

"LA ASISTENCIA SANITARIA EN ESPAÑA, ESPECIAL REFERENCIA A LA PRESTACIÓN SANITARIA A LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR DESPUES DE LA MODIFICACIÓN OPERADA POR EL REAL DECRETO-LEY 16/2012"

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración

Fecha de finalización del trabajo: Marzo 2016

INDICE

RESUMEN

- 1. MENCIÓN BREVE SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL ASEGURAMIENTO SANITARIO EN EL SISTEMA ESPAÑOL**
 - 2. ASISTENCIA SANITARIA: ASEGURADOS, BENEFICIARIOS Y PERSONAS EXCLUIDAS (ACCESO AL SERVICIO SANITARIO CON LA CONDICIÓN DE PACIENTE PRIVADO)**
 - 2.1 Asistencia sanitaria**
 - 2.2 Supuestos de acceso al servicio público de salud: asegurado, beneficiarios y usuarios sin derecho**
 - 2.3 "Pacientes privados" del servicio público de salud**
 - 2.4 Otros supuestos: ciudadanos de la Unión Europea, refugiados o asilados**
 - 3. RÉGIMEN DEL ASEGURAMIENTO SANITARIO DE LOS EXTRANJEROS ANTES Y DESPUES DE LA APROBACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 16/2012**
 - 3.1 Regulación anterior a la reforma operada por el Real Decreto-ley 16/2012**
 - 3.2 Regulación posterior a la reforma operada por el Real Decreto-ley 16/2012**
 - 3.3 El convenio especial de prestación de asistencia sanitaria**
 - 3.4 Regulación de las Comunidades Autónomas**
 - 4. ANÁLISIS CRÍTICO-JURÍDICO DE LA REFORMA Y SUS EFECTOS**
 - 4.1 Críticas de la reforma**
 - 4.2 Críticas a la reforma**
 - 4.3 Conclusión**
-

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza brevemente la evolución histórica y normativa del aseguramiento sanitario en el sistema jurídico español con el objetivo de definir a continuación diversos conceptos esenciales para delimitar los supuestos de acceso al servicio público de salud. Algunos de estos conceptos serían: asistencia sanitaria, universalidad, condición de asegurados, beneficiarios y usuarios sin derecho a la asistencia con cargo a fondos públicos. Desde esta perspectiva se analiza el acceso de los usuarios a la asistencia sanitaria con especial atención a la figura del acceso como “paciente privado” al servicio público de salud y sucintamente se analiza la figura del reintegro del gasto sanitario a terceros obligados.

Establecidos los conceptos generales básicos se procedió al estudio del acceso de la asistencia sanitaria de los inmigrantes en situación irregular antes y después de la promulgación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, con mención al nuevo convenio especial de prestación de asistencia sanitaria como vía de los diversos colectivos no cubiertos para el acceso a dicha prestación.

A continuación se menciona la regulación de las Comunidades Autónomas dictada con posterior a la reforma y se realiza un breve análisis del reparto competencial en la materia.

Finalmente se exponen el conjunto de críticas jurídicas que se han realizado, por un lado en la propia reforma y por otro las vertidas en contra de la reforma.

1. MENCIÓN BREVE SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL ASEGURAMIENTO SANITARIO EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Antes de comenzar a tratar algunos aspectos concretos de la prestación de la asistencia sanitaria y el derecho a acceder a ella de determinados colectivos, procederá hacer un estudio de los orígenes y evolución del sistema sanitario español en relación con lo que llamaremos el “aseguramiento sanitario” y sus asegurados, beneficiarios y personas excluidas de tal prestación. Veremos también cuales son las consecuencias de tal exclusión en relación con los colectivos de inmigrantes y personas extranjeras en situación irregular.

Respecto al sistema sanitario español podemos referir algunos **antecedentes** frustrados como el proyecto de Código Sanitario de 1822, en plena etapa codificadora, u otros materializados como la Ley de 28 de noviembre de 1855 y el Real Decreto de 12 de enero de 1904 que aprueba la Instrucción General de Sanidad y que vienen a organizar institucionalmente el sistema sanitario como antecedentes de la actual estructura. No obstante, será en el año 1942 cuando surge el primer antecedente de aseguramiento sanitario obligatorio relevante, mediante la Ley de 14 de diciembre; en esta norma se constituye el Seguro Obligatorio de Enfermedad (SOE en adelante), cuya gestión dependía del Instituto Nacional de Previsión y consistía en un sistema de cobertura de los riesgos sanitarios sustentado por aportaciones provenientes de cuotas vinculadas al trabajo, y que se desarrolló enormemente como consecuencia del proceso paulatino de expansión económica producido entre los años cincuenta y setenta. El SOE era un seguro

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

exclusivamente sanitario¹ que resultaría reestructurado por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo que aprobaba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en el que comienza a cristalizar el actual sistema de Seguridad Social dentro de su esquema de “Seguro Sanitario”.

Se promulgarían otras normas con cierta incidencia en el sistema sanitario como la Ley de Bases de 1944; pero será la **Constitución Española** (CE en adelante) la que vendría a trastocar todo el panorama imponiendo la necesidad de realizar modificaciones legales y estructurales en los años posteriores, debido principalmente al reconocimiento de derechos como la protección de la salud (Art. 43 CE) y la obligación de los poderes públicos de implementar políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración en relación con los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada (Art. 49 CE) y, particularmente, la creación del “estado de las autonomías” que vendrá a cambiar el todo el esquema administrativo y organizativo en España.

Ya en este marco constitucional, la **Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad** vino a dar respuesta a la nueva estructura planteada creando el Sistema Nacional de Salud (SNS en adelante) concebido como el conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas convenientemente coordinados. En el SNS se integran todas las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos para el efectivo cumplimiento del derecho a la protección de la salud.

El Sistema Nacional de Salud queda configurado por el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, bajo cuya responsabilidad se ordena la actuación de todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cuales quiera otras Administraciones Territoriales Intracomunitarias.

Al amparo de las previsiones constitucionales y de los respectivos estatutos de autonomía, todas las Comunidades Autónomas han asumido paulatinamente competencias en materia de sanidad. Este proceso se ha completado con un modelo estable de financiación, a través de la aprobación de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y sus posteriores modificaciones.

El antiguo Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), como organismo de gestión estatal, se ha transformado en el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) suministrando la prestación sanitaria en Ceuta y Melilla fundamentalmente.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, tiene la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 CE y resulta de aplicación en todo el territorio nacional partiendo de un esquema en el que los servicios sanitarios se concentran en el ámbito de responsabilidad de las Comunidades Autónomas y se encuentran bajo los

¹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, núm. 3078/1998 de 1 diciembre. AS 1998\7444: *SOE de un seguro obligatorio, parcial y único de naturaleza exclusivamente sanitaria no homologable al SOVI.*

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

poderes de dirección y la coordinación del Estado en todo aquello que tenga carácter básico.

Otro hito importante que merece ser mencionado es la promulgación de la **Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud** que establece acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias como medio para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, con el objetivo común de garantizar la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud.

Es precisamente en la Ley 16/2003 donde se crea el **catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud**, que tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Con esta finalidad se crea una lista de prestaciones sanitarias que pasan a formar parte del catálogo de prestaciones sanitarias y que se harán efectivas mediante la cartera de servicios acordada en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Existen actualmente carteras complementarias de las Comunidades Autónomas y de las Mutualidades de Funcionarios².

El catálogo de prestaciones del SNS para asegurar un nivel adecuado de atención a los usuarios comprende un conjunto de prestaciones que se corresponderían con las siguientes áreas de atención: salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario. Esta relación de prestaciones es relevante pues son los servicios comprendidos dentro del concepto de asistencia sanitaria y que determina qué servicios están cubiertos por el sistema público de salud en caso de ser “asegurado o beneficiario” y cuales no lo están en ningún caso.

La última modificación importante sobre aspectos del SNS a la que vamos a hacer mención, y sobre la que pivota este trabajo, viene de la mano del **Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones**. En esta norma el legislador, de manera muy crítica, justifica la reforma en que el SNS viene sufriendo situaciones de descoordinación entre los servicios de salud autonómicos causando, dice la parte expositiva de la norma, considerables diferencias en las prestaciones y en los servicios a los que acceden los pacientes en las distintas comunidades autónomas. Se modifican cuestiones relativas a la condición de asegurado, la prestación farmacéutica y a la cartera común de servicios del SNS fundamentalmente.

