

Nº 15
Tercer trimestre 2018

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 15. Junio 2018

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gablex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. David Larios Risco

Asesor jurídico de la Organización Médica Colegial de España.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Socio Fundador de la Consultoría en Contratación Pública Jaime Pintos.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo. Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción 9

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LOS SUPUESTOS DE COOPERACIÓN VERTICAL COMO EXCEPCIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: LOS ENCARGOS A LOS MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS.

D^a Beatriz Montes Sebastián 15

LA REFORMA DEL REGLAMENTO DE SUBVENCIONES DE CASTILLA-LA MANCHA POR EL DECRETO 49/2018, DE 10 DE JULIO: UN ANÁLISIS CRÍTICO.

D. Carlos María Rodríguez Sánchez 77

LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL Y SANCIONADORA POR LAS ELECTROCUCIONES DE AVIFAUNA PROTEGIDA.

D. Salvador Moreno Soldado 113

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL AGUA Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

D. Antonio Maniatis 263

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN

COMENTARIO AL REAL DECRETO-LEY 7/2018, DE 27 DE JULIO, SOBRE EL ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

D. Leopoldo Gómez Zamora 281

COMENTARIO DE SENTENCIA

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA Nº 268 DE 28 DE MAYO DE 2018. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. RECURSO CONTENCIOSO-ADMNISTRATIVO núm.: 598/2016. APLICACIÓN NO AUTOMÁTICA DE UN COEFICIENTE CORRECTOR EN FUNCIÓN DEL TIPO DE CULTIVO (TIPO DE CAPITALIZACIÓN R2 DEL REGLAMENTO DE VALORACIONES DE LA LEY DE SUELO).

D^a Ana María Rodríguez Martín 333

BASES DE PUBLICACIÓN363

EDITORIAL

El pasado 4 de septiembre se publicó en el BOE el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y lucha contra el terrorismo, y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros con el objetivo de atraer talento a los países de la UE.

Centramos nuestra atención en uno de los aspectos de este Real Decreto-ley que modifica la Ley 10/2010 de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, introduciendo un nuevo artículo 26 bis que se refiere a los Procedimientos Internos de comunicación de potenciales incumplimientos en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, es decir, introduce la obligación de implantar canales de denuncia.

Así, se exige a los sujetos obligados que establezcan procedimientos internos para que sus empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre posibles incumplimientos de esta ley, su normativa de desarrollo o las políticas y procedimientos implantados para darles cumplimiento, cometidos en el seno del sujeto obligado.

Resulta plausible que desde Europa se está impulsando la implantación de canales de denuncia como herramienta para frenar la corrupción como lo demuestra la Directiva ahora transpuesta así como el reciente anuncio (el pasado 23 de abril) de la Comisión sobre la propuesta de Directiva aprobada por el Parlamento Europeo para la protección de aquellas personas que decidan denunciar actividades ilegales o cualquier abuso de derecho.

La Directiva pretende dar protección a todas aquellas personas que dentro de una organización (pública o privada) quieran denunciar una actividad ilegal relacionada con las siguientes materias: (i) contratación pública; (ii) servicios financieros, blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo; (iii) seguridad del producto; (iv) seguridad del transporte; (v) protección del medio ambiente; (vi) seguridad nuclear; (vii) seguridad de alimentos y piensos, salud y bienestar animal; (viii) salud pública; (ix) protección del consumidor; (x) protección de la privacidad y de los datos personales, y seguridad de las redes y los sistemas de información.

También se aplica a las infracciones de las normas de competencia de la UE, las vulneraciones y el abuso de las normas relativas al impuesto sobre sociedades y el daño a los intereses financieros de la UE. La Comisión alienta a los Estados miembros a superar estas normas mínimas y a establecer normativas exhaustivas basadas en los mismos principios en materia de protección de los denunciantes de irregularidades.

Con esta Directiva la Comisión reconoce que proteger a los denunciantes de irregularidades contribuye a defender la libertad de expresión y la libertad de los medios de comunicación, y es esencial para preservar el Estado de Derecho y la democracia en Europa. Debemos

recordar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene consagrando la denuncia de irregularidades como una forma de libertad de expresión protegida en virtud del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del que todos los países de la UE son partes.

Sin lugar a dudas, la propuesta de Directiva constituye una buena noticia para la tutela de los derechos de los ciudadanos frente a las irregularidades de las Administraciones y una herramienta fundamental en la lucha contra la corrupción y confirma la estela marcada.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**COMENTARIO DE
LEGISLACIÓN**

**“COMENTARIO AL REAL DECRETO-LEY
7/2018, DE 27 DE JULIO, SOBRE EL
ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA
NACIONAL DE SALUD.”**

**“COMMENTARY TO THE ROYAL
DECREE-LAW 7/2018, OF 27 JULY, ON
THE UNIVERSAL ACCESS TO THE
NATIONAL HEALTH SYSTEM IN SPAIN.”**

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.

RESUMEN:

El Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud ha venido a revertir la reforma operada 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 en materia de derecho a la asistencia sanitaria y más concretamente en lo que tenía que ver

con la privación del derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos de los extranjeros que se encontraran en una situación irregular en España.

Esta reforma viene precedida de diversas sentencias del Tribunal Constitucional sobre la anterior norma y trata de recuperar un principio de universalidad de la prestación sanitaria en España.

Para llevar a cabo la modificación se regula el concepto de titular y el reconocimiento del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria con especial mención a la protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español y la aportación farmacéutica de las mismas.

Se reformulan y mantienen los conceptos de asegurado y beneficiario pero únicamente a efectos de lo previsto en la normativa internacional y la aportación a la prestación farmacéutica.

Palabras clave: derecho asistencia sanitaria, prestación sanitaria y farmacéutica, gratuidad, universalidad, extranjeros

Abstract: The Royal Decree-law 7/2018, of July 27, on universal access to the National Health System has come to reverse the reform operated by Royal Decree-law 16/2012, of April 20, of urgent measures to guarantee the sustainability of the National Health System and improve the quality and safety of its benefits in terms of the right to healthcare and, more specifically, in relation to the deprivation of the right to health care charged to public funds of foreigners that they were in an irregular situation in Spain.

This reform is preceded by various judgments of the Constitutional Court on the previous rule and seeks to recover a principle of universality of health provision in Spain.

To carry out the modification regulates the concept of holder and the recognition of the right to health protection and health care with special mention to the protection of health and health care for foreigners who are in Spain do not have their legal residence in the Spanish territory and the pharmaceutical contribution of the same.

The concepts of insured and beneficiary are reformulated and maintained but only for the purposes of the provisions of the international regulations and the contribution to the pharmaceutical benefit.

