

LAS CARTERAS DE SERVICIOS: CONCRECIÓN, RACIONALIZACIÓN Y ARTICULACIÓN DEL CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS

José Vida Fernández

Profesor Ayudante de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

1.- INTRODUCCIÓN.- 2.ORIGEN, DESCRIPCIÓN Y ÁMBITO DE LAS NUEVAS TÉCNICAS DE ORDENACIÓN DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS.- 2.1. Origen y evolución de las nuevas técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias. 2.2. Descripción de las nuevas técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias: El Catálogo de prestaciones y las carteras de servicios. 2.3. Ámbito de aplicación de las nuevas técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias. 3. LA DELIMITACIÓN Y CONCRECIÓN DEL CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS.- 3.1. Delimitación y concreción subjetiva.- 3.2. Delimitación y concreción material u objetiva, en particular, a través de las carteras de servicios.- 4. LA RACIONALIZACIÓN DEL CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS. 4.1. La calidad en la fijación del contenido de las prestaciones sanitarias: la elaboración de las carteras de servicios.- 4.2. La calidad en el desarrollo del contenido de las prestaciones sanitarias: la actualización de las carteras de servicios.- 5. LA ARTICULACIÓN DEL CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS EN UN ESTADO AUTONÓMICO.- 5.1. La culminación de la descentralización del SNS y la garantía de su unidad a través de la LCCSNS.- 5.2. La redistribución de competencias del Estado y las CCAA con respecto a las prestaciones sanitarias: título competencial pertinente y alcance del mismo.- 5.3. El juego de las técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias y su interrelación en un Sistema Sanitario descentralizado.

1. Introducción **.

Es bien sabido que el reconocimiento del derecho a la salud, o más correctamente, del derecho a la protección de la salud incluido en el art. 43 CE se traduce en una obliga-

ción dirigida a los poderes públicos de proveer tanto medidas preventivas como las prestaciones y servicios necesarios para garantizar la a todos los ciudadanos.

También es comúnmente conocido que no se trata de un derecho subjetivo sino de uno de los principios rectores de la política social y económica, por lo que si bien goza de un valor normativo innegable que vincula a todos los poderes públicos, su verdadero contenido y alcance depende de la concreción o configuración que le den las leyes que lo desarrollen (art. 53.2 CE).

Por lo tanto, el derecho a la protección de la salud es un derecho prestacional de configuración legal cuyo concepto, contenido y alcance se han venido estableciendo a través de una normativa numerosa, asistemática y dispersa, que va desde leyes generales a reglamentos de diverso rango y concreción, en los que se han ido estableciendo la efectividad y el alcance de los derechos subjetivos de los ciudadanos a la protección de su salud.

* El presente trabajo se ha desarrollado dentro del Proyecto BJU2002-03794, «Liberalización, competencia y cohesión social: tres nuevos retos del Derecho Administrativo», del Programa de Investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología dirigido por el Prof. Dr. D. Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO.

(**) Las abreviaturas empleadas en el presente trabajo son las siguientes: CCAA: Comunidades Autónomas, CE: Constitución Española; INSALUD: Instituto Nacional de la Salud, LCCSNS: Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (Ley 16/2003, de 28 de mayo), LFA: Ley de Financiación Autonómica (Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las CCAA de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía), LGS: Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril), LGob: Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, SNS: Sistema Nacional de Salud, STC: Sentencia del Tribunal Constitucional, TC: Tribunal Constitucional.

La LCCSNS, como última norma de reajuste del Sistema Nacional de Salud, introduce, entre otras innovaciones, una nueva técnica en la configuración legal del contenido prestacional del derecho a la protección de la salud al articular la ordenación de las prestaciones sanitarias a través de un Catálogo de Prestaciones Sanitarias, que establece los límites generales del derecho, y unas carteras de servicios, en las que se concreta su contenido, alcance y efectividad.

