

Reformas en la asistencia sanitaria pública: ¿racionalización del servicio o cambio de modelo?

José María Souvirón Morenilla

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Málaga

SUMARIO¹: I. INTRODUCCIÓN. II. LA RECIENTE REFORMA DE LA ASISTENCIA SANITARIA. 1. Medidas para la reforma estructural del SNS. 2. Cambio en el modelo de cobertura: la condición de “asegurado” como nuevo eje. 3. Nuevo régimen de la cartera de servicios. 4. Medidas de cohesión y de garantía financiera del SNS. 5. Medidas sobre la prestación farmacéutica: la participación de los usuarios en el pago de la prestación. 6. Medidas en materia de recursos humanos. 7. Medidas de eficiencia en el SNS: la llamada central de compras. 8. Una referencia de interés concomitante: la reforma en la atención a las personas en situación de dependencia. III. INCIDENCIA Y CLAVES DE LA REFORMA SANITARIA. 1. La incidencia de la reforma en el acceso a la asistencia sanitaria pública y sus prestaciones. 2. ¿Involución en el modelo de cobertura sanitaria pública? 3. Algunos problemas jurídicos. 4. La posición de las Comunidades Autónomas ante la reforma y las cuestiones pendientes: el ATC de 13.12.2012. IV. LA PROVISIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA Y SUS FORMAS DE GESTIÓN. 1. Las formas de gestión de la asistencia sanitaria pública y su evolución. 2. La actual diversidad de fórmulas de gestión de la asistencia sanitaria pública y la concesión sanitaria. 3. ¿Expansión de la gestión concesional?: el Plan para la sostenibilidad del sistema sanitario público de la Comunidad de Madrid. V. EL MARCO EUROPEO DEL SERVICIO PÚBLICO Y LA ASISTENCIA SANITARIA. 1. Los servicios de interés económico general. 2. Las novedades del Tratado de Lisboa: servicios de interés general económicos y no económicos. 3. El Derecho derivado y el “nuevo paquete armonizador”. 4. El régimen comunitario de los servicios y la asistencia sanitaria. VI. CONCLUSIONES.

¹ *Abreviaturas*: AGE: Administración General del Estado; EEE: Espacio Económico Europeo; ATC: Auto del Tribunal Constitucional. INGS: Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social; LCCSNS: Ley 16/ 2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Sa-

RESUMEN

La asistencia sanitaria pública en España ha sido objeto de una reforma que, entre otros apartados, afecta al ámbito subjetivo del derecho a dicha asistencia y a las correspondientes prestaciones. El carácter universal y gratuito que hasta ahora presidía el Sistema Nacional de Salud (SNS) ha sido reformulado con la conversión del aseguramiento por la Seguridad Social en criterio básico a tal fin y la introducción del pago o copago en determinadas prestaciones y servicios. Por otra parte y de modo simultáneo algunas Comunidades Autónomas han apostado por un mayor protagonismo del sector privado en la gestión, mediante concesión administrativa, de los hospitales y servicios sanitarios públicos. Estas reformas buscan una racionalización de la asistencia sanitaria pública y un mayor ahorro en el gasto de las Administraciones responsables, pero pueden significar un cambio de nuestro actual modelo sanitario. Ante ese horizonte pasamos revista finalmente a lo establecido por el Derecho de la Unión Europea sobre el servicio público y los servicios de interés general.

Palabras clave: Asistencia sanitaria. Comunidades Autónomas. Concesiones. Competencia. Gestión pública y privada. Hospitales. Privatización. Servicios de interés general. Servicio público. Sistema Nacional de Salud. Tribunal Constitucional. Unión Europea.

ABSTRACT

Public health assistance in Spain has been recently reformed. Among others fields, with respect to the right to public assistance under the National Health System (SNS) and to the corresponding services. Universality and free of charge access to the services, as principles of the SNS, have been shaded with new determinations as the inclusion in Social Insurance and the obliged payment of supplementary services. Besides some Regions have decided that public hospitals and health services will be managed by private entities. The reform intends to reduce public expenses, but it could mean as well a change in our model of health assistance as a public service. With that landscape we also analyze the rules of the European Union law on general interest services and health assistance.

Key Words: Health assistance. Regions. Competition. Public and private management. Hospitals. Privatization. General interest services. Public service. National Health System. Constitutional Court. European Union.

lud ; LD: Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia; LE: Ley orgánica 4/ 2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España; LGS: Ley 14/ 1986, de 25 de abril, General de Sanidad; LGSP: Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; LM: Ley 29/ 2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; R. D. L.: Real Decreto Ley; SNS: Sistema Nacional de Salud; UE: Unión Europea. TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de 2011 y 2012, y ante la crisis económica que desde 2008 padece Europa, especialmente los países del sur, España ha adoptado una serie de medidas que, empezando por la reforma de la Constitución (de su artículo 135), se han concretado, además de en las últimas leyes de presupuestos, en un rosario de Reales Decretos–Leyes que con esa crisis como causa declarada y la necesidad de reducir el déficit público como objetivo han afectado a muy diversos sectores. La crisis, en efecto, ha llevado a nuestro país a una situación de endeudamiento al parecer únicamente soluble con esa reducción del déficit público, la austeridad en el gasto de las Administraciones y el severo control a tal fin que, en el marco del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012, ya permiten ese artículo 135 de la Constitución y la nueva Ley de Estabilidad Presupuestaria que lo ha desarrollado².

Por la urgencia con que tales medidas se han adoptado parece estábamos ante una situación de emergencia. Pero, aun así, esas medidas ¿han sido, son, meramente coyunturales o de más largo alcance? Aunque algunas de ellas decían extender su vigencia sólo al año 2012, era claro (argumentadas como estaban por la necesidad de reducir el déficit público) que las mismas persistirían como poco a medio plazo, y otras tienen una explícita voluntad de permanencia (los Decretos Leyes califican las reformas que introducen de “estructurales” y “permanentes”). En suma, la acción gubernamental, aun determinada por los problemas económico–financieros y presidida por los recortes presupuestarios, se ha concretado en un decidido cambio del marco legal vigente. Entre otros sectores, en el de la asistencia sanitaria pública y sus prestaciones.

Pero en un tramo más de las novedades en este mismo campo, a ello se ha añadido, por otra parte, y con ruido (el de la huelga de la sanidad pública de la Comunidad de Madrid ante algunos proyectos del Gobierno de ésta), una medida concomitante en el tiempo, en su causa –la crisis financiera de las Administraciones públicas– y es posible que también en el fondo de la cuestión. Me refiero a la llamada privatización o externalización de la gestión de hospitales y centros de salud públicos de dicha Comunidad incluida en el “Plan para garantizar la sostenibilidad” de su sistema sanitario público (su denominación coincide con la del Real Decreto Ley 16/ 2012, de reforma sanitaria, al que después nos referiremos³) y cuya repercusión sobre el conjunto del Sistema Nacional de Salud (SNS), como línea de tendencia de éste, no cabría descartar.

² Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

³ “Plan de medidas de garantía de la sostenibilidad del sistema sanitario público de la Comunidad de Madrid. Presupuesto 2013”.

Esos dos apartados (ámbito cubierto por la asistencia sanitaria pública, y forma pública o privada de su gestión) resultan centrales en la consideración de las prestaciones colectivas, en este caso las sanitarias, como servicio público. Por ello y como un último apartado, he querido pasar revista a las últimas novedades del Derecho comunitario europeo sobre los servicios de interés general (noción trasunto de la tradicional de servicio público). Porque institucionalizados aquéllos en esencia por su finalidad y no por el carácter público de su titular o gestor, la referencia al Derecho de la Unión Europea podría ser argumentada con uno u otro designio en el horizonte que pudiera estar gestándose para la asistencia sanitaria en nuestro país.

Vamos, pues, a abordar esos tres apartados no sólo por su interés en sí mismos considerados, sino también porque los mismos pudieran quedar entrelazados en un hipotético camino de nuestro Sistema Nacional de Salud hacia un diferente modelo de cobertura y gestión de sus prestaciones.

II. LA RECIENTE REFORMA DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA

1. Medidas para la reforma estructural del SNS.

Las recientes medidas sobre la asistencia sanitaria pública han sido de diverso cariz. Algunas derivan de las restricciones establecidas con carácter general para todo el sector público por el Real Decreto-Ley 20/2011, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público⁴, aunque éste incluía para el sector sanitario algunas especificaciones mitigadoras de su estricto alcance⁵, previsiones éstas que fueron refrendadas por la Ley de Presupuestos del Estado para 2012⁶, también con algunos matices para el sector sanitario⁷.

⁴ Disminución de las retribuciones del personal; congelación de la oferta de empleo público; prohibición de contratos temporales y del nombramiento de interinos, salvo excepcionalmente y para necesidades urgentes e inaplazables que afecten a funciones o servicios esenciales; incremento de la jornada de trabajo; incremento de las cotizaciones sociales, por derechos pasivos y de las mutualidades de cobertura de los funcionarios (MUFACE, MUGEJU e ISFAS). En esencia estas previsiones se mantienen tras la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del estado para 2013.

⁵ Así, no aplicación de la congelación de plantillas hasta un 10 por 100 de la tasa de reposición de efectivos en el caso de las plazas de hospitales y centros del SNS; reconocimiento de una moratoria en el pago a la Seguridad Social por parte de las Instituciones sanitarias públicas (art. 35 y disp. ad. 1ª del R. D. L. 20/2011).

⁶ Ley 2/ 2012, de 29 de junio.

⁷ Prohibición de la contratación de personal temporal o nombramiento de personal estatutario temporal salvo en caso excepcionales y para necesidades urgentes e inaplazables en funciones y categorías

Pero, como apartado mucho más significativo, estas determinaciones se han visto acompañadas de una serie de medidas específicas para el SNS que, vehiculadas a través de otro Real Decreto-Ley, el 16/ 2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, han incidido sustantivamente sobre el modelo de asistencia sanitaria pública construido por la Ley General de Sanidad de 1986 (LGS) y la Ley de Cohesión y Calidad del SNS de 2003 (LCCSNS).

El Real Decreto-Ley 16/2012⁸ califica el SNS como “uno de los grandes logros de nuestro Estado del bienestar, por su calidad, vocación universal, amplitud de sus prestaciones, su sustentación en el esquema progresivo de los impuestos y la solidaridad”. Pero reconoce que el mismo se encuentra ante serias dificultades: en esencia, una situación de grave dificultad económica sin precedentes (que atribuye a la ausencia de normas comunes sobre la cobertura por el SNS en todo el territorio nacional, el crecimiento desigual de las prestaciones, la inadecuación de algunas de éstas a la realidad socioeconómica y el uso no racional de los medicamentos y tratamientos), la descoordinación entre los servicios de salud de las Comunidades Autónomas, en el que el SNS está descentralizado, y las diferencias existentes entre éstas en cuanto a las prestaciones y servicios, lo que no puede menos que incidir en la cohesión territorial y la equidad. Todo ello lo estima incompatible con la sostenibilidad de la sanidad pública y la viabilidad de los sectores empresariales que con ella se relacionan (una referencia ésta a las deudas acumuladas de la sanidad pública con sus proveedores), mucho más dados los actuales retos de la asistencia sanitaria (envejecimiento de la población, incorporación de innovaciones terapéuticas) que conllevarán un incremento del gasto sanitario⁹.

Sobre esta base, y con dos objetivos fundamentales (una mayor eficiencia en el gasto y la armonización de las prestaciones y servicios provistos por las Comunidades Autónomas), el Real Decreto-Ley 16/ 2012 proclama tener como finalidad una “reforma estructural” del SNS tendente a reforzar su sostenibilidad, así como garantizar a los ciudadanos, con igualdad de trato en todo el territorio nacional, “una asistencia sanitaria pública, gratuita y universal”¹⁰. Así pues, en su expresión literal, el Real Decreto-Ley parece querer garantizar la permanen-

prioritarias que afecten al funcionamiento de servicios públicos esenciales, en este caso sin límite de reposición (art. 23.Dos), y previsiones sobre las retribuciones del personal del INSALUD (art. 32).

⁸ Su art. 5 (que modificaba el Real Decreto 823/ 2008, de 16 de mayo, sobre márgenes y descuentos a la distribución y dispensación de medicamentos de uso humano), modificado por Real Decreto Ley 19/ 2012, de 25 de mayo.

⁹ Cf. E.M. del R.D. L. 16/ 2012.

¹⁰ Cf. E.M. del R.D.L. 16/2012.

cia de los rasgos que hasta ahora y junto al principio de igualdad efectiva en todo el territorio español y la superación de los desequilibrios territoriales y sociales, han venido definiendo al SNS desde la Ley General de Sanidad, promulgada en 1986 para desarrollar el derecho a la protección a la salud consagrado por el artículo 43 CE¹¹.

2. Cambio en el modelo de cobertura: la condición de “asegurado” como nuevo eje.

Una de las medidas fundamentales del Decreto-Ley 16/2012 –dice su E.M.– es la “clarificación armonizada de la condición de asegurado, a efectos de la prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios, de tal forma que ésta quede vinculada de forma efectiva a la financiación por impuestos y al carácter de solidaridad social que el esquema progresivo de los mismos tiene en nuestro país”¹². Veamos en qué consiste tal clarificación.

Hasta ahora, establecido el derecho de los ciudadanos a recibir asistencia sanitaria en su Comunidad Autónoma de residencia o en aquella otra en que se encontrara desplazado (art. 4 LCCSNS), en condiciones de igualdad efectiva y calidad, como expresión del “aseguramiento universal y público por parte del Estado” (art. 2 LCCSNS), se reconocían como titulares de ese derecho (art. 3 LCCSNS): a) Todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el art. 12 de la L.O. 4/200, de Extranjería (LE)¹³. b) Los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea (en este caso sólo en cuanto a los derechos derivados del Derecho comunitario y de los tratados y convenios suscritos por España que les resultaran de aplicación). c) Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea (sólo respecto los derechos que les reconozcan las leyes y los tratados y convenios suscritos).

Pues bien, el Real Decreto-Ley 16/2012 (que modifica a tal fin la LCCSNS¹⁴) altera estas previsiones con una nueva regulación del derecho a la asistencia sanitaria y previsiones rigurosas para el control de su ejercicio. Así, y eliminadas las precisiones de ese art. 12 de la Ley de Extranjería (el nuevo texto

¹¹ Cf. los arts. 1.2; 3.2; 10; 12; 16; 33; y 46.1 LGS; y arts. 2 y 4 LCCSNS.

¹² E.M.II del R.D. L. 16/ 2012.

¹³ El art. 12 de la Ley de Extranjería reconocía a los extranjeros que se encontraran en España el derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante enfermedades graves o accidentes hasta el alta médica, así como durante el embarazo, parto y postparto, y en todo caso si eran menores de 18 años o estaban inscritos en el Padrón del municipio de su residencia habitual, la misma asistencia que a los españoles.

¹⁴ Nuevos arts. 3 y 3 Bis de la LCCSNS.

que el Real Decreto–Ley da a este artículo se limita a decir que “los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia de asistencia sanitaria”¹⁵), el derecho a la asistencia sanitaria responde ahora al siguiente nuevo esquema¹⁶.

1º) El requisito básico para disfrutar con carácter general de la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos a través del SNS es la condición de “asegurado” o de “beneficiario de un asegurado”.

Tienen la condición de “asegurado”: a) En todo caso –sin distinguos entre españoles y extranjeros– los trabajadores por cuenta ajena o cuenta propia afiliados a la Seguridad Social en situación de alta o asimilada a la de alta, o pensionistas de ésta; los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, como la prestación y el subsidio por desempleo; o quienes, agotada la prestación o el subsidio por desempleo, figuren inscritos en la oficina correspondiente como demandantes de empleo. b) Quienes, fuera de los anteriores supuestos, sean españoles con residencia en España; nacionales de otro Estado miembro de la Unión Europea, del EEE o de Suiza que residan en España (estando inscritos en el Registro Central de Extranjeros)¹⁷; o nacionales de otros Estados, o apátridas, con autorización de residencia en España; en todos estos casos siempre que acrediten no superar el límite de ingresos determinados reglamentariamente (el Real Decreto 1192/2012 lo ha concretado en 100.000 euros al año).

¹⁵ Por otra parte, el mismo Real Decreto–Ley 16/2012 (D.F.5ª) modifica el art. 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE, para condicionar el derecho de residencia en España por tiempo superior a tres meses a que, entre otras condiciones, dispongan de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España.

¹⁶ Conforme al art. 3 LCCSNS, reformado por el R.D.L. 16/2012. El Real Decreto 1192/ 2012, de 3 de agosto, lo desarrolla en este punto.

En todo caso las personas que con anterioridad al Real Decreto–Ley tuvieran acceso a la asistencia sanitaria en España podrían seguir accediendo a la misma hasta el día 31 de agosto de 2012 sin necesidad de acreditar la condición de asegurado en los términos previstos en el artículo 3 de la LCCSNS (disp. tr. 1ª del R.D.L. 16/ 2012).

¹⁷ La disp. ad. 1ª del Real Decreto–Ley 16/2012 establece el régimen para los españoles residentes en el exterior en estos términos. Su derecho a la protección de la salud se regirá por lo dispuesto en la Ley 40/ 2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía en el Exterior y su normativa de desarrollo. Pero añade que los trabajadores por cuenta ajena españoles de origen residentes en Estados miembros de la Unión Europea, de otros Estados parte en el EEE y de Suiza que se desplacen temporalmente a España tendrán derecho a la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos con cargo al SNS cuando, de acuerdo con las disposiciones de la Seguridad Social española, las del Estado de procedencia o las normas o convenios de seguridad social al efecto, no tuvieran prevista esta cobertura. Estos mecanismos han sido desarrollados por el R.D. 1192/ 2012 (disp. Ad. 1ª).

Tienen, por su parte, la condición de “beneficiario de un asegurado”, siempre que no sean ya asegurados y residan autorizadamente en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, el excónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes a cargo de éste menores de 26 años o con una discapacidad en grado igual o superior al 65 por 100¹⁸.

2º) Quienes no tengan la condición de asegurado o beneficiario de un asegurado pueden, no obstante, obtener la prestación de asistencia sanitaria a través del SNS mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial¹⁹.

3º) Establecido así el nuevo esquema básico²⁰, no obstante, y a modo de cláusula de residuo (y por tanto para las situaciones no subsumibles en los dos supuestos anteriores), se contempla la llamada “asistencia sanitaria en situaciones especiales”²¹, en cuya virtud los extranjeros, aun no registrados ni autorizados como residentes en España (por ejemplo, los inmigrantes irregulares, los transeúntes), recibirán asistencia sanitaria –sólo– de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica, o por embarazo, parto y postparto, aunque los menores de 18 años recibirán asistencia en todo caso y en “las mismas condiciones que los españoles”²².

¹⁸ El R.D. 1192/ 2012 (art. 3.1) añade a esta noción la de “asimilado a beneficiario” (menores sujetos a la tutela o acogimiento de un asegurado, hermanos de un asegurado, etc.).

¹⁹ El Real Decreto 1192/ 2012 –disp. ad. 3ª– precisa que podrán acogerse a este supuesto los no asegurados o beneficiarios que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título.

²⁰ El régimen de la asistencia sanitaria de los titulares o beneficiarios de los regímenes especiales de la seguridad social de los funcionarios públicos que gestionan sus respectivas Mutualidades (MUFACE, MUGEJU, ISFAS) no queda modificado por esta nueva regulación (nuevo texto del art. 3.6 de la LCCNS).

²¹ Nuevo art. 3 Ter de la LCCNS, introducido por el Real Decreto–Ley 16/2012,

²² Se recoge así el anterior tenor del art. 12 de la Ley de Extranjería, a excepción de la equiparación con los españoles que éste establecía también para los extranjeros inscritos en el padrón del municipio donde residieran habitualmente.

En sus términos literales el alcance del precepto es problemático. Primero, porque, aunque la equiparación de los extranjeros menores con los españoles aparenta voluntad tuitiva para con aquéllos, los españoles no tienen de suyo asegurada la asistencia salvo que se encuentren en una de las situaciones citadas: ser asegurado o beneficiario de un asegurado, pagar la prestación que reciba, suscribir un convenio especial a tal fin. No obstante, como por razón de “pobreza” (no tener ingresos superiores a 100.000 euros anuales), los españoles y extranjeros residentes en España se presumen “asegurados”, la equiparación hallaría en este último dato su sentido tuitivo.

Por otra parte, el precepto sólo contempla esta “asistencia sanitaria en situaciones especiales” para los extranjeros y no los españoles. ¿Quiere ello decir que un español no “asegurado” (por no estar afiliado a la Seguridad Social, no ser pensionista, o superar el límite de “pobreza”) o que no haya suscrito el correspondiente convenio especial al efecto, por ejemplo, un rentista que supere dicho límite, y que por ello no

Junto al nuevo esquema de cobertura expuesto²³, otra novedad del Real Decreto Ley 16/2012²⁴ es la regulación del reconocimiento y control de la condición de “asegurado” y de “beneficiario” de asegurado, y la especificación de que ello corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), el cual determinará los requisitos documentales a establecer en cada caso. Dicho reconocimiento es condición para la efectividad del derecho a la asistencia sanitaria a satisfacer por las Administraciones sanitarias, las cuales expedirán la correspondiente tarjeta sanitaria individual (en ella surtirán los efectos que procedan derivados de la modificación o variación que consigne el INSS)²⁵ (como luego veremos este dato es relevante, al someter la expedición por las Comunidades Autónomas de la tarjeta sanitaria, que permite el acceso a la asistencia sanitaria pública, a un control estatal previo centralizado a través del INSS). La especial preocupación por el control de la condición de asegurado, particularmente en el caso de los extranjeros, subyace, en fin, a las previsiones sobre control y cesión de datos entre el INSS y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y entre aquél y los órganos competentes en materia de extranjería que asimismo el Real Decreto–Ley 16/2012 incorpora²⁶.