Key words: right health care, health and pharmaceutical services, free, universality, foreigners

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN

1. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2. EL REAL DECRETO-LEY 7/2018, DE 27 DE JULIO, SOBRE EL ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

A) La justificación de la reforma

B) La forma de la reforma

C) La regulación en la normativa internacional aplicable en España

D) La universalidad del sistema

II. CONTENIDO MATERIAL DEL REAL DECRETO-LEY 7/2018, DE 27 DE JULIO, SOBRE EL ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

1. MODIFICACIÓN DE LA LEY 16/2003, DE 28 DE MAYO, DE COHESIÓN Y CALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

A) Titulares del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria

a) Titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria

b) Personas que se encuentren en el ámbito de aplicación de normativa europea o convenios bilaterales

c) El mutualismo administrativo

d) Los terceros obligados

B) Reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos

C) La transmisión de datos sin el consentimiento del interesado

D) Protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español

a) Derecho como titulares a la protección de la salud y a la atención sanitaria as personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español

b) Requisitos

c) Procedimiento

E) Los convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria

2. LA APORTACIÓN FARMACÉUTICA: MODIFICACIÓN DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE GARANTÍAS Y USO RACIONAL DE LOS MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS, APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2015, DE 24 DE JULIO

III. CONCEPTOS DE ASEGURADO Y BENEFICIARIO A EFECTOS DE LO PREVISTO EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y LA APORTACIÓN A LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA

1) CONCEPTO DE ASEGURADO

2) CONDICIÓN DE BENEFICIARIO

I. INTRODUCCIÓN

En el nº 5 de la revista Gabilex se publicó un artículo de este mismo autor, titulado "La asistencia sanitaria en España, especial referencia a la prestación sanitaria a los extranjeros en situación irregular después de la modificación operada por el Real Decreto-Ley 16/2012"¹. También en el nº 11 de la revista Gabilex se publicó el trabajo de D. Héctor Luis Arzola Astacio, sobre el "Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros"². Aparte de los anteriores trabajos muchas han sido las publicaciones de toda índole y noticias en prensa que han tratado este asunto poniendo de manifiesto la relevancia política y jurídica de la cuestión³.

Estos antecedentes y comentarios proliferaron al abrigo 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, que supuso un golpe de timón sobre la asistencia sanitaria y por ello generó no poca polémica y dudas jurídicas. En el citado artículo de este autor ya se realizaba un examen de algunos aspectos de la

¹http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20160418/la_asistencia_sanitaria_en_espana_leopoldo_gomez.pdf (consultado en julio de 2018).

²http://gabilex.castillalamancha.es/sites/gabilex.castillalamancha.es/files/pdfs/hector_luis_arzola_astacio.pdf (consultado en julio de 2018).

³ GOIZUETA VÉRTIZ, Juana. El acceso a la sanidad pública: transformaciones del modelo y límites constitucionales. Revista Vasca Administración Pública nº 109-II, 2017 <https://www.euskadi.net/r61-s20001x/es/t59aWar/t59aMostrarFicheroServlet?t59aIdRevisita=2&R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=45&t59aContenido=7&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=109> (consultado en julio de 2018).

asistencia sanitaria en España y la influencia del Real Decreto-ley 16/2012. Las conclusiones dejaban la puerta abierta a la derogación de la norma, al menos parcialmente, a la vista del panorama político que se dibujaba; también se mencionaron algunos argumentos esgrimidos contra la precitada disposición normativa. Hoy se han resuelto muchas de las cuestiones que entonces se planteaban como meras hipótesis: se han dictado diversas sentencias sobre la normativa autonómica que regulaba la asistencia sanitaria después del Real Decreto-ley 16/2012 y se ha promulgado el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud⁴ que trata de reconducir la situación a un momento previo a la citada norma de 2012.

Habiendo muchos trabajo y opiniones publicadas sobre la materia y sobre las consecuencias del Decreto-ley 16/2012, baste aquí con remitirse a ellos y en particular a alguno de los mencionados para continuar el análisis con un breve vistazo a las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la materia y ya entrar a comentar la nueva regulación, el Real Decreto-ley 7/2018, que será el verdadero objeto de este comentario como su propio nombre indica.

1. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sin ánimo de exhaustividad, podemos mencionar algunas de las sentencias que analizaron la constitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012 o de normas autonómicas dictadas en el marco de la reforma:

⁴ http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-10752 (consultado en julio de 2018).

- STC 139/2016, de 21 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra.
- STC 183/2016, de 3 de noviembre, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad formulado por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias.
- Sentencia 33/2017, de 1 de marzo de 2017, del Pleno del Tribunal Constitucional, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 4585-2012, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, en relación con diversos artículos (1.1 y 2; 4.1 y 4, y 10.4 y 5) del Real Decreto-ley 16/2012⁵.
- Sentencia 63/2017, de 25 de mayo, del Pleno del Tribunal Constitucional, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 414-2013, interpuesto por el Gobierno de Cataluña contra los artículos 1.1, 2 y 3; 4.1, 4, 5 y 14; 6.2 y 3; 8.2; 10.4, y la disposición final sexta.1 del Real Decreto-ley 16/2012⁶.
- Sentencia 64/2017, de 25 de mayo de 2017, del Pleno del Tribunal Constitucional, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 419-2013, promovido por el Gobierno Vasco respecto de diversos preceptos (1.1 y 2; 4.1 y 4, 10.4 y 5) del Real Decreto-ley 16/2012⁷.
- Sentencia 98/2017, de 20 de julio de 2017, del Pleno del Tribunal Constitucional, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 433-2013, interpuesto por el

5

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25303> (consultado en julio de 2017).

6

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25356> (consultado en julio de 2018).

7

<https://www.boe.es/boe/dias/2017/04/07/pdfs/BOE-A-2017-3874.pdf> (consultado en julio de 2017).

Gobierno de Canarias en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril⁸.

Las resoluciones, en sustancia, analizan por un lado los límites de los decretos-leyes y las competencias sobre sanidad en relación con la suficiente acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante (STC 139/2016), el adecuado ejercicio de las competencias estatales y la constitucionalidad de los preceptos en relación con diversas materias relativas a la prestación sanitaria y por otro la constitucionalidad de diversas normas dictadas por las Comunidades Autónomas sobre el derecho a la asistencia sanitaria o la extensión del derecho. Hay que decir que muchas de las resoluciones del Tribunal Constitucional incluyen votos particulares.

La vulneración del artículo 86.1 por no concurrir el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad ha resultado desestimada en atención a lo razonado en la STC 139/2016, FFJJ 3 a 5.

La vulneración de los límites materiales del artículo 86.1 en relación con la afectación del derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE) también resultó desestimada en la STC 139/2016, FJ 6.

El condicionamiento del derecho al acceso a la asistencia sanitaria a través de la condición de asegurado, que comporta la exclusión de determinados colectivos de la titularidad del derecho por reputarse contraria a los artículos 13, 14 y 43 CE resultó desestimado conforme a la STC 139/2016, FFJJ 8, 9 y 10.

La impugnación por razones competenciales del artículo 1.2, que añade un artículo 3 bis a la Ley 16/2003 de 28

⁸ <http://www.boe.es/boe/dias/2017/08/11/pdfs/BOE-A-2017-9657.pdf> (consultado en septiembre de 2017).

de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, quedó desestimada en atención a lo razonado en la STC 33/2017, FJ 4.

La STC 139/2016 (FJ 9) anuló el inciso “siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente” del art. 3.3 de la Ley 16/2003, en la redacción dada al mismo por el art. 1.1 del Real Decreto-ley 16/2012, por contener una remisión en blanco para la determinación de un elemento, consistente en un nivel mínimo de ingresos, que constituye el núcleo esencial en torno al que se configura legalmente el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias financiadas con fondos públicos para las personas que se encuentran en las situaciones contempladas en el art. 3.3 de la Ley 16/2003. Con la literalidad de la norma es imposible, dice el Tribunal Constitucional, determinar quiénes van a tener dicha condición, dada la ausencia de criterio alguno respecto al límite de ingresos exigible. Eso deja la decisión en manos, no del legislador con la colaboración del reglamento, sino exclusivamente a disposición de la determinación reglamentaria del Gobierno. Esto suponía, según el tribunal Constitucional, una patente deslegalización que sacrifica la reserva de ley ex art. 43.2 CE.