El presente estudio comienza con el análisis de unas cuestiones preliminares (2) relativas al origen de estas nuevas técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias, a su descripción y naturaleza, y al ámbito de su aplicación. Posteriormente se descenderá al estudio de éstas nuevas técnicas a partir de los objetivos que con ellas se persiguen, que son:

a) Delimitar y concretar el contenido de las prestaciones sanitarias (3), de manera que se permita un conocimiento exacto, cierto, seguro de las mismas, al tiempo que se establece el alcance del derecho a la protección de la salud, lo que refuerza la posición jurídica de sus titulares y facilita la organización y el funcionamiento de los servicios.

b) Racionalizar el contenido de las prestaciones sanitarias (4), de manera que, por una parte, los recursos limitados del Sistema lleguen a todos de forma equitativa, y que, por otra, éstos recursos sean de calidad, eficaces y novedosos sin que se ponga en peligro ni la salud de los usuarios ni la propia sostenibilidad del Sistema.

c) Articular el contenido de las prestaciones sanitarias en un Estado compuesto (5). La realización del Estado autonómico manifestada en la progresiva descentralización territorial del SNS debe dar paso a una intervención ordenada de las distintas instancias territoriales sobre la configuración de contenido de las prestaciones sanitarias en función de sus respectivas competencias.

2 Estos objetivos suponen una profundización y actualización de un estudio más amplio realizado con anterioridad en Vida Fernández, José: «Las prestaciones sanitarias del SNS: Catálogo de prestaciones y carteras de servicios», en Parejo Alfonso, Luciano; Palomar Olmeda, Alberto; Vaquer Caballería, Marcos (dirs): *La reforma del Sistema Nacional de Salud, Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pags. 37-109.

2. Origen, descripción y ámbito de las nuevas técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias

2.1. Origen y evolución de las técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias.

El término catálogo de prestaciones procede de la terminología propia de la Seguridad Social. Si bien no se trata de una expresión normativa, la doctrina y la jurisprudencia si se han venido refiriendo al catálogo de prestaciones de la Seguridad Social, que incluiría las provistas en caso de incapacidad, invalidez, jubilación y, por supuesto, enfermedad. Posteriormente, a partir de la década de los años noventa, se comienza a extender la utilización del término «catálogo de prestaciones» referida exclusivamente a las sanitarias, especialmente a partir del ROPS, si bien se hace de manera algo confusa (se llega a hablar de «catálogo de servicios» y de «cartera de prestaciones»). A nivel normativo se emplea la expresión para distinguir un catálogo de prestaciones básicas ofrecidas por el SNS y otros catálogos de prestaciones ofrecidas por las Comunidad Autónoma: de hecho, en las leyes autonómicas de ordenación de la salud prolifera la utilización de esta expresión (v.gr. catálogo de prestaciones de Osakidetza, catálogo de prestaciones del Instituto Catalán de Salud para el año 2000).

En cuanto a la Cartera de Servicios es un término expresión de una técnica propia de la gestión sanitaria que ha sido utilizada en la normativa con referencia a los Servicios de Salud (cartera de servicios de los equipos de atención primaria), o a centros específicos (cartera de servicios correspondiente a la especialidad de cirugía en el Hospital X-). También se ha utilizado el término cartera de servicios en el ámbito de la prestación de servicios sanitarios concertados, para determinar en general los centros y servicios con los que se cuenta las entidades colaboradas con respecto a cada una de las prestaciones y que se reflejan en los conciertos que anualmente se suscriben entre el Insalud y éstas o entre MUFACE, ISFAS, MUGUJE y entidades de seguro (v.gr. el Servicio de Psiquiatría en régimen de Hospital de Día se incluye en la cartera de servicio del nivel III de atención especializada, o Asisa cuenta en su cartera de servicios con tales centros).

A partir del año 2000 se generaliza su utilización en la normativa autonómica referida tanto a las carteras de servicios de los centros sanitarios (hospitales), como a las

carteras de servicios de los laboratorios. Asimismo se va introduciendo en la normativa autonómica de ordenación sanitaria referido al contenido de determinadas prestaciones (como la cartera de servicios sanitarios de salud mental, cartera de servicios de salud bucodental), llegando incluso a emplearse como sinónimo del conjunto de prestaciones, solapándose así con la expresión catálogo de prestaciones.