Hasta aquí las previsiones concretas del Real Decreto Ley 16/2012 en cuanto a la condición de asegurado. Posteriormente nos detendremos en su alcance sustantivo y otras implicaciones.

3. Nuevo régimen de la cartera de servicios.

Como segunda medida, el Real Decreto Ley 16/ 2012 incluye una nueva regulación de la cartera de servicios del SNS que –dice su E.M. IV– solvente su actual desorden, mejore la eficiencia basada en el análisis coste–beneficio y logre la homogeneidad entre los servicios de salud de las distintas Comunidades Autónomas.

Hasta ahora la LCCSNS distinguía (no con excesiva claridad) entre la cartera de servicios (prestaciones) del SNS y la respectiva cartera de servicios de cada

tendrá cobertura sanitaria por el SNS, no podrá disfrutar de esa “asistencia sanitaria en supuestos especiales”? Así parece hay que entenderlo, salvo en el caso de los menores sujetos a tutela, a los que el R.D. 1192 (art. 2.2), de desarrollo del R.D.L. 16/2012, otorga la condición de asegurado.

²³ Desarrollado por el R.D. 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.

²⁴ Que a tal fin introduce en la LCCSNS un nuevo artículo 3 Bis.

²⁵ El R.D. 1192/ 2012 (arts. 4–6) lo desarrolla.

²⁶ Desarrollado por el R.D. 1192/ 2012 (art. 4).

una de las Comunidades Autónomas (ésta debía incluir, al menos, la cartera de servicios del SNS), y todo ello bajo la responsabilidad financiera de la Comunidad Autónoma de conformidad con los acuerdos de transferencias y el sistema de financiación autonómica. Pues bien, el Real Decreto Ley 16/2012 y la LCCSNS modificada por éste²⁷, distingue ahora entre la “cartera común” del SNS y la “cartera complementaria” de las Comunidades Autónomas.

La “cartera común” del SNS está constituida a su vez por varias carteras del SNS:

a) “Común básica de servicios asistenciales”. Comprende toda la actividad asistencial en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente, y está cubierta totalmente por financiación pública.

b) “Común suplementaria”. Incluye todas aquellas prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y quedan sujetas a aportación por parte del usuario. En concreto, las prestaciones farmacéutica, ortoprotésica, con productos dietéticos, así como el transporte sanitario no urgente, sujeto a prescripción facultativa por razones clínicas y a un nivel de aportación del usuario acorde al determinado para la prestación farmacéutica²⁸ (se rompe así el estricto principio de gratuidad con una obligada aportación del usuario).

c) “Común de servicios accesorios”. Incluye todas aquellas actividades, servicios o técnicas que no se consideren esenciales y/o son coadyuvantes o de apoyo para la mejora de una patología de carácter crónico, y están sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario (o sea, el pago o copago de un tanto por 100)²⁹.

²⁷ El R.D.L. 16/2012 da nueva redacción al art. 8, añade nuevos arts. 8 bis, 8 ter, 8 quater y 8 quíntos, y modifica los arts. 20 y 21,1 y 2, todos ellos de la LCCSNS.

²⁸ Para esta cartera “suplementaria” (y salvo para la prestación farmacéutica, que se regirá por su normativa específica) el Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial de Salud, actualizará el catálogo de prestaciones, los importes máximos de financiación y los coeficientes de corrección para la facturación definitiva a los servicios de salud por parte de los proveedores que tendrá la consideración de precio final. En todo caso el porcentaje de aportación del usuario se regirá 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 ningún límite de cuantía a dicha aportación.

²⁹ El Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial, aprobará la inclusión de los servicios accesorios, los importes máximos de financiación y los coeficientes de corrección a aplicar para la facturación definitiva a los servicios autonómicos de salud por parte de los proveedores, así como las modalidades de aportación o reembolso aplicable a cada caso.

Por su parte, la “cartera complementaria” de las Comunidades Autónomas, a aprobar facultativamente por cada una de ellas, incluirá, cuando menos, la “cartera común” del SNS (en sus tres modalidades), cuyos servicios se garantizarán a todos los usuarios del SNS. Pero si esta “cartera complementaria” incorpora otras prestaciones, tecnologías o procedimientos no incluidos en la “cartera común”, las Comunidades Autónomas han de establecer los recursos adicionales necesarios a tal fin. En suma, como estas últimas prestaciones, a incorporar facultativamente en su cartera por cada Comunidad Autónoma, no estarán incluidas en la financiación general de las prestaciones del SNS, las Comunidades Autónomas, además de destinar los recursos económicos necesarios para asegurar la financiación de la “cartera común” (de necesaria inclusión en la “complementaria” de las Comunidades Autónomas), deberán aportar los oportunos recursos adicionales para las demás prestaciones que facultativamente incorporen en su “cartera complementaria”. Por ello para la aprobación de la “cartera complementaria” de una Comunidad Autónoma será preceptiva la garantía previa de la suficiencia financiera de ésta en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria.

Surge por ello de inmediato esta cuestión: ¿podrán las Comunidades Autónomas exigir pago, copago o reembolso por las prestaciones que facultativamente incorporen en su “cartera complementaria”? Podría entenderse que no, interpretando en este sentido el que las Comunidades Autónomas han de asumir “con cargo a sus propios presupuestos todos los costes de aplicación de la cartera complementaria a las personas –sean ciudadanos de la Comunidad Autónoma o no– que tengan la condición de asegurado” (art. 8 quinquies, 7 del R.D.L. 16/2012). Pero si pensamos que esa referencia a “sus propios presupuestos” no tiene por que ser excluyente de dicho pago o copago de los usuarios (que podría ser contemplado presupuestariamente)³⁰ y que ya las propias prestaciones de la “cartera común” (salvo las de su modalidad “básica de servicios asistenciales”) se prevé puedan ser objeto de aportación o reembolso por el usuario, podría también interpretarse, y a mayor abundamiento por tratarse de aportaciones facultativas, que las Comunidades Autónomas podrían establecer para las prestaciones de su “cartera complementaria” dicho pago, copago o reembolso (entre otras razones porque sobre ello nada predetermina la legislación básica).

Aclaremos en todo caso que esta cuestión es distinta de la de la eventual exigencia por las Comunidades Autónomas de un copago por las prestaciones de la

³⁰ Desde esta interpretación el precepto citado no haría otra cosa que precisar que con carácter general los costes de sus servicios de salud han de imputarse a la Comunidad Autónoma y articularse conforme al sistema de financiación autonómica.

“cartera común”, al estar el régimen de ésta (incluido el pago o copago en sus modalidades “suplementaria” y “de servicios accesorios”) predeterminado por la normativa estatal básica.

4. Medidas de cohesión y de garantía financiera del SNS.

Para solventar la financiación de la asistencia sanitaria prestada a las personas residentes en una Comunidad Autónoma distinta a la que presta dicha asistencia (un problema demostrado en las zonas limítrofes de las Comunidades autónomas) el Real Decreto Ley 16/2012 crea el Fondo de Garantía Asistencial, que cubrirá –compensando entre Comunidades Autónomas las actuaciones de sus servicios de salud– los desplazamientos temporales entre Comunidades Autónomas, Ceuta y Melilla, de las personas que gozan de la condición de asegurado en el SNS. Ciertamente sólo en cuanto a las prestaciones de la “cartera común básica” y la “suplementaria”, y con distinguos, en las cuantías a liquidar por compensación, entre desplazamientos de corta o larga duración.

5. Medidas sobre la prestación farmacéutica: la participación de los usuarios en el pago de la prestación.

El Real Decreto Ley 16/2012 (que modifica a tal fin la Ley 29/ 2006, de 26 de julio, del medicamento³¹) incluye, con objetivos de racionalización y austeridad en el gasto público, una larga serie de medidas relacionadas con la prestación farmacéutica³². De ellas, queremos detenernos en la regulación de la participación del usuario en el pago de la prestación farmacéutica (aunque la misma ya estaba genéricamente prevista en el art. 94.1 de la Ley del medicamento), donde se prevé, además de la revisión periódica por el Gobierno de la participación en el pago incluida en la “cartera común suplementaria” del SNS y de los supuestos de financiación íntegra con cargo a fondos públicos, que la prestación

³¹ Modificación de sus artículos 89.1 y 2; 90; 90 bis; 93 bis; 94.1; y Disp. Ad. 6^a.1, y nuevos arts. 85 bis; 85 ter; 86.5; 89 bis; 93; 94 bis; 94 ter; 97 ter y 97 bis.

³² Así, una mayor apuesta por la prescripción de medicamentos por principio activo en la receta médica, aunque la prescripción por nombre comercial sigue siendo posible (aun así, en este caso el farmacéutico podrá sustituir el medicamento por otro homogéneo de menor precio o el genérico); la adopción por las Comunidades Autónomas de un sistema de prescripción electrónica común e interoperable; determinación por el Ministerio de Sanidad de la lista de medicamentos excluidos de la prestación farmacéutica en el SNS (entre ellos los indicados en el tratamiento de síntomas menores); necesidad para la financiación pública de los medicamentos y productos sanitarios de que éstos estén incluidos en la prestación farmacéutica por resolución del Ministerio de Sanidad, con las condiciones de financiación y precio en el SNS (en todo caso no se incluirán, y no serán financiados, los medicamentos sin receta, los que no se utilicen para una patología claramente determinada, los productos cosméticos, dietéticos, aguas minerales, elixires, dentífricos o similares, ni los indicados para síndromes o síntomas de gravedad menor); atri-

farmacéutica ambulatoria (la que se dispensa al paciente a través de oficina o servicio de farmacia) estará sujeta a una aportación real por el usuario a efectuar en el momento de la dispensación (el importe satisfecho que exceda de los montos que vamos a ver será reintegrado por la Comunidad Autónoma con una periodicidad máxima semestral).

Con carácter general la aportación del usuario será proporcional al nivel de renta conforme a este esquema: a) aportación de un 60 por 100 del PVP para usuarios con renta igual o superior a 100.000 euros en la base liquidable del IRPF; b) de un 50 por 100 para los “asegurados activos” en la Seguridad Social con renta entre 18.000 y 100.000 euros; c) de un 40 por 100 para los demás “asegurados activos”; y d) de un 10 por 100 para los asegurados pensionistas de la Seguridad Social con excepción de las personas del supuesto a)³³.

Los anteriores porcentajes están, no obstante, sujetos a toques máximos: un 10 por 100 para medicamentos de los grupos ATC; y un límite máximo de aportación mensual de 8, 18 y 60 euros para los pensionistas de la Seguridad Social con renta inferior a 18.000, entre 18.000 y 100.000, y superior a 100.000 euros, respectivamente³⁴ (el nivel de aportación de los mutualistas y clases pasivas de MUFACE, MUGEJU e ISFAS será del 30 por 100). Por otra parte, quedan exentos

bución al Gobierno del establecimiento de los criterios y procedimientos para la fijación de los precios de los medicamentos y productos sanitarios financiados por el SNS; una nueva regulación del régimen de precios de referencia y precios seleccionados de los medicamentos y productos sanitarios, con un nuevo sistema para su fijación (exigencia de oferta previa al SNS de cualquier medicamento para que pueda ser comercializado en España, fijación por el Ministerio de Sanidad de los precios de financiación por el SNS de los medicamentos y productos sanitarios para los que sea necesaria prescripción médica, que como regla serán inferiores al precio industrial aplicado cuando sean dispensados fuera del SNS).

Estas últimas medidas se acompañan de una determinación –desiderativa– sobre el fomento de la competencia y competitividad entre proveedores de insumos farmacéuticos que redunde en el descenso de los precios, y el recordatorio de que toda actuación limitativa de la competencia se perseguirá de oficio por los órganos competentes, así como de una modificación del R. D. 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.

³³ La Administración tributaria cederá al órgano responsable del reconocimiento y control de la condición de asegurado la información tributaria sobre los datos de renta para determinar el porcentaje de participación en el pago de las prestaciones de la cartera común de servicios sujetos a aportación (D.Ad. 3ª del Real Decreto Ley). Por lo demás, todo el nuevo sistema queda sujeto a unas reglas de integración de la información entre el Ministerio de Sanidad y las Comunidades Autónomas, con las consiguientes reglas sobre protección de datos.

³⁴ El propio Real Decreto Ley (D.F. 7ª) modifica el R.D. 1718/ 2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, dando nueva redacción a su art. 5.1, para precisar la necesaria identificación de las recetas con claves distintas según se trate de usuarios exentos de aportación, con obligación de aportar el 10 por 100, el 40 por 100, etc.; la obligada incorporación en los informes de pres-

de aportación los usuarios y sus beneficiarios que pertenezcan a estas categorías: los afectados por el síndrome tóxico y las personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica; las personas perceptoras de rentas de integración social o de pensiones no contributivas; los parados que hayan perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo en tanto subsista su situación; y los tratamientos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Pero con independencia de estas previsiones de la normativa básica, algunas Comunidades Autónomas (en concreto las de Cataluña y Madrid) han establecido la obligación general de que los usuarios paguen una tasa (el llamado euro por receta) por cualquier dispensación de medicamentos que se efectúe en su ámbito territorial³⁵. Frente a ello el Gobierno de la Nación ha interpuesto sendos recursos ante el Tribunal Constitucional que admitidos a trámite por aquél y conforme al art. 161.2 CE han conllevado la suspensión de dichas decisiones de Cataluña y Madrid. Se suscita así al hilo de esta controversia la cuestión del margen de maniobra del que puedan disponer las Comunidades Autónomas para el desarrollo y ejecución de las comentadas previsiones del Real Decreto Ley 16/2012 como legislación estatal básica, en este caso para exigir un pago o copago por la prestación farmacéutica, bien como concreción de la “cartera común” del SNS en su modalidad de “común suplementaria” (donde se contempla la prestación farmacéutica con aportación del usuario), bien como determinación de su propia “cartera complementaria” (reparemos en este sentido en que, por ejemplo, el Plan madrileño para la sostenibilidad de su sistema sanitario público define esa medida como “complementaria de las disposiciones del Real Decreto Ley 16/2012 en materia de copago farmacéutico”). Habrá que estar, pues, a lo que el Tribunal Constitucional concluya al respecto³⁶.

cripción y terapéuticos para el paciente de información sobre el coste del tratamiento, con diferenciación del porcentaje asumido por el SNS; que durante el acto médico se le informará sobre opciones terapéuticas de aportación reducida; y que los medicamentos no incluidos en la financiación del SNS sólo podrán ser adquiridos por los hospitales del SNS previo acuerdo de la Comisión responsable de los protocolos terapéuticos.

³⁵ 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, que establece esa 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 sanitarios mediante la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación”.

³⁶ En su dictamen 623/ 2012, previo a la presentación por el Gobierno del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley catalana 5/ 2012, el Consejo de Estado estima que tal medida del art. 41 de ésta es contraria a la competencia exclusiva del Estado sobre las bases y coordinación general de la sanidad y legislación de productos farmacéuticos (art. 149.1. 16 CE) y de regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles (art. 149.1.1 CE).

6. Medidas en materia de recursos humanos.

El Real Decreto Ley 16/2012 parte de que el régimen del personal sanitario (600.000 en 17 Comunidades Autónomas) ocasiona barreras para la eficiencia y libertad de circulación de estos profesionales entre Comunidades Autónomas. Para solventarlo efectúa una enjundiosa modificación de la Ley 44/ 2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (arts. 25, 28,29 y d.tr. 5^a), en relación con la formación especializada y sus áreas de capacitación específica y la acreditación de centros y unidades docentes; de la LCCSNS (nueva d. ad. 10^a) para crear un Registro estatal de Profesionales Sanitarios; y de la Ley 55/ 2003, de 16 de diciembre, de Estatuto marco del Personal Estatutario de los servicios de salud (arts. 15,41, y nuevas Disp.Ads. 15, 16 y 17), para regular la creación, modificación y supresión de categorías de personal estatutario, la evaluación por desempeño, etc.

7. Medidas de eficiencia en el SNS (la llamada central de compras).

El mismo Real Decreto Ley, en fin, establece (d. ad. 4^a) que el Consejo Interterritorial de Salud fomentará las acciones conjuntas de los Servicios de Salud de las Comunidades autónomas para la adquisición de cualquier producto susceptible de un mecanismo de compra conjunta y centralizada, y que dichos Servicios fomentarán la implantación de modelos de servicios compartidos, mediante el establecimiento de un solo proveedor del servicio para una red de centros. Reparemos en que, pese a haberse publicitado como una de las principales medidas de esta reforma sanitaria, de hecho el Real Decreto Ley no pasa de efectuar una recomendación no vinculante cuyo cumplimiento lógicamente queda a lo que la AGE y las Comunidades Autónomas acuerden en el seno del Consejo Interterritorial de Salud³⁷.

8. Una referencia de interés concomitante: la reforma en la atención a las personas en situación de dependencia.

Por su conexión con las prestaciones sanitarias, queremos pasar revista, en fin, a la reforma producida también en el régimen de la atención a las personas en situación de dependencia. El sistema de atención a las personas en situación de

³⁷ La AGE, al parecer, trabaja ya en los pliegos de los concursos para el suministro de determinados medicamentos. Al hilo de ello se conjetura con que fuera el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y no el de Sanidad, el que comprara los medicamentos y suministros sanitarios a los proveedores para el conjunto de las Comunidades Autónomas y descontara luego el importe en las correspondientes transferencias a éstas. Esta solución se dice terminaría con la morosidad en el pago a las empresas farmacéuticas.

dependencia, instaurado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia (LD), como sistema descentralizado por Comunidades Autónomas para ser sus servicios prestados a través de las respectivas redes de éstas (de centros públicos o privados concertados), pudo considerarse como una nueva y novedosa cota en la configuración en nuestro país del Estado de bienestar, dadas las prestaciones y servicios cubiertos³⁸. Pues bien el mismo ha sido objeto también de reforma dentro del paquete de Reales Decretos Leyes que venimos analizando.

Ya el Real Decreto Ley 20/ 2011, de medidas urgentes en materia presupuestaria para la reducción del déficit público, modificó (disp. ad. 14^a) la Ley de Dependencia para aplazar la efectividad del derecho a prestaciones que la misma reconocía. Pero poco después, el Real Decreto Ley 20/ 2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, ha llevado a cabo una reforma más profunda³⁹ que el mismo justifica por la urgente necesidad (dada la situación económica de España, los objetivos de déficit público y las cifras del gasto) de “corregir una situación que pone en peligro la sostenibilidad del sistema y que además ha supuesto consecuencias perjudiciales para el empleo y la viabilidad de los sectores productivos de servicios relacionados con la dependencia” (E.M. IV del R.D.L.). Una situación ésta que atribuye, entre otros motivos, a que la clasificación en grados y niveles de las situaciones de dependencia resultaba en sí misma confusa y gravosa en su aplicación, mucho más dado el diferente nivel de desarrollo y contenido de las prestaciones en las distintas Comunidades Autónomas, lo que además potenciaba la desigualdad en la aplicación de la ley.

Ante ello, y además de la creación del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, adscrito al Ministerio de Sanidad⁴⁰, como instrumento de cooperación para la articulación entre las Comunidades Autónomas de los correspondientes servicios, el Real Decreto Ley incluye las siguientes novedades, de las que espera se genere un ahorro inmediato en el gasto de las Administraciones (en el de las Comunidades Autónomas, por la reducción de las cuantías de las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar; y para la AGE por la reducción en las cuantías del nivel mínimo de financiación del sistema): 1) Una nueva estructura de la clasifi-

³⁸ De prevención de las situaciones de dependencia y promoción de la autonomía personal; teleasistencia; ayuda a domicilio; atención del hogar; cuidados personales; centros de día y de noche; centros de día para mayores; atención residencial; prestaciones económicas; etc.

³⁹ El Título III del R.D.L. 20/2012 (arts. 22 y ss.) retoca los arts. 4.4.; 8; 9.1; 14.6; 17.1; 18.2; 19; 23; nuevo art. 25 bis; 26; 27; 28; 29.3; 30; 38.3; D.Ad. 9^a; y D.F.1^a de la Ley de Dependencia.

⁴⁰ En él se refunden los anteriores Consejo Territorial para la Dependencia y la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales.

cación de las situaciones de dependencia, hasta ahora diversificadas en tres grados y dos niveles por grado, y ahora sólo en grados⁴¹. 2) Regulación de un contenido común mínimo de las prestaciones para todas las Administraciones actuantes⁴². 3) Especificación de que la prestación económica para la contratación de asistencia personal para las personas en situación de dependencia tendrá lugar en cualquiera de los grados de ésta (y no, como antes, sólo para los casos de “gran dependencia”) (art. 19 reformado de la LD). 4) Restricciones en el servicio de ayuda a domicilio⁴³. 5) Restricciones en las prestaciones económicas para los cuidados en el entorno familiar y apoyo a los cuidadores no profesionales (es decir, los familiares que cuiden a las personas dependientes)⁴⁴. 6) Nuevo tratamiento para la cobertura por la seguridad social de los cuidadores no profesionales de

⁴¹ A tal fin el Real Decreto Ley reforma algunos preceptos de la Ley de Dependencia para suprimir esos distintos “niveles de las situaciones” de dependencia y retoca el sistema para la valoración de éstas (a efectuar por las Comunidades Autónomas conforme a un baremo establecido reglamentariamente).