Con esta doctrina constitucional quedan marcados los contornos competenciales sobre la materia y quedó validada jurídicamente la reforma operada por el Decreto-ley 16/2012 casi en su totalidad. La reforma desplegaría efectos hasta su derogación pero ciertamente no sin polémica o sin críticas de diversas instituciones y Administraciones Públicas, incluso con votos particulares en las sentencias del Tribunal Constitucional.

Toda esta doctrina constitucional resulta de interés para analizar la cuestión de la asistencia sanitaria pero pierde cierta vigencia con la reforma que deviene del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

2. EL REAL DECRETO-LEY 7/2018, DE 27 DE JULIO, SOBRE EL ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

A) La justificación de la reforma

Tras un inesperado cambio de Gobierno, en junio de 2018, una de las primeras medidas normativas del nuevo ejecutivo ha sido promulgar el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud que se publicó en el Boletín Oficial del Estado nº 183, de 30 de julio de 2018. A nadie se le puede escapar la relevancia política que envuelve el debate sobre la medida.

En este marco, en el del debate político, debería entenderse la afirmación que se hace en la parte expositiva del texto al afirmar que "*La entrada en vigor 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, supuso, de facto, una vulneración de este derecho* (de acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y de universalidad)". Es una declaración programática en cuanto declara la infracción de un derecho *de facto* o de hecho pero no de derecho, a sabiendas de que el propio Tribunal Constitucional no ha declarado dicha infracción al señalar que tal derecho es de configuración legal, siguiendo determinados principios, y extendiendo así los límites competenciales

en los que el Estado podía regular. La STC 139/2016 (FJ 6) no aprecia infracción de preceptos constitucionales afirmando que el «art. 43.1 CE reconoce el derecho a la protección de la salud cuya organización y tutela se encomienda a los poderes públicos a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, atribuyéndose al legislador el establecimiento de los derechos y deberes de todos al respecto (art. 43.2). El precepto constitucional se ubica entre los principios rectores de la política social y económica, los cuales, formalmente, disfrutaban de las garantías previstas en el art. 53.3 CE, por lo que su reconocimiento, respeto y protección “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, estatales y autonómicos. Asimismo, sólo se pueden alegar ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispuesto en las leyes que los desarrollen. Atendiendo, por tanto, a su ubicación sistemática, el art. 43 CE se configura como un principio rector, razón por la que carece de contenido constitucionalmente esencial que pueda ser afectado por la legislación de urgencia.»⁹.

⁹ A mayor abundamiento también el FJ 7 de la STC 139/2016 trata el asunto por ejemplo: « La norma cuestionada adopta un modelo que se sustenta principalmente en la conexión entre la cotización al sistema de la Seguridad Social y el derecho a recibir las correspondientes prestaciones sanitarias en condiciones de gratuidad o de bonificación. La nueva regulación de la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud supone un cambio en la política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, que se aprecia a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud y de la gradual incorporación como titulares de las prestaciones de colectivos a los que no alcanzaba la condición de asegurado de la Seguridad Social. Como es evidente, el sólo hecho del cambio de criterio del legislador en nada afecta a la constitucionalidad de la medida, ya que la Constitución no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer necesariamente a cualquier

Es decir es un derecho de configuración legal y que puede ser limitado por los gobiernos. Eso sí, cumpliendo o persiguiendo los principios informadores del ordenamiento jurídico.

Con el Real Decreto-ley 16/2012 el acceso al sistema público sanitario se vinculaba de forma directa a ostentar la condición de asegurado e indirectamente a quien se considere beneficiario del asegurado, con las excepciones que se recogen en la norma. Ciertamente esta circunstancia apeaba del derecho a recibir asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a las personas extranjeras en situación de irregularidad administrativa¹⁰, o como dice la norma a personas adultas no registradas ni autorizadas a residir en España, pues difícilmente podían ostentar tal condición de beneficiario o asegurado al estar vinculada a una situación que exige estar en situación regular como es, principalmente, el trabajo o el alta en la Seguridad Social. El Real Decreto-ley 16/2012 vinculaba la prestación del servicio sanitario gratuito a la cotización al sistema de la Seguridad Social, vedando a muchas

persona, sino que el art. 43.2 CE impone un mandato a los poderes públicos, y en particular al legislador, para establecer los derechos derivados del apartado 1 de ese mismo precepto. Como ya se ha señalado, se trata de un derecho de configuración legal y que, por tanto, permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo.»

¹⁰ En todo caso se conservaba el derecho a la asistencia sanitaria gratuita de los menores de edad, de las mujeres extranjeras embarazadas y de los extranjeros mayores de edad en caso de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.

personas que estaban en situación irregular la percepción de tal prestación.

A partir de la vigencia del Real Decreto-ley 16/2012 no tenían derecho a la asistencia sanitaria gratuita, con cargo a fondos públicos, aquellos extranjeros en situación de irregularidad administrativa en territorio español que no tuvieran la condición de asegurado o beneficiario; que no fueran menores de edad; que no fueran mujeres embarazadas o que la asistencia no fuera por caso de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.

Los extranjeros en tal situación _que no se encontraran en alguna de las situaciones descritas en el párrafo anterior_ solo podrían obtener la prestación de la asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. Es decir sólo obtenían asistencia sanitaria mediante el pago del gasto por la asistencia mediante factura o liquidación de tasa o precio público o asumiendo el pago mensual de una cuota en un sistema que se asemeja a un seguro sanitario privado.

El Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud pretende, según declara en su parte expositiva, la recuperación de la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todas las personas, independientemente de su nacionalidad, que tengan establecida su residencia en el territorio español, incluyendo aquellas que en aplicación de los reglamentos comunitarios o convenios bilaterales tengan acceso a la misma en la forma que estas disposiciones lo indiquen.

Una vez expuesto someramente el contexto y antes de analizar el contenido material de la reforma, puede resultar interesante detenernos en la justificación de la norma y el contraste con la doctrina del Tribunal Constitucional al resolver sobre la anterior modificación.

La parte expositiva del Real Decreto-ley 7/2018 justifica la urgencia de la reforma y crítica la anterior regulación por entender que era contraria a la normativa internacional y a la universalidad del sistema. Veremos a continuación de forma sistemática estos tres puntos.

B) La forma de la reforma.

Instrumentalmente se ha empleado el llamado Decreto-ley, regulado en el artículo en el artículo 86 de la Constitución Española que exige la declaración de un caso de extraordinaria y urgente necesidad y que se caracteriza como una disposición legislativa provisional que deberá ser inmediatamente sometida a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados. En la exposición de motivos de la norma se razona sobre la urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución Española como presupuestos habilitantes para la aprobación de un real decreto-ley.

Ya se ha visto que el Tribunal Constitucional ha razonado ampliamente sobre la concurrencia del supuesto de hecho habilitante y la conexión con la situación de urgencia y las medidas adoptadas en el Decreto-ley 16/2012, aceptando la concurrencia de justificación sobre la urgencia pero también debe señalarse que existió, sobre esta materia, un voto particular¹¹. Ciertamente la situación no es idéntica pues en aquella reforma se restringían determinados derechos a un

¹¹ Voto Particular a la STC 139/2016.

colectivo mientras que en esta se amplían los mismos, lo cual tampoco evita el deber de razonar la urgencia. Ahora el ejecutivo entiende y justifica la urgencia de la medida en que tal acuerdo requiere una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes.