Otras normas han inferido en el aseguramiento sanitario público como el **Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España**³, con cargo a fondos públicos, a

² Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), Mutualidad General Judicial (MUGEJU) o al Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) por ejemplo.

³ 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

través del SNS y se regula también el procedimiento para el reconocimiento de la condición de persona asegurada y beneficiaria por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina, regulándose igualmente el control y la extinción de dicha condición a efectos del derecho a la asistencia sanitaria pública. Sobre ella se volverá más adelante.

2. ASISTENCIA SANITARIA: ASEGURADOS, BENEFICIARIOS Y PERSONAS EXCLUIDAS (ACCESO AL SERVICIO SANITARIO CON LA CONDICIÓN DE *PACIENTE PRIVADO*)

La anterior normativa viene a resumir, de forma somera, el esquema en el que se moverá el aseguramiento sanitario en el sistema español. Aunque sea brevemente, dotaremos de algún contenido a ciertos conceptos que vamos a tratar en este trabajo:

2.1 Asistencia sanitaria

Podríamos definir, en primer lugar, la **asistencia sanitaria** como aquella prestación que tiene por objeto el mantenimiento de la salud de los ciudadanos y, en lo que al campo del derecho laboral se refiere, la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios de la Seguridad Social, así como la aptitud para el trabajo de sus afiliados.

Para analizar quienes son los **beneficiarios** de dicha prestación _desde el punto de vista de la financiación pública_ debemos acudir a la concreta normativa que determina qué individuos ostentan la condición de asegurado y de beneficiario de la asistencia sanitaria en España.

Debe aquí hacerse una mención al concepto de **universalidad de la atención sanitaria**. En puridad la cuestión relativa a la universalización o universalidad de la asistencia sanitaria no se refiere a la prestación sanitaria en sí sino a la financiación de la propia atención médica por el sistema público de salud. En los últimos tiempos el sistema sanitario público venía declarando el carácter de universalidad del derecho a la atención sanitaria en España, pero en la práctica podríamos encontrar ciertos colectivos o individuos excluidos de esta condición de beneficiario de la asistencia sanitaria y no sólo con posterioridad a la eficacia del Real Decreto-ley 16/2012 puede afirmarse que también antes existía alguna situación residual excluida de la cobertura.

Si bien es cierto que *a priori* todos los ciudadanos españoles o extranjeros con residencia en el territorio nacional serían titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, veremos como la normativa legal y reglamentaria viene a plasmar requisitos y situaciones que determinan que la cobertura de la asistencia sanitaria esté incluida o que se costee con cargo a recursos públicos en algunos casos y en otros no. La consecuencia de definir el colectivo de personas incluidas es porque por defecto existirá otro colectivo de personas o situaciones excluidas de la cobertura de dicha asistencia.

Sin poder entrar aquí en más detalle, debido a la limitada extensión de este estudio _ con expresa remisión a la normativa ya citada⁴_ podríamos resumir diciendo que los beneficiarios de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social con cargo a los presupuestos públicos serán: los trabajadores afiliados, en alta o situación asimilada al alta; los pensionistas y perceptores de prestaciones periódicas y familiares; personas con discapacidad igual o superior al 33% que no tengan derecho a la asistencia sanitaria por otra causa en los términos que determine la Ley y determinadas personas que acrediten la carencia de recursos en los términos que exige el ordenamiento jurídico.

Así pues, **todas las personas que ostenten la condición de aseguradas o de beneficiarias⁵ tendrán garantizada la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud**, la cual se hará efectiva por las administraciones sanitarias competentes mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual. *A contrario sensu* aquellas personas que no ostenten la condición de asegurado o beneficiario no tendrán derecho a que se expida a su favor la tarjeta sanitaria individual y por consiguiente no les corresponde la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos. No querrá esto decir que tales personas no puedan acceder a los servicios médicos sino que lo harán en otra condición.

Los **supuestos excluidos de la cobertura sanitaria** con cargo a fondos públicos, es decir, los usuarios sin derecho a la asistencia de los Servicios de Salud gratuita **podrán acceder a los servicios sanitarios con la consideración de pacientes privados**. El acceso a los servicios sanitarios es igual para todos⁶, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos, si bien veremos después que la diferencia únicamente se produce a efectos de financiación.

2.2 Supuestos de acceso al servicio público de salud: asegurado, beneficiarios y usuarios sin derecho

Se establecen **tres supuestos de acceso a los servicios públicos de salud**, en todos ellos las normas de utilización serán idénticas:

- **Asegurados o beneficiarios⁷** con derecho a la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos, a través del SNS.

- **Usuarios sin derecho a la asistencia⁸**, fundamentalmente personas que no tienen la condición de aseguradas o de beneficiarias que podrán acceder a los servicios sanitarios con la consideración de *pacientes privados* de acuerdo con determinados criterios.

- **Personas no incluidas en la cobertura⁹** de la asistencia sanitaria del sistema de la Seguridad Social **sin recursos económicos** cuyos costes de la asistencia sanitaria serán a

⁴ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, con las modificaciones producidas, y en el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto,

⁵ Artículos 2 y 3 Real Decreto 1192/2012.

⁶ El artículo 16 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGSS), determina que las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos.

⁷ Artículos 2 y 3 Real Decreto 1192/2012.

⁸ Artículo 16 LGS.

⁹ Artículo 80 LGSS.

cargo de transferencias estatales. Será el Gobierno el encargado de regular el sistema de financiación para estos supuestos.

- Desde el punto de vista de la financiación existe otro apartado más, que no resulta una verdadera categoría de asegurado, beneficiario o persona sin asistencia sino de un sujeto al que se le presta asistencia sanitaria. Podemos mencionar aquí aquellos pacientes que cubiertos o no reciben asistencia sanitaria que posteriormente puede ser cuantificada y cobrada, se puede instar el reintegro del gasto por haber un tercero obligado a asumirlo. En este apartado singular se deben incluir aquellos supuestos **de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos casos en que aparezca un tercero obligado al pago**¹⁰, ya sea el paciente o persona que reciba la asistencia sanitaria asegurada o no. Los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social sino que se facturarán y una vez obtenido el reintegro tendrán la condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente.

La legitimación de este sistema de recobro se encuentra en la LGS, la Disposición Adicional Vigésima Segunda del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y el Anexo IX del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización; como analizaremos más adelante de manera un poco más detallada.

-Veremos después como se creará una suerte de apartado más de acceso a la asistencia por medio del **convenio especial de prestación de asistencia sanitaria**.

Puede afirmarse que la asistencia sanitaria y forma de acceso de aquellas personas que no tengan derecho a la prestación con cargo a fondos públicos o en que exista un tercero obligado al pago será la misma que al resto de pacientes o beneficiarios con derecho a la asistencia con cargo a fondos públicos.

Si la forma de acceso es igual para todos los pacientes pero no todos tienen el derecho a la prestación gratuita debemos buscar la particularidad; la diferencia será precisamente la consideración a efectos de financiación, en unos supuestos se accede con la condición de paciente “público” y en otros el acceso se hace con la consideración de paciente “privado”.

2.3 “Pacientes privados” del servicio público de salud

El término “**pacientes privados**” lo utiliza la Ley General de Sanidad en su artículo 16¹¹ al regular el acceso y aunque pueda resultar polémico en los tiempos que corren, en realidad

¹⁰ Artículo 83 LGSS.

¹¹ Art. 16 LGS. *Las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos. En consecuencia, los usuarios sin derecho a la asistencia de los Servicios de Salud, así como los previstos en el artículo 80, podrán acceder a los servicios sanitarios con la **consideración de pacientes privados**, de acuerdo con los siguientes criterios:*

- 1. Por lo que se refiere a la atención primaria, se les aplicarán las mismas normas sobre asignación de equipos y libre elección que al resto de los usuarios.*
- 2. El ingreso en centros hospitalarios se efectuará a través de la unidad de admisión del hospital, por medio de una lista de espera única, por lo que no existirá un sistema de acceso y hospitalización diferenciado según la condición del paciente.*

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

únicamente viene a emplear tal denominación para diferenciar a estos pacientes de aquellos que tendrían derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos. La cuestión no es baladí pero parece que la denominación es poco acertada. No es, al menos, políticamente correcta.