No obstante, quienes a la entrada en vigor del Real Decreto Ley tuvieron reconocido un grado y nivel no precisarán de nuevo reconocimiento de su situación a efectos de la clasificación por grados establecida por el Real Decreto Ley. Pero en caso de revisión de su situación, se adaptarán a la nueva estructura por grados.

⁴² La Ley de Dependencia establecía –y establece– que la asistencia a las situaciones de dependencia se prestaría de acuerdo con tres “niveles de protección”: un nivel de protección mínimo establecido por la AGE (por el Gobierno, oído el Consejo Territorial) y financiado por ésta; un nivel complementario acordado, en sus objetivos, medios y recursos, por la AGE y cada una de las Comunidades Autónomas a través de convenio; y un nivel adicional de protección que podría establecer cada Comunidad Autónoma (arts. 7 y 9 LD). Pues bien, aunque el Gobierno continúa siendo competente para establecer el “nivel de protección” mínimo garantizado según el grado –ya no el “nivel de la situación”– de dependencia, se especifica ahora que “la asignación –hay que entender de los recursos– de ese nivel mínimo a las Comunidades Autónomas se realizará considerando el número de beneficiarios, el grado de dependencia y la prestación reconocida”, y se establecen nuevas cuantías para la financiación por la AGE del nivel mínimo de protección y su asignación a las Comunidades Autónomas (en el caso de nuevos beneficiarios) mientras no se regule reglamentariamente (d.tr. 11ª RDL 20/2012).

⁴³ Definido éste como el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el domicilio de las personas dependientes para atender a sus necesidades de la vida diaria y consistentes en servicios relacionados con la atención personal en la realización de las actividades de la vida diaria y con las necesidades domésticas o del hogar (limpieza, lavado, cocina u otras) (art. 23 LD), tras la reforma estos últimos servicios relacionados con las necesidades domésticas sólo podrán prestarse conjuntamente con los de atención personal. Por otra parte, y desde el objetivo general de la reducción del gasto público, se establece un nuevo régimen de horas de servicio para los cuidados en el entorno familiar (aplicable sólo a los nuevos solicitantes o solicitudes aún no resueltas) hasta que el mismo se regule reglamentariamente (d.tr. 12ª RDL).

⁴⁴ En este caso, además de establecerse nuevas cuantías de las prestaciones económicas hasta que sean reguladas reglamentariamente (disp. tr. 10ª RDL), estas prestaciones económicas dejan de producir efectos retroactivos para las personas que no hubieran comenzado a percibir todavía las reconocidas a su favor, salvo que ya les hubieran sido reconocidas con efectos retroactivos, y aun en este último supuesto, se permite el aplazamiento y abono periodificado en pagos anuales, en un plazo máximo de 8 años, de los efectos retroactivos de dichas prestaciones económicas (D.F. 1ª RDL, que modifica a tal fin el RDL 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit pú-

las personas en situación de dependencia (Disp. Ad. 8ª del RDL)⁴⁵. 7) Introducción de incompatibilidades entre las prestaciones: tanto entre los distintos servicios entre sí como con las prestaciones económicas⁴⁶. 8) Previsiones sobre el calendario de aplicación de la Ley de Dependencia recogido en la D.F. 1ª de ésta, y de la efectividad del derecho a prestaciones, entre ellas la clarificación de que el derecho sólo se genera desde la resolución de reconocimiento de las prestaciones y de que en el caso de las prestaciones económicas que se reconozcan las mismas quedarán sujetas a un plazo suspensivo de dos años.

III. INCIDENCIA Y CLAVES DE LA REFORMA SANITARIA

1. La incidencia de la reforma en el acceso a la asistencia sanitaria pública y sus prestaciones.

Que los servicios de salud de las diferentes Comunidades Autónomas pasaban —y pasan— por serias dificultades para su financiación, poniendo así en tela de juicio la viabilidad del SNS parece incuestionable⁴⁷. La aplicación de los Reales Decretos Leyes para la reducción del déficit público a que hemos hecho referencia ha dado lugar, sin embargo, al menos en un primer momento, además de a disfunciones en la asistencia sanitaria, al incremento de esa insolvencia financiera de los Servicios de Salud⁴⁸ que, por otra parte y como veremos, está en la base, en-

blico). Por lo demás, la efectividad de tales prestaciones económicas, aun ya reconocidas, queda sujeta a un plazo suspensivo máximo de dos años a contar desde la fecha de la resolución de su reconocimiento (d.ad. 7ª RDL).

Para las solicitudes de reconocimiento de la situación de dependencia anteriores a la vigencia del RDL y pendientes de resolución a esa fecha, la D.Tr. 9ª de éste prevé que el derecho a prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y ayuda a cuidadores no profesionales (derivado del reconocimiento de dicha situación) queda asimismo sujeto a un plazo suspensivo máximo de dos años, desde la fecha del reconocimiento de las prestaciones.

⁴⁵ En efecto, y en conexión con lo anterior, a partir del vigor del Real Decreto Ley, el convenio especial regulado por el Real Decreto 615/ 2007, de 11 de mayo (que regula la seguridad social de los cuidadores de las personas dependientes) tendrá para los cuidadores no profesionales carácter voluntario y podrá ser suscrito entre el cuidador no profesional y la Tesorería General de la Seguridad Social, siendo las cotizaciones a la seguridad social por dicho convenio a cargo exclusivamente del suscriptor del mismo.

Consecuentemente la D.Tr. 13ª del RDL establece la extinción de los convenios existentes, siendo el convenio a partir del 1 de enero de 2013 exclusivamente a cargo del cuidador no profesional.

⁴⁶ Nuevo art. 25 Bis de la LD, introducido por el RDL.

⁴⁷ Expresivo de ello es, por ejemplo, que los impagos de las Comunidades Autónomas a los proveedores de medicamentos fueran en 2011 de 6.000 millones de euros, deuda ésta ya en parte satisfecha gracias al Fondo para la financiación de los pagos a proveedores creado por el Real Decreto-Ley 7/2012, de 9 de marzo (Cf. “La Gaceta”, Madrid, 15.9.2012).

⁴⁸ La prensa diaria nos ha dado noticia de serios retrasos, en algún caso riesgo de colapso, en la aten-

tre otras razones y como pretendida vía para solventarlas, de la expansión del recurso a la gestión privada de dicha asistencia.

No menos drástica ha sido la incidencia de la reforma sustantiva de la asistencia sanitaria por el Real Decreto Ley 16/2012 (no obstante la interpretación extensiva de los supuestos de cobertura hecha por el Real Decreto 1192/ 2012, para la aplicación de aquél). Por ejemplo, para los extranjeros con residencia irregular en España, los nacionales de los Estados de la UE transeúntes, y los españoles no afiliados a la Seguridad Social con ingresos superiores a 100.000 euros anuales⁴⁹, los cuales, tras haber perdido el 21 de agosto de 2012 el derecho a la asistencia derivado de la regulación anterior⁵⁰, ahora a tal fin deberán satisfacer el pago de la prestación recibida o suscribir un convenio específico, con pago de la correspondiente cuota, con la Tesorería General de la Seguridad Social⁵¹. Por lo demás, también el sistema de atención a la dependencia se ha visto resentido y en esos mismos dos niveles citados⁵².

ción sanitaria –incluso la de urgencia– en los hospitales públicos debido a las órdenes de máximo ahorro dictadas por los correspondientes Servicios de Salud (lo que se ha llamado atención a coste cero, con reducción de las camas disponibles y restricciones en la contratación de personal), así como de los impagos de las Comunidades Autónomas a farmacias y hospitales.

⁴⁹ El informe de la asociación Salud y Familia “Impacto de la reforma de la asistencia sanitaria en España sobre la cobertura pública y universal” (3 de mayo de 2012) incluye entre las personas que han quedado o podrían quedar excluidas de la asistencia sanitaria pública (tras la reforma del art. 3 de la LCCSNS por el RDL 16/2012) los siguientes grupos y situaciones: a) españoles mayores de 26 años residentes en España que nunca hayan estado en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social: jóvenes que no han llegado a conseguir un primer empleo; discapacitados en grado inferior al 65 por 100; quienes hayan desempeñado trabajos irregulares a lo largo de la vida (así mujeres empleadas de hogar); amas de casa divorciadas que no estén a cargo de sus excónyuges y las separadas de parejas de hecho no formalizadas, etc., salvo que acrediten ingresos anuales inferiores a 10.000 euros. b) nacionales de países miembros de la Unión Europea, del EEE o de Suiza sin autorización de residencia y/o que no puedan acreditar su situación de paro involuntario; ascendientes de ciudadanos comunitarios y del EEE y jóvenes ciudadanos del EEE que no han llegado a conseguir un primer empleo. c) extranjeros de países terceros no comunitarios que carezcan de autorización de residencia en España: mayores de 18 años en situación administrativa irregular y no empadronados; o que, disponiendo de tarjeta sanitaria antes del RDL 16/2012, carezcan de permiso de residencia en España, o a los que les sea denegada la segunda tarjeta por haber agotado las prestaciones por desempleo y en encontrarse en paro de larga duración, o mayores de 18 años, especialmente amas de casa, reagrupados pero cuya tarjeta de residencia les será denegada en el momento en el que les sea denegada a su cónyuge.

⁵⁰ El día 1.9.2012 les fue retirada la tarjeta sanitaria a casi un millón de inmigrantes. Se dice, podría suponer un ahorro de 1.600 millones de euros (Cf. “ABC”, Madrid, 26.9.2012).

⁵¹ El Consejo Interterritorial de Salud aprobó el 20.10.2012 las cuotas mínimas aplicables a dichos convenios (las Comunidades Autónomas podrán aumentar su importe): 710'40 y 1.864'80 euros para los menores y mayores de 65 años, respectivamente (Cf. “Málaga hoy”, Málaga, 4.10.2012).

⁵² Las restricciones presupuestarias han dado lugar a que, por los retrasos en el pago por las Comunidades Autónomas –que por lo demás no cubren la tasa de reposición de las plazas que quedan libres–, las residencias y centros de día de la tercera edad se encuentren ante graves dificultades y algunos de ellos,

Ante este impacto de la reforma sanitaria, sus propios planteamientos de partida (la reducción del ámbito del derecho a la asistencia por el SNS para ciertos colectivos y la armonización del régimen de las prestaciones hasta ahora muy descentralizado en las Comunidades Autónomas) y su ruptura con la línea progresivamente ampliativa de las prestaciones con que hasta ahora y como un valor entendido –aunque no siempre atemperado con nuestras posibilidades para sostenerlo– se había construido en España el Estado de bienestar, la reforma ha sido objeto de una valoración dispar que en algún caso ha llegado a su rechazo global⁵³.

Desde luego muchas de sus determinaciones concretas resultan discutibles. Así, que el transporte sanitario “no urgente” no sea objeto de plena cobertura, lo que somete a los usuarios al albur de la indeterminación de ese concepto (¿qué sucederá, por ejemplo, en el caso de los pacientes sometidos a tratamientos periódicos de larga duración cuya efectividad exige frecuentes desplazamientos a centros hospitalarios?)⁵⁴. Que las actividades o técnicas no esenciales, coadyuvantes o de apoyo para la mejora en patologías crónicas se incluyan en la “cartera común de servicios accesorios” del SNS, sujetas por tanto a pago o reembolso por parte del usuario. Que las prestaciones de la “cartera común suplementaria” del SNS queden en todo caso sujetas a aportación económica –acorde con la de la prestación farmacéutica– por el usuario. La cuestionable tabla de copago para la prestación farmacéutica (donde, por ejemplo, se incluye una aportación de los usuarios del 50 por 100 del PVP sólo con que su renta anual supere los 18.000 euros). O, en fin, la expulsión del sistema de cobertura del gran número de inmigrantes (a los que para trabajar en España, coadyuvando a la economía de ésta en los prósperos años precedentes, nuestro país no les puso impedimentos re-

concertados, al borde del cierre. Por lo demás, y como consecuencia de la reforma de la Ley de Dependencia por el Real Decreto Ley 20/2012, además de haber bajado la asignación del Estado por el “nivel mínimo de protección” (en Andalucía, por ejemplo, ha supuesto una reducción de 21 millones de euros, cf. “SUR”, Málaga, 29.9.2012), han disminuido las cuantías satisfechas para el cuidado en el entorno familiar, y los cuidadores no profesionales en dicho entorno han de satisfacer ya a su propio cargo sus cotizaciones a la seguridad social. Todo ello como consecuencia del adelgazamiento del modelo, especialmente en apartados como la prestación residencial y la ayuda a domicilio, característicos de la atención a la dependencia, y efectuado precisamente cuando la progresiva aplicación de la LD y la extensión y consolidación de sus prestaciones estaba demostrando así su virtualidad social.

⁵³ Por ejemplo, por la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria o el Consejo General de la Abogacía, que la ha tachado de inconstitucional.

⁵⁴ El Consejo Interterritorial de Salud, en su reunión del 20 de diciembre de 2012, acordó como norma general que los pacientes que tengan que desplazarse en ambulancia porque no lo puedan hacer por sus propios medios debido a su enfermedad deberán pagar 5 euros por trayecto y los enfermos crónicos con rentas hasta 100.000 euros, entre 1'6 y 3'3 euros (si bien quedarán exentos los menores, discapacitados y pensionistas con rentas más bajas).

almente efectivos), apartado éste⁵⁵ muy discutido por sus lógicas consecuencias: la desatención de un colectivo como ese, de suyo con un alto grado de vulnerabilidad social, y el riesgo de que con ello el mismo pueda contraer enfermedades más graves o contagiarlas (al ser la atención primaria el medio principal para su detección), el deterioro económico-social y humano de esas personas y sus familiares que supone dicha exclusión, y su incidencia en la salud pública⁵⁶ y la cohesión social. Todo ello en eventual contradicción con lo establecido por el art. 43 CE sobre el derecho a la protección de la salud y el deber de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública.

2. ¿Involución en el modelo de cobertura sanitaria pública?

En todo caso, una cuestión de fondo es si estas reformas suponen, fundamentalmente en cuanto al derecho a las correspondientes prestaciones, una involución en el modelo de asistencia sanitaria pública hasta ahora vigente en nuestro país.

El modelo resultante del Real Decreto-Ley 16/2012 bien podría sintetizarse en este esquema: cobertura, como dato básico, por la Seguridad Social (a título de “asegurado” o “beneficiario” de un asegurado) + asimilación a esta condición de los españoles, los nacionales comunitarios y los extranjeros de terceros países, legalmente residentes en España, a los que, aun no siendo “asegurados”, se les reconoce dicha condición si no tienen ingresos anuales superiores a 100.000 euros + atención extracobertura, mediante pago de la prestación o cuota derivada de un convenio específico con la Seguridad Social, en el caso de cualesquiera otros residentes “no asegurados” + atención excepcional, aun sin ningún título de cobertura, en el caso de determinados riesgos excepcionales, a los extranjeros inmigrantes irregulares.

De esa manera la condición de “asegurado” en la Seguridad Social (o de “beneficiario” de un asegurado) ya hemos dicho es así ahora el eje del sistema, y consecuentemente es la Seguridad Social y el INSS (y no en cuanto tal el SNS, descentralizado por Comunidades Autónomas) la que aparece ahora como el centro

⁵⁵ Sobre la incidencia del nuevo marco legal en las diversas situaciones de los inmigrantes, vid. J. A. FERNÁNDEZ BERNAT, “Asistencia sanitaria e inmigración irregular”, Granada, 2012.

⁵⁶ Cualquier grupo de población excluido del acceso normalizado a la atención sanitaria supone un riesgo severo para la salud y la vida de dicho grupo así como para toda la población por la posibilidad de contagio, a la vista del auge que pueden adquirir las enfermedades transmisibles, como la tuberculosis o el VIH, o crónicas como la diabetes, la anemia o los trastornos mentales, mucho más frecuentes en los grupos excluidos. Cf. Asociación Salud y Familia, cit., p. 9.

de imputación armonizador y de control de la cobertura de riesgos por la asistencia sanitaria pública (no de su prestación, que seguirá siendo de responsabilidad del SNS y, en el marco de éste, de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas)⁵⁷.

Pues bien, esa conversión del aseguramiento por la Seguridad Social en eje del sistema supone ciertamente una revisión del modelo precedente. En efecto, si bajo la LGS (art. 1º.2), la LCCSNS (art. 2) y la LGSP (disp.ad. 6ª)⁵⁸ nuestro sistema de asistencia sanitaria pública se configuró bajo un modelo de cobertura pública imputable al Estado como tal, de provisión universal y financiada con cargo a impuestos (aunque su consolidación efectiva con estos rasgos tuviera lugar progresivamente y no sin dificultades conceptuales), ahora se consagra, de modo efectivo o tendencial, una vuelta al modelo anterior a la LGS (imputación a la Seguridad Social, financiación con cargo a las cotizaciones a ésta, y limitación de la provisión –aun con amplias excepciones– a sólo los “asegurados” en aquélla)⁵⁹.

El propio Real Decreto Ley nos explicita literalmente⁶⁰ el trasfondo de la reforma. La Ley 49/ 1998, de Presupuestos del Estado para 1999 (digamos que con ello se hizo efectivo el modelo previsto por la LGS) dispuso (en el capítulo III de su Título I) que sería el Estado, a través de las transferencias presupuestarias a las Comunidades Autónomas, el que asumiría totalmente la financiación pública de la asistencia sanitaria, “desvinculándose con ello la asistencia sanitaria de las aportaciones a la Seguridad Social”. Sin embargo, este hecho no se vio acompañado de la oportuna clarificación en el reconocimiento de los correspondientes derechos, dando lugar a disfunciones y a una expansión excesiva del gasto que incidían en la propia solvencia económica del SNS⁶¹. Pero lo cierto, más allá de

⁵⁷ Ciertamente no es ajeno a esta solución el que la Seguridad Social, a diferencia de la asistencia sanitaria y los servicios de salud, no esté transferida a las Comunidades Autónomas, lo que permite una gestión y control armonizados efectivos a nivel estatal de los usuarios con derecho a la asistencia sanitaria, que es otra de las pretensiones del Real Decreto Ley 16/2012.

⁵⁸ Que extendió el derecho al acceso a la asistencia sanitaria pública a todos los españoles residentes en territorio nacional a los que el mismo no pudiera serles reconocido en aplicación de otra norma del ordenamiento jurídico.

⁵⁹ Con la LGS de 1986 se pasó de un sistema de asistencia sanitaria cubierto por el sistema de la Seguridad Social y articulado bajo las claves de ésta, a un modelo de Sistema Nacional de Salud en el que, junto a las instituciones y servicios de aquélla, se integran el resto de las redes asistenciales públicas existentes. A ello se unió, de otra parte, el reconocimiento por la LGS de un principio de universalidad de la asistencia sanitaria pública, aunque la propia LGS fuera consciente de la implantación necesariamente progresiva de sus previsiones (cf. a este respecto la disp. transitoria 5ª LGS). Vid. E. M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública*, Comares, 2007, pp. 99–104.

⁶⁰ E.M. III del R.D.L. 16/2012.

⁶¹ En este sentido el R.D.L. 16/2102 abunda (en su E.M.) en que “las Comunidades Autónomas, en el marco de sus respectivas competencias, han extendido el derecho de cobertura sanitaria de forma muy

este último argumento y de la retórica contradictoria del propio Real Decreto Ley 16/2012⁶², es que con éste (y aunque el legislador quiera argumentar que con ello “se completa” el ordenamiento precedente⁶³) hemos vuelto al viejo modelo: la incardinación en la Seguridad Social (el alta en ésta a título de “aseguramiento” como dato básico) y con ello a la relativización de la pretendida universalidad de la asistencia sanitaria.

Consecuentemente las notas características del modelo hasta ahora vigente (universalidad y financiación pública con cargo a impuestos, o sea “gratuidad”) se ven trastocadas. Es más, el giro, más allá de su repercusión inmediata –mitigada con las citadas excepciones–, propicia, desde la conversión de la cobertura por “aseguramiento” en eje del modelo, todo tipo de conjeturas: por ejemplo, una hipotética supresión futura de tales excepciones que eventualmente pudiera en su caso dar paso a una mayor limitación en el acceso a la asistencia sanitaria pública y, bajo el mismo principio de cobertura mediante “aseguramiento”, a su lógica consecuencia alternativa, el recurso al “seguro” privado.

3. Algunos problemas jurídicos.

En el plano estrictamente jurídico, son diversos los problemas que la reciente reforma sanitaria plantea y que sin duda el Tribunal Constitucional tendrá ocasión de abordar en las diversas vías por las que los mismos han sido ya sometidos a su consideración (recursos de inconstitucionalidad contra el RDL 16/2012, conflictos de competencia planteados por el Gobierno de la Nación contra las de-

diversa y sin tener en cuenta la legislación europea en materia de aseguramiento, poniendo en riesgo la solvencia del propio SNS”. Subraya al efecto que, dado el sistema anterior de universalidad, y por no haber traspuesto España (en el Real Decreto 240/ 2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estado miembros de la UE) el art. 7 de la Directiva 2004/30/CE (que regula las condiciones para que un ciudadano europeo resida en otro Estado miembro de acogida), por exigencias de la igualdad de trato con los españoles a dispensar a esos ciudadanos comunitarios, se producía un grave perjuicio para España, pues no podrían hacerse efectivos los retornos de los gastos ocasionados por la prestación de los servicios sanitarios y sociales a los ciudadanos europeos. Por eso el Real Decreto Ley (D.F. 5ª) modifica el art. 7 del dicho Real Decreto 240/ 2007, para transponer el art. 7 de la Directiva.

