CARRILLO, D. T. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

GONZÁLEZ LÓPEZ-VALCÁRCCEL, B. Y BARBER PÉREZ, P.: *Desigualdades territoriales en el Sistema Nacional de Salud (SNS) de España*, Documento de Trabajo 90/2006, Fundación Alternativas.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La protección social en los nuevos estatutos de autonomía. el caso del estatuto de autonomía para Andalucía”, en AA. VV.: *Derechos sociales, políticas públicas y financiación autonómica a raíz de los nuevos estatutos de autonomía. Especial*

## BIBLIOGRAFÍA.

*referencia al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, SÁNCHEZ PINO, A. J. (Dir.) y PÉREZ GUERRERO, M. L. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GONZÁLEZ POSADA, C.: "Los seguros sociales obligatorios en España", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, pág. 14.

GRANGEL VICENTE, I.: "La responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria", en AA. VV.: *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, DE FUENTES BARDAJÍ, J. ET AL (Dir.) y ZABALA GUADALUPE, J.J., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

GRAU PINEDA, M. C.: "Rembolso de los gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a la Seguridad Social española: las sentencias Decker y Kohll del TJCE", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 19, 1999.

- "De nuevo sobre el reintegro de gastos médicos ocasionados en otro Estado miembro de la Unión Europea: el derecho a recibir tratamiento médico en un plazo razonable de tiempo y las listas de espera. Comentario a la STJCE de 16 de mayo de 2006", *Revista Aranzadi Social*, núm. 2, 2006.

GREER, S. L. AND SOKOL, T.: "Rules for Rights: European Law, Health Care and Social Citizenship", *European Law in Context*, Vol. 20, núm. 1, 2014.

GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: "La compañía aseguradora en el procedimiento de responsabilidad patrimonial", *Revista Derecho y Salud*, Volumen 21, núm. extraordinario XIX Congreso, 2011.

GRÜNDLER, T.: "Le droit à la protection de la santé", en AA. VV.: *Droit des pauvres, pauvres droits? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, ROMAN, D. (Dir.), Rapport final, novembre 2010.

GUERRERO ZAPLANA, J.: *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria: doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

HELLER, H.: *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.

- *Teoría del Estado*, con estudio preliminar "La teoría político-jurídica de Herman Heller" de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2004.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: *La Ordenación Sanitaria en España*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

- “El reintegro de los gastos sanitarios en el Derecho Comunitario y en la doctrina del TJCE”, *Revista de Derecho Social*, núm. 26, 2004.

- “Reflexiones críticas sobre el catálogo de prestaciones y la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud”, *Temas Laborales*, núm. 88, 2007.

- “Los supuestos que habilitan el reintegro de gastos sanitarios: una cuestión poco pacífica”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 13, 2009.

- “La controvertida naturaleza jurídica de la fundación sanitaria hospital de Manacor y la modificación del régimen jurídico de su personal”, *Temas Laborales*, núm. 109, 2011.

HERNÁNDEZ GIL, A. Y HERNÁNDEZ MORENO, J.: “Causas y consecuencias de las reclamaciones judiciales por mala praxis médica”, en AA. VV.: *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, GALLARDO CASTILLO, M. J. (Dir.) y CRUZ BLANCA, M. J. (Coord.), La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

HERRANZ LONCÁN, A.: “La difusión internacional de los seguros sociales antes de 1945”, en AA. VV.: *Los orígenes del Estado del Bienestar en España, 1900-1945: los seguros de accidentes, vejez, desempleo y enfermedad*, PONS PONS, J. Y SILVESTRE RODRÍGUEZ, J. (Eds.), Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2010.

HIDALGO VEGA, A.: “La asistencia sanitaria en salud mental juvenil en España”, *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 84, 2009.

HIERRO, L. L.: “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en AA. VV.: *Derechos sociales y ponderación*, GARCÍA MANRIQUE, R. (Ed.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

HIERRO HIERRO, F. J.: “Reflexiones sobre la coordinación de la asistencia Sanitaria: un paso hacia la armonización de derechos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 14, 2007.

- “La prestación por asistencia sanitaria: cuestiones sobre su encuadramiento”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 31, 2012.

## BIBLIOGRAFÍA.

HUBER, M., KNOTTNERUS, J. A., GREEN, L.: “How should we define health?”, *The British Medical Journal*, 2011;343:d4163.

Informe AFEM-López Rodo&Cruz Ferrer: *Sobre la inconstitucionalidad de la concesión de los servicios sanitarios de hospitales y centros de salud por la Comunidad de Madrid*.

INGLESE, M.: “Le prestazioni sanitarie transfrontaliere e la tutela della salute”, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, núm. 1, 2012.

INTRAND, C. ET SIMMONOT, N.: "L'Europe et les sans-papiers - Politique de santé ou politique d'immigration?", *Revue Hommes et Migrations*, num. 1282, 2009.

JIMENA QUESADA, L.: “La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España”, en JIMENA QUESADA, L.; ALEGRE MARTÍNEZ, M. A.; BRILLAT, R.; FLAUSS, J. F. Y FREIXES SANJUAN, T: *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- “La tutela de los derechos sociales: el espacio de la Unión y del Consejo de Europa”, en AA. VV.: *Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, CASCAJO CASTRO, J. L.; TEROL BECERRA, M. J.; DOMÍNGUEZ VILA, A.; NAVARRO MARCHANTE, V. J. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

JIMÉNEZ MURILLO, L. Y MONTERO PÉREZ, F. J.: "Complejidad de la asistencia urgente en la España del siglo XXI", *Anales del sistema sanitario de Navarra* , Vol. 33, núm. 1, 2010.

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.: “La revisión de los trece Estatutos de autonomía a los cinco años de su aprobación”, en AA. VV.: *La Constitución española. Lecturas para después de una década*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1989.

JORDANA DE POZAS, L.: *Características del Seguro español de enfermedad*, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Publicaciones del INP, núm. 587, Madrid, 1944.

JOVER RIBALTA, C.: "El caso del céntimo sanitario: a propósito de la limitación en el tiempo de los efectos de las sentencias en cuestiones prejudiciales del TJUE", *La Ley*, núm. 8484, 2015.

KELSEN, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995.

KOJANEK, G.: "La carta social europea y el pacto internacional de las naciones unidas relativo a los derechos económicos, sociales y culturales", en AA. VV.: *La Carta Social Europea desde la perspectiva de la Europa social del año 2000: Acta del coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la Carta Social Europea*, LEZERTUA, M. Y VIDA SORIA, J. (Eds.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.

LABRADA RUBIO, V.: *Introducción a la teoría de los Derechos humanos: fundamento. Historia. Declaración universal de 10 de diciembre de 1948*, Civitas, Madrid, 1998.

LAFARGA I TRAVER, J. L.: "El consorcio: un instrumento al servicio del consenso en la gestión de los servicios sanitarios. La experiencia de Cataluña", *Revista Derecho y Salud*, Vol. 2, núm. 1, 1994.

LANDA ZAPIRAIN, J. P.: *La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999.

- "La organización de la sanidad pública ante la jurisprudencia constitucional: una reflexión sobre este modelo de reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas y sobre su posible extensión a otros ámbitos de la protección social", *Revista de Derecho Social*, núm. 6, 1999.

- "El derecho del ciudadano europeo a una asistencia sanitaria transfronteriza en la UE entre la libre circulación de personas y la libre prestación de servicios", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2011.

LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.



## BIBLIOGRAFÍA.

- “Asistencia sanitaria y jubilación”, en AA. VV.: *Tratado de jubilación: homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, LÓPEZ CUMBRE, L. (Coord.), Iustel, Madrid, 2007.

- "Reembolso de gasto farmacéutico generado por prescripción de tratamiento farmacéutico con hormona del crecimiento", *Revista Aranzadi Social*, núm. 17, 2011.

LARIOS RISCO, D.: “La nueva relación asistencial”, en AA. VV.: *Marco jurídico de las profesiones sanitarias*, LARIOS RISCO, D. (Coord.), Lex Nova, Valladolid, 2007.

- “La prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud: a propósito de las medidas introducidas por el RD-ley 16/2012”, en PALOMAR OLMEDA, A., LARIOS RISCO, D. Y VÁZQUEZ GARRANZO, J.: *La reforma sanitaria*, Aranzadi Thomson Reuters Pamplona, 2012.

LOMAS HERNÁNDEZ, V.: "Límites económicos del derecho a la asistencia sanitaria. STSJ de Galicia de 12 de abril de 2013, no rec. 4512/2012", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013.

- “Comentario sobre el real decreto 81/2014, de 7 de febrero por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el RD 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014.

- “El impacto de la asistencia sanitaria transfronteriza en el sistema nacional de salud: retos y realidades de la legislación sanitaria”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 24, núm. extraordinario, 2014.

LÓPEZ BASAGUREN, A.: “Comunidad Europea, integración de ordenamientos y pluralidad de jurisdicciones en la protección de los derechos fundamentales” en AA. VV.: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, CORCUERA ATIENZA, J. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2002.

LÓPEZ CUMBRE, L.: “Protección social y CCAA”, en AA. VV. *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las autonomías: XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2011.

LÓPEZ LÓPEZ, J.: “Libre prestación de servicios y reembolso de gastos médicos. Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de las CCEE de 28 de abril de 1998”, *Revista de Derecho Social*, núm. 4, 1998.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, C. J.: “Patentes y prácticas anticompetitiva: a propósito del Informe final de la Comisión Europea sobre la competencia en el sector farmacéutico”, en AA. VV.: *Estudios sobre Derecho de la Salud*, TOMILLO URBINA, J. Y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (Dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Reembolso en el Real Decreto 81/2014: la implementación de la Directiva 2011/24/UE”, en AA. VV.: *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea*, CARRASCOSA BERMEJO, D. (Dir.), Francis Lefebvre, Madrid, 2014.

LUJÁN ALCARAZ, J.: “Extensión material de la obligación de reintegro de gastos sanitarios”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 1, 1998.

MALDONADO MOLINA, J. A.: “La descentralización territorial y las pensiones no contributivas. A propósito del Decreto 284/1998, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía”, *Actualidad Laboral*, núm. 28, 1999.

- “La jubilación en la Constitución Española”, en AA. VV.: *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

- *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- “La protección de los migrante-dependientes”, *Documentación Administrativa*, núm. 276-277, septiembre-diciembre 2006 y enero-abril 2007.

- “La protección a la dependencia en Andalucía”, *Temas Laborales*, Vol. 2, núm. 100, 2009.

- “Las políticas sociales en Andalucía: marco general”, en AA. VV.: *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, MONEREO PÉREZ, J. L. Y SERRANO FALCÓN, C. (Dir. y coords.), Comares, Granada, 2009.

## BIBLIOGRAFÍA.

- "La protección de la dependencia en la Seguridad Social comunitaria", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 319, 2011.

- "Las prestaciones por dependencia en el sistema español de protección social", en AA. VV.: *Las prestaciones españolas por dependencia y el Derecho de la Unión*, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), Laborum, Murcia, 2011.

- "Dependencia y sistema de Seguridad Social", en AA. VV.: *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, MONEREO PÉREZ, J. L., MALDONADO MOLINA, J. A. Y RUBIO HERRERA, R. (Dir. y coords.), Comares, Granada, 2014.

MARCOS MARTÍN, M. T. Y QUESADA ALCALÁ, C.: "Influencia de la Unión Europea en la protección de la salud en España", en AA. VV.: *La protección de la salud en tiempos de crisis. Nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A. Y PÉREZ ÁLVAREZ, S. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

MARÍN CORREA, J. M.: "Nueva regulación del reintegro de gastos médicos suplidos por el beneficiario", *Actualidad Laboral*, núm. 24, 1997.

MARTÍN REBOLLO, L.: "La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)", *Revista Derecho y Salud*, Vol. 9, núm. 1, 2001.

MARTÍN SALAZAR, M.: *La Sanidad y los Seguros Sociales*, Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1918.

MARTÍN-CASALS, M.: "Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal ("baremo")", *In dret*, núm. 4, 2012.

MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: "Movilidad de pacientes y obstáculos a la libre prestación de servicios: A propósito del reintegro de gastos médicos no hospitalarios realizados en otro Estado miembro", *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 27, 2014.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

MARTÍNEZ QUINTEIRO, E.: “El nacimiento de los seguros sociales 1900-1918” en AA. VV.: *Historia de la acción social pública en España. Beneficencia y previsión*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

- “El INP entre 1957-1978: De los seguros sociales a la seguridad social franquista”, en AA. VV.: *La previsión social en la historia*, CASTILLO, S. Y RUZABA, R. (Coords.), Siglo XXI, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1997.

MATIA PORTILLA, F. J.: "Examen constitucional de las regulaciones catalana y madrileña del euro por receta", *Revista de Derecho Político*, núm. 90, 2014.

MAZA ZORRILLA, E.: “El mutualismo en España, 1900-1941. Ajustes e interferencias”, en AA. VV.: *La previsión social en la historia*, CASTILLO, S. Y RUZABA, R. (Coords.), Siglo XXI, Madrid, 2009.

- “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 11, núm. extraordinario, 2003.

MENÉNDEZ REXACH, A.: “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Revista de Administración Sanitaria*, Vol. 6, núm. 2, 2008.

MILLS, C. ET CAUDRON, J.: *Protection sociale. Economie et politique. Débats actuels et réformes*, Gualino éditeur, Mémentos LMD, Paris, 2007.