Toda esta confusión y anfibología no se ha remediado con la entrada en vigor de la LCCSNS a pesar de que ésta introduce una concepción legal y unitaria del catálogo de prestaciones y de la cartera de servicios. Sin embargo, esto no ha sido así; se sigue empleando estas expresiones por los legisladores y los ejecutivos autonómicos en sentido impropio (en particular se mantiene la vinculación de la cartera de servicios a los centros sanitarios, a laboratorios). Únicamente en la normativa autonómica de reestructuración organizativa de las Administraciones sanitarias de las CCAA adaptándose a la LCCSNS se aprecia una utilización exacta al asignar a distintos órganos las competencias relativas al Catálogo de Prestaciones y a las carteras de servicios autonómicas.

2.2. Descripción de las nuevas técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias: El Catálogo de Prestaciones y la carteras de servicios.

La ordenación de las prestaciones, que anteriormente se llevaba a cabo mediante el simple desarrollo reglamentario basado en el RDOPS, se centra ahora en el juego del Catálogo de Prestaciones y de las carteras de servicios instituidos por la LCCSNS. Estas son las nuevas técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias que establecen la límite entre las prestaciones sanitarias públicas, cubiertas por la financiación pública dentro del SNS, y las privadas, a cargo de los sujetos privados o de terceros responsables.

Curiosamente, la LCCSNS parte de una definición de las llamadas prestaciones de atención sanitaria del SNS en exceso omnicompreensiva, ya que incluye tanto las públicas (que son las propias de este Sistema) como las privadas, en cuanto se refiere a ellas como los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos (art. 7 LCCSNS).

La insuficiencia de esta definición abstracta y genérica de las prestaciones sanitarias del SNS que termina por abarcar la totalidad de las prestaciones sanitarias, da lugar a que la LCCSNS concrete cuáles son aquellas a través del Catálogo de Prestaciones y las carteras de servicios, en

cuanto son los instrumentos que permiten identificar las prestaciones públicas de las que no lo son. El uno y la otra permiten, por una parte, delimitar y sistematizar el contenido de las prestaciones que van a recibir la financiación pública (prestaciones sanitarias públicas) y, por otra, desarrollarlo y concretar dicho contenido.

A) El Catálogo de Prestaciones, además de constituir la frontera de trazo grueso entre la sanidad pública y la privada, establece las líneas generales de actuación del sistema sanitario público al disponer las categorías en las que se encajan todas las prestaciones sanitarias que van a recibir la cobertura pública dentro del SNS. Estas categorías son las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención socio-sanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario (art. 7 LCCSNS).

Es cierto que resulta difícil distinguir entre las prestaciones enunciadas y lo que será su desarrollo en las carteras de servicios, ya que algunas de éstas son en sí mismas más una técnica, tecnología o procedimiento que una prestación en sentido abstracto (como ocurre con los productos dietéticos). A pesar de dicha dificultad resulta muy positivo plantear esta distinción que propone la LCCSNS entre prestaciones y servicios para facilitar su clasificación, gestión y consideración jurídica (y no solamente científica o gerencial).

Lo que no esté incluido en una de estas categorías no será prestación sanitaria del SNS. Esto no puede llevarnos a pensar que se produce un recorte o disminución de las prestaciones sanitarias, por el contrario, el Catálogo de Prestaciones establecido en la LCCSNS amplía el contenido de las prestaciones sanitarias definido por la normativa anterior. Además, las categorías de las prestaciones incluidas son tan exhaustivas, su formulación tan amplia y el desarrollo básico tan genérico que es difícil hallar prestaciones sanitarias excluidas, aunque evidentemente las haya.

El Catálogo categoriza así unas prestaciones omnímodas, establece su definición, su finalidad, las actuaciones que comprende genéricamente enumeradas y, en su caso, las formas de proveerlas. Así cumple con su objeto que es garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención (art. 7 LCCSNS).

³ Como afirma BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: «Anotaciones a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud», en Derecho y Salud, vol. 11, julio-diciembre 2003, pág.128.

B) Las carteras de servicios. Las prestaciones sanitarias contenidas en el Catálogo se hacen efectivas mediante las carteras de servicios, tanto estatal como autonómicas, en cuanto contienen conjuntos de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiéndose por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica (art. 20 LCCSNS).

Al concretar las carteras de servicio el contenido de cada una de las prestaciones sanitarias determinadas por el Catálogo en distintas técnicas, tecnologías o procedimientos particulares, es en ellas en las que se produce la verdadera dinámica de la inclusión-exclusión de la cobertura pública del contenido de las prestaciones sanitarias.