Más allá de las consideraciones políticas o de oportunidad que se puedan hacer parece que está formalmente justificado el supuesto de hecho habilitante y la conexión con la situación de urgencia. Analizaremos parte de la justificación que aunque no esté directamente vinculada con una urgencia inmediata, no parece probable que exista tacha de inconstitucionalidad de la norma por este aspecto formal a pesar de la falta de concreción o sustento en datos objetivos que permita conocer el alcance de la norma.

C) La regulación en la normativa internacional aplicable en España

Sobre la regulación en la normativa internacional aplicable en España, se configura como un elemento en parte polémico. Justifica la exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2018 que "En el ámbito de la normativa internacional, tanto supranacional como europea, el derecho a la protección de la salud se reconoce de manera expresa como un derecho inherente a todo ser humano, sobre el que no cabe introducción de elemento discriminatorio alguno, ni en general ni en particular, en relación con la exigencia de regularidad en la situación administrativa de las personas extranjeras". Ciertamente se reconoce el derecho a la salud de una forma amplia en el derecho internacional pero también es cierto que su configuración se hace en el plano estatal

y puede estar sometida a límites, como de hecho así sucedió.

El concepto podría matizarse a la luz de la doctrina constitucional sobre la materia. En el fundamento jurídico décimo de la STC 139/2016 trata de forma prolija la cuestión: «Tampoco se ve afectado el límite relativo al contenido del derecho a la salud delimitado por los tratados internacionales, al que nos remite el art. 13 CE. Conforme a nuestra doctrina, los tratados y convenios internacionales no son, en sí mismos, canon de constitucionalidad de los preceptos recurridos. Las normas legales impugnadas deben ser contrastadas con los correspondientes preceptos constitucionales que proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España, interpretados de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. En consecuencia, “sólo podrá declararse su inconstitucionalidad si aquellas normas con rango de Ley vulneran el contenido constitucionalmente declarado de tales derechos y libertades” (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5).

Esa circunstancia no concurre aquí. El **Pacto de derechos económicos sociales y culturales** que aborda la protección de la salud en su artículo 12.1, ha señalado previamente, en su artículo 2.1, que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Además, su artículo 4 reconoce que los derechos garantizados podrán ser sometidos a limitaciones legales “sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos” y, finalmente, conviene advertir que el artículo 12.1 alude al “el derecho de toda

persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, pero no que las prestaciones en las que ese derecho se materializa hayan de ser, siempre y en todo caso, gratuitas para sus destinatarios.

Por su parte, el art. 35 de la **Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea**, remite el derecho de toda persona a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria a las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. En ese sentido, en relación con el reconocimiento de prestaciones por parte de los Estados miembros, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que “la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida justifica en principio la posibilidad de comprobar la regularidad de la residencia en el momento del reconocimiento de una prestación social, especialmente en el caso de las personas procedentes de otros Estados miembros y que no ejercen actividades económicas, ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado” (STJUE, Sala Primera, de 14 junio de 2016, y doctrina allí citada).

La **Carta Social Europea** también se refiere en su artículo 13 al derecho a la asistencia médica. En el apartado 4 de dicho artículo 13 se indica el compromiso de las partes de aplicar este derecho en condiciones de igualdad con sus nacionales a los de las restantes partes contratantes “que se encuentren legalmente en su territorio”. A su vez, el anexo a la Carta Social fija su ámbito de aplicación, indicando que los artículos 1 a 17 sólo comprenden a extranjeros de otras partes contratantes que “residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada”.

Por último es también necesario advertir que, “en la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta” (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4), de manera que esa inconstitucionalidad por omisión “sólo puede entenderse producida cuando es la propia Constitución la que impone al legislador la necesidad de integrar su texto en aspectos no contemplados por ella” (STC 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 4), lo que es patente que no ocurre en este caso.

En suma la regulación examinada responde a una lícita opción del legislador que queda dentro de su margen de configuración que le es propio, sin que con ello se vulnere el art. 43 en relación con el art. 13 CE.».

Se colige que la normativa internacional aplicable en España permite cierta libertad a los estados para regular la materia e introducir ciertas limitaciones en la prestación de la asistencia sanitaria de forma universal. No cabrá introducir limitaciones discriminatorias, esto es cierto, pero para que se dé tal infracción debe haber una verdadera ruptura del principio de igualdad para lo que se requieren términos de comparación válidos. Dicho de otro modo, para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable y en el caso de la reforma del Real Decreto-ley 16/2012 la justificación facilitada, vinculada en especial a conceptos presupuestarios y de control del gasto, se ha considerado suficiente.

D) La universalidad del sistema

Respecto a la universalidad del sistema también se puede poner en contraste lo dicho por el Tribunal Constitucional y lo indicado en la parte expositiva del Real Decreto-ley 7/2018 que sin contradecirse acreditan el cambio de tendencia hacia la universalización del sistema, nunca conseguido, con la ruptura o retroceso en el año 2012 y la reanudación de la tendencia *universalizadora* en 2018. Dice la norma estudiada que «Los antecedentes normativos existentes en nuestro país en reiteradas ocasiones han aludido a la universalidad de la atención sanitaria. Así, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que regula todas las acciones que permiten hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución Española, establece los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el Sistema Nacional de Salud, como son el carácter público y la universalidad del sistema. Asimismo, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, antes de su modificación en el año 2012, establecía, entre sus principios generales, el aseguramiento universal y público por parte del Estado y recogía los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria.

La reforma que instauró el mencionado Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, desvirtuó el derecho a la protección de la salud al anular su vocación universal y eliminar la titularidad del derecho establecida en la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Supuso, de este modo, una involución del esquema legal de cobertura hasta entonces armónico con los principios que, de conformidad con los tratados internacionales, la Constitución Española y la Ley 14/1986, de 25 de abril,

deben imperar en las políticas sanitarias, en la actuación de los poderes públicos y la configuración de las características fundamentales del Sistema Nacional de Salud.».

Más allá de las interpretaciones que se puedan hacer del alcance del concepto universalidad puede afirmarse que es una tendencia o un fin a perseguir en el que el Real Decreto-ley 16/2012 supuso un paso atrás pero que no se constituye en un principio absoluto, sin limitaciones o unívoco.