Para el acceso a los servicios sanitarios con la consideración de **pacientes privados**, se establecen unos criterios, que básicamente son los mismos que para el resto de usuarios: En atención primaria se aplican las mismas normas sobre asignación de equipos y libre elección que al resto de los usuarios y el ingreso en centros hospitalarios se efectuará a través de la unidad de admisión del hospital, por medio de una lista de espera única; por lo que no existirá un sistema de acceso y hospitalización diferenciado según la condición del paciente.

Pues bien, la consideración de paciente privado implica que el cargo de la asistencia no le corresponde a los recursos públicos (sea Estado o Administración sanitaria competente), al SNS, por lo que se realiza una factura o liquidación _si se ha estipulado una tasa o precio público al efecto_ para cargar el coste del servicio a un tercero.

La **facturación o reintegro del coste por la atención de estos pacientes será efectuada por las respectivas administraciones de los Centros, tomando como base los costes efectivos**. En principio esta factura se rige por el derecho privado si bien puede regularse por la administración competente un precio público o tasa en el que habría de acudirse al derecho público y más concretamente al tributario, o también podría regir algún convenio de diversa naturaleza. Debido a que el reintegro del gasto sanitario interior se hace por los distintos Servicios de Salud dependientes de las Comunidades Autónomas existen diversas figuras y cauces para el reintegro que van desde el derecho privado reclamando facturas hasta la tasa o el precio público, por ello sólo mencionaremos la normativa básica en la que se fundamenta el cobro o reintegro si así procede.

La cuestión es que los ingresos obtenidos del cobro de estos servicios tendrán la condición de propios de los Servicios de Salud. En ningún caso estos ingresos podrán revertir directamente en aquellos que intervienen en la atención de estos pacientes.

En resumen, las condiciones de acceso a la sanidad son iguales para todos los pacientes, sin perjuicio de su condición. Existen, no obstante, algunos supuestos en los que no se es asegurado o beneficiario y hay que repercutir a la persona física o jurídica¹² por parte de la Administración el coste del servicio al que no se tenía derecho con carácter gratuito, sin que el pago de tal cantidad se destine a su atención personalizada sino que revertirá en los fondos públicos del correspondiente Servicio de Salud.

3. La facturación por atención de estos pacientes será efectuada por las respectivas administraciones de los Centros, tomando como base los costes efectivos. Estos ingresos tendrán la condición de propios de los Servicios de Salud. En ningún caso estos ingresos podrán revertir directamente en aquellos que intervienen en la atención de estos pacientes.

¹² Obviamente la persona jurídica no recibe la asistencia sanitaria pero puede cubrirla, usualmente aseguradoras, y es a quien habrá que instar el reintegro si está obligado.

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

Vistos someramente los regímenes aplicables a los supuestos de aseguramiento sanitario, beneficiarios, usuarios sin recursos cuya financiación corresponde regular al Gobierno y de las personas sin seguro hay que mencionar que existen **supuestos de aseguramiento obligatorio y otros casos donde se incluyen el resto de terceros obligados al pago**. Ciertamente todos los pacientes acceden del mismo modo al servicio público y se aplican las mismas normas de admisión, asignación de especialista, lista de espera única etc. No existe privilegio alguno ni por ser asegurado o beneficiario ni por acceder asumiendo el coste como “paciente privado”; los derechos de los pacientes son idénticos. La cuestión es que los pacientes han de identificarse en algún momento para justificar su condición de asegurado o beneficiario. Esta identificación se hace habitualmente por medio de la tarjeta sanitaria individual expedida por la autoridad correspondiente¹³.

Si el paciente no tiene tarjeta sanitaria o derecho a obtenerla es porque no tiene cubierta la prestación por no ser asegurado ni beneficiario. En este caso o asume el gasto o presenta otra documentación que acredite la existencia de un tercero obligado al pago. Los supuestos de terceros obligados al pago de la asistencia son heterogéneos¹⁴ pero podemos encontrar una numeración orientativa en el anexo IX del Real Decreto 1030/2006. En estos supuestos (terceros obligados y personas no cubiertas) se produce el cobro frente al particular o a un tercero obligado.

Como hemos dicho la **consideración de pacientes privados se limita la cuestión económica de repercutir el coste del servicio a un tercero en beneficio de la financiación**

¹³ Existe también una Tarjeta Sanitaria Europea como documento que acredita el derecho a recibir las prestaciones sanitarias durante una estancia temporal en el territorio de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y en Suiza, de acuerdo con la legislación del país de estancia; pero esta no es cuestión de este trabajo.

¹⁴ En esta categoría, básicamente, encontraremos los siguientes supuestos:

1. Asegurados o beneficiarios del sistema de Seguridad Social pertenecientes a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), Mutualidad General Judicial (MUGEJU) o al Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), que no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria del SNS.
2. Asegurados o beneficiarios de empresas colaboradoras en la asistencia sanitaria del SNS, en aquellas prestaciones cuya atención corresponda a la empresa colaboradora conforme al convenio o concierto suscrito.
3. Accidentes de trabajo o enfermedades profesionales a cargo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o del Instituto Social de la Marina (ISM).
4. Seguros obligatorios de: Deportistas federados y profesionales, vehículos de motor, seguro obligatorio de viajeros, caza y cualquier otro seguro obligatorio.
5. Convenios o conciertos con otros organismos o entidades.
6. Ciudadanos extranjeros:
 - a) Asegurados o beneficiarios en un Estado miembro de la Unión Europea, no residentes en España.
 - b) Asegurados o beneficiarios de otros países extranjeros, no residentes en España.
7. Otros obligados al pago.
 - a) Accidentes acaecidos con ocasión de eventos festivos, actividades recreativas y espectáculos públicos con contrato de seguro de accidentes o de responsabilidad civil.
 - b) Seguro escolar.
 - c) Cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes.

del sistema. La reclamación del coste de los servicios prestados siempre que aparezca un tercero obligado al pago o cuando no constituyan prestaciones de la Seguridad Social tiene dos pilares en los que sustentarse, a saber: son el artículo 83 de la LGS y disposición adicional 22 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. El **artículo 83 de la LGS** establece un **derecho a reclamar** el coste de los servicios prestados del tercero responsable, indicando que los ingresos obtenidos de tales reclamaciones serán ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente y la **disposición adicional 22 del TRLGSS** regula los ingresos por venta de bienes y servicios prestados a terceros. Dice la disposición que el régimen de precios y tarifas de tales atenciones, prestaciones y servicios, se realizará tomando como base sus costes estimados. Aunque el tenor del precepto se refiere al correspondiente Ministerio ha de entenderse antes de las transferencias a las Comunidades Autónomas por lo que *mutatis mutandi* se aplicará a los órganos correspondientes de los servicios de salud. No nos detendremos en este aspecto del reintegro pero queden aquí indicadas brevemente sus bases.

Existe una opción, que ha resultado poco seguida, en la que más adelante se profundizará, que es el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias. Esta opción ha sido implementada por una regulación¹⁵ específica hace relativamente poco tiempo pero su éxito es discutible por el escaso número de personas que se han adherido al sistema.

2.4 Otros supuestos: ciudadanos de la Unión Europea, refugiados o asilados

Antes de finalizar con la resumida exposición de la condición de asegurado y entrar en la concreta situación de los inmigrantes o extranjeros irregulares, centrándonos en determinados colectivos, hemos de reseñar algunas circunstancias particulares como la de los **ciudadanos de la Unión Europea** que se rigen por sus propias normas o aquellos supuestos en que exista un tratado sobre asistencia sanitaria. Estos colectivos no son el objeto preciso de este trabajo por razones de extensión pero tampoco pueden dejar de ser mencionados, aunque someramente sea. Pues bien, respecto a la asistencia sanitaria en aplicación de reglamentos comunitarios y convenios internacionales¹⁶; las **personas con derecho a asistencia sanitaria en aplicación de los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social o de los convenios bilaterales** que comprendan la prestación de asistencia sanitaria, **tendrán acceso a la misma, siempre que residan en territorio español o durante sus desplazamientos temporales a España, en la forma, extensión y condiciones establecidos en las disposiciones comunitarias o bilaterales indicadas.**

¹⁵ En el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

¹⁶ Disposición adicional segunda del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

No tendrán la consideración de extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España a los efectos de la asistencia sanitaria que estamos estudiando, los **nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que se encuentren en la situación de estancia inferior a tres meses**¹⁷. En casos específicos en los que existan dudas razonables en cuanto al cumplimiento, por parte de un ciudadano de algún Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de los miembros de su familia, de las condiciones establecidas para la entrada, libre circulación y residencia en España¹⁸ los órganos competentes podrán comprobar si se cumplen dichas condiciones. Dicha comprobación no se llevará a cabo sistemáticamente.