Esta concreción se produce en un doble nivel territorial, estatal y autonómico. La cartera de servicios estatal o cartera de servicios del SNS (aunque este término contenido en la LCCSNS no resulta especialmente afortunado en cuanto todas las prestaciones lo son del SNS aunque su ámbito sea autonómico), se acuerda en el seno del Consejo Interterritorial del SNS (art. 8 LCCSNS) y se aprueba mediante Real Decreto; las carteras de servicios autonómicas, se elaboran y aprueban a través del procedimiento que establezcan las respectivas normativas autonómicas (art. 20 LCCSNS).

Unas y otras coexisten en paralelo, en cuanto son el resultado del ejercicio de una competencia compartida, pero las que verdaderamente recibe el ciudadano, es decir, en las que se materializan las prestaciones a los usuarios del SNS a través de cada uno de los servicios autonómicos de salud, son las carteras de servicios autonómicas en cuanto se sobreponen y subsumen el contenido de la estatal (el art. 20.2 LCCSNS dispone que contendrán cuando menos la cartera de servicios del SNS), al margen de que se complete o no dicho contenido con prestaciones autonómicas.

Estas nuevas técnicas ordenación de las prestaciones sanitarias en conjunto, es decir, el juego catálogo-carteras de servicios, proporcionan las siguientes ventajas:

- a) Se lleva a cabo una configuración jurídica más perfecta de la dimensión prestacional del derecho a la protección de la salud. Las carteras de servicios llevarán a cabo una fijación detallada del contenido de las categorías de prestaciones incluidas en el Catálogo de Prestaciones, con lo que se mejorará el acceso a las prestaciones desde una doble perspectiva: tanto desde el punto de vista técnico-científico en cuanto sirven para es-

tablecer y unificar criterios sobre el conjunto de actividades científicas, técnicas y administrativas que deben realizar sus prestadores en los distintos servicios sanitarios; como así también desde el punto de vista jurídico, al estar configurados como verdaderos derechos subjetivos cuyo contenido se encuentra determinado y, por lo tanto, es perfectamente exigible.

- b) Se incrementan y se actualizan las prestaciones que se encontraban (y transitoriamente se encuentran) reguladas por el RDOPS de 1995. Se incorporan las prestaciones de salud públicas, las de salud mental y bucodental en la atención primaria y la prestación sociosanitaria.
- c) Se supera el problema de la deslegalización en la fijación del contenido de las prestaciones sanitarias que había sido característica desde la aprobación de la LGS en cuanto esta misma establecía una remisión a su desarrollo reglamentario. La LCCSNS viene a corregir esta situación, más adecuada a la exigencia constitucional de reserva de Ley (art. 43.2 CE), al fijar el contenido de las prestaciones sanitarias con rango de ley formal, si bien la concreción específica del mismo se sigue haciendo a través de los reglamentos que apruebe la Cartera de Servicios.
- d) Se favorece la unidad de jurisdicción en lo relativo a las prestaciones sanitarias de las que, hasta ahora, ha venido conociendo el orden social. La escisión definitiva del Sistema de Seguridad Social que supone la LCCSNS favorece la concentración del control de las actuaciones de las Administraciones Públicas con respecto a las prestaciones sanitarias en el orden contencioso-administrativo. De este modo se termina con el desajuste que supone el sometimiento a procesos de características distintas y la consideración por parte de los jueces desde parámetros diferentes como son los propios de lo contencioso-administrativo y de lo social. Esta situación, que exige una revisión integral de la jurisdicción competente en la normativa estatal e incluso en la autonómica, se ha mantenido más que otra cosa, por la inercia de la tradición⁴.

⁴ Así lo señala MONTROYA MELGAR, Alfredo: «Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud (apunte para un estudio)», en Aranzadi Social, núm. 5/2004.