MINUÉ LORENZO, S. Y MARTÍN MARTÍN, J. J.: “Gestión privada, ¿más eficiente?”, *AMF*, Vol. 9, núm. 1, 2013.

MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.

MOLINA GARRIDO, M. C.: *Análisis del proceso de descentralización de la asistencia sanitaria de las Comunidades Autónomas de régimen común: implicaciones del nuevo modelo de financiación autonómica*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

## BIBLIOGRAFÍA.

MOLINA HERMOSILLA, O., VILLAR CAÑADA, I. Y GÓMEZ JIMÉNEZ, J. M.: “La asistencia sanitaria como prestación del sistema de Seguridad Social y su provisión a través del Sistema Nacional de Salud”, en AA. VV.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Coords.), Comares, Granada, 2008.

MOLINA NAVARRETE, C.: “‘Protección’ y ‘eficacia’ de los derechos socio-laborales: balance y perspectivas del sistema constitucional de garantías”, en AA. VV.: *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

- “El Estado social autonómico y la garantía constitucional de suficiencia de las pensiones”, *Temas Laborales*, núm. 69, 2003.

- “Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias en las materias de empleo, trabajo y protección social”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 283, 2006.

- “La protección de la salud en el sistema de Seguridad Social: dos historias inacabadas y confusas de segregación normativa e institucional”, en AA. VV.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Coords.), Comares, Granada, 2008.

- “Los sistemas nacionales de dependencia y asistencia sanitaria en el marco del nuevo Reglamento comunitario de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, en AA. VV.: *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, CORREA CARRASCO, M. (Coord.), Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 2008.

MOLINA NAVARRETE, E. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “Elevando el umbral del dolor de la mala gestión de la crisis: recortes travestidos de reforma sanitaria”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 351, 2012.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19, 1995.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Derechos sociales de ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.
- “El derecho a la Seguridad Social” en AA. VV.: *Comentario a la constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2002.
- “El derecho a la Seguridad Social” en AA. VV.: *Comentario a la constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2002.
- *La reforma social en España: Adolfo Posada*, MTAS, Madrid, 2003.
- *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Comares, Granada, 2007.
- “Conocimiento y crítica del derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del derecho”, *Revista de Derecho Social*, núm. 37, 2007.
- “Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George”, *Documentación Laboral*, núm. 83, 2008.
- *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, El Viejo Topo, Barcelona, 2009.
- *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.
- “La coordinación comunitaria de los Sistemas de Asistencia Sanitaria (I)”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 5, 2010.
- “La coordinación comunitaria de los Sistemas de Asistencia Sanitaria (y II)”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 6, 2010.
- “Artículo 35. Protección de la salud”, en AA. VV.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y coords.), Comares, Granada, 2012.
- *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Comares, Granada, 2013.

## BIBLIOGRAFÍA.

- “Teoría general de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 22 DUDH, preámbulo y artículos 1 a 5 PIDESC y concordantes)”, en AA. VV.: *El sistema universal de los derechos humanos: estudio sistemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y coords.), Comares, Granada, 2014.

- “Derecho a la salud (artículo 25.1 DUDH; artículo 12 PIDESC)”, en AA. VV.: *El sistema universal de los derechos humanos: estudio sistemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y coords.), Comares, Granada, 2014.

- “La salud como derecho humano fundamental”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 9, 2014.

MONEREO PÉREZ, J. L. Y DÍAZ AZNARTE, M. T.: “El marco competencial diseñado por el estatuto de autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, en AA. VV.: *Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía: XXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, PRADOS DE REYES, F. J. (Coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008, pág. 82.

- *El Estado social autonómico. Estudio especial del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Bomarzo, Albacete, 2008.

- MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho a la protección de las personas de la tercera edad”, en AA. VV.: *Comentario a la constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2002.

- “La cláusula transformadora: el principio de igualdad de oportunidades”, en AA. VV.: *Comentario a la constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2002.

- “La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el Sistema Nacional de Salud como garantía institucional: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador, en AA. VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dir.), Comares, Granada, 2007.

- “La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008.

- “La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008.

MONEREO PÉREZ, J. L. Y MORENO VIDA, M. N.: “Política social y Seguridad Social”, en AA. VV.: *Política social*, ALEMÁN BRACHO, C. Y GARCÉS FERRER, J. (Coords.), McGraw Hill, Madrid, 1997.

MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2013.

MONEREO PÉREZ, J. L., RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D.: Presentación a la obra *Tratado de Salud Laboral*, MONEREO PÉREZ, J. L. Y RIVAS VALLEJO, P. (Dir.) Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Coord.), Aranzadi, Cizur menor, 2012.

MONTAÑÉS CASTILLO, L. Y.: “Los requisitos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria”, en AA. VV.: *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, GALLARDO CASTILLO, M. J. (Dir.) y CRUZ BLANCA, M. J. (Coord.), La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

MONTERO, F. Y ESTEBAN DE VEGA, M.: “Aproximación tipológica al mutualismo popular y obrero en España: el mutualismo asistencial”, en AA. VV.: *La historia social en España. Actualidad y perspectivas*, CASTILLO, S. (Coord.), Siglo XXI, Zaragoza, 1991.



## BIBLIOGRAFÍA.

MONTOYA MELGAR, A.: "La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica", *Revista del Trabajo*, núm. 54-55, 1976.

- "El trabajo en la Constitución", en AA. VV.: *El trabajo y la Constitución, Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*, MTAS, Madrid, 2003.

- "Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud (Apunte para un estudio)", *Revista Aranzadi Social*, núm. 5, 2004.

MORENO ALEMÁN, J.: "Acceso a las prestaciones sanitarias ¿igualdad efectiva de los asegurados del Sistema Nacional de Salud?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013.

MORENO CORDERO, G.: "Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza", en AA. VV.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2011.

MORENO FUENTES, F. J.: "Del sistema sanitario de la Seguridad Social al sistema nacional de salud descentralizado", en AA. VV.: *Reformas de las políticas del bienestar en España*, MORENO, L. (Ed.), Siglo XXI, Madrid, 2009.

MORENO VERDUGO, M.: "Experiencias en el ámbito de la gestión sanitaria de las fórmulas de colaboración público-privadas", *Revista Derecho y Salud*, Vol. 23, núm. extraordinario, 2013.

MORENO VIDA, M. N.: "La situación jurídica del personal sanitario. El régimen estatutario de los profesionales de la sanidad", en AA. VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2007.

- "La protección de las situaciones de dependencia: Las prestaciones de servicios en situaciones de dependencia", en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008.

MORENO VIDA, M. N. Y DE LA FUENTE LAVÍN, J. M.: "El sistema nacional de dependencia y la Seguridad Social: las prestaciones de servicios para situaciones de dependencia", en AA. VV.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas*,

*presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Coords.), Comares, Granada, 2008.

MORTE GÓMEZ, C. Y SALINAS ALCEGA, S.: “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en AA. VV.: *Derechos económicos y sociales*, EMBID IRUJO, A. (Dir.), Iustel, Madrid, 2009.

MOSSIALOS, E. Y PALM, W.: “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la libre circulación de pacientes en la Unión Europea”, *Revista internacional de Seguridad Social*, Vol. 56, núm. 2, 2003.

MUÑOZ MACHADO, S.: *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza editorial, Madrid, 1995.

NAVARRO ESPEJO, A. J.: “El Sistema Nacional de Salud (I): organización y funciones”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario*, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dirs.), Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

NAWIASKY, H.: *Teoría General del Derecho*, Comares, Granada, 2002.

NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: “La eficacia de los derechos sociales: la compleja articulación entre justiciabilidad, legitimidad y competencia”, *Revista de Derecho Social*, núm. 44, 2008.

OJEDA AVILÉS, A.: *El Sistema Común Europeo de Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

- “Las conexiones transfronterizas débiles. ¿De “zonas grises” a cuerpo central?”, en AA. VV.: *Problemática española de la Seguridad Social europea*, Comares, Granada, 1999.

OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones de Seguridad Social: un estudio del régimen jurídico general de las prestaciones de la Seguridad Social*, Consejo Económico y Social, Madrid.

## BIBLIOGRAFÍA.

OLARTE ENCABO, S. Y ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: “Otras prestaciones sanitarias del sistema: las antes llamadas prestaciones sanitarias “complementarias”, en AA. VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2007.

OREJA AGUIRRE, M.: “Un proyecto social para Europa: la contribución del Consejo de Europa”, en AA. VV.: *La Carta Social Europea desde la perspectiva de la Europa social del año 2000: Acta del coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la Carta Social Europea*, LEZERTUA, M. Y VIDA SORIA, J. (Ed.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.

OTEROS VALCARCE, G.: “La Administración sanitaria”, en AA. VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

PALACIO MORENA, J. I.: *La institucionalización de la reforma social en España 1883-1924. La Comisión y el Instituto de Reformas Sociales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1998.

PALIER, B.: *La réforme des systèmes de santé*, Presses universitaires de France, París, 2004.

PALIER, B. Y BONOLI, G.: “Entre Bismarck et Beveridge. «Crises» de la sécurité sociale et politique(s)”, *Revue française de science politique*, 45e année, n°4, 1995.

PALOMAR OLMEDA, A.: “La reordenación del ámbito prestacional de la asistencia sanitaria”, en PALOMAR OLMEDA, A., LARIOS RISCO, D. Y VÁZQUEZ GARRANZO, J.: *La reforma sanitaria*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2012.

- “El modelo de sanidad pública: algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario*, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dirs.), Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: "Los derechos a las Seguridad Social y a la salud en la Constitución", en AA. VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980.

- "Una competencia compartida por el Estado y las Comunidades Autónomas: la regulación de la Seguridad Social", en AA. VV.: *Organización territorial del Estado: Comunidades Autónomas*, Vol III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

- "La libre circulación de los trabajadores comunitarios", *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, núm. 1, 1993.

- "La intervención normativa del Estado en la cuestión social en la España del siglo XIX", *Revista Ayer*, núm. 25, 1997.

- "El principio constitucional de unidad del orden económico nacional y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materias de trabajo y Seguridad Social", *Actualidad Laboral*, Vol. 3, núm. 47, 1999.

- "Estado autonómico y constitución social: las políticas autonómicas de bienestar social", en AA. VV.: *Comentario a la constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2002.

- "La abusiva utilización del Decreto-Ley por la política de empleo", *Revista de Derecho Social*, núm. 19, 2002.

- "La dimensión competencial: el posible reparto de competencias en el Estado autonómico", en AA. VV.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Coords.), Comares, Granada, 2008.

- "Una ruta bajo sospecha: hacia la creación de empleo a través de la facilitación y el abaratamiento de los despidos (acerca de la reforma laboral 2012 del gobierno del Partido Popular)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34, 2013.

## BIBLIOGRAFÍA.

PALOMO, L., GENÉ-BADIA, J. Y RODRÍGUEZ-SENDÍN, J. J.: "La reforma de la atención primaria, entre el refugio del pasado y la aventura de la innovación", *Gaceta Sanitaria*, Vol. 26, núm 1, 2012.

PASCUAL GARCÍA, J.: "La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público", *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 60, 2010.

PECES-BARBA, G.: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.

- *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988.

- "Reflexiones sobre los derechos sociales", en AA. VV.: *Derechos sociales y ponderación*, edición a cargo de Ricardo García Manrique, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

PELLET, R. Y SKZRYERBAK, A.: *Leçons de droit social et de droit de la santé*, Sirey, Paris, 2008.

PEMÁN GAVÍN, J.: "Del Seguro Obligatorio de Enfermedad al Sistema Nacional de Salud. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el último cuarto del siglo XX", en AA.VV.: *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, SOSA WAGNER, F. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- "La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes", *Derecho y Salud*, núm. 2, 2001.

- *Asistencia Sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, Comares, Granada, 2005.

- "El derecho a la protección de la salud. Perspectiva internacional y comparada", en AA. VV.: *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, GASCÓN ABELLÁN, M., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

PEREDO, J. A.: "La política social comunitaria", en AA. VV.: *Política social de las Comunidades Europeas: V Jornadas Nacionales de Estudio del Comité Español para el Bienestar Social*, Madrid, ACEBO, 1986.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS PRESTACIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PÉREZ ALONSO, M. A.: “La gestión sanitaria a debate. Nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”, en AA. VV.: *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2013.

PÉREZ ESCOLAR, R.: “La Constitución Española: diez años después”, en AA. VV.: *La Constitución española. Lecturas para después de una década*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1989.

PÉREZ GALVEZ, J. F.: “Salud, sanidad y farmacia en el nuevo Estatuto de autonomía de Andalucía”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXIX, segundo semestre de 2007.

PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1986.

- *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2011.

PÉREZ MENAYO, V.: “La calidad social, un reto para la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 62, 2006.

PÉREZ SALVADOR, P. Y CAMPUZANO FERNÁNDEZ-COLINA, J. A.: *Manual de técnicos de transporte sanitario*, Arán, 2009.

PIGA RIVERO, A. Y ALFONSO GALÁN, T.: “Una perspectiva internacional de los derechos de los pacientes”, en *La salud y los derechos humanos. Aspectos éticos y morales*, Organización Panamericana de la Salud y Consejo de Europa. Publicación Científica No. 574, Washington, DC, 1999.

POLO SÁNCHEZ, M. C.: *Reintegro de gastos médicos y Estado de bienestar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- “La apreciación de urgencia vital ante un proceso irreversible de infertilidad”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 2, 2009.

PONS RAFOLS, X.: “La salud como objeto de cooperación y regulación jurídica internacional”, en AA. VV.: *Salud pública mundial y Derecho internacional*, PONS RAFOLS, X. (Ed.), Marcial Pons, Madrid, 2010.