En este sentido el fundamento jurídico séptimo de la STC 139/2016 expone la evolución de la universalidad del sistema de una forma ilustrativa: «Importa señalar, en todo caso, que la universalización del acceso a las prestaciones sanitarias sufragadas con fondos públicos, ha sido, desde la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (LGS), un objetivo a perseguir en el que no se ha llegado ni a la desvinculación absoluta con respecto a la Seguridad Social ni a un acceso incondicionado y gratuito para todos los residentes en territorio español. En ese contexto debe entenderse la disposición transitoria quinta LGS, cuando establece, sin mayor concreción, que “la extensión de la asistencia sanitaria pública a la que se refieren los artículos 3.2, y 20 de la presente de la Ley se efectuará de forma progresiva”. En la búsqueda de ese objetivo de universalización de la asistencia sanitaria prestada con cargo a fondos públicos se dictaron normas específicas en relación a determinados colectivos y grupos de personas, como, por ejemplo, pensionistas de clases pasivas (art. 55 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre); personas sin recursos económicos suficientes (Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre); perceptores de prestaciones no contributivas (Ley 26/1990, de 20 de diciembre); menores de edad (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero); extranjeros en territorio

español (art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero); trabajadores por cuenta ajena, que sean españoles de origen residentes en el exterior, que se desplacen temporalmente a España, o los retornados de más de 65 años o pensionistas, en determinadas circunstancias (Real Decreto 8/2008, de 11 de enero). Esta normativa se completa con las previsiones de la legislación en materia de Seguridad Social, que extiende su acción protectora a la asistencia sanitaria de carácter no contributivo y universal para los casos de enfermedad común [art. 42.1 a) y 109.3 b) del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre]. Por último, la disposición adicional sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, regula la extensión del derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública “a todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico”. Este último inciso condiciona la extensión del derecho a la inexistencia de otros títulos de reconocimiento y aun así dicha extensión no se realiza incondicionalmente en la medida en que se contempla la exigencia de las correspondientes obligaciones a aquellos terceros legalmente obligados al pago de dicha asistencia de acuerdo con lo establecido en la Ley general de sanidad, en el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social y de lo dispuesto en los reglamentos comunitarios europeos y convenios internacionales en la materia. (...)

Ahora bien, la naturaleza del derecho a la salud como principio rector no implica que el art. 43 CE constituya una norma únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que lo informen, especialmente con relación al legislador, que debe configurarlo en virtud del mandato del art. 43.2 CE para que establezca las prestaciones necesarias para tutelar la salud pública. (STC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ

7; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8, y 14/1997, de 28 de enero, FJ 11). En consecuencia, el art. 43 CE debe ser considerado como un principio rector constitucional dirigido a orientar y determinar la actuación de los poderes públicos (ATC 221/2009, de 21 de julio, FJ 4), expresivo de “un valor de indudable relevancia constitucional” (ATC 96/2011, FJ 5), lo que se traduce en su obligación “de organizar” la salud pública y de “tutelarla a través de las medidas, las prestaciones y los servicios necesarios” (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3). En suma, el desarrollo del art. 43 CE y la articulación del derecho a la protección de la salud requieren que el legislador regule las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, respetando el contenido del mandato constitucional. Debe tenerse presente que, dada la ubicación sistemática del art. 43 CE, nos encontramos ante una remisión a la libertad de configuración del legislador ordinario que deriva de lo dispuesto en el art. 53.3 en relación con el art. 43.2 CE. (...)

Es cierto que, desde la óptica del principio de universalidad, resulta claro el contraste resultante que se produce entre la nueva regulación de la condición de asegurado y la limitación de la cobertura que resulta de las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2012 y el marco normativo preexistente. Supone un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud. Sin embargo, ya hemos señalado que la universalización legislativamente proclamada ha sido más bien un objetivo a conseguir, atendiendo a las circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado las económicas (en el mismo sentido, el ya citado ATC 96/2011, FJ 6).».

Esta es la doctrina constitucional que resultará aplicable para el principio de la universalidad del sistema que para

ser más concretos se referiría a la universalidad de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos. Pues la prestación sanitaria en determinadas condiciones, como la urgente, se presta a todas las personas por el hecho de serlo.

Analizadas las razones de la disposición a la luz de la doctrina constitucional podemos pasar a continuación a un análisis más material del contenido.

II. CONTENIDO MATERIAL DEL REAL DECRETO-LEY 7/2018, DE 27 DE JULIO, SOBRE EL ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

La reforma sobre la asistencia sanitaria se hace mediante una derogación tácita y expresa de algunos apartados del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de persona asegurada y de beneficiaria a efectos de la asistencia sanitaria en España¹² y por modificación de dos normas con rango legal: la Ley 16/2003, de 28 de mayo, en lo que respecta al derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, y el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, en cuanto a la aportación farmacéutica.

¹² La disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 7/2018, deroga tácitamente cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan, contradigan o resulten incompatibles con lo dispuesto en este real decreto-ley y expresamente los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, y 8 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de persona asegurada y de beneficiaria a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

1. MODIFICACIÓN DE LA LEY 16/2003, DE 28 DE MAYO, DE COHESIÓN Y CALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

La modificación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, en lo que respecta al derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria consiste en la modificación de tres preceptos: el artículo 3, el "3 bis" y "3 ter" de tal texto¹³.

A) Titulares del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria

a) Titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria

En primer lugar se define el concepto de titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria como todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español. Por consiguiente se retorna al concepto tradicional de residencia en España que será determinado al establecer los requisitos de acceso.

Para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, las personas

¹³ Que fueron modificados y añadidos (el bis y ter) 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 que anteriormente regulaban la condición de asegurado, el reconocimiento y control de la condición de asegurado y la asistencia sanitaria en situaciones especiales.

titulares de los citados derechos deberán encontrarse en alguno de los siguientes supuestos:

- i) Tener nacionalidad española y residencia habitual en el territorio español.
- ii) Tener reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español, siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia.
- iii) Ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía.

Para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a los fondos públicos debe tenerse la nacionalidad española y residencia en España, tener el derecho expresamente reconocido por cualquier título jurídico o ser extranjero con residencia legal. Dicho así parecería que los extranjeros en España de forma irregular no tendrían derecho a la prestación sanitaria pero, como luego se verá, en la nueva redacción del artículo 3 ter de la Ley 16/2003 se reconoce expresamente el título jurídico para recibir la protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española. Equiparando así la residencia legal de los extranjeros con la estancia en España.

- b) Personas que se encuentren en el ámbito de aplicación de normativa europea o convenios bilaterales

Se hace expresa referencia en la reforma a la normativa europea o convenios bilaterales que regulen la materia, en cuyo caso las personas que se encuentren en el ámbito de aplicación de dichas normas, tratados o acuerdos tendrán acceso a la asistencia sanitaria en la forma, extensión y condiciones establecidas en las disposiciones comunitarias o convenios indicados¹⁴. Si bien se aclara que en caso de que estas personas, afectadas por dichos acuerdos, no tengan derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, podrán obtener dicha prestación mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. Más adelante se tratarán estos convenios que perviven para determinadas situaciones como esta y que pondrían de manifiesto que no hay una universalidad absoluta del sistema.

c) El mutualismo administrativo

Finalmente se establece la salvaguarda de que esta regulación no modifica el régimen de asistencia sanitaria del mutualismo administrativo que mantendrá su régimen específico. Se refiere a las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del

¹⁴ Sin perjuicio de lo anterior, las personas con derecho a la asistencia sanitaria en España 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.

Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas.

d) Los terceros obligados

Cabe plantearse en último lugar qué ocurriría en aquellas situaciones en las que no se cumplan las condiciones para una asistencia sanitaria gratuita o que existe un tercero que asuma el pago de la prestación. Nos encontraríamos en este caso ante la figura del tercero obligado.

El Real Decreto-ley 7/2018 incluye en su exposición de motivos la posibilidad de que exista un tercero obligado al pago de la prestación como criterio para evitar el uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos¹⁵.

Concretamente esta salvaguarda se hace de dos maneras:

- Se establece expresamente como requisito para tener derecho a la asistencia con cargo a los fondos públicos de las personas extranjeras no registradas ni autorizadas

¹⁵ *Asimismo, partiendo de las necesarias cautelas dirigidas a no comprometer la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud, se establecen criterios para evitar el uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria, como son que la asistencia será con cargo a fondos públicos siempre que no exista un tercero obligado al pago, o que no se tenga la obligación de acreditar la cobertura obligatoria por otra vía, o bien, que no se pueda exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia. Todo ello en virtud de lo dispuesto en la normativa nacional, en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable.*

como residentes en España el no existir un tercero obligado al pago¹⁶.