- e) Se facilita la racionalización de los recursos limitados con que cuenta el Sistema Público Sanitario ya que ésta plantea la exigencia de una asignación eficiente que, en términos jurídicos desde el derecho a la protección de la salud, se traduce en la exigencia de una distribución equitativa en el acceso individual a las prestaciones y de una delimitación óptima de las prestaciones incluidas que han de ser en cada momento las de mayor calidad dentro de los recursos existentes. De este modo, el contenido de las prestaciones será el adecuado en cada momento a las necesidades al facilitar las carteras de servicios la determinación de prioridades para su ampliación a través de la evaluación sistemática de nuevos procedimientos, atendiendo tanto a criterios de calidad asistencial y de equidad cuanto de eficiencia. Asimismo las carteras posibilitan un proceso dinámico de búsqueda, según el momento, de las respuestas más eficientes a los problemas sanitarios de la población.
- f) Se facilita el seguimiento, la comparación y la evaluación externa del contenido de las prestaciones sanitarias incluido en las carteras de servicio. Esto será más efectivo cuanto más homogéneo y normalizados sean los instrumentos de medida de valoración de la actividad (protocolos, indicadores) de modo que se facilite el llevar a cabo un seguimiento del estado de salud de la población y evaluar, en un plazo de unos cinco años, si la cartera de servicios es adecuada y la asistencia es correcta".
- g) Se sistematizan las garantías de las prestaciones sanitarias, dando lugar a un sistema de garantías que aseguran la efectividad del contenido exactamente fijado a través de las técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias.
- h) Se articula una colaboración cabal y ordenada entre el Estado y las CCAA en el ejercicio de sus respectivas competencias, al fijar el Estado las prestaciones de carácter básico, a través del Catálogo de Prestaciones y las carteras de servicios del SNS, y las CCAA las prestaciones de desarrollo en sus respectivos territorios, a través de las carteras de servicios autonómicas.

2.3. Ámbito de aplicación de las nuevas técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias.

La nueva ordenación de las prestaciones sanitarias públicas no sólo afecta a los servicios sanitarios públicos (servicios autonómicos de salud y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria) que son las estructuras administrativas específicamente dispuestas para su provisión, sino que estas nuevas técnicas de ordenación se extiende también a los servicios sanitarios privados (segundo párrafo del art. 1 LCCSNS). De hecho, uno de los principios del SNS es precisamente la colaboración entre los servicios sanitarios públicos y privados en la prestación de servicios a los usuarios del SNS (art. 4 g) LCCSNS).

La inclusión de los servicios sanitarios privados en la provisión de prestaciones públicas resulta perfectamente comprensible dada la tradicional colaboración de sujetos privados en la provisión de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, y el empleo de esta técnica dentro del SNS.

Sin embargo, la LCCSNS introduce una distinción entre la participación de los sujetos privados en la provisión de las prestaciones sanitarias en función de que se trate de las prestaciones residuales de la Seguridad Social o las prestaciones sanitarias del SNS:

En el caso de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, la Disposición adicional tercera LCCSNS se refiere simplemente a la posibilidad de que las Administraciones públicas competentes celebren conciertos y convenios al amparo de su legislación específica para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas. Se refiere así a la Administración de la Seguridad Social, cuyas prestaciones sanitarias se facilitan a través de medios ajenos a ella (públicos o privados) y entre los que pueden encontrarse entidades sanitarias no integradas en el SNS. En estos casos, si bien se someterían al control del Ministerio de Sanidad y Consumo y de los órganos competentes de las CCAA, no les sería aplicables las técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias del SNS ni nada de lo dispuesto para ellas (en especial el sistema de garantías) ya que se trata de prestaciones sanitarias de la Seguridad Social y se regirían por su normativa específica.

En cuanto a las prestaciones sanitarias del SNS, su provisión mediante servicios privados da lugar a una vinculación obligatoria de éstos a las garantías y exigencias dispuestas con respecto a aquellas. La Disposición adicional cuarta LCCSNS lleva a cabo lo que ella misma denomina una «extensión del contenido de la cartera de servi-

cios del SNS», al establecer que las mutualidades, entidades colaboradoras y mutuas con responsabilidades de cobertura de asistencia sanitaria pública deben responder del contenido de la cartera de servicios del SNS, así como de las garantías sobre accesibilidad, movilidad, calidad, seguridad, información y tiempo recogidas en la LCCSNS, si bien matiza que deben hacerlo, «de acuerdo con lo dispuesto en su normativa específica», con lo que esa norma especial puede modificar o suspender lo establecido con carácter general para las prestaciones sanitarias del SNS.