## BIBLIOGRAFÍA.

PORRAS NADALES, A.: “Derechos estatutarios en la doctrina del tribunal constitucional”, en AA. VV.: *Derechos sociales, políticas públicas y financiación autonómica a raíz de los nuevos estatutos de autonomía. Especial referencia al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, SÁNCHEZ PINO, A. J. (Dir.) y PÉREZ GUERRERO, M. L. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

PRIETO SANCHÍS, L.: “Artículo 53. Protección a los derechos fundamentales” en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, vol. IV, Madrid, 1984.

QUEL LÓPEZ, F. J.: “Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Luces y sombras del protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en AA. VV.: *Derechos económicos y sociales*, EMBID IRUJO, A. (Dir.), Iustel, Madrid, 2009.

RAWLS, J.: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1985.

REBOLLO PUIG, M.: “La reclamación de la indemnización”, en AA. VV.: *La responsabilidad patrimonial de la administración pública: estudio general y ámbitos sectoriales*, QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.) y CASARES MARCOS, A. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

REPULLO LABRADOR, J. R.: “Financiación de la sanidad: distribución y asignación de recursos”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario*, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dirs.), Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

REY DEL CASTILLO, J.: “Algunos comentarios para el análisis de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud”, *Revista de Administración Sanitaria*, Vol. 1, núm. 3, 2003.

RITTER, G. A.: *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

RIVAS LÓPEZ, A. L.: *Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (aspectos de su práctica administrativa y procesal)*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2012, págs. 119 y 120.

RODA LÓPEZ, A.: “La relación jurídica de la previsión: su naturaleza y estructura estática”, *Revista de Trabajo*, núm. 54-55, 1976.

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Transexualidad, cambio de sexo. Su cobertura por el sistema nacional de salud”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 22, 2005.

RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R.: “Los derechos y obligaciones de los pacientes. La información sanitaria y la historia clínica”, en AA. VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

RODRÍGUEZ OCAÑA, E.: “La asistencia médica colectiva en España, hasta 1936” en AA. VV.: *Historia de la acción social pública en España. Beneficencia y previsión*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “El proceso legislativo comunitario y el Derecho Social Europeo”, *Revista del Ministerio del Trabajo y de Asuntos Sociales*, núm. 12, 1998.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Derechos sociales fundamentales y Unión Europea”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2007.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. Y DEL REY, S.: “Informe español”, en AA. VV.: *Protección de la Salud y Derecho Social*, MARZAL, A. (Ed.), Bosch, Barcelona, 1999.

RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, M. Y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma, en AA. VV.: *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985.

RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: “Turismo sanitario tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de octubre de 2011”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 8, 2012.

RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L.: *Integración o desmoronamiento: crisis y alternativas del sistema nacional de salud español*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

ROMÁN VACA, E.: *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, Edersa, Madrid, 1998.

ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: “Ámbito objetivo: contenido y exclusiones de la cobertura”, en AA. VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de*



## BIBLIOGRAFÍA.

*la salud*, RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

ROSANVALLON, P.: *L'Etat en France: de 1789 à nos jours*, Seuil, Paris, 1992.

RUBIO SÁNCHEZ, F.: “Estudio de algunos supuestos de reintegro de gastos por prestaciones sanitarias externas al Sistema Nacional de Salud”, *Revista Aranzadi Social*, Vol. 2, 1999.

SALCEDO BELTRÁN, M. C.: “La Carta Social Europea y la protección de los derechos sociales en el marco del Consejo de Europa”, en AA. VV.: *Lecciones Sobre Estado Social y Derechos Sociales*, NOGUERA FERNÁNDEZ, A. Y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

SALLERAS SANMARTI, L.: *Educación sanitaria: principios, métodos y aplicaciones*, Díaz de Santos, Madrid, 1990.

SÁNCHEZ BAYLE, M.: "Los retos del Sistema Nacional de Salud", *Revista de Administración Sanitaria*, Vol. 1, núm. 3, 2003.

- “Comienza la contrarreforma sanitaria”, *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 27, 2012.

SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L.: *Los Convenios bilaterales de Seguridad Social en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ GARCÍA, M. M.: “Prestaciones sanitarias: catálogo de prestaciones y cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario, Volumen I*, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *La configuración jurídica del accidente de trabajo*, Laborum, Murcia, 2013.

SÁNCHEZ-CARO, J.: “Régimen jurídico de las nuevas formas de gestión en la sanidad española (la perspectiva del Instituto Nacional de la Salud)”, *Revista de Administración Sanitaria*, núm. 14, 2000.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Turismo sanitario en la Unión Europea”, en AA. VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS

VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

SANZ GANDASEGUI, F.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria”, en AA. VV.: *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, DE FUENTES BARDAJÍ, J. et al (Dir.) y ZABALA GUADALUPE, J. J. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

SANZ MERINO, A. R.: *Manual básico del sistema de Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2010.

SAVIGNY, F.: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, con estudio preliminar, "Savigny y la nostalgia de la jurisprudencia como ciencia hegemónica", de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2008.

SEGURA GARCÍA, B.: “Responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria”, en AA. VV.: *Marco jurídico de las profesiones sanitarias*, LARIOS RISCO, D. (Coord.), Lex Nova, Valladolid, 2007.

SEMPERE NAVARRO, A. V: “Alcance actual de la obligación de reintegrar los gastos por asistencia sanitaria”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 5, 1997.

- “Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria. El Reglamento 883/2004”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 9, 2004.

- *El derecho a la asistencia sanitaria pública (régimen jurídico de la prestación sanitaria y reintegro de gastos)*, Discurso leído en su ingreso como académico de número de la Academia de Farmacia Santa María de España de la Región de Murcia el 3 de noviembre de 2009.

SEMPERE NAVARRO, A. Y GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “El contenido del derecho. El régimen jurídico de las prestaciones sanitarias. Estudio jurídico-práctico”, en AA. VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2007.

## BIBLIOGRAFÍA.

- “Prestaciones médico-sanitarias (I)”, en AA. VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dir.), Comares, Granada, 2007.

- “La organización y clasificación de las prestaciones en general”, en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008.

SEUBA TORREBLANCA, J. C.: *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del sida y de la hepatitis*, Civitas, Madrid, 2002.

SEVILLA, F.: “La reforma de la Seguridad Social y la Atención Sanitaria”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 6, 2006.

SEVILLA, F.: *La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social*. Fundación Alternativas, Documento de trabajo 86/2006.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: “Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico”, Documento de trabajo 89/2006, Fundación Alternativas.

- “El derecho constitucional a la salud en el Estado autonómico”, en AA. VV.: *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, GASCÓN ABELLÁN, M., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: “La Seguridad Social y la Constitución de 1978”, *Papeles de economía española*, núms. 12-13, 1982.

TAMAYO LORENZO, P. A.: *Descentralización y financiación de la asistencia sanitaria pública en España: un estudio desde la perspectiva de la equidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2001.

TAPIA HERMIDA, A.: “El pasaporte sanitario europeo”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 283, 2006.

- “Incentivos económicos (primas, ventajas pecuniarias o ventajas en especie), a los médicos de los sistemas públicos de salud/seguridad social, para que prescriban

medicamentos específicamente designados y/o medicamentos genéricos”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 333, 2010.

TEMES MONTES, J. L. Y GIL REDRADO, J.: *El Sistema Nacional de Salud*, McGraw Hill-Interamericana de España, Madrid, 1997.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012.

- “Sanidad reformada y movilidad de personas: el acceso a la protección de la salud de comunitarios y extracomunitarios en cuestión”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 376, 2014.

TRILLO GARCÍA, A.: “Derecho a la salud en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Aproximación a los sistemas sanitarios de los Estados miembros”, en AA. VV.: *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea*, CARRASCOSA BERMEJO, D. (Dir.), Francis Lefebvre, Madrid, 2014.

TRILLO GARCÍA, A.R. Y LLORENTE ÁLVAREZ, A.: “La regulación internacional de la protección de la salud” en AA. VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2007.

VALL-LLOSERA CASANOVAS, L.; SAURINA CANALS, C. Y SAEZ ZAFRA, M.: “Inmigración y salud: necesidades y utilización de los servicios de atención primaria por parte de la población inmigrante en la región sanitaria girona”, *Revista Española de Salud Pública*, Vol. 83, núm. 2, 2009.

VAN RAEPENBUSCH, S.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.

VENTURA VICTORIA, J.: “Organización y gestión de la atención sanitaria”, en Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Informe anual del Sistema Nacional de Salud, 2003.

VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995.

## BIBLIOGRAFÍA.

VIDA FERNÁNDEZ, J.: “Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y carteras de servicios”, en AA. VV.: *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, PAREJO, L., PALOMAR, A. Y VAQUER, M. (Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2004.

- "El paso definitivo de la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2005.

- "Las carteras de servicios: concreción, racionalización y articulación del contenido de las prestaciones sanitarias", *Revista Derecho y Salud*, Vol. 13, núm. 1, 2005.

- “El régimen de las prestaciones farmacéuticas”, en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008.

VIDA SORIA, J.: “Artículo 41. Seguridad Social”, en *Comentario a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, tomo IV, Edersa, Madrid, 1984.

- “La reforma de la Seguridad Social en España”, en AA. VV.: *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985.

- “¿Qué fue eso de la Seguridad Social?”, *Discurso de apertura Curso académico 2001-2002*, Universidad de Granada, 2001.

VIEITES PÉREZ, C.: “Responsabilidad administrativa: la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria” en AA. VV.: *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, RIVAS VALLEJO, P. Y GARCÍA VALVERDE, M. D. (Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

VILLACORTA BAÑOS, F.: “La opinión médico-rural en 1924: resultados de una encuesta”, *Estudios de Historia Social*, núms. 24-25, 1983.

VILLAR CAÑADA, I.: “Régimen jurídico de la organización y gestión sanitaria. El nuevo modelo legal de la sanidad pública: el Sistema Nacional de Salud”, en AA. VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dirs.), Comares, Granada, 2007.

- “El Sistema Nacional de Salud”, en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008.

VILLAR ROJAS, F. J.: “Responsabilidad en la gestión directa. Especial referencia a las nuevas fórmulas de gestión: fundaciones”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 8, núm. 1, 2000.

- “Crisis económico-financiera; crisis de la administración pública”, en AA. VV.: *El derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego*, GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (Dir.), Atelier, Barcelona, 2013.

- “Garantías de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud (II): libre elección de médico y centro, segunda opinión facultativa y tiempo máximo de respuesta”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen I, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

VIÑES RUEDA, J. J.: “Responsabilidad por contagio al paciente: desde el profesional y desde el medio. Una visión asistencial”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 10, núm. 2, 2002.

VOGEL-POLSKY, E.: “La Europa social del año 2000: La Carta social y el sistema comunitario”, en AA. VV.: *La Carta Social Europea desde la perspectiva de la Europa social del año 2000: Acta del coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la Carta Social Europea*, LEZERTUA, M. Y VIDA SORIA, J. (Eds.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.

VON IHERING, R.: *La lucha por el derecho*, con estudio preliminar “Ihering y la lucha por el derecho” de MONEREO PÉREZ, J. L., Comares, Granada, 2008.

WOLFGANG SARLET, I.: “Posibilidades y desafíos de un derecho constitucional común latinoamericano. Un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición de retroceso social”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, 2009.

- “Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y desafíos”, en AA. VV.: *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*, PRESNO LINERA, M. A. Y WOLFGANG SARLET, I. (editores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

## BIBLIOGRAFÍA.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 9, Núm. 1, 2001.

ZORNOZA PÉREZ, J.: “La financiación del Sistema Nacional de Salud”, en AA. VV.: *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, PAREJO, L., PALOMAR, A. Y VAQUER, M. (Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2004.

## Résumé et Conclusions en Français.

La santé, une nécessité sociale de base en soi, constitue un présupposé incontournable de toute vie digne et un tout aussi important facteur de développement, d'intégration et de cohésion politique et sociale. En cohérence avec ce qui précède, le droit à sa protection s'inscrit dans l'un des piliers essentiels de l'État-providence. Une étude le concernant, qui analyse du point de vue technique, politique et juridique sa caractérisation et son bien-fondé, susceptible de prévenir les principaux défis à venir et d'évaluer de manière critique les réponses avancées face à celles déjà en cours, s'impose comme quelque chose d'aussi suggestif que nécessaire.

Si le bien juridique et constitutionnel de la santé est large, les actions de protection que développent les pouvoirs publics ne peuvent s'articuler qu'en termes également élargis. Il convient de distinguer celles tournées vers la santé publique et celles tournées vers la santé individuelle. Les premières comprennent les actions de nature collective et essentiellement préventive qui, sans répondre à l'état de santé de chaque personne considérée individuellement, visent la promotion et la tutelle de la santé de la société dans son ensemble, conformément aux multiples facteurs déterminants de celle-ci. Les interventions publiques d'ordre environnemental ou alimentaire s'inscrivent dans ce domaine, à titre d'exemple. Face à elles, la protection de la santé peut s'articuler par ailleurs de manière individuelle, par des actions visant à récupérer la santé perdue ou limitée, à soigner ou à éviter la maladie, à palier ses effets. Elles représentent donc les interventions des soins de santé comme une pièce fondamentale de la politique sociale, c'est-à-dire, l'ensemble de prestations qui, de type préventif, diagnostique, thérapeutique et de réhabilitation, trouvent leur place dans le cadre du système public. C'est précisément cette dernière dimension qui constitue l'objet du travail de recherche qui est présenté au travers de ces lignes.