- El reconocimiento de la asistencia sanitaria será con cargo a fondos públicos siempre que no exista un tercero obligado al pago¹⁷.

El tercero obligado es una figura que existe en nuestro ordenamiento y que básicamente permite a las Administraciones reclamar el gasto de la prestación sanitaria a aquellos terceros que puedan ser responsables de dicho gasto ya por asegurar el riesgo, ya por ser responsables civiles, penales o por no tener cubierta la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos.

Mencionaremos brevemente la naturaleza y elementos de la figura del tercero obligado, sin entrar más a fondo, dada la extensión y finalidad de este trabajo:

¹⁶ Artículo 3.2 b) Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud "2. Para hacer efectivo el derecho al que se refiere el apartado 1 con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, las personas titulares de los citados derechos deberán encontrarse en alguno de los siguientes supuestos: (...)
b) Tener reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español, siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia."

¹⁷ Artículo 3 ter 2.c) Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud "La citada asistencia será con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes siempre que dichas personas cumplan todos los siguientes requisitos: (...)
c) No existir un tercero obligado al pago."

El tercero obligado al pago del gasto de la prestación sanitaria se menciona expresamente en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad¹⁸ que reconoce un derecho a las Administraciones Públicas para reclamar los costes de la asistencia sanitaria prestada cuando aparezca un tercero obligado al pago.

Por su parte la disposición adicional décima 1 a) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social¹⁹ menciona la naturaleza jurídica de los ingresos por venta de bienes y servicios prestados a terceros diciendo que no tendrán la naturaleza de recursos de la Seguridad Social los que resulten de los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria prestada por el Sistema Nacional de Salud a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social,

¹⁸ *Los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente. Los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social. En ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos pacientes.*

A estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados.

¹⁹ Anteriormente la cuestión se regulaba en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio al que se hace mención en algunos preceptos, básicamente con idéntico tenor, y actualmente derogada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

así como en los supuestos de seguros obligatorios privados y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago²⁰.

Finalmente, para delimitar la extensión del concepto debemos acudir al artículo 2.7 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 actualización²¹ señala que conforme a los anteriores preceptos *los servicios de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el anexo IX*²².

²⁰ Supuestos a los que se refieren los artículos 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

²¹ *Conforme a lo señalado en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el anexo IX. Procederá asimismo la reclamación del importe de los servicios a los usuarios sin derecho a la asistencia de los servicios de salud, admitidos como pacientes privados, conforme a lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de Sanidad.*

²² ANEXO IX 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.

Asistencia sanitaria cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago

Conforme a lo previsto en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en el artículo 2.7

del presente real decreto y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios públicos de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, incluido el transporte sanitario, la atención de urgencia, la atención especializada, la atención primaria, la prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica, las prestaciones con productos dietéticos y la rehabilitación, en los siguientes supuestos:

1. Asegurados o beneficiarios del sistema de Seguridad Social pertenecientes a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, Mutualidad General Judicial o al Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud.

2. Asegurados o beneficiarios de empresas colaboradoras en la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social, en aquellas prestaciones cuya atención corresponda a la empresa colaboradora conforme al convenio o concierto suscrito.

3. Accidentes de trabajo o enfermedades profesionales a cargo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina.

4. Seguros obligatorios:

a) Seguro obligatorio de los deportistas federados y profesionales.

b) Seguro obligatorio de vehículos de motor.

c) Seguro obligatorio de viajeros.

d) Seguro obligatorio de caza.

e) Cualquier otro seguro obligatorio.

5. Convenios o conciertos con otros organismos o entidades.

Se reclamará el importe de la asistencia prestada, de acuerdo con los términos del convenio o concierto correspondiente.

6. Ciudadanos extranjeros:

a) Asegurados o beneficiarios en un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y Suiza, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social.

b) Asegurados o beneficiarios de otros países extranjeros, no residentes en España, en los supuestos y condiciones

B) Reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos

El artículo 3 bis modificado no regula o determina estrictamente un procedimiento para el reconocimiento del derecho pero sí se arroga la competencia para el reconocimiento en favor del Estado. Se atribuye expresamente el reconocimiento y control del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social²³. No obstante, el precepto menciona la necesaria colaboración de las entidades y administraciones públicas imprescindibles para comprobar la concurrencia de los requisitos establecidos para hacer efectivo el derecho (nacionalidad, residencia, otro título jurídico que reconozca el derecho a la asistencia sanitaria en España, etc.), en la forma en que se determine reglamentariamente.

establecidos en los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por España.

7. Otros obligados al pago.

a) Accidentes acaecidos con ocasión de eventos festivos, actividades recreativas y espectáculos públicos en caso de que se haya suscrito contrato de seguro de accidentes o de responsabilidad civil que cubra las contingencias derivadas de estas actividades.

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.

²³ Antes el reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo correspondía al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina, a través de sus direcciones provinciales.

Aquí se produce una importante novedad difícil de articular puesto que se determina que será la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, la competente para dictar actos administrativos de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos. Y sólo una vez reconocido el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos por el Estado, éste 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. Es decir, que ahora las Comunidades Autónomas con las competencias en materia de sanidad atribuidas no podrían expedir tarjetas sanitarias en favor de ciudadanos si previamente no se ha reconocido el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. La cuestión es que cuando una persona requiere asistencia sanitaria acude a un centro sanitario, generalmente dependiente de la Comunidad Autónoma, y pretende obtener la tarjeta sanitaria como título acreditativo del derecho. El tenor del artículo determinaría que aunque se dirigiera a tal centro el trámite de la solicitud del reconocimiento del derecho debería realizarse en el Ministerio. Habrá de esperarse a la articulación del sistema para ver cómo se consigue establecer para evitar dilaciones innecesarias.

Quedamos pues en este punto a la espera de la articulación en el correspondiente reglamento y mientras, de hecho, al menos si se sigue literalmente el tenor del precepto; no se permitiría expedir tarjetas sanitarias a personas hasta ahora excluidas de la atención sanitaria sin el previo reconocimiento expreso

por parte del Estado del derecho a la asistencia con cargo a fondos públicos.

La atribución de la competencia al Estado tiene cierta lógica pero en el estado de las Autonomías y ante una realidad de fraccionamiento de los servicios de salud parece complicado articular un sistema dinámico de intercambio de datos y tramitación de tarjetas sanitarias recabando autorización expresa del Estado y desvinculado de la Seguridad Social. Se puede cumplir la consecución del objetivo pero el sistema arbitrado debe resultar dinámico y realista.

En todo caso, hasta que se materialice el procedimiento, se establece un régimen transitorio para el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos en la disposición transitoria segunda disponiendo que “En tanto que no entre en vigor el reglamento previsto en el artículo 3 bis.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, se mantendrán los procedimientos vigentes y las bases de datos existentes antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley”.