También se establece una regulación especial para la asistencia sanitaria a los **refugiados o asilados**¹⁹: Los solicitantes de protección internacional cuya permanencia en España haya sido autorizada por este motivo recibirán, mientras permanezcan en esta situación, la asistencia sanitaria necesaria que incluirá los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades. Asimismo, se proporcionará la atención necesaria, médica o de otro tipo, a los solicitantes de protección internacional con necesidades particulares.

3. RÉGIMEN DEL ASEGURAMIENTO SANITARIO DE LOS EXTRANJEROS ANTES Y DESPUES DE LA APROBACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 16/2012

El artículo 13.1 CE garantiza que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el título I CE, en los términos que establezcan los tratados y la ley, entre ellos, *“el reconocimiento del derecho a la salud”* del artículo 43 CE²⁰.

El panorama normativo determina en qué condiciones se le reconoce el derecho a la salud al extranjero por ser estos derechos constitucionalmente reconocidos pero de configuración legal.

El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que ya hemos mencionado, viene a cambiar la situación preexistente respecto a los asegurados sanitarios y muy concretamente para los extranjeros sin autorización de residencia o inmigrantes en situación irregular o sin papeles.

3.1 Regulación anterior a la reforma operada por el Real Decreto-ley 16/2012

¹⁷ Regulada en el artículo 6 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 Espacio Económico Europeo

¹⁸ Arts. 7, 8 y 9 y 9 bis, 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 Espacio Económico Europeo

¹⁹ Disposición adicional cuarta del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

²⁰ STC 95/2000, de 10 de abril

Con **anterioridad a la entrada en vigor de la disposición** mencionada y de su desarrollo reglamentario, los extranjeros inscritos en el padrón del municipio en el que tuvieran su domicilio habitual, independientemente de su situación administrativa, tenían derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social con la misma extensión, contenido y régimen que la prevista en el Régimen General de la Seguridad Social, es decir de forma gratuita en los casos en que los extranjeros carezcan de recursos económicos suficientes²¹.

Para acogerse a estos beneficios de la asistencia sanitaria el sistema era bastante sencillo; simplemente había que cumplimentar un formulario para la expedición de la tarjeta sanitaria y demostrar la insuficiencia de recursos aportando la documentación correspondiente²². El resultado era que en el anterior sistema **la inscripción en el padrón municipal suponía de hecho una equiparación del extranjero indocumentado con el residente a efecto de las prestaciones sanitarias**²³.

También los **extranjeros menores de 18 años** que se encuentren en España, con independencia de su situación administrativa o laboral²⁴ y las **extranjeras embarazadas** que se encuentren en España durante el embarazo, parto y postparto tendrán derecho a la asistencia e igualmente con independencia de su situación administrativa o laboral.

Los **extranjeros en situación irregular no empadronados tan sólo tenían derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia** por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. Esta es a la situación que tras la reforma de 2012 se asimilarían los extranjeros indocumentados, independientemente del empadronamiento.

3.2 Regulación posterior a la reforma operada por el Real Decreto-ley 16/2012

Con la entrada en vigor²⁵ del **Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, se modifica el acceso a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España**, tanto de los residentes o con autorización para residir, como de los que no registrados ni autorizados para residir.

A partir de la entrada en vigor de dicha norma no va a poder reconocerse la condición de asegurados a los inmigrantes en situación irregular, **suprimiéndose la inscripción en el padrón municipal como título de acceso a la asistencia sanitaria**.

El Real Decreto-ley 16/2012 modifica en su artículo primero la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Concretamente modifica la condición de asegurado y beneficiario²⁶ dándole el siguiente contenido en relación con los extranjeros:

La nueva regulación determina que la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que

²¹ RD 1088/1989 y OM 13 de noviembre de 1989.

²² Resolución Secretaría General de Asistencia Sanitaria 29-12-1989; Instr 3ª.

²³ STSJ Málaga 8 de noviembre de 2004.

²⁴ Art.39.4 CE; Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 Arts.24 y 26; Art.10.3LO 1/1996.

²⁵ El 24 de abril de 2012.

²⁶ Art. 3 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

ostenten la condición de asegurado y que tendrán la **condición de asegurado** aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

- Los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
- Los pensionistas del sistema de la Seguridad Social.
- Percibir una prestación de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
- Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.
- También podrán tener la condición de asegurado, siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente:
 - Aquellas personas que no se encuentren en ninguna de las anteriores situaciones,
 - las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España
 - y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español.

Por otra parte, tendrán la **condición de beneficiarios de un asegurado**, y por consiguiente derecho a la prestación sanitaria con cargo a fondos públicos:

- El cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%; siempre que residan en España.

Como hemos visto anteriormente, **aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial** en la forma que hemos analizado en el punto anterior de este artículo mediante el sistema de reintegro del gasto.

Como ya venía ocurriendo el reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo corresponderá al Instituto Nacional de la Seguridad Social y el derecho a la asistencia sanitaria se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual. Esta situación no cambia si bien las administraciones sanitarias no podrán ahora expedir tarjetas sanitarias a personas que no se encuentren en el ámbito de los asegurados o beneficiarios anteriormente descrito.

Existen diversas potestades de comprobación que puede utilizar la Administración, por ejemplo, los órganos competentes en materia de extranjería podrán comunicar al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Social de la Marina, sin contar con el consentimiento del interesado, los datos que resulten imprescindibles para comprobar la

conurrencia de los requisitos de la condición de asegurado o beneficiario con derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos²⁷.

El Real Decreto-ley 16/2012 también modifica la regulación de la asistencia sanitaria para los **extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España**²⁸, que recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades:

- Por urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.
- Por embarazo, parto y postparto.
- A los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles²⁹.

Como puede apreciarse, la **gran diferencia con la anterior normativa en materia de extranjería es que ahora los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España no tendrán derecho a la asistencia sanitaria aunque se encuentren empadronados**. Tendrán derecho a la asistencia en las condiciones que determine la normativa, por el momento accederán en condiciones de gratuidad a la atención en urgencias pero no a la asistencia gratuita especializada o atención primaria. Se materializa así la exclusión de un importante colectivo especialmente vulnerable que sí disfrutaba antes del sistema público por el mero hecho del empadronamiento en su municipio de residencia como son los extranjeros en situación irregular.

Para la efectividad de esta disposición se modifica también el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social señalando que en lo relativo al derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros *“Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”*, que son los ya analizados.

Tenemos que mencionar también como se culmina el esquema con el **Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud** y el **Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia**

²⁷ Artículo 3 bis Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

²⁸ El Real Decreto-ley 16/2012 también añade un artículo 3 ter. a la Ley 16/2003: Los extranjeros residentes en España o desplazados temporalmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria según establezcan los reglamentos comunitarios y convenios internacionales, sin que se consideren extranjeros no registrados ni autorizados en España, a efectos de la asistencia sanitaria, los nacionales de Estados miembros en estancias inferiores a 3 meses [RD 1192/2012 disp.adic.2ª y DT única (BOE 4 de agosto de 2012)].

²⁹ A partir del 1 de septiembre de 2013, el tipo de aportación para extranjeros menores de 18 años y mujeres embarazadas, para las prestaciones de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud que la exijan, será el correspondiente a los asegurados en activo (RD 1192/2012 disp.adic.8.º) Dad.8 Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud

Como se ha justificado en este trabajo el acceso de los ciudadanos a la asistencia sanitaria pública se encuentra regulado en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en los términos introducidos por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones y conforme al desarrollo normativo dictado al efecto. Ha habido propuestas de modificación de esta normativa pero no han prosperado³⁰.

Con este esquema **se garantiza la asistencia sanitaria pública a todas aquellas personas que ostentan la condición de aseguradas o de beneficiarias** conforme al artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo y en los términos que establece el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

3.3 El convenio especial de prestación de asistencia sanitaria

Para aquellas **personas que no ostentan la condición de aseguradas ni de beneficiarias**³¹, el Real Decreto 576/2013 contempla una vía específica de acceso a la prestación de asistencia sanitaria que, con arreglo a las nuevas modalidades de la cartera de servicios introducidas tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, queda detallada en la denominada cartera común básica de servicios asistenciales. Esta vía de acceso que ya hemos mencionado es la relativa a la suscripción de un **convenio especial de prestación de asistencia sanitaria** que permitirá obtener asistencia sanitaria mediante el pago de una contraprestación o precio público que cubre el coste medio real de la misma y que se configura como un ingreso de derecho público del Servicio de Salud correspondiente.