Malgré l'importance de leur fonction sociale et de leur nature même, inévitablement liée à la dignité humaine, il n'est pas exagéré d'affirmer que les soins de santé sont les prestations les plus négligées dans la doctrine de toute action de protection de la Sécurité Sociale, ce qui vient à souligner la nécessité d'aborder leur traitement juridique et



## RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS EN FRANÇAIS

l'évolution de celui-ci, qui se développe de manière parallèle à celui de la société. Une évolution qui est sans doute très marquée par la forte pression à laquelle sont soumises les dépenses de santé en raison des progrès scientifiques et techniques, de même que, du point de vue de la démographie, par le vieillissement de la population et, avec celui-ci, l'augmentation des maladies chroniques. La demande croissante met au pied du mur l'offre inévitablement limitée, de sorte que l'équilibre entre la durabilité du système et la prestation suffisante de soins de santé et de qualité doit présider toute approche en matière de services de santé. Ce n'est pas par hasard que sera évoquée à maintes reprises dans cette étude la nécessité de pondérer les deux extrêmes et qu'il sera également fait mention des risques de prioriser à tout prix la dimension économique de la question.

Si ce qui a été dit révèle l'intérêt d'aborder la configuration juridique des prestations de santé comme objet d'étude, il y a lieu de procéder ensuite à justifier sa convenance. Il est vrai que celles-ci s'insèrent dans un cadre réglementaire, politique et juridique qui a connu lors des dernières années des réformes de grande envergure. En effet, dans la prétention obstinée de réduire les dépenses publiques, une série de mesures ont vu le jour, plus précisément depuis l'Arrêté Royal 16/2012 du 20 avril, relatif aux mesures urgentes pour garantir la durabilité du Système National de Santé et améliorer la qualité et la sécurité des prestations, en remettant en cause une bonne partie des principes qui avaient défini traditionnellement notre système de santé et qui étaient à l'origine en grande mesure de la confiance et du prestige de celui-ci. La rupture avec la vocation universelle qui avait présidé le maintien en vigueur du droit pour récupérer la notion d'assurance qui avait couronné la genèse du système de prestations de soins de santé, l'augmentation des techniques de co-paiement, ou l'exclusion d'une longue liste de médicaments du financement public constituent, à cet égard, d'éminents témoignages du recul que la protection de la santé, en parallèle aux garanties constitutionnelles des droits sociaux, a expérimenté sous le prétexte d'un prétendu épuisement du système.

Il est donc urgent, par conséquent, d'évaluer la signification de ces réformes. Pour ce faire, il est proposé d'entamer non seulement un parcours analytique et descriptif, mais aussi une large révision en termes de réflexion et de critique dans le but de comprendre sa véritable signification et ses conséquences. Et en ce sens, de même que dans de nombreux autres cas, il convient d'adopter une approche élargie. Souligner parmi ces changements de simples motifs de plainte ou de malaise est certainement un exercice limité. C'est pourquoi il est plus ambitieux de considérer celle-ci comme une opportunité, tout à fait précieuse,

pour insister sur la nécessité de consolider la construction dogmatique des droits sociaux, de manière générale, et la protection de la santé, de manière spécifique. Le travail que ces lignes introduisent se veut, en ce sens, une mise en faveur de la protection de la santé comme un véritable droit social fondamental. Depuis cette affirmation, une analyse de son contenu matériel et de ses techniques de garantie est envisagée.

Le titre de cette recherche, «Le droit à la protection de la santé: les prestations de soins de santé de la Sécurité Sociale», est déjà une déclaration d'intentions, car il prétend corroborer les liens existants entre les soins de santé et la Sécurité Sociale. Affirmer ces liens n'aurait rien de spécial, si ce n'est parce qu'ils sont fortement mis en cause depuis quelque temps par certains secteurs. Face à ces positions, il convient de souligner que seul en considérant l'inclusion des prestations de soins de santé dans le concept et la logique de la Sécurité Sociale, il est possible de comprendre le sens de leur mise en œuvre dans le cadre de la formule sociale et juridique de l'État social telle une institution orientée vers la satisfaction des besoins fondamentaux, fondée sur les principes d'égalité, de solidarité et de justice sociale.

Les services de soins de santé sont une matière éminemment large et complexe, qui admet des approches très diverses (strictement en matière de santé, économique, sociale, éthique ou juridique, pour citer quelques exemples), où il n'est pas rare que les unes et les autres se mélangent. Ce travail de recherche aborde les prestations de santé de la Sécurité Sociale depuis une perspective juridique, même s'il ne renonce pas à étalonner, là où cela est opportun, les contributions d'autres domaines de la connaissance. L'analyse des dispositions juridiques est cruciale et c'est dans ce cadre où il existe un large éventail d'instruments réglementaires, aussi bien depuis le point de vue de la source de production (régionale, étatique et communautaire), que depuis la perspective sectorielle, la législation pharmaceutique étant à cet égard une excellente illustration.

Comme il ne pouvait pas en être autrement, l'utilisation de la jurisprudence atteint une importance significative, essentiellement sur les questions éminemment casuistiques, qui rendent tout à fait nécessaire le glanage jurisprudentiel. Il en est ainsi concernant le remboursement des frais médicaux issus de la prestation de soins de santé dispensés par des établissements n'appartenant pas au Système National de Santé, ou la configuration de la responsabilité patrimoniale de l'Administration des soins de santé, de même qu'au

## RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS EN FRANÇAIS

niveau communautaire, les contributions importantes de la Cour de Justice de l'Union européenne, qui ont marqué les lignes directrices d'une nouvelle voie de remboursement des frais issus de la prestation de soins de santé transfrontaliers au sein de l'Union européenne, fondée sur la libre prestation de services. La doctrine du Tribunal Constitutionnel, même si limitée pratiquement à la répartition des compétences entre l'État et les Communautés régionales dites autonomes, a fait l'objet par ailleurs de consultations chaque fois que cela s'est avéré nécessaire.

Une fois établis l'objet, la justification et la méthodologie de ce travail de recherche, il convient de préciser à présent son contenu. Celui-ci est structuré en quatre parties comprenant une large couverture thématique qui visent à offrir une vision générale des soins de santé et de leurs prestations.

La première partie aborde l'évolution historique de la prestation de soins de santé, en assumant que toute étude axée sur l'analyse des institutions juridiques exclusivement selon leur configuration actuelle, risque d'être limitée. Au contraire, la compréhension et la réflexion de cette dernière nécessitent la première comme un prélude incontournable. Dans cette partie initiale, un parcours panoramique est ainsi effectué à travers une approche évolutive, sur la genèse et le développement de la prestation de soins de santé, dans le cadre du système de la Sécurité Sociale. Un développement caractérisé par une dynamique permanente, depuis une perspective sociale et politique, préside la transition d'un régime d'assurance sociale obligatoire à notre système actuel, après des élargissements successifs aussi bien en contenu matériel que dans le domaine subjectif de couverture, jusqu'à atteindre la protection de la santé comme vocation universaliste.

Il est évident que cette projection historique ne se limite pas à la révision des textes législatifs de l'époque, puisque l'importance que possède la réalité des faits sociaux ne cesse d'être reconnue à cet égard. En souhaitant donc couvrir, non seulement la dimension juridique, mais aussi sociale et économique que ce phénomène comprend, le début de l'interventionnisme sociale est également analysé dans le secteur des soins de santé. Un interventionnisme qui se limitait jusqu'à la moitié du siècle passé à la prestation collective de soins de santé (police des services de santé), pour accueillir plus tard, à travers l'Assurance Obligatoire de Maladie, d'abord, et du Système de Sécurité Sociale, plus tard, la prestation de soins de santé dans une approche individuelle comme fonction sociale.

Cette partie s'achève avec une étude sur les caractéristiques politiques juridiques actuelles de l'institution, ce qui nous amène à analyser sa portée au regard de l'État de droit social comme espace de l'application des droits sociaux comme droits fondamentaux. Elle a aussi l'occasion, par ailleurs, d'élargir et d'approfondir sur l'universalisation du système de soins de santé comme l'un de ses principes qui l'ont traditionnellement défini, du moins jusqu'à la réforme des soins de santé de 2012, dans le même temps qu'elle évalue sa portée comme expression des principes d'égalité, solidarité et cohésion sociale.

La deuxième partie commence en abordant la reconnaissance du droit à la protection de la santé, de manière générale, et à la prestation de soins de santé, en particulier, dans la Constitution espagnole, en précisant son contenu et sa conception institutionnelle. À cet effet, une attention particulière est accordée à l'article 43, dans lequel cette reconnaissance a lieu, et à sa relation avec l'article 41, siège de proclamation du droit à la Sécurité Sociale.

Une fois le droit caractérisé comme un droit social fondamental, et sa portée évaluée au regard du texte constitutionnel, il convient d'identifier les pouvoirs publics auxquels le texte constitutionnel confie la tutelle de la santé *à travers les prestations et les services nécessaires*. À partir de la conception décentralisée du système de soins de santé, est exposée la répartition des compétences en la matière. Pour ce faire il est essentiel, comme cela a déjà été mentionné précédemment, de faire appel aux différentes décisions que le Tribunal Constitutionnel a rendues à cet égard et à travers lesquelles il est parvenu à clarifier les aspects d'intérêt dans un partage qui n'a pas été aussi paisible au début que cela aurait été souhaité.

En poursuivant une approche multi-niveaux, cette partie accorde, par ailleurs, une attention spécifique à la reconnaissance de la protection de la santé comme un droit fondamental dans les instruments internationaux des droits de l'homme, inévitablement lié à d'autres également fondamentaux, comme la vie ou l'intégrité physique ou morale. L'importance que ces instruments acquièrent en tant que modèle d'interprétation (*ex* article 10.2 CE) justifie leur application dans la défense de la protection de la santé, comme un droit social fondamental, et de l'universalisation comme l'un des principes qui s'intègrent dans la signification minimale irréductible de ce droit.

Toute étude sur les prestations de soins de santé demeure limitée sans l'approche nécessaire de l'Union européenne. Après avoir évalué la place qu'occupe la protection de

## RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS EN FRANÇAIS

la santé dans la politique communautaire en vertu du Droit primaire, nous passons à analyser l'articulation des soins de santé transfrontaliers face au phénomène de plus en plus commun selon lequel des patients décident de recevoir des prestations de services de santé hors des frontières des États dans lesquels ils sont assurés. Ainsi, sont analysées les deux voies parallèles d'accès aux services de santé d'un État membre différent de celui qui est compétent, aussi bien celle constituée par les Règlements de coordination des systèmes de Sécurité Sociale, que celle qui préside la Directive 2011/24/UE, qui a été interprétée par la jurisprudence de la CJUE dans le domaine de la mobilité des patients et qui a été transposée dans l'ordre juridique interne en vertu de l'Arrêté Royal 81/2014 du 7 février. Les principaux éléments de différenciation entre les deux voies de remboursement et l'action articulée des deux voies dans le cas de la prestation de soins de santé transfrontaliers constituent l'objet d'une attention toute particulière.

La troisième partie analyse la dynamique du droit aux prestations de soins de santé, avec une référence spécifique à sa reconnaissance et contrôle, ainsi que le domaine subjectif, d'organisation et financier de celles-ci. En relation à la première, à partir des successifs élargissements de la collectivité des bénéficiaires ayant accès aux services de soins de santé, sera abordé le résultat de ce processus d'extension qui s'inspire de la projection universelle du système de soins de santé. Comme cela a déjà été avancé précédemment, la réforme des soins de santé de 2012 a supposé à cet égard une modification significative, en privant du droit d'accès les personnes immigrées en situation irrégulière et les descendants de moins de vingt-six ans qui ne cotisent pas au système de Sécurité Sociale et dont les revenus ne sont pas inférieurs à la limite légale établie. De telles restrictions feront l'objet d'une évaluation critique par le biais d'une réflexion sur les principales difficultés qu'elles provoquent. Également dans le domaine des bénéficiaires de la prestation de soins de santé, une attention spécifique sera adressée aux droits des patients dans le contexte de la santé.

L'organisation des services de santé est également objet d'étude de cette troisième partie, dans laquelle est analysé le rôle que jouent la coordination et la coopération dans la réussite d'un système équitable et cohésif. À cet égard, il est intéressant de s'engager dans les modèles de gestion qui s'articulent dans la logique entre secteur public et privé, en mettant l'accent sur les tensions inhérentes à cette dialectique.

Par ailleurs, les soins de santé sont également objet d'étude quand ceux-ci sont dispensés en marge des structures propres au Système National de Santé. La

réglementation en vigueur évoque uniquement de manière expresse l'urgence vitale comme élément qui valide l'articulation de la technique du remboursement des frais médicaux. Mais cela ne semble pas avoir résolu les doutes sur l'origine du remboursement quand il existe d'autres causes qui ont motivé que les prestations de soins de santé aient été dispensées hors du Système National de Santé. Comme cela peut être constaté, il s'agit là d'un sujet d'une grande complexité en raison de la casuistique considérable qu'il incorpore, ce qui justifie que la jurisprudence a développé une tâche essentielle à cet égard. À la lumière de celle-ci, nous analyserons les prérogatives et les conséquences les plus significatives, pas aussi inhabituelles, où les services de santé sont dispensés dans des structures en dehors du système public.