Por otro lado y en razón a la competencia de sanidad exterior, exclusiva del Estado, se determina que la gestión de los derechos de asistencia sanitaria derivados de las normas internacionales de coordinación de los sistemas de seguridad social, así como las demás funciones atribuidas por dichas normas a las instituciones competentes y organismos de enlace, corresponderán al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

C) La transmisión de datos sin el consentimiento del interesado

La norma analizada hace una afirmación que no va a estar ausente de polémica ya que permite la transmisión de datos, que podrían llegar a ser personales o incluso personalísimos, sin ningún tipo de autorización o posibilidad de disponer de ellos por sus titulares. Señala el artículo 3 bis 3 que los órganos competentes en materia de extranjería podrán comunicar al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y a las entidades y administraciones públicas los datos imprescindibles para comprobar la concurrencia de los requisitos para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, sin contar con el consentimiento del interesado.

Del mismo modo, se reconoce un derecho al Ministerio, al resto de entidades y Administraciones Públicas para comprobar la concurrencia de los requisitos y para tratar los datos obrantes en los ficheros de las entidades gestoras, servicios comunes y órganos de las Administraciones Públicas competentes que resulten imprescindibles para verificar la concurrencia del reconocimiento y control del citado derecho.

La cuestión es que la mencionada cesión de estos datos no precisará del consentimiento del interesado.

Y se aclara que el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y las entidades y Administraciones Públicas interesadas, no precisan el consentimiento del interesado para la tratar la información imprescindible para realizar la comprobación necesaria del reconocimiento y control del derecho con la finalidad de comunicar a las administraciones sanitarias competentes los datos necesarios para verificar en cada momento que se mantienen las condiciones y los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y atención sanitaria con cargo a fondos públicos.

Esta información para la que la norma insiste en no precisar o requerir consentimiento del interesado puede resultar personal e incluso personalísima por tener que ver con su estado civil, residencia e incluso datos médicos. Puede resultar problemático, o al menos dudoso que puedan cederse o facilitarse tales datos sin recabar en ningún momento un consentimiento tácito o expreso del interesado con una finalidad administrativa.

Cualquier modificación o variación o variación de los datos que se pueda comunicar entre administraciones deberá surtir los efectos que procedan en la tarjeta sanitaria individual. La cuestión es que en principio el procedimiento administrativo al que acude el titular y para el que en su caso facilita los datos es el de la tarjeta sanitaria pero en puridad sería para el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos que tramita el Ministerio.

Recordemos que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que serán interesados en un procedimiento administrativo los titulares de derechos o intereses legítimos, aquellos que ostenten derechos que puedan resultar afectados por la decisión que se adopte y aquellos cuyos intereses legítimos puedan resultar afectados, con las precisiones que hace la Ley (artículo 4). Por ello, los titulares o potenciales titulares del derecho son sin duda interesados.

Así pues, si bien se le reconoce a los interesados en un procedimiento el derecho a no presentar documentos originales salvo que, de manera excepcional, la normativa reguladora aplicable establezca lo contrario (artículo 53.1 c) Ley 39/2015), el artículo 28.1 2 determina que los interesados no estarán obligados a

aportar documentos elaborados por cualquier Administración, siempre que el interesado haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos. En este contexto la normativa básica exige información si no consentimiento o conocimiento del uso de sus datos.

Se exige por consiguiente autorización para la consulta de ciertos datos, aunque se pueda presumir que la consulta u obtención es autorizada por los interesados salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso.

Por ello, la normativa básica establece que es en ausencia de oposición del interesado, cuando las Administraciones Públicas deberán recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto.

La norma analizada prevé sin embargo que se recaben y transmitan entre Administraciones datos para comprobar la concurrencia de los requisitos para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, sin contar con el consentimiento del interesado. No parece un error tal apreciación pues se repite en el texto y parece ser una circunstancia que se pone de manifiesto por la dificultad de recabar dichas autorizaciones tanto por la complicación de suministrar y entender la información entre determinados sectores de la población destinataria de la norma como por el posible recelo a manifestar autorización al intercambio de datos ante la situación administrativa en que se pueda encontrar en otros expedientes.

Todo ello en el marco de un procedimiento administrativo encaminado a dictar un acto administrativo de reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos que después se materializará en la expedición de la tarjeta sanitaria y la prestación del servicio.

Aunque la finalidad de la previsión sea loable puede que de ella resulte una desprotección del interesado que en ningún momento puede aceptar, conocer u oponerse a la transmisión de sus propios datos personales.

D) Protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español

a) Derecho como titulares a la protección de la salud y a la atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español

Antes de 2012 a los extranjeros, titulares del derecho, se les reconocía el derecho en las mismas condiciones que a los españoles cuando estaban empadronados en España (art. 12 de la LO 4/2000).

Con el Real Decreto-ley 16/2012 quedó delimitado el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria pública mediante la definición de los conceptos de asegurado y beneficiario del asegurado.

Ahora, con Real Decreto-ley 7/2018, la asistencia sanitaria se funda en un reconocimiento que realizará el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social en

base a los datos que pueda recabar y que permitirá a las Comunidades Autónomas prestar la asistencia.

En el artículo 3 ter se viene a aclarar de forma más concreta la situación de aquellos que quedaron excluidos de la asistencia sanitaria por la normativa sustituida, en este caso se les denomina personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español.

Se dice expresamente que las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho como titulares a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española. Se establecen a continuación los requisitos para que tal asistencia sea con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes.

El no cumplimiento de alguno de los requisitos establecidos no privaría del derecho a la asistencia sanitaria pero sí a que la misma se financie con cargo a fondos públicos. Lo que podría determinar la exigencia del pago de la prestación como tercero obligado.

Adicionalmente, como límite a la asistencia sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español se especifica que con el reconocimiento del derecho no se genera un derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio español financiada con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas internacionales en materia de seguridad social aplicables.

Como hemos señalado ya, conforme al artículo 3 ter de la Ley 16/2003 se reconoce expresamente el título

jurídico para recibir la protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española. Equiparando así la residencia legal de los extranjeros con la mera estancia en España lo cual puede dar lugar a ciertos problemas y al menos a un trato desigual al extranjero es situación regular que tiene que acreditar la residencia y al que estando en situación irregular puede tener derecho a la asistencia sanitaria sin necesidad de acreditar ningún requisito pudiendo encontrarse en tránsito o en régimen de estancia temporal. La norma simplemente prevé un requisito adicional para los casos en que las personas extranjeras se encuentren en situación de estancia temporal de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que será preceptiva la emisión de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las Comunidades Autónomas.

b) Requisitos

Para tener derecho a la asistencia con cargo a los fondos públicos, las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, deberán cumplir todos y cada uno de los siguientes requisitos:

- i) No tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable.
- ii) No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia.

iii) No existir un tercero obligado al pago.

Para exponerlo en términos afirmativos podría decirse que las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España para tener derecho a la asistencia con cargo a los fondos públicos: no deberán tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable; no deben poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia y no debe existir un tercero obligado al pago.

La exposición de motivos lo justifica del siguiente modo "Asimismo, partiendo de las necesarias cautelas dirigidas a no comprometer la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud, se establecen criterios para evitar el uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria, como son que la asistencia será con cargo a fondos públicos siempre que no exista un tercero obligado al pago, o que no se tenga la obligación de acreditar la cobertura obligatoria por otra vía, o bien, que no se pueda exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia. Todo ello en virtud de lo dispuesto en la normativa nacional, en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable."

c) Procedimiento

El artículo 3 ter 3 prevé un procedimiento para el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español.

Se señala que serán las propias Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, las que fijarán el procedimiento para la solicitud y expedición de un "documento certificativo que acredite a las personas extranjeras para poder recibir la prestación asistencial".