Recuerda, por otra parte, que “el Tribunal de Cuentas ha puesto de manifiesto que el SNS está asumiendo, con cargo a sus presupuestos, la asistencia sanitaria de personas que la tienen ya cubierta, bien por sus instituciones de Seguridad Social en origen, bien por esquemas de seguros privados, lo cual está erosionando enormemente su capacidad financiera e impidiendo que sus gestores puedan seguir realizando mejoras en los servicios”.

⁶² Porque en su E.M. II dice querer “garantizar el mantenimiento del modelo español del SNS...que garantiza la protección de la salud y su sustento con base en la financiación pública, la universalidad y la gratuidad de los servicios sanitarios”.

⁶³ Cf. el preámbulo del R.D. 1192/2012.

cisiones de algunas Comunidades Autónomas que se apartan de lo establecido por la legislación básica que ha materializado dicha reforma). Aunque no podemos profundizar en ellos, vamos, no obstante, a evocar los de mayor alcance.

En primer lugar, la forma de la reforma, es decir, el uso del Decreto ley (el RDL 16/2012) para llevarla a cabo. El preámbulo de éste lo funda en la necesidad de solventar la situación financiera del SNS⁶⁴ y la extraordinaria y urgente necesidad de afrontar a tal fin una reforma estructural del SNS mediante Decreto Ley, para lo que entiende le habilita el art. 86 CE. Pero al margen de los límites constitucionales de esta fórmula, resulta problemático que nada menos que el sistema de cobertura del SNS y por ende este mismo sean profundamente reformulados por Decreto Ley y con el argumento coyuntural como es de suyo su situación financiera. Reparemos en este sentido en que la situación financiera del SNS (como causa y argumento expreso en dicho Real Decreto Ley de la urgencia que lo justifica) no es afrontada por éste mediante unas consecuentes medidas económico-financieras concretas y directas, sino que, sobre esa base pero dando un salto, lo que el Real Decreto Ley hace es alterar la clave estructural del SNS y de la cobertura por éste sustituyéndola por otra distinta (la condición de “asegurado” en la Seguridad Social).

De ahí que la cuestión central en este punto sea –desde la perspectiva del control de los presupuestos determinantes del Decreto Ley– la racionalidad y congruencia o no entre la extraordinaria y urgente necesidad detectada y que el propio Real Decreto Ley 16/2012 invoca (la existencia de “algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del SNS”, que el Real Decreto Ley quiere evitar) y el remedio a tal fin, también explícitamente declarado por éste (“regular –con carácter general e innovando así el sentido de la institución del SNS– la condición de asegurado”), así como la conexión y proporción entre esta última determinación respecto de la urgente y extraordinaria necesidad detectada como para que esa nueva regulación resulte, como dice el Real Decreto Ley 16/2012, “imprescindible”, “de la mayor urgencia posible” y “sin demora”⁶⁵.

No menos interés presenta, de fondo y forma (visto que ex art. 86 CE el Decreto Ley no puede afectar a los derechos, deberes y libertades fundamentales de

⁶⁴ “A la vista de los informes emitidos por el Tribunal de Cuentas, resulta imprescindible regular sin más demora la condición de asegurado con el fin de evitar algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema nacional de Salud”.

⁶⁵ Cf. la E de M. del RDL 16/ 2012, II.

los ciudadanos regulados en el Título I CE, ni al régimen de las Comunidades Autónomas), hasta qué punto las determinaciones del Real Decreto Ley 16/2012 afectan –y respetan–, y en su doble vertiente individual y colectiva, el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) y la dignidad de la persona y sus derechos inherentes (art. 10.1 CE), y en este último contexto, los derechos de los extranjeros en España (art. 13 CE), así como (en la medida que el Real Decreto Ley 16/2012 altera desfavorablemente posiciones jurídicas fundamentales previamente consolidadas) el derecho a la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (art.9.3 CE). Perspectiva ésta a la que hay que añadir que el derecho a la asistencia sanitaria pública está reconocido con carácter universal en los Estatutos de algunas Comunidades Autónomas (es el caso de Andalucía, Cataluña y Aragón, por ejemplo)⁶⁶.

Este último dato suscita diversos problemas sustantivos y de conexión competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, vista la distribución constitucional de competencias en la materia (normación básica estatal y desarrollo y ejecución autonómicos ex art. 149.1.16 CE ⁶⁷), sobre todo una vez que la asistencia sanitaria pública está, ya extinguido el INSALUD, totalmente descentralizada en las Comunidades Autónomas.

En primer lugar, el alcance de ese derecho estatutariamente proclamado, el cual, aunque no condicionante de lo establecido en la CE (por deber ser interpretado no tanto como un auténtico derecho estatutario sino como un mandato, un principio rector, una directriz de actuación, para los poderes públicos autonómicos y sus propias políticas⁶⁸), sin duda puede plantear problemas operativos para que esas políticas propias puedan anclarse en la normativa estatal básica sobre el derecho a la salud. En segundo lugar, y por ello mismo, el de la eventual contradicción entre la normativa estatal básica (en este caso el Real Decreto Ley 16/2012) y esas previsiones estatutarias, cuestión que, no obstante, en principio cabría resolver con el desplazamiento de estas últimas (y de la normativa autonómica para su desarrollo) por la normativa básica, dado el nivel mediatamente

⁶⁶ El Estatuto de Andalucía (art. 22) garantiza la universalidad del sistema sanitario público; el de Cataluña (art. 23) la universalidad y gratuidad de los servicios sanitarios de responsabilidad pública; y el de Aragón (art. 14) la igualdad, universalidad y calidad del acceso al servicio público de salud.

⁶⁷ El Real Decreto Ley 16/ 2012 invoca como títulos competenciales que lo justifican los del art. 149.1, aps. 2, 16, 17, 18 y 30 CE.

⁶⁸ SSTC 247/ 2007, de 12 de diciembre, y 31/2010, de 28 de junio.

Sobre la cuestión, F. LÓPEZ MENUDO, “Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía”, *Derechos sociales* (J.L. LÓPEZ MARTÍNEZ–MUÑIZ, coord.), Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, Valladolid, 2009; y J.L. CARRO FERNÁNDEZ–VALMAYOR y L. MÍGUEZ MACHO, “Servicios sociales y crisis económica: los límites del Estado asistencial”, en A. BLASCO ESTEVE, coord., *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, INAP, 2011.

constitucional de esta última. Y finalmente, lo que sin duda resulta más relevante dentro de la interconexión competencial, la correlación entre la legislación estatal básica y la normativa autonómica.

Como regla, la competencia de las Comunidades Autónomas de desarrollo y ejecución deben respetar lo establecido por la normativa básica, como también ésta mantenerse dentro de los límites de lo básico, sin constituir una regulación exhaustiva que invalide la posibilidad de su desarrollo por las Comunidades Autónomas y –como ha dicho el Tribunal Constitucional– el que éstas puedan desarrollar políticas propias. Pues bien, yendo al campo que nos ocupa, ¿podrían las Comunidades Autónomas, como desarrollo de lo básico, flexibilizar las restricciones que respecto a la cobertura por la asistencia sanitaria pública y sus prestaciones se derivan del Real Decreto Ley 16/2012? Más específicamente, ¿podrían las Comunidades Autónomas extender el derecho a la asistencia sanitaria pública más allá de los supuestos contemplados por el Real Decreto Ley 16/2012, con medidas adicionales a lo dispuesto por éste en cuanto básico, al estilo de lo previsto por el propio Decreto Ley para las prestaciones de la “cartera suplementaria”? ¿O supondría ello vulnerar la normativa básica, como decisión autonómica contraria a lo que lo básico ha establecido con un carácter no modalizable por ser parte de la definición del propio SNS en el que los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas se integran institucionalmente?

De lo problemático de la cuestión es prueba la reacción de las Comunidades Autónomas ante el Real Decreto Ley 16/2012, a la que ahora vamos a pasar revista. Pero como prueba del voluntarismo con que en este caso se ha producido la normativa básica conviene repararemos ya en un dato de interés que al cabo podría invalidar en la práctica toda hipótesis extensiva por parte de la normativa autonómica del marco de la cobertura sanitaria definido por el Real Decreto Ley 16/2012. En efecto, si hasta la aprobación de éste las Comunidades Autónomas seguían un procedimiento de tramitación y expedición de la tarjeta sanitaria individual gestionado por sus Departamentos o Servicios de Salud y regido por el principio de cobertura universal establecido por la legislación estatal (Ley 16/ 2003, de 28 de mayo, y Ley 33/ 2011, de 4 de octubre) y la correspondiente autonómica, tras el Real Decreto Ley 16/ 2012 la efectividad de sus nuevas determinaciones sobre el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria por el SNS se asegura mediante el control centralizado estatal a través del INSS del reconocimiento y control de la condición de asegurado y beneficiario y sus variaciones. Un reconocimiento éste que condiciona la expedición de la tarjeta sanitaria por las Comunidades Autónomas y consecuentemente el acceso a la asistencia sanitaria pública (nuevo art. 3 Bis de la LCCSNS). La tarjeta sanitaria y la unificación integrada de su expedición y efectos, publicitada por la reforma como un logro de ésta, nos revela así esta otra cara de su significado.

4. La posición de las Comunidades Autónomas ante la reforma sanitaria y las cuestiones pendientes: el ATC de 13 de diciembre de 2012.

Dado su contenido e implicaciones, no puede extrañarnos que el Real Decreto Ley 16/2012 haya sido recurrido ante el Tribunal Constitucional. En concreto por el Parlamento de Navarra⁶⁹, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía⁷⁰, el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias⁷¹, el Gobierno de Cataluña⁷², el Gobierno vasco⁷³ y el Gobierno de Canarias⁷⁴ en esencia por excluir de la cobertura general del SNS a una serie de colectivos y haber limitado el principio de universalidad con la exigencia de la condición de asegurado. No vamos a abordar aquí la argumentación utilizada por estos recursos. Reseñemos en todo caso que el Tribunal Constitucional los ha admitido a trámite y que en un reciente Auto sobre una cuestión concomitante que ahora consideraremos, ha dejado algún rastro sobre lo que pudiera ser su posición de fondo al respecto. Por su parte, la Defensora del Pueblo, que no ha llegado a interponer dicho recurso, sin embargo, y como dato expresivo de lo que aquí se juega, ha efectuado unas interesantes recomendaciones⁷⁵.

Esas y algunas otras Comunidades Autónomas, por lo demás, no han llegado a aplicar en sus estrictos términos las determinaciones del Real Decreto Ley

⁶⁹ Recurso núm. 4123-2012, contra el art. 1.Uno y por conexión, 1.Dos; 2, Tres y Cinco; 4, Doce, Trece y Catorce, y disposiciones adicional tercera y transitoria primera del Real Decreto Ley (BOE del 24.7.2012).

⁷⁰ Recurso núm. 4585-2012, contra los artículos 1, uno y dos; 4, uno y cuatro; y 10, cuatro y cinco del Real Decreto Ley. Admitido a trámite por el TC el 13.9.2012 (BOE del 21.9.2012).

⁷¹ Recurso núm. 4530-2012, contra el artículo 10.4 del Real Decreto Ley (BOE del 21.9.2012).

⁷² Recurso núm. 414-203, contra los artículos 1.Uno, Dos y Tres; 4. Uno, Cuatro, y Cinco; 6, apartados 2 y 3; 8. Dos; 10. Cuatro y disposición final sexta del Real Decreto Ley (BOE del 22.2.2013).

⁷³ Recurso núm. 419-2013, contra los artículos 1. Dos; 2. Tres y Cuatro y 4. Trece del Real Decreto Ley (BOE del 22.2. 2013).

⁷⁴ Recurso núm. 433-2013 contra los artículos 1;3; 4.14; 6; 8 apartados 1, 2 y 3; 9; disposición adicional primera y disposición final sexta del Real Decreto Ley (BOE del 22. 2. 2013).

⁷⁵ Resolución de la Defensora del Pueblo, de 20 de julio de 2012, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

Esta resolución recuerda, invocando jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), como incluido en los principios rectores de la política social y económica, es un derecho de estricta configuración legal que otorga al legislador libertad para modular la acción protectora del sistema. No obstante, recomienda al Ministerio de Sanidad que se adopten, entre otras, las medidas complementarias para que se produzca el acceso efectivo a la protección de la salud de colectivos en situación vulnerable que han quedado excluidos del concepto de asegurado o beneficiario.

16/2012. En algún caso “de facto”, por la vía de mantener la tarjeta sanitaria o facilitarles una tarjeta de atención a los inmigrantes que acudan al sistema público con el fin de coordinar sus historias clínicas (es el caso de Andalucía, Cataluña y Asturias). Y en otros “de iure” (es decir, conforme a su propia normativa autonómica aprobada al hilo o en respuesta al Real Decreto Ley 16/ 2012), bien para incrementar un tanto más las determinaciones restrictivas de la legislación básica (como el establecimiento por Cataluña y Madrid de la tasa de un euro por receta farmacéutica), o por el contrario, aminorar el contenido gravoso del Real Decreto Ley. Este último es el caso de la Comunidad del País Vasco y su Decreto 114/ 2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del SNS en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi⁷⁶, y de la Comunidad Foral de Navarra y su 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 establecen el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del llamado régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en la Comunidad Foral de Navarra⁷⁷.

El Decreto vasco viene a ampliar el ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita, al permitir a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, así como a todas las personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del SNS por no tener la condición de asegurado ni de beneficiarios del mismo, el acceso gratuito a las prestaciones sanitarias de la cartera de servicios del sistema vasco de salud. Por otra parte, además de ampliar la prestación farmacéutica a todas las personas que tienen reconocida la asistencia sanitaria gratuita, extiende la cobertura financiera de dicha prestación, mejorando el mínimo estatal, para limitar el copago de los usuarios al 40 por 100 del precio de venta al público y eximir del mismo a una serie de colectivos (pensionistas, perceptores de rentas de inserción, parados sin derecho de subsidio, etc.). Todo ello fundado en el derecho a la protección de la salud, la situación precaria de los colectivos afectados, y los riesgos para el resto de la población que se derivarían de la desasistencia de aquellos.

Por su parte el Decreto navarro trata de mantener su llamado régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en la Comunidad Foral, ya anteriormente establecido, cubriendo así a las personas que conforme al Real Decreto Ley 16/2012 quedarían excluidas de dicha asistencia al no tener la condición de asegurado o beneficiario. Todo ello como un régimen especial, de aportación

⁷⁶ BO del País Vasco núm. 127, de 29 de junio de 2012.

⁷⁷ BO de Navarra núm. 220, de 9 de noviembre de 2012.

por los usuarios (divididos en dos grupos: mayores y menores de 65 años) y diferenciado del general propio del SNS, para lo cual especifica que en este régimen especial de universalización se expedirá un documento de identificación y no la tarjeta sanitaria del SNS.

Contra ambas normas autonómicas el Gobierno de la Nación ha planteado ante el Tribunal Constitucional sendos conflictos positivos de competencia, solicitando al amparo del art. 161 CE su suspensión. En el caso del Decreto vasco, admitido a trámite por el Tribunal Constitucional el 24 de julio de 2012 el conflicto interpuesto por el Gobierno de la Nación el 20 de julio de 2012, con el consiguiente efecto suspensivo, en el posterior trámite sobre el levantamiento anticipado de la suspensión, por Auto de 13 de diciembre de 2012 el Tribunal Constitucional acordó levantar la suspensión de los preceptos del Decreto relativos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita y, por el contrario, mantener la de los relativos a la prestación farmacéutica (salvo para los beneficiarios del sistema de salud público y gratuito). En cuanto al Decreto navarro el Tribunal acaba asimismo de admitir a trámite el conflicto interpuesto por el Gobierno de la Nación el pasado 29 de enero de 2013, con suspensión de la vigencia y aplicación de aquél⁷⁸.

Conviene analicemos los argumentos utilizados por dicho Auto para levantar la suspensión de las previsiones del Decreto vasco sobre el ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública. Porque, al margen de sus efectos sólo cautelares, pudieran darnos un rastro de la eventual posición definitiva del Tribunal respecto de las diversas cuestiones que el Real Decreto Ley 16/2012 hemos visto suscita. Un rastro ciertamente interesante habida cuenta de que las previsiones del Decreto vasco –cuya suspensión, sin embargo, el Tribunal levanta– es claro no se ajustan al Real Decreto Ley.

El Auto nos sintetiza las respectivas posiciones del Gobierno de la Nación y del Gobierno vasco (que al cabo sustentan la posible virtualidad recíproca de la normativa estatal básica y de la autonómica, y con ello de los derechos y competencias afectadas por el Real Decreto Ley 16/2012). El Gobierno de la Nación entiende que el Decreto vasco contradice la legislación básica estatal en materia de sanidad interior ex art. 149.1.16 CE, al introducir diferencias respecto de esa legislación básica en el ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita, además de en lo referente al copago farmacéutico⁷⁹.

⁷⁸ BOE del 2.2.2013.

⁷⁹ Utilizando contra el Decreto los siguientes argumentos: lo establecido por el Decreto vasco vulnera el reparto constitucional de competencias, dando lugar a que la legislación básica quede inconstitucional.

Por su parte el Gobierno vasco (que admite que su Decreto amplía el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria pública y el de la prestación farmacéutica más allá de lo establecido por el Real Decreto Ley 16/2012) parte de la contraposición existente entre, de un lado, el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro derivado de la redefinición que el Real Decreto Ley 16/2012 efectúa de los beneficiarios del sistema público de salud, y, de otro, el interés público de preservar el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE con el mantenimiento de un derecho universal y gratuito a la asistencia sanitaria, que se ve afectado por las restricciones establecidas por el Real Decreto Ley. Para desde ahí justificar que el Decreto vasco propugna la universalización de la asistencia sanitaria pública como expresión de ese derecho constitucional a la salud, vinculado por lo demás a la dignidad de la persona, porque la protección de la salud es una tarea que un Estado Social de derecho no puede descuidar dada su ligazón con los derechos humanos a la vida y a la integridad física.

Ante ello, en el Auto, el Tribunal Constitucional, que se sitúa dentro de los límites de esta fase cautelar (sobre el levantamiento o no de la suspensión del Decreto vasco) y para realizar la oportuna ponderación al respecto, acota como apartados contrapuestos estas dos referencias (dos referencias que podrían serlo también ciertamente de la sentencia final sobre el conflicto de competencias y afectar así de fondo a la constitucionalidad del Real Decreto Ley 16/2012): de un lado, el beneficio económico derivado del ahorro asociado a la nueva definición por el Real Decreto Ley 16/ 2012 de los beneficiarios de la asistencia sanitaria pública; de otro, el interés general de preservar el derecho a la salud del art. 43 CE (al que reconoce una doble dimensión individual y pública). Sobre esta base, el Auto se pronuncia sobre los dos apartados centrales del Decreto vasco –a los efectos de esta fase cautelar, pero con esa posible incidencia de fondo– en los siguientes términos.

En cuanto al ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria pública, y negando carácter determinante al beneficio o perjuicio económico derivado del mantenimiento o no de la suspensión del Decreto vasco porque ello no está precisando en la demanda, subraya (interpretando el alcance del derecho a la salud

nalmente desplazada en el País Vasco y afectando así a la seguridad jurídica y a la uniformidad en las condiciones de acceso al SNS y, determinando un grave quebranto para la estabilidad financiera del país, contradice la razón sustancial del Real Decreto Ley 16/2012 como legislación básica: la crisis económica y el riesgo de insolvencia del SNS. En suma, el Decreto vasco, al modificar la condición de beneficiario de la asistencia sanitaria pública con cargo a fondos públicos, así como el porcentaje de aportación de los beneficiarios de la prestación farmacéutica, se opone a lo establecido por la legislación básica e incurre consecuentemente en inconstitucionalidad mediata.

del art. 43 CE en conexión con el art. 15 CE –derecho a la vida y a la integridad física–) que “los intereses generales y públicos vinculados a la promoción y garantía de la salud son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales especialmente sensibles” y que si se mantuviera la suspensión del Decreto vasco “se consagraria al tiempo la limitación del acceso al derecho a la salud para determinados colectivos que verían notablemente afectada su salud, a lo que habría que añadir el riesgo que por eventuales contagios ello supone para la salud pública”. Todo ello para concluir: “Apreciando este Tribunal que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado, entendemos que se justifica el levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos (del Decreto vasco) referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita”.

Se trata de una conclusión del Tribunal Constitucional relevante, teniendo en cuenta que la ponderación y los argumentos utilizados en este incidente cautelar de la suspensión ciertamente no tendrían por qué ser distintos en un pronunciamiento definitivo del Tribunal sobre el fondo del asunto. Pero, es más, es que junto a esa preferencia aun cautelar que reconoce al derecho a la salud, el Auto del Constitucional se pronuncia también de modo significativo en cuanto al margen de que la normativa autonómica dispone en relación con la legislación básica (y el argumento del Gobierno de la Nación de que el Decreto vasco va contra el reparto constitucional de competencias y que el levantamiento de la suspensión provocaría un bloqueo de la competencia estatal que quedaría así inconstitucionalmente desplazada en el País Vasco): “Sin entrar en el fondo del conflicto planteado por el Gobierno del Estado... pues serán atendidas en la sentencia final de este proceso... sí puede afirmarse en este incidente cautelar que el ejercicio de la competencia autonómica no impide o bloquea el ejercicio de la competencia estatal, que actúa definiendo los titulares del derecho a la asistencia sanitaria gratuita y el régimen de la prestación farmacéutica. Esta definición no es desvirtuada por la normativa autonómica, que sencillamente amplía las previsiones básicas estatales, habrá que ver en la solución del conflicto de fondo si de forma respetuosa o no de la legislación básica”.