La contraprestación económica a abonar por la suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria consistirá en una cuota mensual de 60 euros si el suscriptor tiene menos de 65 años y de 157 euros si tiene 65 o más años. Dicha cuota mensual podrá ser incrementada por las Comunidades Autónomas cuando incorporen en el convenio especial otras prestaciones asistenciales de la cartera de servicios complementaria³².

De este modo, la suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria garantizará a las personas que no ostentan la condición de aseguradas ni de beneficiarias, y esta es precisamente su finalidad, el acceso a las prestaciones de la cartera común básica

³⁰ Vgr. Proposición de Ley sobre universalización del derecho a la asistencia sanitaria pública presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 232-1, de 19 de junio de 2015).

³¹ Al margen de la asistencia sanitaria en situaciones especiales prevista en el artículo 3 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo

³² Este contenido prestacional de asistencia sanitaria al que puede acceder la persona que suscriba el convenio especial tiene carácter básico y, en consecuencia, podrá ser incrementado por las comunidades autónomas mediante la inclusión en dicho convenio de otras prestaciones asistenciales propias de la cartera de servicios complementaria de las comunidades autónomas.

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

de servicios asistenciales en las mismas condiciones de extensión, continuidad asistencial y cobertura en todo el Sistema Nacional de Salud de que disfrutaban las personas que sí son aseguradas o beneficiarias.

Eso sí, esta vía de acceso a la prestación de asistencia sanitaria es distinta de la que corresponde a las personas aseguradas y beneficiarias, y no conllevará³³, la expedición de tarjeta sanitaria para la persona que lo suscriba, precisamente por no ostentar la condición de persona asegurada o beneficiaria del Sistema Nacional de Salud.

El convenio especial, que tendrá un carácter estrictamente individual, permitirá a la persona que lo suscriba acceder, como contenido mínimo ampliable por las comunidades autónomas, a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud en condiciones equiparables a las que disfrutaban las personas que ostentan la condición de aseguradas y de beneficiarias y ello en el ámbito de actuación propio de la administración pública con la que dicho convenio se formalice³⁴.

Para suscribir el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria deberán reunirse los siguientes requisitos:

a) Acreditar la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial.

b) Estar empadronadas, en el momento de presentar la solicitud de suscripción del convenio especial, en algún municipio perteneciente al ámbito territorial al que extienda sus competencias la administración pública competente para su suscripción.

c) No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título, ya sea por aplicación de la normativa nacional, de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que en dicha materia hayan sido suscritos por España con otros países.

Esta es la vía que se le abría a los colectivos que dejaron de tener derecho a la asistencia si bien su éxito ha sido moderado y máxime considerando la regulación o actuación que han desarrollado las Comunidades Autónomas para continuar prestando asistencia primaria y especializada a los colectivos excluidos.

3.4 Regulación de las Comunidades Autónomas

Ante el panorama normativo que se produjo con la reforma, la reacción se dio en múltiples ámbitos, como en el político, técnico o jurídico. Este trabajo pretende ser más descriptivo que abordar un posicionamiento u opinión sobre la reforma o la distinta regulación que se ha sucedido en la materia. Aquí únicamente analizaremos algunas de las reacciones jurídicas de las Comunidades Autónomas para abordar la limitación de la asistencia sanitaria a determinados colectivos y más adelante se abordará, si bien brevemente, el análisis de las críticas que se puedan hacer a la reforma.

³³ Arts. 57 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, y en el artículo 4 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto.

³⁴ Sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional primera para los casos de desplazamiento del interesado al territorio de administración pública distinta de aquella con la que se haya suscrito el convenio.

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

Las Comunidades Autónomas han dictado disposiciones de carácter general de todo rango sobre la materia que han ido desde la instrucción hasta la ley pasando por la orden o reglamento.

Por su relevancia debemos mencionar en primer lugar el **Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana**. Esta norma con rango legal ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Presidente del Gobierno³⁵. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 3 de noviembre de 2015, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad en el que se invocaba el artículo 161.2 CE, **lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación del Decreto-ley impugnado**³⁶.

El resto de disposiciones de carácter general promulgadas por Comunidades Autónomas que han incidido en la materia tienen menos rango y diversa configuración. No consta que hayan sido recurridas por el Estado vía legalidad ordinaria por lo que en la actualidad se mantendrían plenamente vigentes en tanto en cuanto no sean anuladas o inaplicadas. Enumeraremos algunas de ellas:

Canarias, Orden de 10 de diciembre de 2015, por la que se modifican las actuaciones en materia de promoción de la salud, prevención de la enfermedad y la prestación de asistencia sanitaria, para personas extranjeras sin recursos (Boletín Oficial de Canarias núm. 241, de 14 de diciembre de 2015).

Aragón, Instrucción del Consejero de Sanidad de 7 de agosto de 2015, por la que se regula el acceso a la asistencia sanitaria en Aragón para las personas extranjeras sin recursos económicos suficientes ni cobertura de asistencia sanitaria del SNS.

Baleares, Instrucción del director general del Servicio de Salud de 17 de julio de 2015 por la que se establece, con carácter de urgencia, los trámites que se han de llevar a cabo con el objeto de garantizar el derecho al acceso a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras sin recursos económicos suficientes, en el ámbito de gestión del Servicio de Salud de las Illes Balears (BOIB Núm. 109, de 18 de julio de 2015).

Asturias, Instrucciones para el Servicio de Salud del Principado de Asturias sobre la autorización de asistencia sanitaria, con carácter provisional, a las personas extranjeras en situación irregular sin recursos (BOPA núm. 140, de 18 de junio de 2012).

País Vasco, Orden de 4 de julio de 2013 por la que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la asistencia sanitaria en la Comunidad Autónoma de Euskadi a las personas que no tienen la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional

³⁵ Recurso de inconstitucionalidad n.º 6022-2015, contra el Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana (BOE 265/2015, de 5 de noviembre de 2015 Ref Boletín: 15/11930).

³⁶ Desde la fecha de interposición del recurso –28 de octubre de 2015–, para las partes del proceso, y desde la publicación del correspondiente edicto en el «Boletín Oficial del Estado» para los terceros.

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

de Salud, y regula el documento identificativo y el procedimiento para su emisión (BOPV núm. 139, de 22 julio 2013).

Cantabria, Orden 38/2015, de 7 agosto, que regula la inclusión en el Sistema Sanitario Público de Cantabria de las personas residentes en la Comunidad Autónoma que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública (BOC núm. 157, de 17 agosto 2015).

Castilla-La Mancha, Orden de 9 de febrero de 2016, de la Consejería de Sanidad, de acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCM núm 36, de 23 de febrero de 2016)³⁷.

La **Región de Murcia** dictó la Resolución de 13 de noviembre de 2015 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud por la que se publica la Instrucción 6/2015, del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, que crea un programa de protección social para la prevención, promoción y atención a la salud de la población extranjera en situación administrativa irregular, residente en la Región de Murcia y con recursos insuficientes. Sin que proceda aquí realizar un análisis exhaustivo sobre la idoneidad de las anteriores regulaciones quizá la de Murcia sea la de mejor configuración pues se funda exclusivamente en competencias propias en materia de servicios sociales y prevé unos fondos específicos para este fin evitando cargar a los fondos del servicio de salud el coste de la asistencia sanitaria de personas que no tienen la condición de asegurados ni beneficiarios.

No analizaremos aquí la constitucionalidad de las disposiciones de carácter general e incluso instrucciones dictadas por las Comunidades Autónomas pero si mencionaremos la doctrina general sobre el reparto de competencias en la materia, considerando que la reforma legal operada por el Estado se realiza al amparo de sus competencias y se le atribuye el carácter de básica. Podrá el lector sacar sus propias conclusiones comparando las normas dictadas con la Ley promulgada con carácter básico y desde el punto de vista del bloque de la constitucionalidad.