Esta extensión a servicios privados de la aplicación de los requisitos y garantías relativos a las prestaciones sanitarias públicas, no significa que exista un principio de libre opción para el ciudadano; la regla es que las prestaciones públicas se habrán de facilitar por el personal legalmente habilitado, en centros y servicios propios o concertados (públicos o privados) según lo dispuesto específicamente en la normativa estatal y autonómica, salvo en situaciones de riesgo vital (art. 9 LCCSNS), caso en el que las Administraciones Sanitarias se encontrarán obligadas a abonar los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de unos servicios distintos (art. 17 LGS y 5.1 RDOPS), y en el que se considerarían prestaciones sanitarias del SNS aunque sea con carácter accidental.

El resto de prestaciones facilitadas por servicios sanitarios privados no colaboradores, o en situaciones que no sean de riesgo vital no serían prestaciones de atención sanitaria del SNS (a pesar de la definición omnicompreensiva que de éstas hace el art. 7 LCCSNS), sino que serían simples prestaciones sanitarias privadas sobre las que el Ministerio de Sanidad y Consumo y los órganos competentes de las CCAA, en el ámbito de las competencias que les corresponden, ejercen un control en relación con las garantías de información, seguridad y calidad, y requerirán de ellas la información necesaria para el conocimiento de su estructura y funcionamiento (art. 6 LCCSNS).

3. La delimitación y concreción del contenido de las prestaciones sanitarias.

A partir de la reforma del Sistema Sanitario iniciada en 1986 con la LGS, su reajuste mediante la LCCSNS ha supuesto una ampliación de la prestación sanitaria como prestación de atención integral a la salud, comprensivas tanto de su promoción como de la prevención de enfermedades, de la asistencia y de la rehabilitación, procurando un alto nivel de calidad (art. 2 d) LCCSNS).

Esta ampliación de la atención sanitaria y, por tanto, de las prestaciones sanitarias coincide con la culminación formal de su universalidad y su carácter público (art. 2 b) LCCSNS).

La amplitud, universalidad y gratuidad en cuanto principios definidores de las prestaciones sanitarias suponen una mayor exigencia a la hora de fijar su contenido ya que, resulta imprescindible una fijación de este en cuanto nos movemos en una realidad de recursos escasos y de sostenibilidad limitada que obliga a llevar a cabo la selección, la prelación y la restricción de las prestaciones sanitarias.

3.1. Delimitación y concreción subjetiva.

Sin entrar en las cuestiones generales en torno a la titularidad del derecho a las prestaciones sanitarias conviene analizar dos aspectos relativos a la dimensión subjetiva de las prestaciones en cuanto afectan a su propio contenido.

Por una parte, la puntualización que se contiene en el art. 3.2 LCCSNS que si bien pudiera parecer un simple principio de actuación pudiera tener consecuencias específicas en la configuración de las prestaciones sanitarias del SNS. Se trata del mandato a las Administraciones públicas de que orienten sus actuaciones sobre la salud, estableciendo medidas activas que impidan la discriminación de cualquier colectivo de población que por razones culturales, lingüísticas, religiosas o sociales tenga especial dificultad para el acceso efectivo a las prestaciones sanitarias del SNS.

Esta previsión tan genérica, concreción de los principios propios del Estado Social, se deberá especificar en una serie de medidas que la hagan efectiva pueden adoptar manifestaciones muy variadas: pueden ir desde la traducción de la documentación básica sobre salud a los principales idiomas de los extranjeros usuarios de nuestro SNS, a la facilitación de una información especialmente accesible y comprensible para determinados colectivos a los que las garantías genéricas de información contenidas en la propia LCCSNS no serían suficientes. En particular resulta especialmente interesante la cuestión desde el punto de vista religioso pues puede dar lugar al fin de la exclusión de las técnicas sanitarias distintas de las comunes por razones de carácter religioso; han sido numerosas las sentencias que evitados toda disparidad tanto en el contenido y en la forma de realización de las prestación por

motivos ideológicos, religiosos, etc.⁵ En cuanto ahora se exige la remoción de todo elemento que pueda suponer una discriminación ideológica, religiosa, social o étnica que limite el acceso a las prestaciones, este mandato deberá tenerse en cuenta en las carteras de servicios que deberán incluir alternativas en determinadas técnicas, tecnologías y servicios, aunque siempre teniendo en cuenta las limitaciones propias de los recursos escasos del sistema.