En suma, el Tribunal Constitucional admite que la normativa autonómica de desarrollo puede ampliar las previsiones de la legislación estatal básica en la definición de los titulares del derecho a la asistencia sanitaria pública y el régimen de la prestación farmacéutica. Otra cosa es si el modo en que lo haga es respetuoso o no con el contenido de lo básico, un juicio éste que el Tribunal deja pa-

ra la sentencia sobre el conflicto de competencia. Aunque el rastro dejado por el Tribunal sobre la preferencia del derecho a la salud sobre los criterios puramente económico-financieros puede ser sintomático de su futura decisión de fondo. Sin embargo, respecto al otro punto central del Decreto vasco (la flexibilización de lo establecido en el Real Decreto Ley 16/ 2012 respecto al copago de la prestación farmacéutica ambulatoria) y al objeto de decidir el mantenimiento o no de su suspensión, el Auto, invocando otros anteriores recientes que justifican la necesaria contención del gasto público y que entiende aplicables al caso, resuelve ha de mantenerse la suspensión del Decreto, salvo –y en conexión con los argumentos anteriores sobre el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria– para los beneficiarios del sistema de salud público y gratuito del País Vasco, habida cuenta que la protección del derecho a la salud se articula, entre otros servicios, a través de la prestación farmacéutica.

No cabe, pues, dar por resuelta la cuestión. Ni respecto del conflicto de competencia, ni respecto del fondo del asunto: la constitucionalidad del Real Decreto Ley 16/2012. Primero, porque el ATC funda su decisión de conceder preferencia al derecho a la salud sobre el ahorro económico-financiero en el SNS en la falta de precisión sobre este último extremo en la demanda del Gobierno de la Nación, y este hecho bien podría subsanarse en otro momento y/o procedimiento (por ejemplo, los de los recursos de inconstitucionalidad contra el Real Decreto Ley 16/ 2012), en su caso con una conjugación al efecto de los dos títulos constitucionales de competencia en que este último se funda (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica –149.1.13 CE– y legislación básica sobre sanidad –149.1.16 CE–, además del principio de estabilidad presupuestaria)⁸⁰. Y probablemente porque de aceptarse un amplio margen de maniobra de las Comunidades Autónomas en la modulación de las previsiones de la normativa básica, la disparidad resultante en el conjunto del SNS podría dar lugar a una falta de armonización de éste ciertamente preocupante. Algo ya puesto de manifiesto con el mismo hecho del levantamiento de la suspensión del Decreto vasco, pues, por ejemplo, la tarjeta sanitaria de que puedan disfrutar en el País Vasco los inmigrantes irregulares ¿tendrá valor para que puedan acceder a la asistencia sanitaria pública en toda España? ¿Sería extrapolable al resto de las Comunidades Autónomas la posición que con su respectiva normati-

⁸⁰ La ponderación entre los dos bienes jurídicos contrapuestos (la estabilidad presupuestaria y el derecho a la protección de la salud) puede convertirse, tras la reforma sanitaria, en la cuestión central del probable rosario de conflictos que, como consecuencia de las medidas adoptadas por los poderes públicos para conjugarlos, tendrá que dilucidar la jurisdicción a sus distintos niveles. A título de ejemplo, el publicitado Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 30 de enero de 2013 que ordena la suspensión de la Orden de la Consejería de Sanidad de dicha Comunidad Autónoma de 20 de noviembre de 2012, sobre atención sanitaria continuada en las zonas básicas de salud, que determina la supresión de determinados Puntos de Atención Continuada de Urgencia.

va autonómica, flexibilizadora de lo establecido en el Real Decreto Ley 16/2012, mantienen el País Vasco y Navarra, precisamente dos Comunidades con un régimen financiero distinto del común de las demás?

IV. LA PROVISIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA Y SUS FORMAS DE GESTIÓN

1. Las formas de gestión de la asistencia sanitaria pública y su evolución.

En nuestro actual modelo sanitario, presidido por la LGS y la LCCSNS, y dentro del sistema de salud o sistema sanitario (el conjunto de todas las acciones, públicas o privadas, en el campo de la salud), se incluyen tanto el sistema sanitario público como el sector sanitario privado. El primero, formado por el conjunto de estructuras, servicios y acciones de las Administraciones públicas al servicio de la salud (e integrado por los servicios de salud de la AGE y de las Comunidades Autónomas y los de los Ayuntamientos, Diputaciones y otras Administraciones bajo la responsabilidad de las Comunidades Autónomas) constituye el Sistema Nacional de Salud, SNS. El segundo, formado por el conjunto de estructuras y acciones en el campo de la salud llevadas a cabo por el sector privado (arts. 56 y 89 LGS).

Para la asistencia sanitaria pública, la provista por el SNS, nuestro ordenamiento asumió en la LGS de 1986 el modelo de gestión directa, es decir, a través de Hospitales y centros sanitarios públicos (dependientes inicialmente del INSALUD y luego, una vez trasferida la asistencia sanitaria a las Comunidades Autónomas, de los respectivos Servicios de Salud de éstas), configurados inicialmente como instituciones jerarquizadas y sujetas al Derecho público. Por su parte, la asistencia sanitaria privada, afincada en la libertad de empresa, se desarrolla –en su organización, gestión y prestaciones– en el marco del Derecho común o privado, sin perjuicio de quedar sujeta a la reglamentación general de la actividad derivada de la potestad reguladora de la Administración sobre este sector. De esta manera la asistencia sanitaria pública (instituciones, organización, gestión, prestaciones, titulares del derecho a dicha asistencia) en cuanto acción del SNS, y la asistencia sanitaria privada (en análogos apartados) quedan situados en planos distintos y en principio no miscibles. Como lo es el dato fundamental de partida: en el primer caso las prestaciones son debidas por parte de los poderes públicos, y en el segundo no⁸¹. No obstante, los centros sanitarios privados pueden

⁸¹ A. MENÉNDEZ REXACH, “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Rev. Adm. Sanit.*, 2008, 6 (2).

(como fórmula de gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública) quedar vinculados al SNS mediante los oportunos “convenios singulares” y “concertos” con éste (arts. 67 y 90 LGS, respectivamente). Bien entendido que en este caso la prestación sanitaria (aun llevada a cabo por cuenta del SNS) es realizada por el sector sanitario privado como tal, no por una institución sanitaria pública.

Este era el esquema básico de la LGS de 1986. Pero con posterioridad el mismo fue modalizándose tanto en lo que respecta a las variantes de la gestión directa de la asistencia sanitaria pública, como a la ampliación de su gestión indirecta más allá de la sola posibilidad de esos concertos y convenios, en un intento de aplicar en el ámbito sanitario las diversas variantes de gestión previstas en el ordenamiento administrativo general⁸². Así, ya desde la aprobación de la LGS en 1986 las formas de organización y gestión de la asistencia sanitaria pública fueron objeto de un debate recurrente motivado por dos factores fundamentales: la apelación a los costes comparados entre la sanidad pública y la privada, y el problema de la financiación de la primera. Un problema que agudizado una vez descentralizada la asistencia sanitaria pública en las Comunidades Autónomas e involucrado con el más general de la financiación autonómica, se inscribe hoy en el de la insuficiencia financiera generalizada en todas las Administraciones como consecuencia de la presente crisis económica.

Hitos conocidos de ese debate fueron en su momento, en 1991, el llamado “Informe Abril”, efectuado por una Comisión oficial creada para el Análisis y Evaluación del SNS, y más tarde, en 1997, el de la Subcomisión para la Modernización y Evaluación del SNS. Ambos informes propicios a orientar la organización y gestión de los centros sanitarios públicos hacia un más flexible modelo empresarial a través de las oportunas fórmulas jurídicas (organización y gestión como empresa pública o fundación, con gestión no burocrática, disponibilidad de tesorería propia, control “ex post” a través de auditorías, sujeción del personal al régimen laboral, etc.). Y, en efecto, esa búsqueda de mayor flexibilidad en la gestión de la asistencia sanitaria pública por parte de las instituciones del SNS con el fin de solventar las disfunciones que podían derivarse del modelo burocrático y la centralización de las decisiones, y el consecuente intento de que el principio de eficiencia primara sobre el de legalidad administrativa⁸³, subyacen a las reformas legales que entre 1994 y 2000 tuvieron lugar para establecer las llamadas nuevas formas de gestión del SNS.

⁸² Gestión directa por las propias estructuras de la Administración: órgano indiferenciado, organismo público (organismo autónomo, entidad pública empresarial, agencia), sociedad de capital público en su integridad, fundación. Y gestión indirecta: concesión, gestión interesada, concierto, sociedad de economía mixta (Cf. LOFAGE; LCSP y LBRL).

⁸³ ELSA MARINA ÁLVAREZ GONZÁLEZ *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública*, Comares, 2007, p. 111.

La Ley 30/ 1994, de Fundaciones, permitió que las entidades públicas pudieran crear fundaciones (fundaciones privadas pero de iniciativa pública), entre otros ámbitos, en el sanitario. Posteriormente el Real Decreto Ley 10/ 1996, de 17 de junio, de habilitación de nuevas formas de gestión del SNS, modificó la LGS permitiendo que la asistencia sanitaria pública se organizara bajo nuevas fórmulas (consorcios, fundaciones, otros centros con personalidad jurídica, y otras fórmulas de gestión integrada y compartida), además de la posibilidad de los convenios y conciertos con la sanidad privada ya recogida por la LGS. Tramitado luego dicho Real Decreto Ley como Ley 15/ 1997, de 15 de abril, ésta refrendó las anteriores novedades y autorizó para los centros y servicios sanitarios públicos su gestión tanto directa como indirecta, así como la apertura a cualquier forma de organización y gestión admitida en Derecho (art. único.1 de la Ley). Por lo demás, la posterior Ley 50/ 1998, de Medidas (art. 111), propició la creación de las llamadas fundaciones sanitarias⁸⁴.

Concretando las anteriores previsiones legales, el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, estableció (art. 3) que la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios en el ámbito del INSALUD, podría llevarse a cabo a través de fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/ 1994, de 24 de noviembre, consorcios, sociedades estatales y fundaciones públicas sanitarias, así como mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público. No obstante, ese mismo art. 3 del Real Decreto precisaba a continuación 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”.

Con ello, de una parte, quedaba claro que la asistencia sanitaria pública –en el ámbito del INSALUD– podría prestarse tanto en gestión directa (a través de las variantes citadas, lo que lógicamente implicaría para algunas de ellas su sujeción al Derecho privado, aun sin perder su carácter de servicio público) como en gestión indirecta en los supuestos previstos por el art.3.2 del Real Decreto 29/

⁸⁴ La Ley 50/ 1998 conceptuó esta figura de la fundación sanitaria en términos distintos a lo habilitado por la Ley 30/ 1994 y el Real Decreto Ley 10/1996, al configurarlas, no como entidades privadas de iniciativa pública, sino como organizaciones públicas asimiladas a las entidades públicas empresariales (e integradas por ello en el ámbito de la gestión pública directa). Vid. A. MENÉNDEZ, cit., y F. VILLAR ROJAS, “Las fundaciones sanitarias y sociales”, en *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le Fondazioni? Atti del XVIII Congresso dell'Associazione italo-spagnola dei professori di Diritto Amministrativo, Bologna, 27-29 maggio 2010*, Bologna University Press, 2012.

2000. Un precepto éste ambiguo, pues de él no resulta meridiano si tales supuestos quedaban limitados a los expresamente nominados por la LGS –convenios y conciertos– o se extendían a cualesquiera otros de los previstos para la gestión indirecta por el ordenamiento general.

2. La actual diversidad de fórmulas de gestión de la asistencia sanitaria pública y la concesión sanitaria.

A partir de ese marco posibilista, y sobre todo de lo establecido por las Comunidades Autónomas en virtud de su potestad de autoorganización (con la descentralización sanitaria en las Comunidades Autónomas, y extinguido el INSALUD con su reconversión en el INGS, la asistencia sanitaria pública paso a la responsabilidad efectiva de aquellas), las formas de organización y gestión de la asistencia sanitaria pública muestran hoy en nuestro país una realidad ciertamente diversa.

En primer término, y como fórmula predominante, la gestión directa, la realización de la asistencia sanitaria por el propio aparato de las Administraciones (en esencia los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas), bien por sus instituciones sanitarias indiferenciadas, o, más en general, a través de propias entidades instrumentales, y utilizando a tal fin el derecho público o el privado⁸⁵. Pero también la gestión indirecta, en que la Administración encomienda el desarrollo de la asistencia sanitaria pública a una persona o entidad privada, utilizando a tal fin sobre todo la fórmula de los convenios singulares y conciertos previstos en la LGS. En los últimos tiempos se ha puesto, no obstante, en práctica asimismo la fórmula de la concesión, bien de sólo los servicios no sanitarios (mantenimiento, logística, servicios auxiliares, etc. de los hospitales públicos), bien de la gestión sanitaria integral, incluida, pues, también la de los servicios de atención sanitaria. En ambos casos incluyendo o no la concesión la previa construcción del hospital o centro sanitario por el concesionario (bajo la fórmula de financiación privada de éste), con dos hipótesis en cuanto al ámbito de los servicios objeto de la concesión (sólo los del correspondiente hospital público, o los de éste y los cen-

⁸⁵ Expresiones de esa gestión directa son –o fueron en su momento–, además de la gestión por una organización sin personalidad jurídica, el más generalizado recurso a entes instrumentales de la Administración pública en sus diferentes variantes: organismo autónomo (como el Instituto de Salud Carlos III, o el Centro Nacional de Transplantes y Medicina Regenerativa); entes de Derecho Público sujetos al Derecho privado (como el Hospital Costa del Sol de Marbella, el Hospital de Poniente de Almería, o el Hospital Alto Guadalquivir de Andújar en Jaén, todos ellos de Andalucía; los Hospitales de Pallars y de Mora de Ebre o el Instituto de Oncología, en Cataluña); sociedad mercantil de capital público mayoritario (como Alta Tecnología Sanitaria SA, en el País Vasco; Sistema de Emergencias Médicas SA, en Cataluña; el Instituto Gallego de Medicina Técnica SA, en Galicia, etc.); fundaciones sanitarias o fundaciones privadas creadas por entidad pública (como la Fundación Hospital de Manacor en Mallorca, o la Fundación Hospital de Alcorcón de Madrid), etc.

tros de salud que de él dependan), y abonando por su parte la Administración al concesionario el correspondiente canon anual como contraprestación de la actividad que aquel desarrolla, en general en función del número de habitantes afectados por la actividad objeto de la concesión.

La fórmula de la concesión inicialmente no se utilizó para la provisión del conjunto de los servicios públicos sanitarios. Pero en el contexto del debate sobre las nuevas formas de gestión de la asistencia sanitaria pública la Comunidad Autónoma de Valencia decidió en 1996 que la construcción y explotación como servicio público del Hospital La Ribera de Alzira (Valencia) se hiciera por el sector privado mediante la concesión a éste de su gestión integral por un plazo de diez años prorrogables; una fórmula ésta que, aunque controvertida en su momento incluso en sede judicial⁸⁶, se extendió luego, con diversas variantes, a otros casos, según veremos.

En todo caso y vistas las peculiaridades de la concesión sanitaria así concebida⁸⁷ (en especial el que el concesionario puede gestionar, no su propio estableci-

⁸⁶ La concesión del Hospital de Alzira fue recurrida judicialmente por el sindicato CCOO, en esencia porque entendía que la fórmula no estaba contemplada por la LGS, que se refería sólo a los convenios y conciertos, y sin que las posteriores reformas normativas hubieran invalidado esta determinación. Sin embargo, ni el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad valenciana ni luego el Tribunal Supremo aceptaron tal pretensión y argumentos.

El Tribunal Superior de Justicia entendió que la concesión, que la LGS inicialmente no permitía, fue, no obstante, autorizada por el RDL 10/1996 y la Ley 15/ 1997, ya citados, en tanto que “nueva forma de gestión”, con efectos también sobre las Comunidades Autónomas. Resultan, por otra parte de interés, las diferencias que el Tribunal encuentra entre los convenios y conciertos sanitarios y la concesión sanitaria: si en los primeros son los medios y recursos privados los que acceden al sector público, pues en este caso la titularidad de los hospitales y centros vinculados es privada –como también su régimen de organización y funcionamiento– y es la empresa o entidad privada la que efectúa el desembolso para la creación del hospital y proporcionar la asistencia, sin embargo, en la concesión sanitaria la titularidad del centro u hospital es pública y es la Administración concedente la que proporciona los medios y recursos y la fuente de ingresos de la empresa gestora, a la que se los garantiza al estar asegurada la población asistencial por la Seguridad Social (digamos, por nuestra parte, que será así en la concesión sanitaria, no en el instituto concesional como tal, en el que el concesionario se nutre de los ingresos satisfechos por los usuarios del servicio).

Por su parte, el Tribunal Supremo (STS de 20.12.2005) resolvió que, en efecto, que tanto a la vista de la legislación de contratos de las Administraciones públicas como del Decreto Ley 10/ 1996 y la Ley 15/1997, las limitadas formas de gestión indirecta permitidas por la LGS habían sido ampliadas a otras “nuevas formas”, entre ellas la concesión sanitaria. Y sin que, por otra parte, ésta quedara impedida por lo establecido en los arts. 41 y 43 CE, preceptos que, a la vista de la STC 37/1994, no imponen la gestión pública directa del sistema público de salud. El Tribunal Supremo vino así a respaldar la concesión del servicio público como una forma de gestión de la asistencia sanitaria pública. Cf. A. MENÉNDEZ RE-XACH, “La gestión indirecta..”, *cit.*, pp. 286–291.

⁸⁷ Vid. F. VILLAR ROJAS, “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *RAP* núm. 172, 2007.

miento o centro sanitario, sino un hospital o centro sanitario de titularidad pública) debemos hacer algunas puntualizaciones. En primer término, en la clásica concesión de un servicio público éste es desarrollado por el concesionario, en los términos y condiciones fijados por la concesión, pero con sus propios medios materiales y personales, no con los de la Administración. En otro caso ello implicaría el en principio contrasentido de que la Administración recurra al sector privado para que éste, no ya preste una actividad al público que la Administración no puede o no quiere realizar con sus propios medios, sino para que gestione los propios medios de la Administración (centros, establecimientos, personal), en una especie de renuncia de ésta a gestionar lo que de suyo le corresponde administrar⁸⁸, a modo de una especie de concierto “inverso” en el que es la Administración la que pondría a disposición del sector privado sus propios establecimientos para ser explotados por el concesionario. Sin embargo, precisamente esto es lo que en la práctica sucede en el ámbito sanitario con la llamada externalización de la actividad de los centros sanitarios públicos, y consiguiente concesión, sea de toda ella (incluida, pues, la actividad sanitaria), sea de sólo algunos de sus servicios instrumentales (servicios de limpieza, mantenimiento de equipos e instalaciones, etc.).

En segundo lugar, en la convencional concesión de servicio público la Administración no efectúa desembolso alguno para cubrir los costes de éste (salvo una eventual subvención), sino que los mismos y el beneficio empresaria del concesionario se sufragan con las tarifas y precios satisfechos por los usuarios, mientras que en la concesión sanitaria es la Administración concedente la que remunera íntegramente al concesionario con un canon o cantidad fija regular preestablecida en función de distintos factores, entre ellos, el número de potenciales usuarios del servicio concedido. Un dato éste que nos revela el núcleo de la cuestión.

En la concesión administrativa la asunción por la Administración –como presupuesto de la gestión indirecta concesional y a título de actividad propia en tanto que servicio público– de la actividad que luego concede, muestra su designio de fondo. En el caso de los llamados servicios públicos económicos, controlar –con fines de ordenación y dirección– una actividad que de suyo y al ser de naturaleza económica no tendría por qué haber sido asumida por la Administración para luego ser “devuelta”, concedida a privados, sino simplemente ser desarrollada por éstos con carácter originario en virtud de su libre iniciativa y en libre competencia. Sin embargo, en el caso de los llamados servicios públicos sociales o asistenciales (como es la asistencia sanitaria pública) su configuración co-

⁸⁸ Cf. ANGEL MENÉNDEZ REXACH, “Las nuevas formas de gestión sanitaria ante el Derecho Administrativo”, *IV Congreso de Derecho Sanitario*, 1997.

mo tales no se produce con ese objetivo de control sobre la actividad por parte de la Administración, sino en esencia como expresión de una garantía pública directa de la prestación colectiva de que se trate, por lo que supera así el mero plano de la libre competencia y el de una relación prestador–usuarios articulada bajo el criterio “comercial” con que de suyo y materialmente podrían regularse las actividades objeto de los servicios públicos económicos. Por eso la asistencia sanitaria pública perdería su actual significado institucional si, difuminado ese carácter garantista directo por parte de la Administración, conllevara el pago en todo caso por los usuarios de las concretas prestaciones recibidas; y por ello mismo en la llamada concesión sanitaria –al menos hoy por hoy– los usuarios no pagan al concesionario gestor del servicio las prestaciones recibidas (sin perjuicio de que al cabo contribuyan a la financiación global del servicio –a la del canon o remuneración a satisfacer en este caso por la Administración al concesionario– vía impuestos o cuotas obligatorias de la seguridad social, pero que en todo caso no tienen relación con el coste de las concretas prestaciones recibidas). Todo ello porque “la esencia de la prestación sanitaria no está en su contenido económico sino en la realización efectiva del derecho a la protección de la salud”⁸⁹.