La quatrième partie vise à explorer, de manière spécifique, les instruments techniques et juridiques du contenu de la prestation des soins de santé. Pour ce faire, il convient de couvrir les deux techniques utilisées dans leur gestion : d'une part, le catalogue des prestations et, de l'autre, le portefeuille des services susceptibles de garantir l'efficacité technique de ce dernier du fait d'intégrer un ensemble de techniques, technologies ou procédures, en interprétant comme tel chacune des méthodes, activités et ressources fondées sur la connaissance et l'expérimentation scientifiques. La dynamique et le développement de ce portefeuille sont analysés particulièrement, et plus spécifiquement la procédure de mise à jour et les éventuelles exclusions de certaines techniques, technologies ou procédures.

À leur tour, les trois modalités sur lesquelles s'articule le portefeuille de services sont abordées, en fonction de la contribution de l'utilisateur, en parcourant en détail toutes et chacune des prestations comprises dans le Portefeuille commun basique du Système National de Santé, ainsi que celles comprises dans le Portefeuille commun complémentaire, avec dispensation ambulatoire, et dans le Portefeuille commun de services auxiliaires. En descendant au niveau régional, le Portefeuille de services complémentaires des Communautés régionales dites autonomes bénéficie aussi d'une attention particulière.

La régulation de la prestation pharmaceutique occupe par ailleurs un rôle éminent, essentiellement à la lumière des dernières modifications incorporées en matière de prescription de produits pharmaceutiques et de l'établissement de critères concernant

## RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS EN FRANÇAIS

l'exclusion de la prestation pharmaceutique de médicaments et de produits de santé. Le financement public des médicaments et des produits de santé est également visé, en relevant les critères d'inclusion, sans oublier d'inclure pour autant l'établissement des prix, la participation dans le paiement et les apports des bénéficiaires dans la prestation pharmaceutique ambulatoire.

Cette partie de conclusions s'achève avec la problématique issue du constat de différences entre les territoires dans le domaine des prestations, à la suite des compétences des Communauté régionales dites autonomes pour élargir le minimum fixé par l'État. Il faut ajouter à cela l'analyse des principaux défis que présente la viabilité du système de santé, ainsi que les stratégies qui ont été adoptées sous la prétention de réduction des frais publics de santé, en évaluant leur signification et leurs conséquences.

### **CONCLUSIONS:**

Une fois analysées les prestations de santé de la Sécurité Sociale, il est nécessaire de procéder à l'établissement d'un ensemble de conclusions pertinentes et illustratives (premièrement énoncées de manières succinctes puis développées ultérieurement) du global de l'étude menée.

Il s'agit ainsi d'octroyer une importance accrue à un ensemble de propositions, d'idées et de considérations de tout le travail de recherche réalisé. Évidemment, il ne s'agit pas d'une liste contraignante et fermée, mais simplement de souligner des questions aussi bien significatives que centrales et, en résumé, offrir une compréhension supplémentaire en général.

*Les soins de santé constituent l'une des prestations les plus significatives de la Sécurité Sociale, tout à fait cohérente avec les fondements politiques et juridiques de celle-ci, sans que les caractéristiques énoncées dans sa configuration et gestion puissent nous amener à conclure la scission entre les deux.*

Le droit aux soins de santé est inévitablement lié à la garantie institutionnelle de la Sécurité Sociale. Un lien qui a été affirmé depuis la genèse même et évolution de notre système de Sécurité Sociale, avec l'antécédent plus récent de l'Assurance

Maladie Obligatoire. Cette position est confrontée, dans le cadre d'un débat plus large, à d'autres qui soutiennent, de manière majoritaire, un déliement entre les soins de santé et le système de Sécurité Sociale. À titre illustratif, le financement au titre de budgets et non pas par cotisations sociales de la santé, les compétences régionales concernant leur gestion, la tendance à l'universalité du domaine subjectif de couverture, indépendamment de l'élément contributif-professionnel, ou l'articulation d'un Système National de Santé possédant sa propre entité distincte de la Sécurité Sociale, sont certaines des raisons invoquées par les défenseurs des thèses ségrégationnistes.

Toutefois, ces arguments ne peuvent pas être considérés suffisamment concluants pour séparer la dimension sanitaire de l'action de protection de la Sécurité Sociale, car ils demeurent toujours de simples singularités organisationnelles et de compétences dans le but d'aborder le plus efficacement possible l'indiscutable spécificité et complexité technique que suppose la fourniture des services de santé. En ce sens, il convient de distinguer entre le plan conceptuel et le plan institutionnel organisationnel de la matière. Les soins de santé se présentent comme une prestation de la Sécurité Sociale, même s'ils sont dispensés moyennant un réseau organisationnel spécifique. Le fait d'être dispensé dans le cadre du Système National de la Santé, doté d'une structure propre, ne peut pas être interprété comme un remplacement du système de Sécurité Sociale, qui n'est pas matériellement affecté. Celle-ci est en définitive la conclusion que révèle n'importe quelle étude détaillée du régime juridique de réglementation des prestations de soins de santé, aussi bien au niveau national que supranational.

En effet, et comme cela a pu être constaté au cours du travail de recherche, il est possible d'affirmer, depuis le point de vue du droit interne, qu'il existe entre l'article 41 et 43 de la Constitution un lien singulier, de sorte que le second précepte exige inévitablement une interprétation systématique du premier. Les deux se complètent, et ne s'excluent pas. En descendant au domaine légal, l'inscription des soins de santé à l'action de protection du système de la Sécurité Sociale que préconise l'article 38.1.a) est claire. Ce lien entre les prestations de soins de santé et la Sécurité Sociale est aussi ratifié depuis le point de vue du Droit de l'Union européenne, vu que



## RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS EN FRANÇAIS

la réglementation de coordination des systèmes de Sécurité Sociale désigne en leur sein les dénommées, dans la terminologie des Règlements communautaires, *prestations de maladie en espèces*.

En outre, il existe des motifs pour soutenir que les soins de santé ne constituent pas uniquement une prestation spécifique du système de Sécurité Sociale, mais qu'ils représentent aussi l'une de ses pièces majeures. Le contraire entraîne une interprétation incohérente à l'égard des fondements politiques et juridiques de la Sécurité Sociale. En ce sens, il est parfaitement légitime d'affirmer que c'est bien dans ce type de prestations où se concrétise le mieux le principe de solidarité intrinsèque à la logique de la Sécurité Sociale, la principale institution de promotion du bien-être social et du dépassement des inégalités. Si la protection de la santé, en termes de droit social à l'égalité, constitue une condition nécessaire pour la proclamation de la justice sociale, sa mise en œuvre ne peut pas être séparée du cadre de la Sécurité Sociale, du fait que cette garantie institutionnelle repose précisément sur cette valeur.

*Les soins de santé transfrontaliers au sein de l'Union européenne reposent sur une approche technique et juridique qui, en raison de sa complexité, est peu judicieuse. Il est nécessaire d'engager une simplification juridique et réglementaire capable d'introduire des doses de cohérence plus élevées dans la réglementation d'une des questions les plus prototypiques du modèle social européen.*

Dans une espèce de transaction entre les compétences nationales des États membres dans l'organisation de leurs systèmes de soins de santé et la consolidation d'une Europe solidaire qui favorise la mise en œuvre effective du droit à la protection de la santé, un cadre juridique réglementaire s'est progressivement affermi dans l'évolution de la construction de l'Union à l'égard des soins de santé transfrontaliers. Ce cadre est confronté toutefois à une grande complexité, du fait qu'il englobe différents systèmes parallèles d'accès, pas toujours bien délimités. En effet, y converge d'une part la traditionnelle réglementation de coordination des systèmes de Sécurité Sociale de l'Union européenne, fondée sur la libre circulation des citoyens assurés à de tels systèmes et, d'autre part, la Directive 2011/24/UE, qui interprète d'une certaine manière la jurisprudence que la CJUE construit sur la base de la libre prestation de services. La complexité énoncée augmente considérablement si les

transpositions de la réglementation européenne que les États membres sont tenus d'effectuer dans leurs propres législations nationales sont également prises en considération. Ceci multiplie par vingt-huit les variantes dans la régulation, car il existe des États qui se sont limités à incorporer dans les mêmes conditions le contenu de la Directive (tel est le cas de l'Espagne avec l'Arrêté Royal 81/2014), tandis que d'autres ont préféré améliorer celle-ci, en élargissant les minimums établis.

Il existe, par conséquent, diverses voies de remboursement des frais issus des soins de santé transfrontaliers au sein de l'Union européenne. Toutes reposent sur la même réalité, c'est-à-dire, elles régularisent le même objet, même si chacune d'entre elles le fait avec un contenu propre qui présente des différences par rapport aux autres. Ceci étant, il est possible de déduire que la Directive n'a pas rempli la finalité que préconise ses propres dispositions, en faisant référence à assurer une sécurité juridique et une clarté dans le régime des soins de santé transfrontaliers au sein de l'Union.

Il est vrai que la confusion que suscite actuellement le traitement de la thématique aurait pu être évité, soit par l'incorporation de la jurisprudence communautaire au système de coordination (cela n'aurait pas été la première fois, car rappelons le complément *Vanbraekel*, de création de jurisprudences, qui est finalement entré dans les propos des Règlements de coordination), soit en soustrayant la réglementation comprise dans celui-ci relative aux prestations de soins de santé, et sa combinaison avec la jurisprudence dans une nouvelle réglementation distincte qui, avec un caractère exclusif, établisse les droits des patients dans la prestation des soins de santé transfrontaliers. Chacune des deux options aurait évité les disparités qui surgissent à toute approche technique et juridique concernant la régulation de la mobilité des patients au sein de l'Union européenne.

Puisque aucune des possibilités récemment étayées n'a été finalement mise en pratique, et qu'il semble plus utile de réfléchir dans le domaine de l'*être* plutôt que *dans celui qui aurait pu être*, il ne reste qu'à signaler que la complexité, en raison de la diversité d'instruments, du régime juridique dans ce domaine, risque d'augmenter encore plus. Du fait que la Directive n'a pas incorporé la jurisprudence de la CJUE en toute fidélité, en maintenant une réglementation bien plus restreinte dans certains aspects et en provoquant par ce biais des distorsions entre le contenu de l'une et de l'autre. Compte tenu de la casuistique qui caractérise ce domaine, l'occasion surviendra dans peu de temps où la Cour

## RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS EN FRANÇAIS

de Justice de l'Union sera appelée à se prononcer précisément sur certaines des questions sur lesquelles la Directive n'a pas établi une interprétation rigoureuse de la jurisprudence communautaire. Le cas échéant, la Cour du Luxembourg pourrait compliquer encore davantage la situation si elle persiste à développer sa propre (et plus protectrice) doctrine dans le cadre des soins de santé transfrontaliers, en s'éloignant des dispositions établies dans la Directive de 2011. Plus tard la jurisprudence communautaire pourrait élargir le système actuel dualiste, en se transformant en une troisième voie.

Depuis un point de vue technique et juridique, il est évident que la réglementation des soins de santé transfrontaliers au sein de l'UE n'est pas aussi judicieuse qu'il serait souhaitable. Cette complexité réglementaire du remboursement des frais médicaux, qui se traduit dans la pratique par une complexité administrative considérable, provoque un désarroi chez les patients, pour qui il est difficile de connaître avec précision des questions telles que le type de prestations couvertes ou le régime d'autorisation préalable, et des incertitudes pour les États concernant le contrôle de la mobilité à des fins de santé.

*La décentralisation du système de soins de santé contribue à l'incorporation de tensions non résolues qui remettent en cause la consolidation d'un modèle véritablement cohésif.*

Dans la logique du principe de l'autonomie territoriale qui caractérise l'articulation de notre modèle d'État, la responsabilité que l'article 43 confère aux pouvoirs publics sur l'organisation et la tutelle de la santé se traduit en une nouvelle compétence partagée entre l'État et les Communautés régionales dites autonomes. Dans cette répartition de compétences, il incombe à l'État la responsabilité de préserver un cadre global d'homogénéité à travers la configuration d'une classification basique des prestations, qui agit en tant que minimum à partir duquel les Communautés peuvent améliorer par élargissement, dans le cadre de leur gestion autonome, le contenu des soins de santé pouvant être dispensés dans leurs territoires respectifs.

Cette capacité d'autonomie pour compléter le *quantum* des prestations établies au niveau national ouvre naturellement les portes aux différences entre les Communautés. Toutefois il existe une doctrine constitutionnelle consolidée qui estime

que le principe d'égalité n'impose pas le même contenu dans l'exercice des compétences régionales, de sorte que ces différences sont acceptées dans l'articulation d'un système de soins de santé territorialement décentralisé, sans que cela suppose une violation de l'égalité constitutionnelle proclamée, car celle-ci n'équivaut pas à l'uniformité des systèmes. En outre, le fait que le droit aux soins de santé possède différents contenus en fonction de la Communauté où le patient réside est une question qui pourra être débattue à volonté. Mais il n'en reste pas moins que celle-ci est une conséquence inévitable de la configuration de notre État social régional, l'interprétation du principe de gestion autonome dans le système des soins de santé, raison pour laquelle toute critique à celle-ci débouche sur une thématique plus large, celle de l'État régional dit autonome et ses conséquences. Celle-ci appartient à un autre débat.