Las Comunidades Autónomas en desarrollo de la normativa deberán regular un procedimiento para emitir el citado certificado y deberán comunicar al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, mediante el procedimiento que se determine, dichos documentos certificativos.

A la espera del desarrollo reglamentario deberá complementarse el procedimiento autonómico con la competencia del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social para el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos, que parece que sería previa a la concesión del derecho por la Comunidad Autónoma mediante certificado de una situación previa reconocida (que no resolución).

Se entiende que el extranjero solicitaría al servicio de salud autonómico la asistencia sanitaria y la Administración autonómica recabaría los datos para elevarlo al Ministerio para que éste dictara la resolución o acto administrativo que reconociera el derecho para después emitir la Comunidad Autónoma un certificado de tal acto o resolución. Parece deducirse que el objetivo de este complejo sistema es que el Estado tenga la competencia para el reconocimiento del derecho pero que la gestión la realice la Comunidad Autónoma.

Como hemos mencionado en los casos en que las personas extranjeras se encuentren en situación de estancia temporal será además de los trámites vistos preceptiva la emisión de un informe previo favorable de

los servicios sociales competentes de las Comunidades Autónomas.

E) Los convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria.

Con la reforma acometida se quedaría prácticamente sin relevancia un instrumento creado para el aseguramiento sanitario público de las personas que anteriormente no fueran beneficiarios o asegurados; el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria. Estos convenios suponían una suerte de póliza de seguro de asistencia sanitaria pública en la que aquellas personas que no dispusieran de cobertura sanitaria, previo pago de una cuota mensual podían utilizar los servicios públicos, pero no tuvieron mucho éxito entre otras razones porque su coste²⁴ era similar e incluso superior al de un seguro privado y porque los destinatarios principales(extranjeros en situación irregular) carecían de recursos para costear este tipo de recursos, dado que la atención de urgencias sí se cubría y que en algunas Comunidades Autónomas sí se prestaba asistencia sanitaria gratuita bajo la cobertura de diversos instrumentos.

²⁴ 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 establecía una cuota mensual de 60 euros para suscriptores de menos de 65 años y una cuota mensual de 157 euros para personas de 65 o más años.

Al margen del colectivo de personas que no estaban cubiertas por encontrarse en situación irregular existían algunos colectivos que residualmente optaron por suscribir este tipo de convenios. Por ejemplo personas adscritos al mutualismo administrativo que optaban por un seguro privado pero querían asistencia pública. Téngase en cuenta que si bien es cierto que la media de la cuota era en algunos casos superior a la ofrecida por los seguros privados no había requisitos ni se tenía en cuenta la situación previa por lo que una persona de elevada edad o enferma crónica estaría siempre cubierta por el pago de la cuota mientras que en un seguro privado las condiciones de aseguramiento podrían cambiar considerablemente.

Con los convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria se cubría la asistencia sanitaria con fondos públicos mediante el pago de una contraprestación o precio público que cubría el coste medio real²⁵ de la misma y que se configura como un ingreso de derecho público del Servicio de Salud correspondiente. La cuota mensual podía ser incrementada por las Comunidades Autónomas cuando incorporaran en el convenio especial otras prestaciones asistenciales de la cartera de servicios complementaria de la Comunidad Autónoma.

La disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 7/2018 señala que los convenios especiales de

²⁵ A expensas de la objetividad de los datos tomados en consideración por la Administración para fijar la cuota podría afirmarse que en 2013 el coste medio real de la asistencia sanitaria en España por ciudadanos y mes sería de 60 euros para personas de menos de 65 años y de 157 euros para personas de 65 o más años. Es una afirmación basada en los datos del Real Decreto 576/2013 que no necesariamente se corresponde con el gasto medio realmente asumido por los ciudadanos en concepto de sanidad o coste de la prestación sanitaria.

prestación de asistencia sanitaria suscritos en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, por aquellas personas que tras la entrada en vigor del real decreto-ley tengan derecho a recibir la asistencia sanitaria en el territorio español con cargo a fondos públicos, mantendrán su vigencia hasta el último día del mes natural en que entre en vigor el real decreto-ley.

Por el contrario, como reconocimiento implícito a la no universalidad del sistema, para aquellos que tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2018, no tengan derecho a recibir la asistencia sanitaria en el territorio español con cargo a fondos públicos mantendrán su vigencia los convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria suscritos; que serán, eso sí, residuales.

2. LA APORTACIÓN FARMACÉUTICA: MODIFICACIÓN DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE GARANTÍAS Y USO RACIONAL DE LOS MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS, APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2015, DE 24 DE JULIO

Por último mencionaremos la modificación del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, en cuanto a la aportación farmacéutica regulando la *aportación farmacéutica para las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, por el necesario acceso a la prestación farmacéutica en igualdad de condiciones.*

Se establece así expresamente un reconocimiento no solo de la asistencia sanitaria sino también de la

prestación farmacéutica con cargo a fondos públicos en los términos establecidos.

Concretamente el artículo segundo del Real Decreto-ley 7/2018 modifica el artículo 102 del Real Decreto Legislativo 1/2015 que establece la aportación de los usuarios y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria.

La prestación farmacéutica ambulatoria es la que se dispensa al paciente mediante receta médica u orden de dispensación hospitalaria, a través de oficinas o servicios de farmacia y estará sujeta a aportación del usuario, que se hará efectiva en el momento de la dispensación del medicamento o producto sanitario.

Dicha aportación del usuario será proporcional al nivel de renta y se actualizará, como máximo, anualmente.

Con la modificación se establece expresamente que en el caso de las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España con derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria el porcentaje de aportación del usuario, con carácter general, será del 40 % del PVP.

III. CONCEPTOS DE ASEGURADO Y BENEFICIARIO A EFECTOS DE LO PREVISTO EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y LA APORTACIÓN A LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA

La disposición adicional única regula los conceptos de asegurado y beneficiario a efectos de lo previsto en la normativa internacional y la aportación a la prestación farmacéutica sin que tal precepto se incardine en ninguna norma generando cierta asistemática, que únicamente favorecerá una dispersión normativa.

Se aclara, al menos, que en ambos casos, asegurados y beneficiarios, son definidos en la norma, como expresamente se dice a los efectos de lo establecido en las normas internacionales de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio. En esta última norma, el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, se utiliza el concepto para definir la aportación de los usuarios y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria conforme al artículo 102. Podría haber integrado el legislador la definición en dicha norma.

1) CONCEPTO DE ASEGURADO

Se define así en primer lugar el concepto de asegurado se entenderá realizado a aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos²⁶:

- a) Tener nacionalidad española y residencia habitual en el territorio español.
- b) Tener reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español, siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia.
- c) Ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación

²⁶ Previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo.

de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía.

2) CONDICIÓN DE BENEFICIARIO

En segundo lugar se señala que tendrán la condición de beneficiarios de una persona asegurada el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, 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 %, que además cumpla los siguientes requisitos:

a) Tengan su residencia legal y habitual en España, salvo que la misma no sea exigible en virtud de la norma internacional correspondiente, o que se trate de personas que se desplacen temporalmente a España y estén a cargo de trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español en situación asimilada a la de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social.

b) No se encuentren en alguno de los siguientes supuestos de los regímenes de la Seguridad Social:

1º Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado y en situación de alta o asimilada a la de alta.

2º Ostentar la condición de pensionista de dichos regímenes en su modalidad contributiva.

3º Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de dichos regímenes.