Ahora bien, otra cosa es –como cuestión de fondo– que los anteriores distinguos pudieran seguir realizándose a la vista de los cambios de orden ideológico y económico a que estamos asistiendo, de los actuales problemas de financiación del sector público, y de una concomitante apreciación como valor entendido de la mayor eficiencia del sector privado sobre el público, como resultado de todo lo cual pudiera estar en revisión o querer revisarse el paradigma del carácter no económico de la asistencia sanitaria pública, generalizarse la concesión sanitaria como forma de gestión de ésta, e incluso articularse dicha gestión bajo las claves de las actividades de mercado o cercanas a ellas. Todo ello –sigamos con la conjetura–, en un primer momento con la asunción por la Administración del coste del servicio concedido (y que la misma satisfaría al concesionario); en un no descartable momento ulterior, y como en la concesión de los servicios públicos económicos, con el pago directo de los usuarios al concesionario en función de la concreta prestación recibida (de ser así, supondría primar en la organización de la asistencia sanitaria pública el propósito ordenador del sector en desmedro del de la garantía efectiva y directa por parte de la Administración de las correspondientes prestaciones colectivas); e incluso finalmente la configuración de la asis-

⁸⁹ Cf. ELSA MARINA ÁLVAREZ GONZÁLEZ cit., p. 158, y A. MENÉNDEZ REXACH, cit., p. 295, quien expresivamente añade: “El empresario privado no puede actual con los esquemas habituales dirigidos a la obtención de un beneficio, sino que se verá abocado inevitablemente a una difícil encrucijada: o desempeña correctamente su función, aunque sufra pérdidas (lo que es insostenible a medio y largo plazo) o prima la obtención del beneficio, con el consiguiente deterioro de la calidad de la asistenta prestada”.

tencia sanitaria y su cobertura, hoy en mano pública (y de gestión directa y eventualmente indirecta), como una actividad comercial privada meramente “regulada”, explotada en virtud de la libre iniciativa y en libre competencia y con tan sólo un núcleo de dicha actividad de carácter jurídico-público (en su caso financiado no comercialmente sino por los poderes públicos), el constituido por determinadas prestaciones sanitarias básicas legalmente definidas como universales, núcleo a que en tal caso quedaría reconducido el servicio público. Si fuera así, se confirmaría que la generalización de la gestión indirecta puede ser el paso intermedio en el camino hacia la privatización real de la asistencia sanitaria pública (su atribución al sector privado) sin perjuicio de que el Estado siga regulando y controlando –que no prestando– la actividad⁹⁰.

3. ¿Expansión de la gestión concesional?: el Plan para la sostenibilidad del sistema sanitario público de la Comunidad de Madrid.

Precisamente la voluntad de que la gestión de algunos hospitales y centros de salud de la red pública sea encomendada al sector privado mediante concesión subyace en el conflicto y las huelgas del personal sanitario que desde el mes de noviembre de 2012 se generalizaron en la Comunidad de Madrid tras el anuncio por su Consejería de Sanidad del ya citado “Plan de medidas de garantía de sostenibilidad del sistema sanitario público” en dicha Comunidad Autónoma. Un Plan que con los objetivos del ahorro, mantener la actividad asistencial, mejorar la eficiencia y diseñar estratégicamente los recursos humanos como “reformas estructurales de la gestión sanitaria”, establece la llamada externalización de “la actividad sanitaria”, utilizando el modelo de concesión, de seis hospitales madrileños; la concesión de la prestación de la asistencia sanitaria de Atención Primaria de un 10 por 100 de los centros de salud (unos 27 centros de salud), en su caso mediante su encomienda a cooperativas de facultativos, consorcios y fundaciones (el Plan subraya que tanto los citados hospitales como estos centros de salud seguirán siendo públicos, bajo financiación pública y garantía pública), así como la externalización de los servicios no sanitarios de toda la red asistencial pública de la Comunidad⁹¹.

⁹⁰ Cf. A. MENÉNDEZ REXACH, por cita de SCHMIDT-ASSMANN, cit. p. 272.

⁹¹ A estas “reformas estructurales” el Plan añade, de otra parte, como medida “de aprovechamiento de los recursos para mejorar la atención de la población mayor”, la transformación del Hospital de la Princesa en un hospital de alta especialización para la patología de las personas mayores y la del Hospital Carlos III en un hospital de estancia media. Como medida “para la mejora de la eficiencia, utilización racional de los recursos y ahorro”, la reducción del gasto medio por receta farmacéutica, la implantación de la tasa de un euro por receta (con exenciones para los parados, pensionistas no contributivos, perceptores de rentas de integración social, discapacitados, etc.), así como con un límite de 72 euros año para no perjudi-

Centrándonos en la “externalización” sanitaria, el Plan viene a insistir en la línea ya puesta en práctica con anterioridad por la Comunidad de Madrid, en la que ya existían tres hospitales de su red (los de Valdemoro, Torrejón y Móstoles) y uno en proyecto (el de Collado Villalba) cuya gestión estaba totalmente privatizada, así como otros siete en los que, aunque externalizada la gestión de los servicios no sanitarios, la gestión de la actividad sanitaria permanecía bajo la responsabilidad directa del sector público madrileño. Pues bien, el Plan contempla que la gestión (literalmente en el texto del Plan, “la actividad sanitaria”) de seis de estos últimos hospitales⁹², será externalizada, entregada, ahora en su totalidad (es decir, tanto la de los servicios sanitarios como la de los no sanitarios), al sector privado mediante concesión. Se trataría así de una aplicación expansiva del llamado “modelo Valdemoro” (el del Hospital de esta localidad) que a su vez copió el modelo inaugurado por la Comunidad Valenciana con su Hospital La Ribera de Alzira.

No hay duda de que las dificultades de la Comunidad Autónoma para sostener la financiación de sus servicios de salud, derivadas de las medidas generales para la reducción del déficit público y el logro de la estabilidad presupuestaria de las Comunidades Autónomas están en el origen del Plan madrileño⁹³; en suma, la necesidad, a juicio de sus autores, de una mayor eficiencia y ahorro de costes en la asistencia sanitaria pública que se pretendería solventar con las citadas me-

car a las personas polimedicadas) y el incremento de las actividades de central de compras (además del retraso de la apertura del nuevo Hospital de Collado Villalba hasta fines de 2013). Y como “medidas de reordenación de equipos profesionales”, la reordenación de la actividad de los profesionales en los hospitales (desaparición de la actividad hospitalaria de tarde como jornada extraordinaria, para su consideración como parte de una jornada laboral normal, y consecuente contratación de profesionales cuya jornada laboral sea de tarde), la jubilación de los profesionales mayores de 65 años (la prolongación del servicio activo a partir de los 65 años se limitará a un tercio de los profesionales y su otorgamiento tendrá lugar en función de criterios de desempeño y de oportuna ordenación de los recursos humanos), la concentración de los laboratorios para aprovechar economías de escala, y la concentración en diferentes hospitales de los procesos de alta complejidad (que hoy se llevan a cabo en muchos hospitales, algunos de ellos con un volumen anual de casos muy bajo).

⁹² Los recientes Hospitales “Infanta Leonor” (Vallecas); “Infanta Sofía” (San Sebastián de los Reyes); “Infanta Cristina” (Parla); Hospital del Henares; Hospital del Sureste; y Hospital del Tajo.

⁹³ El Plan declara sin ambages: “No tenemos ingresos suficientes para que todo siga funcionando exactamente igual”, y argumenta: “El ajuste fiscal que se pide a las Comunidades Autónomas se ha incrementado para 2013. Rebajar nuestro déficit al 1’5 por 100 ha sido el objetivo fijado para 2012. Pero para el año 2013 debemos reducir nuestro déficit en hasta el 0’7 por 100. Ello supone un ajuste de 1.700 millones de euros” (y en efecto, la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, recuerda los objetivos fijados por el Consejo de Ministros de 20 de julio de 2012 y ratificados el 24 y 26 del mismo mes por el Pleno del Congreso y el Senado, respectivamente, para el período 2013–2015: 4’5 por 100 del PIB para el conjunto de las Administraciones, desglosado en el 3’8 para el Estado, 0’7 para las Comunidades Autónomas, y 0 a fin de 2013 para las Corporaciones locales y la Seguridad Social). Pero a ello se añade la reducción de ingresos de la Comunidad Autónoma de Madrid como consecuencia del nuevo sistema de financiación autonómica. De manera que –concluye el Plan– “el ajus-

didadas, entre ellas el recurso a la concesión sanitaria en los términos expuestos. Ante ello el personal sanitario en huelga y la oposición parlamentaria han subrayado la ausencia de estudios e informes previos justificativos de la decisión y de un debate riguroso sobre la cuestión⁹⁴; la predecible pérdida de calidad en la atención clínica (dadas las restricciones que sobre su óptima práctica se derivarán del objetivo de rentabilidad económica que inspirará la gestión del concesionario); su convicción de que la asistencia sanitaria pública ha de ser autosostenible y no una actividad económica generadora de beneficios; el no probado ahorro financiero que se presume tendrá lugar con la gestión concesional; la discutible bondad del sistema de concesión sanitaria que, puesto en práctica en el Reino Unido por M. Thatcher, se ha demostrado que con él ha empeorado la calidad del servicio, por lo que ahora se plantea allí la vuelta al modelo anterior; y sobre todo la sospecha de que el Plan pudiera ser la punta de lanza –impulsado como está por un Gobierno autonómico del mismo partido político que el de la Nación– de un auténtico cambio de modelo presidido por la privatización y aplicable a la asistencia sanitaria pública en toda España.

Por su parte, las autoridades de la Comunidad de Madrid han insistido, además de en la necesidad de adaptarse a la obligada austeridad en el gasto público, en que el Plan se limita a la externalización de determinados servicios de la sanidad madrileña, sin que ello cuestione el carácter de servicio público de la asistencia sanitaria de la Comunidad Autónoma; que, todo lo contrario, el Plan precisamente tiene como fin “mantener los servicios públicos extraordinarios que se han construido en la Comunidad de Madrid en los años de bonanza”, y que “nadie está privatizando ni va a privatizar” el sistema sanitario, el cual va a mantener su “carácter universal, gratuito y de la máxima calidad”⁹⁵. A tal fin han invocado la experiencia satis-

te presupuestario al que se verá sometida la Comunidad de Madrid para el año 2013 será de 2.700 millones de euros, y como consecuencia de ello se verá afectado el gasto sanitario con un 7 por 100 de gasto menos que en 2012.

⁹⁴ Al parecer el Plan fue anunciado de repente, sin que los propios gerentes de los hospitales afectados tuvieran noticia alguna al respecto. Lo cierto en todo caso es que la argumentación del Plan para optar por el modelo de concesión para los citados seis hospitales es muy lacónica: “Se ha comprobado que el modelo de concesión es el más eficiente, da buenos resultados clínicos y alta satisfacción a los pacientes. De media el coste total de la asistencia especializada de gestión mixta es de unos 600 euros por habitante, mientras que en los hospitales con modelo capitativo más recientes este coste medio anual es de 441 euros” (este último dato ha sido muy controvertido).

⁹⁵ En este sentido el Plan, al menos en lo programático, es rotundo: “La insuficiencia de recursos económicos nos enfrenta al desafío de mantener nuestro sistema sanitario bajando sustancialmente sus costes. Esto nos pone ante una encrucijada: recortar sin más en todo lo que se pueda para bajar el gasto en la medida que bajen los ingresos o diseñar un plan de medidas efectivas que logren reducir el coste pero si n alterar los principios que sostienen el sistema, Nos inclinamos claramente por la segunda opción. Los principios sobre los que se asienta el sistema sanitario no cambian ni un ápice: universalidad, gratuidad, equidad, calidad y respeto hacia el trabajo de los profesionales sanitarios”.

factoria de los Hospitales de Valdemoro, Móstoles y Torrejón, como modelo de lo que el Plan pretende, e incluso el ejemplo de otras Comunidades Autónomas como la de Andalucía (digamos que con el equívoco de que tales experiencias de los hospitales andaluces pueden no seguir estrictamente el modelo concesional sino otras fórmulas como los convenios y consorcios).

En cualquier caso el Plan se ha materializado en lo más enjundioso de sus determinaciones mediante la Ley madrileña 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas⁹⁶. Su art. 62 (bajo el rótulo “Reordenación de la asistencia sanitaria”), entre otras previsiones y al amparo expreso de la Ley 15/1997, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del SNS, hace efectiva la futura gestión indirecta (del servicio público de “asistencia sanitaria”) de los ya citados 6 hospitales públicos de Madrid⁹⁷. Por otra parte, de acuerdo con su art. 63⁹⁸, el Ejecutivo madrileño dispondrá de amplia discrecionalidad para configurar los centros que integran el Servicio Madrileño de Salud como instituciones propias sin personalidad jurídica o como entidades sanitarias con propia personalidad y de titularidad pública dependientes de aquél, las cuales podrán adoptar cualquier figura organizativa prevista en el ordenamiento jurídico, así como para definir el régimen de autonomía económica, financiera y de gestión de los centros dependientes de dicho Servicio Madrileño. Contempla, en fin, en abstracto (no para unos centros expresos) la posibilidad de que los Centros de Atención Primaria sean objeto de gestión indirecta en cualquiera de las formas previstas por la LCSP⁹⁹, lo que, invocada ésta como marco de referencia, nada excluiría —aunque no se especifique en el texto legal— que la gestión indirecta pudiera ser utilizada, además de para los Centros de Atención Primaria, también

⁹⁶ BOCM de 29.12.2012.

⁹⁷ Dice dicho art. 62.1 de la Ley madrileña: “Se habilita al Servicio Madrileño de Salud para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo, que garantizarán los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios” (repárese en que el precepto habla de contratos y no específicamente de concesiones).

⁹⁸ Da nueva redacción al art. 88 de la Ley 12/ 2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid.

⁹⁹ Con la especificación de que “cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, podrá ofrecerse la gestión de los centros preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que estén constituidas total o mayoritariamente por profesionales sanitarios que presten sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud, con la finalidad de promover un mayor grado de implicación de los profesionales en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño. Establecida la preferencia, en caso de que la gestión de los centros no se asigne a cualquiera de las sociedades de profesionales creadas al efecto, podrán concurrir para su gestión el resto de personas físicas o jurídicas legalmente constituidas”.

para los Hospitales, es decir, otros Hospitales distintos de los expresamente mencionados en el art. 62 de la Ley madrileña.

A estas determinaciones añade la Ley madrileña otras de no menos interés para la puesta en práctica de lo previsto en el Plan en materia de recursos humanos. El Sistema Sanitario Público de la Comunidad de Madrid se configura organizativamente como una única Área de Salud a efectos de los arts. 87 de la LGS y 36 de la Ley 55/ 2003, del Estatuto Marco del Personal Sanitario; se establece la jubilación forzosa del personal estatutario del Servicio Madrileño de Salud a los 65 años, con posibilidad de prórroga a otorgar –en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos de dicho Servicio madrileño y sólo al 30 por 100 de los que cumplan esa edad de jubilación en el año correspondiente– mediante resolución expresa y por un año prorrogable por períodos de igual duración; y en fin, se recoge la posibilidad del nombramiento de personal estatutario temporal de dedicación parcial con ciertos límites de jornada¹⁰⁰.

Llegados aquí, digamos que la invocación como justificación del Plan madrileño de la actual insuficiencia financiera de la Comunidad Autónoma derivada de la crisis económica no resistiría la pregunta con que dicho argumento ha sido contradicho: cuando la actual crisis económica, antes o después, se supere ¿se volverá al modelo de gestión pública directa? Por ello la cuestión se sitúa en el plano de fondo de la forma de provisión y gestión, pública o privada, de los servicios colectivos y aun el de los intereses contrapuestos que pueden verse afectados por esta última opción. Para empezar, los del personal sanitario de la red pública cuyo estatuto sin duda podría verse condicionado por las determinaciones del Plan¹⁰¹, pero también los del sector privado dispuesto a introducirse o aumentar su presencia en el ámbito de la asistencia/ cobertura sanitaria¹⁰² ahora que con la crisis económica y de las finanzas públicas –y la externalización o privatización de los servicios públicos argumentadas sobre esa base– se abre para él una lógica oportunidad de negocio.

En todo caso es claro hay en el Plan y en las determinaciones de la Ley madrileña que lo ha concretado una conjunción de medidas para la reorganización de la asistencia sanitaria pública de la Comunidad de Madrid que, ciertamente

¹⁰⁰ Arts. 47.49 de la Ley madrileña.

¹⁰¹ Nada ayuda ciertamente a la clarificación del tema –más bien todo lo contrario– el que los responsables técnicos del Plan madrileño se hayan despachado con afirmaciones cuestionables (“No podemos seguir con médicos ni empleados sanitarios funcionarios”; “los hospitales no pueden seguir siendo del Estado”). Vid. *El Plural. com*, 27.11.2012.

¹⁰² Vid. *El País*, 1.6. 2012.

pero no únicamente con el objetivo del ahorro financiero, incluye junto a la reordenación de sus recursos humanos, una profunda revisión de la forma de gestión de dicho servicio público, en unos términos que, por lo demás, podrían ser interpretados como concomitantes. La conjetura podría no ser gratuita si reparamos en que la habilitada gestión indirecta de los hospitales y centros de atención primaria y la posibilidad de reconfigurar las instituciones y entidades sanitarias dependientes del Servicio Madrileño de Salud en cualquier forma permitida en Derecho (por tanto también bajo régimen jurídico-privado), se acompaña del amplio margen para la gestión (¿reducción?) del personal sanitario que cabría inferir de ese triple horizonte dibujado para él por la Ley madrileña 8/ 2012, de Medidas: jubilaciones del personal estatutario, nombramiento, sin embargo, de personal estatutario temporal y parcial, e incentivos para que los profesionales del Servicio Madrileño de Salud constituyan empresas concesionarias de este mismo Servicio (j).

Pero, volviendo al tema central, es lo cierto que la gestión de la asistencia sanitaria pública bajo fórmulas de privatización formal, incluida la concesión sanitaria, parece haber iniciado una línea expansiva en las Comunidades Autónomas¹⁰³. Aún así, resulta contradictorio que esa apuesta de las Comunidades Autónomas, sobre todo la opción por la concesión sanitaria integral, como en el caso de la de Madrid, tenga lugar cuando precisamente la Comunidad Valenciana (pionera de esa fórmula con su Hospital de Alzira) parece estar de vuelta sobre la bondad de dicho modelo, ni siquiera como instrumento para superar las actuales dificultades financieras de la Administración (ni siquiera, pues, para ultimar la puesta en marcha de dos hospitales –los de LLiria y Gandía– ya construidos pero que no pueden ser equipados por falta de fondos y que quedarán paralizados hasta que se disponga de financiación). En efecto, las autoridades valencianas,

¹⁰³ La Comunidad Valenciana fue pionera con la fórmula del Hospital de Alzira en la puesta en práctica de la privatización de la gestión de la asistencia sanitaria pública (primero la del Hospital, y luego la de la asistencia primaria dependiente de éste como fórmula para una mayor eficiencia, pues es en este primer nivel desde donde se puede controlar el envío o no de los pacientes al Hospital), la aplicó luego a los Hospitales de Torrevecija, Denia, Elche y Manises. Pero la fórmula parece querer extenderse a otras Comunidades Autónomas. Castilla-La Mancha se propone poner en práctica el modelo de Alzira licitando la gestión integral (de los servicios sanitarios y no sanitarios) de los Hospitales públicos de Almansa, Villarrobledo, Tomelloso, Manzanares, y eventualmente el de Toledo, aún en construcción, así como de los centros de salud dependientes de dichos Hospitales. La Rioja ha sacado a concurso la gerencia –sólo la gerencia– de la Fundación Hospital de Calahorra. Extremadura al parecer utilizará la fórmula de concesión administrativa para dos hospitales, aunque, a diferencia de Castilla-La Mancha, sólo se encomendará al sector privado el área no asistencial (servicios auxiliares de mantenimiento, limpieza, catering, etc.), no la asistencial (la actividad y el personal sanitarios). En Galicia parece será la fórmula a utilizar para la construcción y gestión del macrohospital de Vigo, aunque limitada la gestión privada al ámbito del mantenimiento y equipamiento de las instalaciones. Y ejemplos similares podemos encontrar en Baleares (así el Hospital Son Espasses en Palma de Mallorca) o Castilla y León (Hospital de Burgos). Vid. *El País*, 3.11.2012.

confesando que “ya no tiene sentido extender la fórmula de Alzira a otras zonas de salud”, parecen haber optado por otro modelo, el llamado de gestión compartida, o sea, la agrupación de todos los servicios no sanitarios de los 18 Departamentos de Salud en que se divide la Comunidad Autónoma en tres grandes grupos: servicios generales (limpieza, lavandería, restauración, mantenimiento), servicios concertados (oxigenoterapia, hemodiálisis) y logística (compras, almacenes, distribución), para, potenciando las economías de escala y reduciendo costes, concentrar en pocas manos, privadas, su gestión externalizada mediante la convocatoria de concursos para los correspondientes lotes. Pero todo ello sin afectar a la gestión sanitaria asistencial que (aunque también inicialmente se pensó concederla al sector privado) quedará en manos de la Generalidad como objeto de su directa responsabilidad y atención¹⁰⁴.