Quoi qu'il en soit, il semble évident que le développement du principe d'autonomie ne peut pas être conçu sans limites, car il trouve dans l'équité, interprétée comme l'égalité d'accès aux soins de santé, une valeur qui assure obligatoirement son fonctionnement. Le Système National de Santé, comprenant autant de services de santé que de Communautés régionales, chacune d'entre elles possédant sa propre capacité d'organisation et de gestion, doit atteindre le compromis entre la pluralité que supposent le principe de gestion autonome et l'unité qui comprend la conception intégrale du système, les deux caractéristiques de notre État de droit social. Il n'est pas possible de concevoir le principe de gestion autonome par opposition à celui de cohésion. Bien au contraire, ce dernier est un élément qui conditionne l'efficacité du premier. La coordination du modèle multi-niveaux auquel nous assistons atteint ainsi toute son importance. Elle constitue un outil essentiel dans la construction d'un système cohérent, dans la conciliation entre l'autonomie et l'équité qui caractérise notre modèle, dans la garantie que la diversité intrinsèque à l'État régional n'aboutisse pas dans une inégalité des droits des citoyens. Ces postulats, si faciles à prêcher dans la théorie, ont un développement complexe dans la pratique. Et le contexte des soins de santé reflète parfaitement cette situation. En ce sens, le système est confronté actuellement à de nombreux dysfonctionnements qui révèlent qu'il reste encore des questions à régler dans l'obtention d'un modèle véritablement cohésif. Il est intéressant d'observer que l'origine de la plupart de ces dysfonctionnements repose sur les

## RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS EN FRANÇAIS

domaines propres de la volonté politique (les obstacles que peuvent trouver les patients dans l'accès aux services régionaux de santé différents à ceux d'origine, fréquemment dénoncés dans les rapports du Défenseur du Peuple des Communautés autonomes, ne seraient qu'un exemple de ce qui a été dit précédemment).

Il est vrai que des progrès considérables ont été faits lors des dernières années, moyennant l'articulation du Fonds de Garantie de la Prestation de Soins, qui vient à compléter la fonction du Fonds de Cohésion des Soins de Santé sur l'égalité d'accès aux prestations de soins de santé sur l'ensemble du territoire national, la mise en place d'un calendrier commun de vaccins au niveau du territoire national ou l'articulation d'un format unique de carte de soins de santé pour favoriser l'échange d'informations entre les Services régionaux de Santé sur la population protégée, aux fins de garantir la prestation de soins de santé à tous les Espagnols lors de leurs déplacements à d'autres Communautés régionales, pour évoquer quelques exemples illustratifs (et salués) dans ce travail de recherche. Toutefois, comme cela a été indiqué précédemment, il est nécessaire de corriger d'autres tensions qui persistent encore de nos jours entre les différents niveaux de compétences à travers des formules de coordination efficace. Car, même si la nature décentralisée du modèle de soins de santé est clairement consolidée, après plus d'une décennie depuis la fin du processus de transfert de compétences en la matière, il n'en va pas de même de la garantie de coordination que son fonctionnement cohérent exige. C'est à cet égard qu'apparaissent les faiblesses qu'il convient de corriger. Le Conseil Interrégional du Système National de Santé, en raison du caractère non contraignant de ses décisions ou de l'unanimité obligatoire pour l'adoption d'accords, qui limite finalement l'adoption de questions essentielles, n'est pas parvenu à s'ériger comme un véritable organisme de collaboration institutionnelle entre les niveaux étatiques et régionaux. Il ne déploie donc pas toutes les capacités auxquelles il était voué, étant fréquemment victime de confrontations et de désaccords au niveau politique. Raison pour laquelle il est possible de conclure sur la nécessité de surmonter ce caractère purement consultatif et, en adoptant une capacité exécutive totale, devenir un élément structurant du système.

Le fonctionnement cohésif de notre modèle de soins de santé passe nécessairement par la reconnaissance de l'importance qu'ont l'information intégrée et l'échange entre les services de santé. Par conséquent, il est nécessaire de surmonter les

dysfonctionnements existants actuellement et renforcer l'information transparente et homogène, avec des paramètres communs sur l'ensemble du système de soins de santé, permettant un accès public et la comparaison de variables importantes telles que les résultats en santé, les conditions d'accès, les indicateurs de qualité ou les listes d'attente entre les différents services régionaux.

*La dialectique du public et du privé dans le domaine de la santé a fait l'objet durant les dernières années d'un renforcement croissant du second par rapport au premier, bien que les vertus dont se vantent traditionnellement les techniques de gestion privée en termes d'efficacité n'aient pas pu être démontrées dans la pratique.*

La gestion des soins de santé est caractérisée actuellement par le recours à une grande variété de formules juridiques. Il ressort de l'analyse de ces dernières que s'est produite une expansion notoire du domaine consacré aux mesures privées. Ceci s'inscrit dans le cadre d'un courant de pensée, curieusement injustifié et à la fois assumé, qui, en discréditant continuellement le domaine public, attribue aux techniques juridiques à caractère privé toutes les vertus en termes d'efficacité, et réduit les techniques de nature publique à l'expression de gaspillage et de futilité.

Bien qu'il ne puisse aucunement être affirmé que l'intervention du secteur privé dans le domaine de la santé soit un phénomène récent (il a déjà été dit que depuis la fin des années 90 du XX<sup>ème</sup> siècle, les dénommées *nouvelles formes de gestion du Système National de Santé* ont été légalement autorisées), il est tout aussi vrai que la proportion croissante dans laquelle on a recours à ce dernier actuellement est remarquablement nouvelle. En effet, dernièrement apparaît comme évidente une inclinaison toujours plus fréquente vers des techniques de gestion privée, qui ont été renforcées par l'arrivée de la crise. Dans la marée des urgences économiques et des économies budgétaires que l'on vit actuellement, s'inscrit également une prétendue minimisation des dépenses dans le domaine de la santé, au moyen de l'immersion de l'initiative privée dans le cadre des formules de gestion. L'intention ainsi est d'optimiser le service et de restructurer les ressources ; de réduire le déficit public du système de santé en assouplissant le fonctionnement des centres de santé sur la base de l'adoption de techniques propres au Droit privé, dans le cadre du régime juridique des organismes

## RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS EN FRANÇAIS

intervenants, qui sont dotés d'une autonomie majorée dans la gestion de leurs budgets. Les formes traditionnelles de gestion publique ont donc été progressivement supplantées par l'introduction de modèles relevant de l'économie du marché qui, à travers des termes propres tels que modernisation, flexibilité et assignation efficiente des ressources, ont établi leur logique dans le domaine de la santé et cherchent à réduire la rigidité qu'impliquent les contrôles hiérarchiques et budgétaires propres au secteur public sur ce service.

Aucun conflit ne semble évidemment pouvoir se dégager de la citation des objectifs théoriques des techniques de gestion privée, dans le sens où rien ne semble plus désirable qu'un secteur de la santé rationalisé, efficace et évitant toute dépense excessive ou superflue. Mais la controverse, dans ce domaine, repose précisément sur le fait de déterminer si les avantages justifiant la mise en œuvre de ces réformes de privatisation se sont en réalité matérialisés ou, du moins, si la qualité des soins et les garanties des usagers du service sont préservées avec la même intensité. La question n'est donc autre que d'évaluer si cette logique inspiratrice, selon laquelle a été effectuée la gestion des soins de santé durant les dernières années, est en concordance ou pas avec la raison d'être même de notre système de santé, dont les fondements sont les soins de santé intégraux, à la lumière des critères de qualité, d'universalité et de disponibilité suffisante de ces soins et prestations.

Le premier obstacle à franchir à ce sujet est le fait qu'il n'est pas toujours possible d'obtenir la transparence souhaitée en termes de données statistiques concernant les coûts, les ressources et les résultats dans le domaine de la santé. Par conséquent, il n'a pas été possible de prouver de façon suffisamment solide, du moins jusqu'à présent, les avantages tant proclamés relatifs aux aspects financiers, au contrôle des dépenses, ainsi qu'à l'efficacité. La solution est inévitablement liée à la consolidation de la transparence et à l'évaluation objective et rigoureuse, comme principes recteurs dans le développement des différentes formules employées.

Concernant les aspects critiquables de l'usage de techniques de privatisation dans l'actualité, ou mieux dit, de l'abus du recours à ces techniques, il convient d'évoquer, en premier lieu, le fait que la recherche de rentabilité, soit la relation coût-efficacité, finit par déplacer, dans l'échelle des priorités, la qualité elle-même des prestations fournies. En effet, l'intervention du but lucratif dans la gestion des soins de santé n'entraîne pas toujours les résultats, en termes de qualité, qui avaient été promis lors de son implantation.

La qualité est généralement la principale perdante lorsqu'on recourt à ces modalités de gestion, et il est coutume de dédaigner en même temps les services les plus coûteux, en négligeant ainsi les besoins de certaines populations spécialement vulnérables. Effectivement, l'un des risques principaux inhérents à ces formules de gestion émane directement de la primauté de l'obtention de bénéfices dans le cadre du modèle d'action, de sorte que la réponse aux besoins en matière de santé en tant que critère d'organisation dans le cadre de la santé est déplacée par le critère propre à l'offre et à la demande, en mettant en danger l'accès au Système National de Santé dans des conditions d'égalité.

Nous nous trouvons, dans le domaine de la santé, face à la reproduction de la dialectique classique du public et du privé. Traduite en principes, elle entraîne l'opposition entre efficacité et qualité médico-technique, de sorte que les politiques favorisant davantage la privatisation se réfugient normalement dans la première, tandis que leurs objecteurs se basent sur la deuxième pour priver les formules d'organisation privées de leur légitimité. Obtenir à la fois une intervention médicale efficace et une économie de moyens ne paraît donc pas être un but de tout repos. La recherche d'une activité publique durable doit être un objectif auquel n'échappe pas l'activité en matière de santé, mais il faut veiller à ne pas vouer la prestation même de ces soins à des fins d'efficacité. En d'autres termes, le fait de concevoir la santé comme un service public n'équivaut pas à considérer que sa gestion est uniquement et exclusivement du ressort de l'administration, étant donné que la collaboration du secteur privé est juridiquement assurée depuis longtemps. Il s'agit donc de préserver, dans tous les cas, le contrôle effectif et la direction publique du processus, afin de promouvoir l'égalité et la solidarité sur lesquelles s'appuie le fondement même de l'administration des soins de santé en tant que prestation du ressort du secteur public.

Nous sommes, et ne l'oublions pas, dans le domaine de la protection de la santé, ce qui a des implications incontournables sur la dignité des personnes. Ceci empêche de concevoir les soins de santé comme une activité économique sans plus, sujette à la même logique du marché. En effet, le fait de donner la priorité à tout prix à la maximisation de l'efficacité s'ajuste difficilement au contexte des soins de santé, enraciné dans l'exercice d'un droit social fondamental de « démarchandisation ». Et, en ce sens, il n'est pas inutile d'insister sur le fait que la garantie de ce droit exige, pour être effective, l'affirmation de la



## RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS EN FRANÇAIS

dimension publique du modèle, et avec elle, l'engagement collectif envers la santé comme nécessité d'intérêt général à pourvoir. Un engagement capable de consolider la légitimation du secteur de la santé en tant que service public.

Le fait est que ce phénomène s'inscrit dans un processus plus ample, en marche depuis longtemps, qui implique un changement notoire dans la fonction sociale de l'État, ou du moins, dans l'exercice de cette fonction. Ainsi, durant les dernières décennies, nous assistons à la transition de l'assomption directe des situations de nécessité sociale de la part de ce dernier, à l'attribution de celles-là au secteur privé au moyen de formules juridiques très variées. Un changement de paradigme est par conséquent en gestation, qui entraîne la soustraction d'un nombre croissant de domaines de compétence publique pour laisser leur gestion entre les mains du secteur privé. De cette manière, l'État cesse progressivement d'assumer les éléments essentiels d'un État administrateur de services publics, pour prendre en charge les éléments propres à un État qui tend à être en synergie avec le secteur privé, en ce qui concerne la recherche de l'efficacité et de la productivité dans l'exercice des devoirs publics. Nous assistons en définitive à un affaiblissement de *l'État social* et à un renforcement parallèle de *l'État marché*.

*L'universalisation complète de la prestation des soins de santé constitue encore une matière à revoir dans notre système. La dernière réforme des soins de santé, en partant d'une régression marquée de l'accès universel au droit vers le concept d'assurance, a introduit diverses exclusions dans le domaine subjectif de couverture des prestations de soins de santé.*

L'un des éléments les plus typiquement admirés dans l'évolution du système de santé en Espagne avait attiré à l'ampliation du domaine subjectif de couverture des soins, à partir de la rupture avec le principe de contribution classique. Un élargissement qui avait permis de consolider un système pratiquement universel, duquel seul un groupe réduit de la population était exclu. La réforme de 2012 en matière de santé a impliqué beaucoup plus qu'une halte dans le parcours vers l'atteinte de l'universalisation complète du modèle. Elle a impliqué un recul éloignant le système de ce but, que la prestation des soins de santé est appelée à atteindre du point de vue constitutionnel et légal. Et elle l'a fait au moyen de ce qui peut être considéré comme une déclaration d'intentions évidente, en

remplaçant la notion de *droit à la protection de la santé, dont toute personne est titulaire*, par celle *d'assurance*.

La conséquence de la réforme effectuée se trouve dans le fait que l'éventail d'individus ayant accès gratuitement aux prestations de soins de santé de la Sécurité Sociale s'est grandement réduit, principalement au moyen de l'introduction d'une limite d'âge (vingt-six ans) pour que les descendants puissent avoir accès au statut de bénéficiaire des soins de santé, ainsi que de l'exclusion des étrangers en situation irrégulière.