Otra cuestión relacionada con el elemento subjetivo que afecta no tanto al contenido sino a la existencia misma de prestaciones sanitarias del SNS es la relativa a la situación de los afiliados a los distintos regímenes de la Seguridad Social. Estos afiliados pasan a beneficiarse directamente de las prestaciones sanitarias del SNS en virtud del art. 3 y art. 2 b) LCCSNS, sin que en ningún caso sea necesario reclamarse a terceros obligados al pago de los servicios (art. 3 y Anexo II RDOPS, que podrían considerarse implícitamente derogados).

El problema se plantea ante ciertas prestaciones sanitarias provistas únicamente en el caso de contingencias profesionales (accidente profesional) y la cobertura prevista de forma exclusiva para determinados colectivos (entre otros los relativos a los funcionarios civiles del Estado, los de las Fuerzas Armadas y el personal de la Administración de Justicia –MUFACE, ISFAS MUGEJU-). En estos casos no estaríamos hablando de prestaciones sanitarias del SNS sino que serían los restos que «sobresalen» de la superposición del SNS al Sistema de Seguridad Social y que se rigen por la normativa específica de éste. El reconocimiento a estos sujetos de unas prestaciones más amplias si bien es ontológicamente injusto no vulnera el principio jurídico de igualdad, al tratarse de prestaciones de naturaleza diferente en sistemas distintos.

3.2. Delimitación y concreción material u objetiva, en particular, a través de las carteras de servicios.

Nos centraremos a continuación en los aspectos formales de la delimitación material u objetiva de las prestaciones sanitarias que se lleva a cabo a través del Catálogo de Prestaciones y las carteras de servicios sin entrar en el contenido sustantivo resultante de la aplicación de estas técnicas de ordenación.

A diferencia de la situación precedente, el Catálogo de Prestaciones no es aprobado por el Ejecutivo a través

⁵ Vid. por todas la STC de 28 de octubre de 1996, núm. 166/1996, en la que se niega el reintegro de los gastos de un tratamiento más adecuado a sus creencias a un testigo de Jehová por servicios prestados fuera del Sistema público de salud.

de Real Decreto, sino que es el propio legislador el que no sólo crea formalmente el instrumento del Catálogo de Prestaciones sino que también lo dota de un contenido general, que deberá ser concretado en su realización efectiva a través de las Carteras de Servicio. Efectivamente, en los arts. 11-19 LSNS se desarrolla su contenido sobre las categorías preestablecidas: las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.

En principio, el Catálogo de Prestaciones del SNS se concibe como algo estable e inamovible frente a las carteras de servicios. Dado que éstas últimas son el desarrollo concreto del Catálogo son precisamente el ámbito natural para las modificaciones y, en particular, para las actualizaciones. Sin embargo, el Catálogo no es intangible sino que puede ser sustituido por otro, si bien deberá hacerse por ley formal lo que exige el alcance de un amplio consenso .

La cartera de servicios del SNS, en cuanto son el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos asignados mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias, se aprueban conforme al procedimiento común de elaboración de las disposiciones de carácter general contenido en el art. 24 LGob, si bien en la LCCSNS se incluyen dos tipos de particularidades.

Por una parte, particularidades por lo que se refiere a los trámites del procedimiento de elaboración. El proyecto de cartera de servicios del SNS debe ser elaborado por la Subdirección General de Cartera de Servicios y Nuevas Tecnologías del Ministerio de Sanidad y Consumo. En particular, se establece que la cartera de servicios del SNS debe ser acordada en el seno del Consejo Interterritorial de Salud, antes de la aprobación mediante Real Decreto por el Consejo de Ministros (arts. 8 y 20.2 LCCSNS). Este requisito plantea dudas acerca de la naturaleza del acuerdo: si se trata de un acuerdo preceptivo (lo que sí parece desprenderse de la LCCSNS aunque no lo afirme categóricamente); si es vinculante (lo que parece darse por hecho en la LCCSNS, aunque la LGob no prevé la posibilidad de someter la iniciativa reglamentaria del Gobierno a ningún

⁶ La norma de creación de la Comisión Interministerial para el estudio de los asuntos con trascendencia presupuestaria para el equilibrio financiero del SNS o implicaciones económicas significativas (Real Decreto 434/2004, de 12 de marzo) prevé entre sus funciones la emisión de informe, con carácter preceptivo en el caso de inclusión de una nueva prestación en el Catálogo de Prestaciones del SNS, sobre la base de la memoria económica relativa a la valoración del impacto positivo o negativo que pueda suponer.

tipo de informe). Por otra parte, los aspectos formales del acuerdo también suscitan dudas y darán lugar a conflictos ya que no se especifica si debe ser un acuerdo unánime en el seno del Consejo Interterritorial de Salud o qué tipo de mayoría es necesaria para su adopción.