Nosotros estudiaremos el reparto competencial tomando en consideración la ilustrativa Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 98/2004 de 25 mayo³⁸, que entre

³⁷ Diario Oficial de Castilla-La Mancha nº 36, de 23 de febrero de 2016. http://docm.iccm.es/portaldocm/descargarArchivo.do?ruta=2016/02/23/pdf/2016_1920.pdf&tipo=rutaDocm

³⁸ Sentencia núm. 98/2004 de 25 mayo, del Tribunal Constitucional (Pleno), entre otras muchas detalla las competencias del Estado y el margen de maniobra que tienen las CCAA del siguiente modo: "(...) Por lo que al Estado respecta, el art. 149.1.16 CE le reconoce competencia exclusiva tanto sobre la «sanidad exterior» como sobre las «bases y coordinación general de la sanidad». Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, establece en su art. 32.7 que en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en la materia de sanidad e higiene. Reformado posteriormente el citado Estatuto por Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, la competencia de Canarias en esta materia se recoge en el nuevo art. 32.10, relativo al desarrollo legislativo y ejecución sobre sanidad e higiene y coordinación hospitalaria. Asimismo, el art. 33.3 de la misma norma estatutaria prevé que le

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

otras muchas, detalla las competencias del Estado y el margen de maniobra que tienen las Comunidades Autónomas reconociendo al Estado la competencia exclusiva tanto sobre la «sanidad exterior» como sobre las «bases y coordinación general de la sanidad». Las Comunidades Autónomas así asumirán, en el marco de la legislación básica del Estado, en su caso, el desarrollo legislativo y la ejecución en la materia de sanidad e higiene.

La competencia estatal para fijar las bases y realizar la coordinación general de la «sanidad», hay que entenderla referido a la «sanidad interior» por exclusión con el de «sanidad exterior».

En la doctrina constitucional el concepto de «bases», ha de entenderse como lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto. Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma. Por tanto, ni la fijación de las bases ni la coordinación general

corresponde a esa Comunidad Autónoma la competencia de ejecución en la materia de gestión de las prestaciones sanitarias y sociales del sistema de la Seguridad Social y de los servicios del Instituto Nacional de la Salud, Instituto Nacional de Servicios Sociales e Instituto Social de la Marina.

Concretado este marco competencial es preciso aclarar, en primer lugar, que cuando el art. 149.1.16 CE se refiere a la competencia estatal para fijar las bases y realizar la coordinación general de la «sanidad», este último vocablo hay que entenderlo referido a la «sanidad interior» por exclusión con el de «sanidad exterior» que previamente es utilizado en ese mismo apartado (STC 32/1983, de 28 de abril, F. 2). En segundo término, y en relación al concepto de «bases», nuestra doctrina constitucional ha venido sosteniendo que por tales han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto. Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma (SSTC 1/1982, de 28 de enero, F. 1; 69/1988, de 19 de abril, F. 5; 102/1995, de 26 de junio, FF. 8 y 9; 197/1996, de 28 de noviembre, F. 5; 223/2000, de 21 de septiembre, F. 6; 188/2001, de 20 de septiembre, F. 8; 126/2002, de 23 de mayo, F. 7; 24/2002, de 31 de enero, F. 6; 37/2002, de 14 de febrero, F. 9; y 1/2003, de 16 de enero, F. 8, en torno al concepto de lo «básico»). Por tanto, ni la fijación de las bases ni la coordinación general a la que también se refiere la regla 16 del art. 149.1 CE (que persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones, y reduciendo disfunciones según SSTC 32/1983, de 28 de abril, F. 2; 42/1983, de 20 de mayo, F. 3; 80/1985, de 4 de julio, F. 2), deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia (STC 32/1983, de 28 de abril, F. 2). (...)».

deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia³⁹.

En este marco corresponderá al Ministerio que ostente las competencias en materia de sanidad⁴⁰ la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de salud, de planificación y asistencia sanitaria y de consumo, así como el ejercicio de las competencias de la Administración General del Estado para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud⁴¹.

En este contexto a las Comunidades Autónomas le corresponde el ejercicio de las competencias sanitarias derivadas del desarrollo legislativo y ejecución en toda su extensión de las bases de la sanidad nacional marcadas por el Estado, según asunción realizada a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía. Pueden asumir también las competencias que el Estado les transfiera o, en su caso les delegue⁴², así como todas aquellas decisiones y actuaciones públicas previstas en la legislación sanitaria que no hubieran sido expresamente reservadas al Estado⁴³. A las Comunidades Autónomas, por consiguiente, se les reservan de manera residual el resto de competencias según resulten asumidas en sus Estatutos y además aquellas que el Estado les transfiera o, en su caso, les delegue conforme al artículo 150 de la Constitución.

Sin dificultad puede colegirse que el Estado dicta las bases sobre la materia sanitaria, pudiendo las Comunidades Autónomas ejercer el desarrollo legislativo y la ejecución en la materia. Lo que no podrá hacer la Comunidad Autónoma es dictar una norma que contradiga o anule la previsión básica estatal. Las normas dictadas por las Comunidades Autónomas dictadas para saltarse la regulación básica, sin la previa declaración como inconstitucional, pueden resultar declaradas contrarias a la Ley y a la CE por infringir el marco competencial aquí resumido.

4. ANÁLISIS CRÍTICO-JURÍDICO DE LA REFORMA Y SUS EFECTOS

³⁹ STC 98/2004, de 25 de mayo: *“la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias ... dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos. Y se lo exige cuando en el art. 149.1.16 CE le atribuye las bases en materia de 'sanidad', para asegurar -como se ha dicho- el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos”*.

⁴⁰ El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en la actualidad.

⁴¹ Conforme al RD 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales y RD 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

⁴² Artículo 41.1 LGS.

⁴³ Artículo 41.2 LGS.

En el presente trabajo hemos analizado algunos de los elementos fundamentales de la asistencia sanitaria en España desde el punto de vista del aseguramiento o cobertura de la prestación. El objetivo de la explicación de este andamiaje jurídico se ha dirigido a comparar el régimen de aseguramiento sanitario o cobertura de los extranjeros en situación irregular antes y después de la reforma operada en 2012. Hasta ahora el trabajo ha sido meramente descriptivo sin que se hayan analizado o tratado las críticas que han perseguido tanto a la reforma normativa como aquellas que la han motivado o justificado.

En estos momentos _marzo/abril de 2016_ existe cierta incertidumbre sobre el futuro del Gobierno en España ya que el actual Gobierno, que dictó la norma, está en funciones y diversos grupos parlamentarios o partidos políticos, entre sus propuestas propugnan la derogación de las disposiciones que limitaban la asistencia sanitaria a los extranjeros. El propio Gobierno anunció una modificación sobre el acceso a la asistencia sanitaria por parte de los extranjeros en situación irregular que no ha llegado a materializarse. El asunto se ha tratado en el seno de los órganos interterritoriales sin que conste decisión efectiva.

Hay que concluir que es previsible que se modifique la reforma operada en 2012, no obstante, habrá merecido la pena el estudio de esta cuestión porque por un lado ha desplegado efectos durante al menos cuatro años y por otro porque la derogación o modificación necesariamente deberá atender al ordenamiento jurídico y la evolución acaecida en estos años. No parece ocioso el estudio del tema pero será el lector el que mejor pueda juzgar la utilidad del mismo.

4.1 Críticas de la reforma

En el Real Decreto-ley 16/2012 el legislador, de manera muy crítica, justifica la reforma en que el SNS viene sufriendo situaciones de descoordinación entre los servicios de salud autonómicos causando, dice la parte expositiva de la norma, considerables diferencias en las prestaciones y en los servicios a los que acceden los pacientes en las distintas comunidades autónomas. Se modifican cuestiones relativas a la condición de asegurado, la prestación farmacéutica y a la cartera común de servicios del SNS fundamentalmente.

Las críticas que la propia reforma menciona y que según su parte expositiva justifican la modificación normativa se centran en cuestiones de fiscalidad e ingresos, sin embargo hay quien duda del verdadero ahorro de la medida a corto plazo y además se considera que podría generar problemas de salud pública serios a largo plazo debido a epidemias o enfermedades infecciosas en determinados colectivos que podrían dejar de acudir a los servicios sanitarios por no poder costear su coste. Es probable que ambas críticas resulten exageradas y que la medida no suponga un gran ahorro, al menos desde la perspectiva coste-beneficio y que, por otro lado, tampoco se produzcan situaciones de epidemias graves o absoluta ausencia de atención médica; aún menos considerando el contenido de la normativa autonómica dictada para *esquivar* estos efectos adversos.