Cette restriction dans l'accès aux services de santé entraîne une rupture avec l'universalité, conçue comme l'un des piliers de notre système de santé. D'où le fait que cette mesure régressive puisse être par conséquent mise en question d'un point de vue plus ample.

En premier lieu, il s'agit de procéder à une remise en question de cette dernière à *la lumière de la Constitution espagnole*. Il est certain que l'article 41 de la Constitution espagnole, dans lequel le terme « tous » est évoqué, ainsi que l'article 43 de la Constitution espagnole, qui concerne « tous les citoyens », défendent l'universalité comme l'un des traits d'identité du Système de Sécurité Sociale en général, et des prestations de soins de santé en particulier. Il ressort de ce qui précède que les normes légales développant la teneur littérale de la Constitution à ce sujet doivent préserver l'universalité en tant que prémisses de la configuration du système de prestation de soins de santé. L'accès aux soins de santé, un droit dont toute personne est titulaire, ne dépend nullement du statut de citoyenneté, car il est inhérent à la personne. Autrement dit, la citoyenneté politique ne peut pas être un critère de définition des personnes titulaires du droit aux soins de santé, consubstantiel à la dignité humaine.

La réforme dans le domaine subjectif de couverture des prestations de soins de santé mérite également d'être mise en question à *la lumière du Droit international relatif aux droits de l'homme*. À cet effet, il y a lieu de mettre l'accent sur une clause dont la potentialité n'est malheureusement pas aussi exploitée qu'elle devrait l'être. Il s'agit du modèle d'interprétation que contient l'article 10.2 de la Constitution concernant les instruments relatifs aux droits de l'homme, qui contiennent une formulation universaliste commune, soit une reconnaissance du droit fondamental à la protection de la santé pour « toute personne ». Il ressort donc de ceci qu'étant donné que le sens dans lequel les droits

## RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS EN FRANÇAIS

contenus dans la Constitution sont appelés à être interprétés est celui-ci, il peut bien être conclu que la réforme des soins de santé et la restriction de l'accès au droit aux soins de santé en fonction de la situation juridique et administrative de la personne, ont des traits clairement inconstitutionnels. En effet, la réforme introduite par l'Arrêté Royal de 2012 débouche sur un résultat manifestement contraire à la conception internationale du droit et, par conséquent, à l'interprétation qui doit être effectuée en vertu de l'article 10.2 de la Constitution espagnole. Cette opposition dénoncée entre la mesure restrictive espagnole et le Droit international a été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme elle-même.

La rupture avec l'universalité du système est en même temps susceptible d'être remise en question *à la lumière de son impact sur l'économie et la santé*. Il n'existe aucune raison probante permettant de présumer que cette mesure atteindra l'objectif de réduction des dépenses publiques dans le domaine de la santé ayant justifié son adoption. À cet égard, il est prouvé que ce n'est pas la population immigrée en situation irrégulière celle qui utilise le plus le système de santé. En outre, étant donné que les soins dispensés aux urgences sont les seuls qui restent accessibles gratuitement pour ce secteur de la population, ce niveau est condamné à une pression (encore) plus forte concernant la demande de ses services, dont le financement est du reste plus coûteux que celui des services de type préventif. Du point de vue de la santé, il faut observer de surcroît que cette restriction du contrôle de la santé d'un groupe potentiellement porteur de maladies infectieuses contagieuses peut devenir un risque pour l'ensemble de la population, une question de santé individuelle devenant ainsi un problème de santé publique.

Le processus de remise en question qui est effectué ci-dessus peut être conclu à présent par une réflexion *à la lumière du partage des compétences dans le domaine de la santé*. Le fait est que dans ce cas aussi, l'exclusion des étrangers en situation irrégulière présente des effets controversés. L'accueil de la mesure n'a en aucun cas été pacifique au sein des Communautés autonomes responsables de la gestion des différents services régionaux de santé. De sorte que de l'analyse de l'ensemble de la situation découlant actuellement de l'application de la mesure sur la totalité du territoire national, il se dégage que le résultat ne peut être plus divisé : certaines Communautés ont choisi de l'appliquer en se conformant strictement à sa teneur, d'autres se sont rebellées et ont maintenu la prestation universelle des services de santé que leur système fournissait déjà, en passant par celles qui ont décidé de moduler uniquement certains aspects de la réforme étatique.

L'exclusion du droit aux soins de santé de certaines catégories de personnes implique aujourd'hui, en définitive, un défi actuel dont les dimensions sont importantes. En ce sens, non seulement elle entraîne des conséquences dans le domaine de la protection de la santé, mais elle a également des effets dévastateurs en termes de cohésion sociale. L'introduction de critères discriminatoires (en particulier l'exigence d'une situation administrative régularisée) pour accéder aux services de santé, n'est pas en cohérence avec l'approche d'intégration propre à notre modèle d'État social, ni avec l'une des principales exigences de la justice sociale, qui se concrétise dans l'approvisionnement de certains biens essentiels à la vie des êtres humains, en procurant leur participation dans la société. Compte tenu du fait que la protection sociale en générale, et la protection de la santé en particulier, trouvent leur fondement dans la dignité inhérente à l'être humain, il n'est pas difficile de déduire que la santé doit être promue dans l'ensemble de la société dans des conditions d'égalité.

La solution passe par l'établissement ou le rétablissement effectif de l'accès universel au droit aux soins de santé, en trouvant une solution aux dysfonctions observées entre les conditions de la dernière réforme et les options formant la base politique et juridique de notre modèle de santé. Il n'est pas nécessaire, par conséquent, d'approuver de nouvelles normes visant l'universalisation du système. Ces normes sont déjà créées. Il suffit juste de procéder à leur application effective, c'est-à-dire, de rendre fonctionnels ces principes déjà formulés en vertu du texte constitutionnel, des instruments internationaux des droits de l'homme et même des normes élémentaires de la réglementation en matière de santé. Étant donné que la santé est l'un des besoins les plus essentiels à tout être humain, il est inadmissible que le statut permettant l'accès aux services de santé soit autre que celui de *personne*. Cette interprétation précisément et aucune autre est en cohérence avec un droit fondamental qui est le corrélat de la dignité inhérente à l'être humain, laquelle constitue à son tour le présupposé anthropologique de la configuration de l'État de droit social et démocratique.

*Les dernières réformes en matière de santé ont été envisagées à travers le prisme de la primauté de la rationalité juridique et économique par rapport à la rationalité sociale et juridique. Dans le cadre d'un système qui fonctionne avec des ressources limitées pour*

## RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS EN FRANÇAIS

*répondre à des demandes toujours plus nombreuses, la préservation de la durabilité acquiert une importance significative, mais dans aucun cas elle ne peut devenir un critère hégémonique, au prix de l'affaiblissement des éléments essentiels définissant ce dernier. La relation entre la viabilité du système et l'effectivité du droit aux soins de santé doit être équilibrée, sans que soit admissible la considération de la première comme étant un objectif inconditionnel, dans un cadre de réductions continues de la portée de la protection de la santé.*

Le système de santé a fait l'objet, durant les dernières années, d'une série de profondes réformes. En particulier, l'Arrêté Royal 16/2012 du 20 avril est devenu l'axe principal d'un processus de révision élargi, dans le but politique et juridique de réduire les dépenses publiques dans le domaine de la santé.

Ce domaine n'a donc pas été épargné par les dénommées politiques d'austérité. Bien au contraire, ce dernier est devenu un champ d'action important pour ces politiques, à travers la réduction de la portée de la protection de l'un des facteurs principaux du bien-être social, comme l'est la santé. Concrètement, la restriction du domaine subjectif de couverture ; l'introduction de variations dans le système de participation de l'utilisateur aux prestations pharmaceutiques; la redéfinition du portefeuille de services, avec l'introduction conséquente du co-paiement concernant des prestations pour lesquelles il n'était jusque-là pas nécessaire (le transport sanitaire non urgent, les prestations concernant l'orthoprothèse, les prestations concernant des produits diététiques et des médicaments à usage hospitalier pour des maladies graves); ainsi que l'exclusion du financement public d'un grand nombre de médicaments destinés à soulager des symptômes mineurs (mais dont le taux de prévalence n'est pas faible), dont le financement est à présent totalement à la charge des usagers, sans prendre en considération le critère des revenus. Voici quelques-unes de ces réformes introduites avec la prétention quasi obsessionnelle de corriger le déficit public. De telles réformes, pour des raisons évidentes, pénalisent d'avantage les secteurs les plus vulnérables de la société, ceux qui ont le pouvoir d'achat le plus faible et les personnes atteintes d'une maladie chronique, et elles favorisent en même temps le recours à des techniques privées d'assurance comme réaction face aux exclusions concernant différentes prestations. Elles divisent l'administration des soins de santé entre ceux qui disposent de ressources économiques pour cela et ceux qui n'en n'ont pas, et réduisent l'intervention active des pouvoirs publics concernant la satisfaction des besoins sociaux.

La portée de ces modifications ne peut être interprétée différemment que de façon régressive. Et la conclusion qui peut être tirée de ces mesures adoptées n'est pas uniquement le fait qu'elles s'abstiennent d'introduire quelconque progrès dans le système de santé, en se démarquant de la clause de progressivité dans l'exercice des droits sociaux, mais plus encore, qu'elles impliquent un recul notable concernant les éléments essentiels de ce dernier, tels que l'accès au droit à bénéficier des soins de santé ou son contenu, l'ensemble de ses prestations. En provoquant une rupture avec une bonne partie des acquis en matière de santé, ces réformes pèchent par leur nature particulièrement involutive. En outre, l'accent doit être mis sur la contradiction constatée au sein du processus même, car la nature conjoncturelle des raisons qui le soutiennent ne correspond pas à la nature structurelle des modifications qu'il entraîne, ceci ayant un impact sur le noyau même du droit social essentiel aux soins de santé.

Le fait est que la simple référence à une prétendue réduction des dépenses ne paraît pas suffisante pour justifier des altérations telles des principes définissant le système, à plus forte raison que la forme d'obtention desdites économies n'a pas été concrétisée. Ceci nous mène à une réflexion plus approfondie, la réforme des soins de santé pouvant être considérée, en dernier ressort, comme étant une manifestation claire de cette dernière. Il s'agit de la suprématie qui est octroyée à la rationalité économique en vertu des réformes sociales les plus récentes, reléguant au second plan le domaine du social.

Nous assistons ainsi à un déséquilibre entre ce qui *doit être* et ce qui *est*, entre le modèle de santé constitutionnellement consacré, conformément aux principes de l'État de droit social, et celui qui résulte du dernier processus de réforme, qui donne la priorité au principe économique. Une grande partie des principes essentiels qui ont constitué traditionnellement ses traits d'identité et qui ont autant contribué à la confiance qu'il inspire est certainement en train de se fragiliser progressivement. Si les soins de santé sont l'un des droits les plus représentatifs des postulats de justice sociale établissant les fondements de l'État social, il peut bien être conclu que la réduction de sa portée contredit la légitimité politique même de notre modèle d'État. Autrement dit, la réforme des soins de santé la plus récente s'inscrit dans un domaine conceptuel qui s'oppose au domaine intrinsèque du principe social définissant le modèle étatique depuis le premier article de la

## RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS EN FRANÇAIS

Constitution, et légitimant l'action des pouvoirs publics en faveur de la satisfaction des besoins des individus, indépendamment de la position qu'ils occupent sur le marché.

Ces réformes s'inscrivent dans le cadre des tensions socioéconomiques du système, et soutiennent jusqu'à présent la primauté de la raison économique. À travers ces lignes, nous ne voulons ni ne pouvons soutenir une vision qui néglige l'aspect économique en tant que composant devant être nécessairement pris en considération dans la gestion d'une offre limitée de ressources face à une demande croissante, en raison de l'augmentation de l'espérance de vie et, avec elle, du vieillissement de la population et de l'augmentation des maladies chroniques. Bien au contraire, tout au long de ce travail de recherche, nous avons insisté à plusieurs reprises sur l'urgence d'établir l'équilibre nécessaire entre la durabilité financière du système et la garantie de l'effectivité du droit à la protection de la santé. Il est évident que la conjoncture économique dans laquelle est né et s'est développé le système de santé a changé, et de beaucoup, mais cette raison ne semble pas être suffisante pour se passer des principes fondamentaux sur lesquels il est basé et qui constituent sa justification juridique et politique la plus remarquable. Le principe économique, bien qu'important, ne peut pas atteindre un degré tel d'hégémonie qu'il devienne l'unique critère à suivre dans les politiques publiques. Il est nécessaire, par conséquent, de réorienter le processus, de sorte qu'en dépassant l'objectif purement économique, il tende vers le bien-être matériel grâce à la promotion de conditions permettant le développement personnel des citoyens, parmi lesquelles les soins de santé jouent un rôle fondamental, en tant que pièce essentielle de notre modèle de constitutionnalisme démocratique et social.

S'impose ainsi le besoin de renforcer le système public de santé, de préserver sa viabilité sans altérer le niveau et la qualité des prestations fournies au sein de ce dernier, ni détruire les principes essentiels d'universalité et d'équité qui l'ont mené à mériter un prestige notoire. Ce qui précède fait l'objet d'une stratégie centrée sur la rationalisation des ressources plutôt que sur la réduction de ces dernières. Car dans ce cadre s'inscrit l'un des aspects les plus discutables de la réforme en matière de santé. Cette réforme a été précipitée, basée sur des économies budgétaires auxquelles prime l'urgence et non la pondération. Des mesures dont l'effet est prétendument immédiat ont été adoptées, certes, mais sans prendre en considération les coûts sociaux qui en découlent. Face à cela, il y a lieu de mettre l'accent sur le fait qu'il existe d'autres possibilités, pas si peu nombreuses, de rationaliser les dépenses publiques dans le domaine de la santé, sans détruire les fondements mêmes du système. À cet égard, la recherche de solutions à long terme s'est

révélée être plus adéquate, par le biais de la gestion véritablement efficiente des ressources, la promotion d'une conscience citoyenne responsable dans l'utilisation des services médicaux et la consommation des médicaments, l'éducation en matière de santé ou l'engagement des professionnels.