Este último dato (revelador de la inexistencia de un único e indiscutible modelo de gestión sanitaria) nos avisa sobre el riesgo de optar de modo voluntarista por la gestión privada de la asistencia sanitaria pública, en especial de los servicios propiamente sanitarios. Pues son diversos los problemas que aquí se suscitan. Por ejemplo, ¿el logro de la eficiencia pasa ineludiblemente por la gestión privada sin que la misma sea posible con una gestión pública oportunamente racionalizada? ¿Son susceptibles de gestión privada, bajo la lógica directriz economicista del concesionario, la asistencia sanitaria pública –si ésta ha de mantener su perfil y notas objetivas propias de la misma como servicio público– y el ámbito de la organización y gestión clínicas, determinadas como están las mismas por actuaciones profesionales que han de estar presididas por la autonomía de los correspondientes saberes y su práctica? ¿Se adecúa a la deseable eficiencia la tan variada diversidad de formas de gestión directa e indirecta de la asistencia sanitaria pública existente entre Comunidades Autónomas y aun dentro de una misma Comunidad Autónoma?

V. EL MARCO EUROPEO DEL SERVICIO PÚBLICO Y LA ASISTENCIA SANITARIA

En nuestro país la asistencia sanitaria pública, dada su atribución al sector público (al SNS y en concreto a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas) y su caracterización (hasta hace poco como estrictamente universal y sin contraprestación por las concretas prestaciones) constituye hoy por hoy un servicio público. Entendido este concepto en su sentido amplio de actividad de la Administración, con independencia de que ésta la asuma en exclusiva, en monopolio (caso de los servicios públicos “reservados”), por tanto sin perjuicio de una paralela y

¹⁰⁴ *Ibid.*

libre prestación privada del mismo tipo de actividad (es el caso de nuestra asistencia sanitaria, donde la libertad de empresa permite la libre iniciativa en este campo, o sea, la llamada sanidad privada), y al margen también de que dicha actividad prestacional de titularidad administrativa se gestione directamente por el propio sector público o en gestión indirecta por empresas o personas privadas.

Pero en los últimos tiempos la noción de servicio público se ha ampliado aún más al cobijar no sólo el citado supuesto (en que el carácter público del servicio derivaba de suyo del carácter público de su titular), sino otros en los que lo determinante al respecto no es ya esa titularidad administrativa del servicio sino las notas objetivas de su prestación: al público y en condiciones de igualdad, continuidad, regularidad, asequibilidad y un régimen de excepción –plasmado, entre otros apartados, en el de la financiación del servicio– respecto del de las reglas de la competencia aplicable a los servicios prestados en régimen comercial. De ahí que hoy se reconduzcan a la noción de servicio público actividades –o algún segmento de éstas– prestadas en virtud de la libre iniciativa y responsabilidad del sector privado si concurren las citadas notas, como sucede con los denominados “servicios de interés general” y las actividades que conllevan “obligaciones de servicio público” (entre ellas el llamado “servicio universal”).

Esta expansión de la noción de servicio público, que ha dado mayor cabida en la prestación de actividades así calificadas al sector privado, se ha visto influida si no predeterminada por el Derecho comunitario europeo. Así ha sucedido en algunos sectores económicos (telecomunicaciones, energía, transporte, etc.) una vez decidida su liberalización (es decir, el cambio desde el anterior monopolio público sobre la actividad, a un régimen de libre iniciativa económica). Pues bien, la cuestión es si esa apuesta de la Unión Europea –ligada a la construcción de un efectivo mercado interior– por la liberalización y la competencia como principios del desarrollo de los servicios o, es más, las propias determinaciones del Derecho comunitario primario sobre éstos podrían afectar, en la misma línea, además de a los servicios económicos como los citados, a otros esencialmente no económicos, condicionando así su configuración. Una cuestión ésta sin duda de interés para el tema que nos ocupa.

1. Los servicios de interés económico general.

La noción que en el Derecho de la Unión sustancia en primer término la convencional de servicio público es la de “servicios de interés económico general” (SIEG)¹⁰⁵. El art. 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

¹⁰⁵ El TFUE utiliza también el término servicio público, pero sólo en el ámbito del transporte (art. 93) o fuera de este campo de modo muy ambiguo e impreciso.

(TFUE) (antiguo art. 86 TCE) establece: "Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada". La noción de SIEG recoge así los dos elementos objetivos característicos de la tradicional noción de servicio público: su finalidad (una misión de interés general) y su régimen (exorbitante y al margen del estricto mercado y las normas de la competencia). Esta última es la fundamental determinación del art.106.2 TFUE: que las empresas encargadas de la gestión de un SIEG sólo quedarán sujetas al cumplimiento de las normas de la competencia (y las relativas a las ayudas de Estado –art. 107 y ss. TFUE– en tanto que normas sobre competencia) en la medida que ello no impida el cumplimiento de la misión específica de interés general a ellas confiada; y todo ello al margen del carácter público o privado del organismo o empresa gestora de los SIEG o de la existencia o no de derechos exclusivos para el desarrollo del servicio de que se trate.

Los SIEG se perfilan así en el Derecho comunitario primario como solución de equilibrio entre el mercado y las reglas de la competencia, de una parte, y la eventual exclusión de estas reglas (incluidas las relativas a las ayudas de Estado) por razón del interés general de la misión específica de dichos servicios, de otra. Por ello el alcance efectivo del art. 106.2 TFUE sobre los SIEG encontró su piedra de toque en el momento en que a partir de 1990 y por imperativo del Derecho derivado, los servicios de algunos sectores económicos hasta entonces prestados con derechos exclusivos (en monopolio) por el sector público o por encomienda de éste fueron liberalizados para ser desarrollados en régimen comercial y en competencia por empresas privadas. Porque ¿cómo podría avenirse dicha liberalización con la exclusión de la libre competencia? Y sobre todo ¿era congruente la dinámica liberalizadora con la eventual exclusión de las reglas de la competencia y posible otorgamiento de ayudas públicas? El Derecho derivado encontró la salida a través de las llamadas "obligaciones de servicio público" a que, como expresión de la "misión específica de interés general" a cumplir en el sector de que se trate, quedaría sujeto el organismo o empresa gestora del servicio en virtud de las correspondientes Directivas sectoriales y, de modo más general, de la sucesión de instrumentos normativos¹⁰⁶ que han tratado de perfilar el régimen de los SIEG.

¹⁰⁶ Un análisis de esos instrumentos y su secuencia en J. PORRAS BELARRA, "El nuevo paquete modernizador del artículo 106 TFUE. Evolución y consolidación normativa en materia de SIEG", *Congreso sobre regulación y competencia en servicios de interés general*, Málaga, 23-24 de noviembre de 2012.

Como hitos más destacados en ese progresivo acotamiento del régimen de los SIEG cabe destacar, en una primera fase, anterior al Tratado de Lisboa de 2007, la Comunicación de la Comisión de 25 de septiembre de 1996 sobre los servicios de interés general en Europa, la actualización de esta Comunicación por la del mismo nombre de 2001¹⁰⁷, o el llamado “paquete modernizador” o “paquete Monti-Kroes” de 2005¹⁰⁸, además de diversas sentencias del Tribunal de Justicia, en especial la de 24 de julio de 2003 (sentencia *Altmark*¹⁰⁹). Todos ellos confirmando la discrecionalidad de los Estados miembros para determinar qué servicios pueden considerarse SIEG, así como la inaplicación, bajo ciertas condiciones, del régimen de las ayudas de Estado a la compensación pública por las obligaciones de servicio público anejas a dichos servicios.

2. Las novedades del Tratado de Lisboa: servicios de interés general económicos y no económicos.

Pero distando todavía el Derecho comunitario de establecer un concepto definido y positivo de los SIEG (y no sólo –desde el respeto a las definición que pudieran hacer los Estados miembros– meramente instrumental respecto de la aplicación de las normas de la competencia y las ayudas de Estado) tras el Tratado de Lisboa y sus novedades normativas se abrió una nueva fase al respecto. Así, el actual artículo 14 del TFUE (anterior art. 16 TCE) reconoce que los SIEG se encuentran entre los valores comunes de la Unión y su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, estableciendo que “la Unión y los Estados miembros con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido” y que “el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos... sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios”.

¹⁰⁷ DO C 281 de 26.9.1996 y DO C 17 de 19.1. 2001, respectivamente.

¹⁰⁸ Directiva 2005/81/ CE, por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia entre determinadas empresas; Decisión de la Comisión 2005/ 842/ CE, relativa a la aplicación del artículo 86, apartado 2, del tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general; y las Directrices (el llamado “marco comunitario”) sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público publicadas en el DO L 312 de 29.11. 2005.

¹⁰⁹ Esta sentencia estableció ciertos criterios que perfilaban el concepto de SIEG y bajo los cuales la compensación por la prestación de los SIEG no equivalía a ayuda de Estado.

Este artículo 14 TFUE se desarrolla por el Protocolo núm. 26 del propio TFUE, el cual especifica (art. 1º) que dentro de los valores comunes de la Unión respecto a los SIEG se incluyen el papel esencial y la amplia discrecionalidad de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los SIEG lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios, la diversidad de los SIEG y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las distintas situaciones geográficas, sociales y culturales, así como un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal¹¹⁰ y de los derechos de los usuarios¹¹¹. De esa manera, aunque el TFUE no incluya una expresa definición de los SIEG, sin embargo, a través del Protocolo núm. 26 viene a recoger tales notas definidoras de los mismos, las cuales, junto con las ya consolidadas del art. 106.2 TFUE (inaplicación de la normas de la competencia, entre ellas las relativas a las ayudas de Estado), primero, dan a los SIEG el mismo perfil objetivo que el de nuestra convencional noción de servicio público y, segundo, acotan así el marco comunitario de los SIEG, en el que, en cuanto a esos efectos del art. 106.2 TFUE, habrá de moverse la libertad de los Estados miembros para prestar, encargar, organizar y financiar los SIEG¹¹².

Hay que tener en cuenta, no obstante, por otra parte, que el Protocolo núm. 26 sobre el artículo 14 del TFUE establece en su art. 2 esta otra importante precisión: “Las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico”. Así pues, a diferencia de los servicios de interés general de carácter económico (en los que el art. 14 TFUE

¹¹⁰ Determinación esta acorde con el reconocimiento por el art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (aprobada en Niza en el año 2000, y ya con el mismo valor jurídico de los Tratados a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa): “La Unión reconoce y respeta el acceso a los SIEG, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la CE, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión”.

¹¹¹ Al respecto, LOURDES DE LA TORRE MARTÍNEZ, “Derecho Administrativo europeo derivado del Tratado de Lisboa: un nuevo fundamento jurídico en materia de servicios de interés económico general”, en A. BLASCO ESTEVE (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, INAP, 2011.

¹¹² En este sentido y subrayando el perfil de los SIEG derivado del Derecho primario (del art. 106.2 TFUE), la Directiva 2006/ 123, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, de libre prestación de servicios en el mercado interior (la “Directiva de servicios”), tras señalar en relación con el art. 14 TFUE una serie de excepciones, añade (en su punto expositivo 70): “A los efectos de la presente Directiva, y sin perjuicio del art. 16 del Tratado (actual 14), los servicios sólo pueden considerarse servicios de interés general si se prestan en ejecución de una tarea especial de interés público confiada al prestador por el Estado miembro en cuestión. Este encargo debe hacerse por medio de uno o varios actos, cuya forma ha de determinar el Estado miembro de que se trate, y debe precisar la naturaleza concreta de la tarea especial”.

somete la libertad de los Estados miembros para prestar, encargar y financiar esos servicios a los principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que establezcan el Parlamento y el Consejo), en los servicios de interés general de carácter no económico los Estados tienen un mayor –casi exclusivo– margen de discrecionalidad, pues las disposiciones del Tratado no condicionarán en modo alguno su competencia para prestarlos, encargarlos y organizarlos.

De esta manera el Derecho primario viene a configurar una noción genérica de “servicios de interés general”, a su vez comprensiva tanto de los SIEG como de los “servicios de interés general de carácter no económico”. Claro está que, siendo así, la cuestión central estriba en discernir cuando determinados servicios se consideran SIEG y cuando servicios de interés general de carácter no económico (SIGNE), algo que ha sido precisado por el Derecho derivado según vamos a ver.

3. El Derecho derivado y el “nuevo paquete armonizador”.

Tras el Tratado de Lisboa, en particular a partir de 2009, la Unión Europea, reconociendo el papel fundamental de los servicios de interés general, tanto económicos como no económicos, quiso reunir en un único marco el conjunto de medidas aplicables a los mismos con el fin de que “el marco reglamentario a escala de la Unión Europea siga consolidando la dimensión social del mercado único para tener mejor en cuenta la naturaleza específica de estos servicios y hacer frente al reto de prestarlos de tal manera que incorporen los valores de calidad, seguridad y asequibilidad, igualdad de trato, acceso universal y derechos de los usuarios”. Así se manifestaba la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones “Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa”*, Bruselas 20.12.2011, COM (2011) 900 final, cuyas líneas de actuación¹¹³ en lo que respecta a la revisión de las normas sobre ayudas estatales y compensación por prestación de los SIEG fueron puestas en práctica a través del llamado “nuevo paquete armonizador”.

¹¹³ Aumentar la claridad y la seguridad jurídica con la revisión de las normas sobre ayudas estatales a los SIEG; reformar las normas sobre contratación pública y concesiones; garantizar el acceso a determinados servicios esenciales (servicios postales, bancarios básicos, transporte, energía, y comunicaciones electrónicas); y fomentar la calidad en el ámbito de los servicios sociales.

En este último ámbito la Comunicación se limita a dar cuenta de los informes bienales de la Comisión sobre lo que llama “servicios sociales de interés general” (SSIG) publicadas en 2008 y 2010; la organización de foros al efecto; del propósito de elaborar antes de la conclusión de 2013 un informe sobre la aplicación de las normas de la unión a este tipo de servicios; así como del fomento de la calidad de los mismos a través de la financiación de determinados programas, entre otras acciones.

La Comunicación incluye, no obstante, unas ilustrativas precisiones conceptuales. Reconociendo la falta de claridad terminológica existente en relación con los servicios de interés general, y manifestando es-

Para ello y desde la voluntad de la UE de apoyar servicios públicos de calidad, pero también de que las empresas a las que se les encomienden no obtengan compensaciones excesivas al efecto, reitera la discrecionalidad de los Estados miembros para definir, prestar, organizar y financiar los SIEG, pero también que la Comisión debe velar por que la financiación pública otorgada para su prestación no falsee la competencia en el mercado interior. En ese contexto —y esto es lo más relevante a nuestros efectos— clarifica los conceptos que permiten la aplicación del Derecho comunitario en este ámbito, precisa el régimen de los SIEG y especifica algunos servicios de interés general que por no tener carácter económico quedan excluidos del régimen de los SIEG, como también algunos servicios sociales que, aun caracterizados como SIEG, sin embargo, quedan exentos de la obligación de notificación previa a la Comisión de las compensaciones públicas otorgadas a su gestores por el cumplimiento de su específica misión.

El “nuevo paquete armonizador” lo integran cuatro instrumentos: la *Comunicación 2012/ C 8/02, de la Comisión, de 20 de diciembre de 2011, relativa a la aplicación de las normas de la Unión en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general (DO C8 de 11.1.2012)* (en adelante, la *Comunicación*)¹¹⁴; la *Decisión 2012/ 21/ UE, de la Comisión, de 21 de diciembre de 2011, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106.2 del TFUE, a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (DO L7 de 11.1.2012)* (en

tar vinculada al respecto por lo establecido por el Derecho primario y su interpretación jurisprudencial, acota los siguientes conceptos básicos: *Servicios de interés general (SIG)*: Aquellos que las autoridades públicas de los Estados miembros califican como de interés general y por tanto están sujetos a obligaciones específicas de servicio público (OSP). El término engloba tanto las actividades económicas (SIEG) como los servicios no económicos. Respecto de estos últimos señala: no están sujetos a una legislación específica de la UE y no están cubiertos por el mercado interior ni por las normas de la competencia del Tratado, aunque algunos aspectos de la forma en que estos servicios están organizados, como el principio de no discriminación, pueden estar cubiertos por otras normas del Tratado. *Servicios de interés económico general (SIEG)*: Actividades económicas que producen resultados en áreas del bien público general y que el mercado no realizaría (o lo haría en condiciones distintas por lo que respecta a la calidad, seguridad y asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal) sin una intervención pública. Implican la encomienda de una misión de servicio público con OSP mediante su atribución sobre la base de un criterio de interés general que garantice que el servicio se presta en condiciones que le permitan desempeñar tal misión. *Servicios sociales*: Incluyen una serie de servicios esenciales prestados directamente a las personas (por ejemplo, los regímenes de seguridad social) con un contenido preventivo y de cohesión e inclusión social. Conforme a la jurisprudencia, algunos servicios sociales no son actividades económicas (por ejemplo, esos regímenes de seguridad social), pero el carácter social de un servicio no es suficiente para clasificarlo como “no económico”. Pueden por tanto haber servicios sociales de interés general económico y no económico.

¹¹⁴ Aclara determinados conceptos básicos sobre los SIEG y las ayudas estatales a los mismos, recogiendo los oportunos criterios de la jurisprudencia en los términos que veremos.

adelante, la Decisión)¹¹⁵; la *Comunicación de la Comisión por la que se establece el Marco de la UE sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público* (DO C8 de 11.1.2012)¹¹⁶; y el *Reglamento UE 360/2012, de la Comisión, de 25 de abril de 2012, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 TFUE a las ayudas de minimis concedidas a empresas que presten SIEG* (DO L 114, de 26.4.2012)¹¹⁷.

De estos cuatro instrumentos nos interesa en particular lo establecido en la Comunicación y en la Decisión.

1. La Comunicación tiene por objeto aclarar los conceptos clave subyacentes a la aplicación de las normas sobre compensaciones por servicio público y por ende establecer los requisitos de las ayudas estatales para dichas compensaciones. Esa aclaración de conceptos resulta fundamental por lo que ahora nos interesa: la diferenciación entre los SIEG y los SIGNE.

a) La Comunicación explicita que los SIEG se enraízan en los valores compartidos de la Unión, que pueden ser prestados por empresas públicas o privadas, bien sin aportación financiera pública o con esa aportación financiera al prestador, y que los Estados miembros son en principio libres para determinar cómo deben organizarse y financiarse sus SIEG. Pero sobre esta base (y a partir de la jurisprudencia comunitaria) nos precisa –en esencia a efectos del régimen de las ayudas de Estado– cuando nos encontramos ante un SIEG y su marco comunitario.

Un SIEG debe ser prestado por una empresa. Entendiendo por ésta “una entidad que ejerce una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación”, y por actividad económica “cualquier actividad consistente en ofrecer bienes y servicios en un determinado mercado”. Todo ello teniendo en cuenta que la existencia de un mercado para determinados servicios depende de cómo se organicen dichos servicios en el Estado miembro.

¹¹⁵ Especifica las condiciones en las cuales las compensaciones por servicio público son compatibles con el TFUE y quedan eximidas de su previa notificación a la Comisión; amplía el alcance de la exención para algunos servicios sociales; reduce el umbral económico para otras medidas que no tendrán que ser comunicadas a la Comisión; y establece mayores exigencias de transparencia en la atribución de la misión de servicio público de los SIEG y de las compensaciones.

¹¹⁶ Es el llamado “Marco revisado”. Establece las condiciones en las que las ayudas estatales a los SIEG no cubiertas por la decisión, pueden ser declaradas compatibles; introduce el requisito de consulta previa –para conocer los intereses de los usuarios– antes de atribuir a un operador la misión de servicio público, así como una nueva metodología para calcular el monto (coste neto más un beneficio razonable) de la compensación.

¹¹⁷ Exime de la notificación previa a la Comisión ciertas ayudas y subvenciones de menor cuantía.

bro en cuestión (de modo que la naturaleza económica o no de un servicio puede variar de un Estado miembro a otro)¹¹⁸.

b) Al depender la distinción entre servicios económicos y no económicos de las peculiaridades de cada Estado miembro, no es posible establecer a priori una lista de actividades no económicas, pero sí aclararla respecto de algunos ámbitos importantes. La Comunicación precisa así, partiendo de la jurisprudencia, que no constituyen actividad económica (consecuentemente no serán SIEG a los efectos de la aplicación de las normas de la competencia, y ex art. 2 del Protocolo 26 del art. 14 TFUE quedarán ajenos a la aplicación de las reglas de los Tratados) las actividades de *ejercicio de autoridad pública*¹¹⁹; la *educación*¹²⁰; la *seguridad social*¹²¹; y la *asistencia sanitaria*¹²².

En relación con esta última, la Comunicación recoge unas consideraciones de interés. En la Unión los sistemas de asistencia sanitaria varían de un Estado miembro a otro y el grado en que los distintos prestadores de asistencia sanitaria compiten entre sí en un entorno de mercado depende de las particularidades nacionales.

En efecto, “en algunos Estados miembros los hospitales públicos son parte integrante de un servicio nacional de salud y están basados casi en su totalidad en el principio de solidaridad (la Comunicación expresamente se refiere a que el ejemplo más destacado es el SNS español). Estos hospitales se financian directamente con las cotizaciones a la seguridad social y otros recursos del Estado y prestan sus servicios gratuitamente a sus afiliados sobre la base de una cobertura universal. El Tribunal de Justicia y el Tribunal General han confirmado que cuando existe una estructura de este tipo, las entidades en cuestión no actúan como empresas” (en este caso, en función de las características del sistema, el cobro sólo de una pequeña parte del verdadero coste del servicio puede no afectar a su clasificación como no económico). Por lo demás, “cuando exista la citada estructu-

¹¹⁸ Núms. 1, 2, 8 y 12 de la Comunicación.