Según el Tribunal de Cuentas en su informe de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos y convenios internacionales de la Seguridad Social, de 29 de marzo de 2012, reconoce que en el año 2010 residían en España 453.349 personas con derecho a la asistencia sanitaria gratuita a cargo de la Seguridad Social española por carecer de recursos económicos

suficientes⁴⁴. El informe detecta carencias importantes en la facturación de estos gastos a sus países de origen y en el control por parte de las autoridades españolas del cumplimiento de los requisitos que dan derecho a la asistencia sanitaria a las personas sin recursos. De hecho, expresa que *“al menos 284 personas habían realizado un uso irregular de la tarjeta”*. La emisión de estas Tarjetas Sanitarias Europeas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social a personas de otras nacionalidades sin recursos económicos suficientes pone de manifiesto la existencia de deficiencias específicas en el control sobre este colectivo, situación que *_conforme señala el Tribunal_* se habría evitado con la simple consulta informática al Fichero General de Afiliación de la Tesorería General de la Seguridad Social, donde se recogen las personas que tienen la condición de *“personas sin recursos económicos suficientes”*. Por ello, el informe recomienda al Gobierno de la Nación que impulse las medidas legislativas oportunas para que el coste de esta asistencia sanitaria pueda ser derivado, en su caso, a sus respectivos países de origen y que agudice el sistema de control para evitar situaciones fraudulentas pero no recomienda, en ningún caso, la exclusión del colectivo.

La cuestión no está exenta de polémica pero ciertamente ha de plantearse en tono crítico si la exclusión de un colectivo supone un verdadero ahorro a medio plazo o la adecuada gestión del reintegro de los gastos generados por los países de origen sería suficiente para paliar en parte el problema económico y no excluir a un colectivo de la asistencia sanitaria gratuita. Probablemente se conseguiría un ahorro superior y más sostenido en el tiempo mejorando la gestión del sistema y coordinando a todos los servicios de salud con el Estado en el marco del SNS para conseguir un sistema de reintegro de gastos efectivo en aquellas situaciones en que deba cargarse el gasto a otro país, institución, persona jurídica o física.

4.2 Críticas a la reforma

Muchas han sido las críticas realizadas a esta reforma, tanto formales como materiales, no podremos hacer en este trabajo un estudio pormenorizado de las mismas, pero podremos enunciar las principales. Podríamos sintetizar algunas de ellas del siguiente modo:

Formalmente se ha criticado el empleo del **instrumento legislativo del Real Decreto Ley** por ser un mecanismo excepcional al que se debe acudir según el artículo 86 de la CE únicamente en *“caso de extraordinaria y urgente necesidad”* y debe justificarse debidamente. El Tribunal Constitucional ha asentado la doctrina de que el presupuesto habilitante de la *“extraordinaria y urgente necesidad”* del artículo 86.1 CE no es una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante Decretos-leyes⁴⁵. Podría ser

⁴⁴ Páginas 38 y siguientes del informe.

⁴⁵ Vgr. STC 29/2015, de 19 de febrero (de acuerdo con reiterados pronunciamientos previos). En este caso el TC tras la valoración conjunta de la motivación (Exposición de Motivos, debate parlamentario de convalidación, expediente de elaboración de la norma) para introducir la regla del silencio negativo en relación con determinados procedimientos urbanísticos por la vía del Decreto-ley; entendió que la justificación era insuficiente y por consiguiente no superaba el canon de constitucionalidad del presupuesto de hecho habilitante del artículo 86.1 CE.

discutible si encaja la figura con las pretensiones del Real Decreto Ley pero siendo cuestión formal sobre la que se pronunciará el Tribunal Constitucional a la vista de las concretas circunstancias del supuesto de hecho y en los términos que se plantea el debate, no procede ir más allá en este trabajo.

También se plantea si la reforma puede afectar a **competencias propias de las Comunidades Autónomas**, habiéndose interpuesto varios recursos en este sentido; siendo así habrá de estarse a lo que dictamine el Tribunal Constitucional pero considerando lo que en anteriores apartados de este trabajo hemos mencionado respecto al reparto competencial en materia de sanidad y la extensión de las bases y las competencias en materia de desarrollo y ejecución.

Se ha entendido que la norma establecía una **ruptura con la progresión del principio de universalidad en las prestaciones sanitarias** que se propugnaba en nuestro sistema y que era una tendencia que inició la Ley General de Sanidad en el año 1986 y que pretendió concluir la Disposición Adicional Sexta de la Ley General de Salud Pública de 2011. Ahora bien, hay que precisar que la universalización de la prestación gratuita no era absoluta⁴⁶, ya existían colectivos sin derecho a la asistencia sanitaria gratuita que aunque resultaran residuales desmienten la idea de una asistencia sanitaria universal como realidad absoluta si bien es cierto que pueden invertir la tendencia de la expansión de la gratuidad a la contracción o limitación de la misma.

En cuanto a la **constitucionalidad de la norma** hay que recordar que nos encontramos ante la regulación de un principio rector de la política social económica y no ante un derecho fundamental por lo que su ejercicio dependerá de las normas que lo regulen. Así, por ejemplo el Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña 6/2012, de 1 de junio, sobre el Real Decreto Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones, interpreta que con la nueva normativa, la atención en situación de urgencias estaría garantizada, al igual que la atención a los menores de edad y a las mujeres embarazadas y por consiguiente con esta prestación mínima se estaría salvaguardando el derecho fundamental a la vida y a la integridad física de los inmigrantes irregulares, de manera que conectarían con el contenido mínimo que hace reconocible el mandato imperativo que los poderes públicos deben asegurar y prestar (Art. 43 CE) en cualquier circunstancia a cualquier persona con el fin de preservar el derecho fundamental a la vida y la integridad física contenido en el artículo 15 CE. Coincide en este punto el Consejo Consultivo Canario al

⁴⁶ Ya existían colectivos sin derecho a la asistencia sanitaria gratuita: Parados no perceptores de subsidios asistenciales de desempleo, que perciben rentas o recursos anuales superiores al límite fijado; personas que no han trabajado nunca y disponen de recursos suficientes; personas con recursos superiores a los niveles medios de la población, no incluidos en alguno de los regímenes de la Seguridad Social; personas que ejercen profesiones liberales incluidos en Colegios Profesionales, no integrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social; españoles residentes en países sin Convenio Internacional bilateral cuando se trasladan a España y extranjeros en España que posean recursos económicos suficientes y no tengan cobertura con base en los convenios internacionales de Seguridad Social

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

señalar en uno de sus dictámenes⁴⁷ *“Por tales consideraciones, se considera que art. 1, apartado tres del RDL 16/2012 no es inconstitucional, pues su contenido no solo entra de lleno en la competencia básica del Estado (art. 149.1.16a CE), sino que no limita ni lesiona derechos constitucional alguno, incluso de conformidad con lo dispuesto por los tratados y convenios internacionales suscritos por España”*. Empero, justo al contrario opinó el Gobierno de Canarias⁴⁸ *«En este sentido, se argumenta que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, creó un Sistema Nacional de Salud de carácter público, universal y gratuito, “en condiciones de igualdad efectiva”. Luego, la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999, previó una financiación exclusivamente presupuestaria; la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, disponía que son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000; y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, extiende el derecho a la asistencia sanitaria pública a todos los españoles residentes el territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del Ordenamiento jurídico (“ciudadanía sanitaria”).*

El sistema, pues, deja de ser universal, sustrayéndose tanto de la progresión de la efectividad del derecho a la protección de la salud previsto en los arts. 2.1 y 12.2.d) del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, como de la propia doctrina del Tribunal Constitucional que, obiter dicta, se ha pronunciado, si se quiere implícitamente, sobre el carácter universal de la asistencia sanitaria. (...)

Por ello, según el Gobierno, el RDL 16/2012 implica la “despatrimonialización” –que incluso se califica de “expropiación legal”- para un sector de población española, incluidos ciudadanos españoles, del derecho a la salud que tenían integrado en su patrimonio jurídico desde la Ley General de Salud Pública. Lo que contraría el “espíritu universal” de un derecho que la Constitución atribuye a todos; el sistema de financiación; a la obligación de España en cuanto firmante del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966; y a lo que se espera de un Estado que, por mandato constitucional, debe ser social y propugnar valores como la justicia y la igualdad.