Nous assistons, avec ces réformes et leurs répercussions, à un paradoxe très significatif. Alors que leur fondement s'inscrit dans une conception réductionniste de l'efficacité du droit social à la protection de la santé, les effets en découlant ne font que mettre en évidence l'urgence de renforcer l'exercice effectif de ce dernier. En d'autres termes, la nécessité d'un modèle de prestation de soins de santé de qualité et universel augmente avec son propre affaiblissement, car il génère parallèlement des situations d'injustice sociale. Des mesures restrictives mises en place dans le domaine de la santé, il ressort, en définitive, non seulement qu'une critique (méritée) doit être formulée en raison de la réduction de la portée matérielle du droit social, mais également qu'il existe une opportunité de soutenir l'effectivité nécessaire de ce dernier.

La solution à la prééminence de la raison économique sur la raison sociale que confirme la réforme des soins de santé la plus récente passe, tout bien considéré, par l'affirmation de la nécessité de *blinder* le droit social fondamental à la protection de la santé en général, et aux soins de santé en particulier, en le protégeant face à des restrictions de son contenu essentiel. Dans le cadre de ce discours, il est intéressant de répondre à deux questions : les soins de santé sont-ils un droit social fondamental? Dans ce cas, serait-ce possible de reconnaître en son sein un noyau minimal irréductible? Les conclusions suivantes répondent à ces deux interrogations.

*La protection de la santé constitue un droit social fondamental, sans que la nature fragilisée des techniques de garantie établies dans la Constitution espagnole, en prenant en considération l'emplacement dans le texte constitutionnel de la disposition qui les énonce, soit un critère suffisant pour accepter une dévaluation de sa caractérisation juridique. À cet effet, il est nécessaire d'adopter une approche matérielle, fonctionnelle, basée sur une interprétation systémique de la Constitution, une évaluation du fondement même du droit, qui se concrétise dans la dignité inhérente à l'être humain, ainsi qu'une*



## RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS EN FRANÇAIS

*estimation de sa signification en ce qui concerne la justification socio-politique de l'État de droit social et démocratique.*

La réforme dont ont fait l'objet les prestations de soins de santé de la Sécurité Sociale mérite d'être mise en question, tel qu'il vient d'être réalisé plus haut, sous l'angle des effets restrictifs qu'elle a entraîné dans leur portée et leur contenu. Plus controversée encore est la base qui soutient les modifications introduites. En ce sens, toute réflexion réalisée exclusivement à la lumière des mesures régressives, des économies budgétaires et de leurs implications, est manifestement limitée, raison pour laquelle il est nécessaire de dégager le sens profond et véritable de ce processus de révision du système de prestation. Et ce sens profond n'est autre qu'une négation de la reconnaissance de la protection de la santé en tant que droit social authentique et fondamental. En termes plus généraux, il est possible de soutenir qu'une prétendue dévaluation de la théorie des droits sociaux en tant que droits fondamentaux justifie la réforme. Donc le fait de réfuter l'adoption de telles mesures restrictives passe par la remise en question de la prémisse même de laquelle elles partent et, par conséquent, par la reconnaissance de la protection de la santé en général, et des soins de santé en particulier, comme étant un droit social fondamental et authentique qui mérite d'être sauvegardé en tant que tel. Son intégration dans la dogmatique des droits fondamentaux est l'un des meilleurs instruments pour combattre le déséquilibre récemment dénoncé entre la rationalité économique et la sociale en faveur de la première.

Ceci exige le dépassement de la différenciation traditionnelle entre les dénommés droits de liberté et les droits liés à une prestation, en réaffirmant l'interdépendance et de l'indivisibilité de l'ensemble des droits, et en les munissant d'une efficacité juridique égale. La protection de la santé représente précisément un exemple précieux de cette unité, car elle constitue un élément essentiel à l'intégration sociale, qui requiert l'exercice effectif des droits civils et politiques. La dignité humaine en tant que fondement commun à tous les droits représente une argumentation incontestable à cet effet. La santé est le présupposé d'une vie digne, et donc, une condition existentielle indispensable pour donner vie à la jouissance du reste des droits, avec lesquels elle a une relation de dépendance fonctionnelle.

En tant que besoin fondamental de l'être humain, sa satisfaction exige inévitablement sa concrétisation comme garantie d'un droit social fondamental, afin d'être séparé du marché et d'assurer ainsi un accès égalitaire aux prestations par lesquelles il se matérialise, en neutralisant en même temps les différents effets que les déterminants sociaux de la

santé provoquent sur les personnes. Autrement dit, le droit social à la protection de la santé garantit ce composant essentiel du bien-être indépendamment de la position de l'individu sur le marché, et reproduit à cet égard les postulats de la « démarchandisation », constituant la justification socio-politique de l'État providence.

Le droit à la protection de la santé, de même que tous les droits sociaux en général, ont souffert traditionnellement, sur le plan national et international, un système de garanties affaiblies par rapport au système établi pour les droits civils et politiques. Il est possible d'observer, de ce fait, un critère de distinction entre les droits fondamentaux, catégorie à laquelle appartiendraient ces derniers, et les autres, les droits dits de prestation, qui seraient réduits à de simples aspirations ou déclarations rhétoriques juridiquement inefficaces. L'article 53.3 de la Constitution en viendrait à constituer la consécration constitutionnelle de ce qui précède. Ce n'est pas en vain que le fragile régime de garanties, énoncé à l'égard des droits reconnus dans le Chapitre III du Titre premier de la Constitution, parmi lesquels se trouve le droit à la protection de la santé, est fréquemment avancé pour nier à ces derniers la condition de droits fondamentaux.

Actuellement, cette interprétation doit cependant être considérée comme ayant été dépassée, étant donné sa nature limitée. Ainsi, la réduction de l'article 43, une disposition en vertu de laquelle le droit à la protection de la santé est reconnu, à un simple énoncé programmatique exclusivement sur la base de la configuration technique ou de l'emplacement formel choisis par l'organisme constituant et de la protection constitutionnelle qui en résulte, ne semble pas être en adéquation avec l'interprétation systématique et finaliste à laquelle tend le texte constitutionnel dans son ensemble. Il est donc nécessaire d'adopter une approche matérielle et fonctionnelle, qui prenne en considération le lien inséparable entre ce droit et d'autres droits également fondamentaux, en particulier le droit à la vie ou à l'intégrité physique ou morale, ainsi que sa base concrétisée dans la dignité inhérente à l'être humain. À cet égard, l'approche internationale devient une fois de plus une référence incontournable en ce qui concerne la caractérisation juridique du droit, puisque les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme proclamant ouvertement la protection de la santé comme droit fondamental et authentique, sont nombreux.

## RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS EN FRANÇAIS

*Le droit à la protection de la santé dispose d'un contenu minimal irréductible qui doit être blindé par rapport au pouvoir de décision politique et juridique. Ce contenu, composé des éléments essentiels permettant d'identifier le droit sur la base de l'intérêt juridiquement protégé, constitue la limite opposable à toute mesure qui prétend influencer le fondement même du système de prestation des soins de santé, en le limitant ou en le dénaturant.*

Étant donné que la protection de la santé est un droit social fondamental, il est possible de reconnaître en lui l'existence d'un noyau minimal irréductible. Ce dernier agirait en tant que limite par rapport à toute régularisation le concernant, et le respect de cette limite minimale ne pouvant pas être abrogée doit par conséquent orienter l'approche du travail de développement du droit.

Ce droit, en tant que droit dit de prestation, exercé avec des ressources limitées, est bien évidemment conditionné économiquement. Et il est évident que, dans la logique d'un droit de configuration légale, le législateur dispose d'une marge de manœuvre considérablement importante en ce qui concerne la concrétisation de ce dernier, la détermination de l'accès au système de prestations et son contenu matériel. Mais il s'agit de tout autre chose que de considérer qu'il a carte blanche dans ce domaine. Bien au contraire, il est possible d'identifier dans la protection de la santé en général et dans la prestation de soins de santé en particulier, un noyau indisponible qui représente une limite (minimale, et non maximale) au pouvoir de décision. Il s'agit donc d'un noyau qui doit être préservé et protégé face à des restrictions éventuelles qui, dans le cadre d'une prétendue relativisation de la dogmatique des droits sociaux fondamentaux, affectent l'essence même du droit. En d'autres termes, les éléments essentiels permettant d'identifier ce droit sur le fondement de l'intérêt juridiquement protégé en son sein, doivent se maintenir hors de toute restriction.

Un fois affirmée, comme il vient d'être énoncé, l'existence d'un contenu irréductible concernant le droit à la protection de la santé, qui est blindé par rapport au pouvoir de décision politique et juridique, la question suivante à élucider n'est autre que l'identification de ce minimum qui correspond au fondement originaire du droit. Pour ce faire, l'unité de la Constitution en tant que critère herméneutique émerge avec force. C'est-à-dire que dans la détermination de ce noyau essentiel doit intervenir une interprétation systématique du texte constitutionnel, qui dépasse l'interprétation marginale de l'article 43.

Cette disposition, sans préjudice du caractère clairement ouvert que présente sa rédaction, contient de fait certaines réserves substantielles. Il doit être souligné à ce sujet l'attribution aux « pouvoirs publics » de l'organisation et de la protection des services de santé (qui s'opposerait à l'hégémonie de la privatisation dans les formules de gestion), ou l'allusion à « tous » comme titulaires du droit (contraire à l'exclusion de certaines populations à l'accès aux soins de santé). L'emploi de ce précepte pour déterminer le contenu ne pouvant pas être abrogé du droit est par conséquent de grande utilité, mais pas suffisant.

De façon plus ambitieuse, la détermination de ce noyau essentiel doit être trouvée dans la conjonction de la disposition constitutionnelle mentionnée avec l'article 41, qui renvoie au critère de la disponibilité suffisante des prestations et des soins pour déterminer l'idéal de couverture, avec la clause de l'État social et de ses implications en tant qu'espace pour l'exercice des droits sociaux (articles 1.1 et 9.2), ainsi que, de façon très significative, avec l'article 10.2, qui renvoie au modèle d'interprétation du Droit international relatif aux droits de l'homme.

Le fait est que les instruments internationaux des droits de l'homme, indispensables dans la configuration du standard minimum de protection de ces derniers, peuvent bien être considérés comme étant de véritables bastions de l'universalisation en tant qu'élément de base définissant le droit à la protection de la santé. Selon ce qu'il a été possible de constater tout au long de ce travail de recherche, chacun d'eux proclame que « toutes les personnes » sont titulaires de ces droits, et ils reconnaissent par conséquent un droit inhérent à tout être humain, sans restriction possible dérivée d'une condition juridique et administrative quelconque.

Il est donc nécessaire d'optimiser les synergies d'une protection des droits à tous les niveaux. Autrement dit, faire valoir les engagements internationaux en matière de droits sociaux, des engagements qui, en incorporant une projection universaliste, avec d'autres paramètres tels que la progressivité et l'irréversibilité de ces derniers, acquièrent un intérêt herméneutique clair concernant la définition du contenu minimum irréductible des soins de santé, en même temps qu'ils servent d'éperon pour sa progression. Donc l'involution dans la conception de notre système de santé que viennent à signifier les réformes les plus récentes, à travers des mesures restrictives dépourvues d'une justification solide, contredit

## RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS EN FRANÇAIS

l'incitation évolutive provenant du standard international de protection du droit à la protection de la santé.

Dans ce contenu irréductible que nous soutenons se trouve donc un argument de valeur et opposable face aux mesures éventuelles ayant un effet sur les fondements mêmes du système de santé. Ainsi, les restrictions telles que celles qu'a entraînées la dernière réforme en matière de santé, concernant des éléments clés du droit à la protection de la santé, comme l'universalisation, l'extension de son contenu matériel, ou encore le caractère public de l'organisation, si avalisées qu'elles soient, soi-disant, sur le fondement de motivations de type économique (plutôt «économiste»), ne sont plus admissibles dès le moment où elles portent atteinte à ce contenu essentiel. Par conséquent, la défense de ce noyau indisponible devient un critère déterminant pour discerner une mesure qui tend à la concrétion d'un droit de celle qui signifie, au contraire, une réduction inacceptable de ce dernier. En ce sens, il peut bien être affirmé que les mesures de réforme adoptées ces dernières années ont *limité* plus que *délimité* le droit lui-même.

Avec tout cela, il ne s'agit en aucun cas de nier la possibilité de développer différentes options de politique économique et sociale, car cette possibilité est précisément l'un des éléments distinctifs principaux de notre modèle de constitutionnalisme démocratique et social, auquel contribue le fait que la Constitution ne contienne pas de formule fermée, un modèle pleinement défini de prestation de soins de santé. Ce qui est écarté est le fait que cette imprécision traditionnelle du texte constitutionnel puisse être interprétée comme une porte ouverte à des réductions incessantes, sur le plan subjectif et objectif, capables de vider le droit à la protection de la santé de son contenu, en dénaturant son fondement même.