¹¹⁹ Ejército, policía, seguridad y control de la navegación aérea y marítima, vigilancia contra la contaminación y ejecución de penas en prisión. Núm. 16 de la Comunicación.

¹²⁰ Núms. 26–30 de la Comunicación.

¹²¹ La Comunicación, con la jurisprudencia, distingue en la seguridad social entre los regímenes de solidaridad y regímenes económicos. Los primeros, tales por ser de afiliación obligatoria, tener un fin exclusivamente social, no tener ánimo de lucro, ser sus prestaciones independientes de la cuantía de las cotizaciones, estar sometido el régimen a control del Estado. Se consideran, por su parte, regímenes económicos los caracterizados por la afiliación facultativa, el principio de capitalización (el derecho a prestaciones depende de las cotizaciones), su carácter lucrativo y la existencia de prestaciones complementarias de un régimen básico. Núms. 17–19 de la Comunicación.

¹²² Núms. 22–25 de la Comunicación.

ra, incluso actividades que en sí mismas podrían ser de naturaleza económica, pero se ejercen meramente con fines de prestar otro servicio no económico, no son de naturaleza económica. Una entidad que compra un producto, incluso en grandes cantidades, con la finalidad de ofrecer un servicio no económico no actúa como empresa por el simple hecho de que se comporte como un comprador en el mercado”.

En resumen, en este caso, al no haber actividad económica, el servicio es de carácter no económico, quedando por ello (ex art. 2 del protocolo 26), para su organización, prestación y financiación, excluido de las disposiciones del Tratado y por tanto de las previsiones sobre la competencia, las ayudas de Estado, etc.

Por el contrario, “en muchos otros Estados miembros, los hospitales y prestadores de asistencia sanitaria ofrecen sus servicios a cambio de una remuneración, ya sea directamente de los pacientes o de su seguro. En estos sistemas existe cierto grado de competencia entre hospitales en lo referente a la prestación de los servicios de asistencia sanitaria. Cuando es ese el caso, el hecho de que un servicio sanitario sea prestado por un hospital público no es suficiente para que la actividad no se considere económica”. Podemos decir, pues, por nuestra parte, que en este caso habrá actividad económica, por lo que los servicios de asistencia sanitaria (si tienen confiada por la autoridad pública una misión de servicio público) no quedarán excluidos de su consideración como SIEG, sino sujeto a sus reglas (excepción de las normas de la competencia en cuanto a dicha misión y posibilidad de compensación por el servicio público en los términos previstos para los SIEG). Lógicamente, si la empresa prestadora no tuviera esa encomienda de servicio público quedaría estrictamente sujeta a las normas de la competencia y de las ayudas de Estado, al igual que los “servicios de asistencia sanitaria prestados por médicos independientes y otros profesionales privados a cambio de una remuneración asumiendo su propio riesgo” (que) “deben considerarse una actividad económica”.

c) Hechos los anteriores distingos entre servicios económicos (si son de interés general, SIEG) y servicios no económicos (excluidos éstos de las reglas del Tratado), la Comunicación precisa el régimen de los primeros y cuando las ayudas de Estado a éstos en forma de compensación por servicio público tienen el carácter de compatibles con dichas reglas. En síntesis, los SIEG son servicios de naturaleza económica pero con un régimen especial derivado del art. 106.2 TFUE (aplicación a los mismos de las normas de la competencia y las ayudas de Estado sólo en cuanto ello no impida el cumplimiento de la misión específica de servicio público que tengan atribuida): los Estados miembros tienen amplia competencia para definir un servicio como SIEG y otorgar la correspondiente compensación financiera a su proveedor, y la Comisión, por su parte, la tiene para, a efectos del

régimen de las ayudas de Estado, comprobar esa definición y la evaluación de la compensación¹²³.

Todo ello teniendo como referencia lo establecido al respecto por el Derecho comunitario y en concreto los requisitos que, establecidos por la sentencia *Altmark* (para entender que la compensación por servicio público no constituía en sí misma una ayuda de Estado al no suponer una ventaja competitiva y consecuentemente no estar sujeta al art. 107.1 TFUE), la Comunicación concreta sistemáticamente (sustanciando así las características de los SIEG)¹²⁴: existencia de una “misión de SIEG” (la “misión específica de servicio público” a que se refiere el art. 106.2 TFUE)¹²⁵ atribuida a las empresas encargadas de su gestión (los Estados miembros pueden vincular obligaciones específicas a dichos servicios); los servicios que se clasifiquen como SIEG deben estar destinados a los ciudadanos o ser de interés para la sociedad en su conjunto; debe haber un acto de atribución de esa misión de servicio público por parte del Estado miembro a las empresas en cuestión (dicha atribución se realizará mediante acto legislativo o regulador o un contrato –incluyendo las especificaciones correspondientes– que defina las obligaciones de la empresa y de la autoridad); los parámetros para el cálculo de la compensación deben haberse establecido previamente de forma objetiva y transparente con el fin de garantizar que no confieren una ventaja económica respecto a las empresas competidoras; y el proveedor del SIEG debe seleccionarse mediante un procedimiento de contratación pública o de una evaluación comparativa con una empresa media bien gestionada y equipada. Si estos requisitos no se cumplen, las compensaciones constituirían ayudas de Estado y estaría sujetas a los arts. 93, 106, 107 y 108 TFUE.

2. Por su parte, la Decisión establece –desde la voluntad de flexibilizar, para su impulso, el régimen de los SIEG– las condiciones en que las ayudas estatales consistentes en la compensación a un SIEG no están sujetas a la obligación de notificación previa a la Comisión establecida en el art. 108.3 TFUE, por consi-

¹²³ “Al no existir unas normas de la Unión que definan el alcance de la existencia de un SIEG, los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de definir un determinado servicio como SIEG y de conceder una compensación al proveedor del servicio. Por su parte las competencias de la Comisión al respecto se limitan a comprobar si el estado miembro ha incurrido en error manifiesto al definir el servicio como SIEG y al evaluar la ayuda estatal contenida en la compensación. Cuando existan normas específicas de la Unión, el margen de apreciación de los Estados está aun más vinculado a esas normas, sin perjuicio del deber de la Comisión de realizar una evaluación sobre si el SIEG ha sido definido correctamente a efectos del control de las ayudas estatales”. Núm. 46 de la Comunicación.

¹²⁴ Núms. 45 a 77 de la Comunicación.

¹²⁵ “El encargo de una misión específica de servicio público implica la prestación de servicios que una empresa, si considerase exclusivamente su propio interés comercial, no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones”. Núm. 47 de la Comunicación.

derarse compatibles con el mercado interior y el art. 106.2 TFUE. Exime así de dicha exigencia determinados supuestos: con carácter general, las ayudas estatales en forma de compensaciones para la prestación de SIEG que no superen un importe anual de 15 millones de euros en ámbitos que no sean los transportes y las infraestructuras de transporte; y con carácter sectorial, además de las compensaciones por prestación a SIEG en lo relativo a determinadas conexiones aéreas o marítimas con islas y a los puertos y aeropuertos, la compensación por la prestación de SIEG por los hospitales que presten atención médica y, cuando proceda, servicios de urgencia (el desempeño de actividades accesorias directamente relacionadas con las actividades principales, especialmente en el campo de la investigación, no impedirá, no obstante, la aplicación de esta determinación), así como por la prestación de SIEG que atiendan necesidades sociales en lo relativo a la asistencia sanitaria, asistencia de larga duración, asistencia infantil, acceso a la reintegración en el mercado laboral, viviendas sociales y protección e inclusión social de los grupos vulnerables (art. 2º, b y c de la Decisión).

4. El régimen comunitario de los servicios y la asistencia sanitaria.

Llegados aquí y sobre la base de lo expuesto, podemos resumir cómo se sitúa la asistencia sanitaria dentro de las previsiones del Derecho comunitario sobre los servicios.

Los hospitales públicos —y entiendo que las demás instituciones, entidades y centros de asistencia sanitaria— que sean parte integrante de un “servicio nacional de salud”, en tanto que sistema basado en el principio de solidaridad (caracterizado por su financiación directa con cotizaciones a la seguridad social y otros recursos del Estado, la gratuidad de las prestaciones y la cobertura universal, entre otros datos que ya hemos visto), al no actuar como empresas, quedan excluidos de la noción de actividad económica (exclusión que alcanza también a las actividades económicas instrumentales para su finalidad de prestar asistencia sanitaria). Por ello no se les aplican las normas del Tratado relativas a la competencia y las ayudas de Estado (por ello ni siquiera las previsiones que modulan la aplicación de dichas normas a los SIEG). Ello no prejuzga que dicha asistencia sanitaria, aun excluida en este caso de la consideración de actividad económica y con las citadas consecuencias, no deba cumplir otras disposiciones del Derecho de la Unión, en concreto una eventual regulación sectorial específica y las disposiciones sobre la contratación pública (si estas últimas les resultaran inaplicables —es el caso, por ejemplo, de las concesiones de servicios y contratos de servicios del Anexo II B de la Directiva 2004/ 18/ CE—, la adjudicación deberá, no obstante, respetar los principios de igualdad, transparencia y proporcionalidad)¹²⁶.

¹²⁶ Núm. 5 de la Comunicación 2012/ C 8/02, de la Comisión, relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones por la prestación de SIEG.

Por el contrario, si se trata de hospitales y prestadores de asistencia sanitaria que ofrecen sus servicios a cambio de remuneración, ya sea directamente de sus pacientes o de su seguro, con un grado de competencia entre hospitales en las prestaciones de los servicios de asistencia sanitaria, la actividad se considera económica (en un sistema tal, a ello no obsta que un servicio sanitario sea ofrecido por un hospital público) y consecuentemente se les aplicarán las normas sobre competencia y ayudas de Estado. Lógicamente, salvo que constituyan un SIEG, es decir, que la actividad se preste en virtud de la atribución por la autoridad pública de una misión de servicio público, supuesto éste en que, aunque el Estado miembro tiene discrecionalidad para organizar y financiar dicho SIEG, tales servicios quedan sujetos a la supervisión de la Comisión en cuanto al cumplimiento de los requisitos que los excepcionan del estricto cumplimiento de las normas de la competencia y las ayudas de Estado en lo que respecta a las compensaciones financieras públicas para el cumplimiento de dicha misión. Una supervisión que, excluida la obligada comunicación previa a la Comisión de dichas compensaciones, se articulará “ex post”¹²⁷.

VI. CONCLUSIONES

Siguiendo el mismo criterio expositivo con que justificábamos este trabajo (reforma de la asistencia sanitaria, formas para su gestión, marco europeo de referencia, y su mutua imbricación), vamos a acabar con unas conclusiones al respecto.

1. La reforma sanitaria efectuada por el Real Decreto Ley 16/ 2012, con su nueva definición del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria y de las prestaciones, y la introducción del copago en algunas de ellas, se aparta del modelo hasta ahora vigente basado en el principio de solidaridad (y caracterizado por la universalidad, gratuidad y financiación con cargo a impuestos).

El eje para la cobertura de la asistencia sanitaria por el SNS es ahora en esencia el de “aseguramiento” por alta en la Seguridad Social y en otro caso el correspondiente convenio, oneroso para el interesado, con la Tesorería General de ésta, aunque ciertamente se prevea la cobertura “ex lege” para una serie de supuestos de no aseguramiento (menores, urgencias, etc.). Prueba de ello es el control estatal que se instaura, a través del INSS, para el reconocimiento de la con-

¹²⁷ Por previsión de la Decisión 2012/ 21/ UE, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106.2 TFUE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas de gestión de SIEG, a cuyas previsiones a tales efectos deberán, no obstante y por ello mismo, sujetarse.

dición de “asegurado” y sus variaciones, y del que depende la expedición de la tarjeta sanitaria del SNS por las Comunidades Autónomas. Por otra parte, y dentro de la cobertura así definida, el Real Decreto Ley distingue entre prestaciones gratuitas (las de la cartera común del SNS “básica”) y las que precisan de aportación del interesado (las de las carteras de “servicios complementarios” –prestación farmacéutica, ortoprotésica, transporte sanitario no urgente, etc.– y “servicios accesorios” –las de apoyo a los enfermos crónicos, por ejemplo–), cierto que en este caso también con las oportunas mitigaciones y exenciones.

Esa ruptura con las notas de universalidad y gratuidad es lo que subyace a la reacción contraria por parte de algunas Comunidades Autónomas que han recurrido el Real Decreto Ley ante el Tribunal Constitucional o, como la vasca y la navarra, han mantenido –para su ámbito territorial– esa universalidad con diversas soluciones, a su vez recurridas por el Gobierno de la Nación¹²⁸. Sin duda esta cuestión, y otras con las que está imbricada (¿es ello respetuoso con el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 CE? ¿hasta donde alcanza éste? ¿está sujeta su configuración legal en todo caso y como principio prevalente al de estabilidad presupuestaria?) podrán ser clarificadas por el Tribunal Constitucional. Aun así, es claro que, fundado en argumentos de carácter presupuestario-financiero, el Real Decreto Ley 16/2012 ha llevado a cabo una reforma estructural del SNS con la que éste adquiere un perfil distinto del que hasta ahora presidía la cobertura sanitaria pública en nuestro país.

2. No todas las Comunidades Autónomas se han distanciado de las estrictas previsiones del Real Decreto Ley 16/2012 por ese motivo. Otras lo han hecho con una aplicación expansiva del mismo, por ejemplo, incrementando la exigencia del copago para algunas prestaciones, en concreto la farmacéutica ambulatoria en la forma de una tasa por receta. En ambos casos como consecuencia de la peculiaridad de nuestro SNS y su asentamiento en las competencias en materia de sanidad descentralizadas por Comunidades Autónomas. Este hecho, unido a su potestad de autoorganización, había dado lugar ya antes de esta reforma sanitaria a un abanico muy diversificado de formas de gestión de la asistencia sanitaria pública en una u otra Comunidad Autónoma (gestión directa indiferenciada o mediante entidades públicas instrumentales con régimen de Derecho público o privado e indirecta por el sector privado mediante convenios y concier-

¹²⁸ El recurso del Gobierno es bien expresivo de su voluntarismo y convicción sobre el fondo de la reforma sanitaria si tenemos en cuenta, al margen de que lógicamente el mismo pretenda que la normativa estatal básica se cumpla en sus términos, que la fórmula para mantener esa universalización utilizada, por ejemplo, por Navarra (la aplicación de un régimen de aportación a los colectivos excluidos de la cobertura por “aseguramiento” establecida por el Real Decreto Ley 16/2012) tiene analogías con el convenio específico con la Tesorería General de la Seguridad Social que dicho Real Decreto Ley contempla.

tos), pero coincidiendo con la reforma se ha enfatizado por algunas de ellas la de la llamada concesión sanitaria (gestión por el sector privado, pero de hospitales y centros sanitarios públicos). Lo que abre la hipótesis de una futura expansión de esta forma de gestión para la asistencia sanitaria pública.

Es claro que ésta, para seguir siendo tal, deberá garantizar el mantenimiento de las notas objetivas de todo servicio público, pero no es menos cierto que la expansión de esa fórmula alteraría, también desde esta perspectiva de las formas de gestión, el perfil del modelo sanitario público hasta ahora vigente, lo que, unido a otras circunstancias concomitantes (bien expresadas por ejemplo en la reciente reforma del sistema sanitario de la Comunidad Autónoma de Madrid: jubilación de personal estatutario, y sin embargo nombramiento de este personal con carácter temporal y parcial, e incentivación de que los propios profesionales del Servicio Madrileño de Salud se hagan cargo de la gestión sanitaria pública a través de sociedades privadas) parece encaminar nuestro modelo de SNS –aunque sea de modo territorial y organizativamente asistemático– hacia otro modelo diferente y con un peso ponderado creciente de lo privado.

Si fuera así y esa línea expansiva de la llamada externalización de la gestión sanitaria pública llegara a cuajar de modo significativo en el conjunto del SNS, no podríamos desconocer el resultado final a que nos habría conducido la peripécia de nuestra asistencia pública en los últimos años: la misma habría pasado, primero y en su momento, con su descentralización, del INSALUD a las Comunidades Autónomas (a sus respectivos Servicios de Salud), y ahora, desde éstos y mediante la peculiar concesión sanitaria, a su gestión por el sector privado. De ser así el papel de la Administración en dicha asistencia podría quedar en esencia reconducido al de la pura gestión financiera global, al modo de un banco, que a nivel central, el estatal, recauda los ingresos fundamentalmente por la vía de las cuotas de la seguridad social y efectúa las correspondientes transferencias a las Comunidades Autónomas, para que éstas a su vez satisfagan a los gestores privados el oportuno canon previsto en las concesiones sanitarias (y ello si es que, hipotéticamente y en un paso más de esa secuencia progresiva, el horizonte final no nos acabara deparando el pago directo del servicio por el paciente usuario o su seguro al concesionario en cuanto gestor éste del servicio público o, llegado el caso, como proveedor directo de unas prestaciones que eventualmente pudieran dejar de tener ese carácter).

3. Ante el distanciamiento de nuestro modelo de asistencia sanitaria pública del hasta ahora vigente y no menos estas últimas conjeturas ¿supone el Derecho de la Unión Europea un impedimento al efecto o más bien un factor que las favorezca?

El Derecho comunitario es respecto de esa cuestión absolutamente posibilista, al admitir para la asistencia sanitaria –como en principio para cualquier servicio– uno u otro tipo de modelo. Ahora bien, con implicaciones distintas según uno u otro supuesto, atendiendo al dato que puede justificar su primacía en el ámbito de la prestación de servicios (la aplicación de las normas de la competencia y las ayudas de Estado). Si el modelo del Estado miembro responde a un modelo de solidaridad (de un “sistema nacional de salud”) caracterizado por las notas a que hemos pasado revista, el mismo, por no ser considerada su actividad como económica, queda exonerado sin más de tales normas, siendo las decisiones del Estado miembro en cuanto a la organización, prestación y financiación del sistema absolutamente libres respecto del Derecho comunitario. Por su parte, si el modelo de asistencia sanitaria no responde a esas notas, caracterizándose aquella consecuentemente como una actividad económica, aun así podría ser calificado como un servicio de interés económico general, SIEG, si el organismo o empresa responsable tiene encomendada por la autoridad pública la asistencia sanitaria que gestiona o presta, o diversos segmentos de ésta, como un servicio público, en cuyo caso podría recibir las correspondientes compensaciones financieras públicas por la prestación del mismo, incluso sin necesidad de comunicar a la Comisión europea con carácter previo dicha compensación; pero, eso sí, sujetándose a los requisitos establecidos a tal fin por el Derecho comunitario derivado (necesaria atribución por la Administración de esa misión, sujeción de la compensación al coste del servicio más un beneficio razonable, y control ex post de la Comisión).

Nuestro SNS antes del Real Decreto Ley 16/ 2012 se ajustaba con claridad al primer modelo (al punto de ser citado expresamente por el propio Derecho derivado como prototipo del mismo). Tras el Real Decreto Ley, sin embargo (por la pérdida de su universalidad subjetiva estricta y la diferenciación entre prestaciones básicas y las suplementarias y accesorias, sujetas las últimas a copago o pago, entre otros datos), el sistema se acerca si es que no se identifica con el segundo modelo. Aun así, y no obstante el anterior distingo, dada la discrecionalidad que el Derecho comunitario otorga a los Estados miembros para la configuración de los SIEG, nada impide que el ordenamiento español opte por uno u otro modelo para regular la asistencia sanitaria, y configurar la asistencia sanitaria pública como de gestión pública directa o indirecta, y en este caso concesional o bajo otras formas (y hasta su despublicación para su desarrollo conforme a la libre iniciativa privada con en su caso “obligaciones de servicio público” objeto de compensación financiera).

Conviene en todo caso –como dato sobre los principios que inspiran el devenir del Derecho comunitario en materia de servicios de interés general– reparar en el criterio sobre los servicios de este carácter pero de naturaleza económica

(donde, como hemos visto, quedaría incluida la asistencia sanitaria en el segundo modelo comentado) y sus implicaciones de que parte el Derecho comunitario: “Dado que muchos de estos servicios son de naturaleza económica, se les aplican las normas sobre mercado interior y competencia en la medida en que la aplicación de dichas normas no se opone a la ejecución, de hecho o de derecho, de las tareas concretas que tiene atribuidas”(…) “Si bien algunos interesados están preocupados por el impacto de estas normas en los servicios, en particular en los servicios sociales, la Comisión está convencida de que pueden aplicarse de tal modo que tengan en cuenta las necesidades específicas y mejoren la prestación de los servicios”¹²⁹. Como también, y ante la conjetura de una expansión de la prestación o gestión privadas de la asistencia sanitaria, en esta otra determinación que acota la discrecionalidad de los Estados miembros para la configuración de los servicios como SIEG: “La Comisión considera que no sería adecuado vincular obligaciones específicas de servicio público a una actividad que ya efectúan, o pueden efectuar satisfactoriamente y en condiciones, tales como el precio, las características de calidad objetivas, la continuidad y el acceso al servicio acordes con el interés público, definido por el Estado, empresas que operan en condiciones normales de mercado”¹³⁰.

¹²⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa. Bruselas, 20.12.2011 COM (2011) 900 final, 3.

¹³⁰ Comunicación 2012/ C 8/02, de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general (DO C 8/4, del 11.1.2012., núm. 48).