Por tales razones, argumenta el acuerdo, la modificación que el art. 1. uno RDL 16/2012 opera sobre el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y en particular las restricciones del acceso a las prestaciones sanitarias públicas que se contienen en el apartado 3 de este último precepto legal, deben reputarse contrarias al principio de igualdad establecido en el art. 14 CE y al derecho de protección de la salud del art. 43 CE.» . Comparten esta visión también diversos colectivos⁴⁹ .

⁴⁷ Dictamen 59/2013 solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la Propuesta de Resolución del recurso de inconstitucionalidad frente al Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (EXP. 15/2013 RI)

⁴⁸ Dictamen 59/2013 solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la Propuesta de Resolución del recurso de inconstitucionalidad frente al Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (EXP. 15/2013 RI).

⁴⁹ En “Posicionamiento de la Asociación de Juristas de la Salud ante el Real Decreto Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones” de Josefa Cantero Martínez.

También el llamado **convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias** del SNS regulado por el Real Decreto 576/2013, ha sufrido fuertes críticas que sobre todo se refieren a que el coste es elevado e incluso está por encima de algunos seguros privados por lo que deriva a la sanidad privada a los hipotéticos demandantes y por otro lado se señala que los inmigrantes en situación irregular por regla general no pueden soportar un coste regular tan elevado por lo que los excluye de hecho de la prestación sanitaria pública, alejándose en consecuencia de la gratuidad de ésta y universalidad. Sin que se hayan podido recabar cifras oficiales para la realización del presente trabajo lo cierto es que la suscripción de los convenios especiales es muy reducida y en algunos casos anecdótica.

4.3 Conclusión

Podemos concluir este trabajo señalando que las críticas al sistema que dieron lugar a la reforma fundamentalmente se centraban en dos elementos: cuestiones económicas por pérdida de recursos y falta de coordinación entre las distintas administraciones.

Respecto a la primera cuestión no existen datos cuantitativos que justifiquen la adopción de una medida como la que se estudia que por otro lado puede tener un importante coste social. Tampoco se han aportado datos, ya transcurridos cuatro años, que justifiquen las bondades económicas de la reforma y el acierto o ahorro de la medida.

El segundo aspecto mencionado, relativo a la falta de coordinación entre las diversas administraciones y servicios de salud ha tenido aún peor evolución. Lejos de coordinarse las Comunidades Autónomas con el Estado en el seno del SNS hemos visto como se han regulado infinidad de instrumentos jurídicos o implementado medidas para prestar asistencia en atención primaria o especializada a las personas expresamente excluidas de la misma. Al margen de la constitucionalidad o legalidad de estas disposiciones de carácter general o medidas lo cierto es que han determinado la pérdida de eficacia de la norma.

Un inmigrante irregular puede o no tener acceso a la atención médica con fondos públicos de hecho o de derecho dependiendo de la Comunidad Autónoma donde resida y el momento en que requiera la asistencia sanitaria. La dispersión normativa y el fraccionamiento de la regulación han determinado que la norma básica en puridad no se cumpla.

Hemos visto que el Estado ha recurrido la Ley de la Comunidad Valenciana por su dudosa constitucionalidad al incumplir el reparto competencial pero no tenemos constancia de que presentara recurso frente a otras disposiciones de menor rango, en la vía de la legalidad ordinaria, por lo que el panorama se presenta como falto de toda unidad de actuación o atisbo de coordinación.

Muchas de las críticas realizadas a la reforma han sido exageradas otras pueden resultar objeto de un debate interesante en el ámbito social o político pero las apreciaciones jurídicas sobre la competencia del Estado para regular la materia o el reproche de hacerlo por Decreto-ley son excesivamente formalistas y podrían estar destinadas a la desestimación. Es probable que nunca lo sepamos por perder los procedimientos judiciales o constitucionales el objeto antes del pronunciamiento.

Dada la actual situación política no se puede aventurar el destino de las reformas contenidas en el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad

de sus prestaciones. Lo más probable, analizando la situación social y política de la cuestión, será que se revierta total o parcialmente la medida de privar de acceso a los inmigrantes que residen en España de manera irregular. La posible derogación o modificación de la norma podría producirse antes de que el Tribunal Constitucional se pronuncie, por lo que los recursos quedarían sin objeto. En este caso, la eventual apreciación de la pérdida de objeto en un proceso de constitucionalidad depende de la incidencia real de la derogación, sustitución o modificación de la norma en relación a la controversia constitucional planteada, es decir, se analiza si se produce o no la desaparición del conflicto de constitucionalidad⁵⁰. No podemos adelantarnos a una hipotética derogación normativa pero parece lógico que en caso de modificarse o derogarse expresamente alguno de los apartados controvertidos desapareciera la controversia jurídico-constitucional y en Tribunal Constitucional no entrara al fondo de la cuestión.

Aunque se reviertan los efectos de la reforma quedará algún asunto que habrá de abordarse en detalle como qué ocurrirá con el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria como vía de los diversos colectivos no cubiertos para el acceso a la asistencia sanitaria. Aquellos que se adhirieron al convenio y que vean la prestación cubierta podrán no renovarlo pues carecería de sentido continuar con el pago. Difícilmente podrán recuperar lo pagado bajo la vigencia de la anterior norma pues no parece ser uno de los supuestos de responsabilidad patrimonial. Debemos contemplar que aunque muy residual seguirá habiendo algún colectivo excluido que podría haber suscrito estos convenios y cuya situación habrá de ser contemplada por continuar su interés en el mantenimiento de la cobertura.

En los próximos meses se verá si la medida se mantiene o no pero haciendo un balance puede decirse que no ha producido los efectos esperados y que por consiguiente ha tenido poco éxito, tanto para reducir los costes económicos del sistema como para procurar una mayor coordinación entre administraciones.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis. La universalización de la asistencia sanitaria operada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de salud pública: tardío e insuficiente cumplimiento del mandato ínsito en el artículo 43 de la Constitución. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2012. Editorial Aranzadi, SA.
- BLASCO LAHOZ, José Francisco. El sistema nacional de la salud y la ordenación de los servicios sanitarios. Aranzadi Social núm. 15/2001. Editorial Aranzadi, SA.
- BLASCO LAHOZ, José Francisco. Las Prestaciones del Sistema Nacional de Salud (su aplicación legal y judicial). Valencia 2014. Editorial Tirant Lo Blanch.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. La asistencia sanitaria en la Unión Europea. El reintegro de gastos médicos por el uso de servicios médicos privados. (Publicación XI edición del Máster en Derecho Sanitario y Bioética. Noviembre de 2014).
- Dictamen 59/2013 solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la Propuesta de Resolución del recurso de inconstitucionalidad frente al Real

⁵⁰ STC 18/2011, de 3 de marzo (por todas).

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (EXP. 15/2013 RI).

- Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña 6/2012, de 1 de junio, sobre el Real Decreto Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones.

- GIMENO FELIU, José María, Sanidad y Administración Sanitaria. Obra colectiva (págs. 155 a 164).

- GÓMEZ ZAMORA, Leopoldo J. Terceros obligados al pago y régimen jurídico del aseguramiento obligatorio de la asistencia sanitaria. Gómez Zamora. Tratado Derecho Sanitario (mayo 2013) ISBN: 978-84-9014-651-4.

- Informe Tribunal de Cuentas en su informe de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos y convenios internacionales de la Seguridad Social, de 29 de marzo de 2012.

- LÓPEZ DONAIRE, M^a Belén. Reintegro de gastos por asistencia sanitaria privada. López Donaire. Tratado Derecho Sanitario (mayo 2013) ISBN: 978-84-9014-651-4.

- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (coordinador obra colectiva). Memento Práctico Francis Lefebvre Penal. Ediciones Francis Lefebvre, S. A. (octubre de 2014.).

- REPULLO LABRADOR, José Ramón. Financiación de la sanidad: distribución y asignación de recursos. Tratado Derecho Sanitario (Primera edición, mayo 2013) ISBN: 978-84-9014-651-4.

- SÁNCHEZ GARCÍA, Marta María. Prestaciones sanitarias: catálogo de prestaciones y cartera de servicios del sistema nacional de salud. Tratado Derecho Sanitario (mayo 2013) ISBN: 978-84-9014-651-4.