Otro requisito procedimental de carácter singular se refiere a la memoria económica que debe acompañar la aprobación de esta medida, tal y como dispone el art. 24 LGob para todos los reglamentos. Dada la trascendencia tanto sanitaria como económica de la cartera de servicios del SNS junto a esta memoria económica es preceptivo un informe sobre el impacto económico de la cartera de servicios correspondiente al catálogo de prestaciones del SNS por parte de la Comisión Interministerial para el estudio de los asuntos con trascendencia presupuestaria para el equilibrio financiero del SNS o implicaciones económicas significativa.

Por otra parte, podemos señalar unos requisitos que se refieren a su contenido. Se trata de unas pautas de carácter positivo en cuanto se prevé que en la elaboración de las carteras de servicios se tendrán en cuenta la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales, y su impacto económico y organizativo (art. 20.2 LCCSNS). Como contrapartida se enumeran asimismo unos requisitos o exigencias negativas en cuanto se proscriben la inclusión de aquellas técnicas, tecnologías y procedimientos cuya contribución eficaz a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autonomía y eliminación o disminución del dolor y del sufrimiento no esté suficientemente probada (art. 20.3 LCCSNS).

Dadas las particularidades de la norma en la que se contenga la cartera de servicios hubiera sido conveniente que la propia LCCSNS o bien en una norma de desarrollo se fijase un procedimiento especial para la elaboración de esta cartera de servicios del SNS, como ya se ha dispuesto para la elaboración de la cartera de servicios de alguna Comunidad Autónoma, como es el caso de Extremadura mediante la Orden de 17 de marzo de 2004, por la que se establece el procedimiento de elaboración y actualización de la cartera de servicios del Servicio Extremeño de Salud. La especificación en la LCCSNS de un procedimiento especial hubiese posibilitado la fijación de unos elementos comunes procedimentales en la elaboración de las carteras de servicios de las CCAA, lo que garantizaría la homogeneidad

en los aspectos formales del contenido: que se identifique el grupo en el que se incluye el servicio, definición del servicio, población destinataria y criterios de exclusión, recursos humanos y materiales necesarios, criterios de priorización y desarrollo de actividades, criterios de evaluación, etc. Aunque resulta muy discutible que este «formato común» de las carteras de servicios se pudiera considerar incluido en el contenido básico establecido por el Estado, si actuaría como modelo para que las Comunidades Autónomas especificasen todos los aspectos relevantes de sus carteras de servicios independientemente de su contenido específico, favoreciendo cierta homogeneidad que facilitaría el seguimiento y la comparación de su evolución en cada una de las Comunidades Autónomas.

Más allá de las particularidades señaladas no existe un procedimiento especial para la aprobación de la cartera de servicios del SNS por lo que se aplica, como hemos señalado, el procedimiento general para la elaboración de reglamentos (art. 24.1 a) LGob), al que debe añadirse, aunque no se disponga expresamente, una especial intervención de los profesionales del sector, tratando de hacer lo más abierto posible el trámite de audiencia y, por supuesto, el sometimiento del proyecto a información pública para garantizar el mayor consenso profesional posible así como la máxima participación ciudadana en la elaboración de la cartera de servicios.

Asimismo entre los informes, dictámenes, estudios y consultas que se debieran recabar para garantizar el acierto y la legalidad del texto debieran incluirse, necesariamente, informes de órganos con función consultiva general como son el Consejo Económico y Social, para valorar adecuadamente el impacto social de la medida, así como el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales (art. 22.2 LCCSNS), los colegios oficiales de la profesiones relacionadas con esta actividad (médicos, enfermeros) para evaluar la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad terapéuticas, así como las ventajas o desventajas asistenciales (art. 22.2 LCCSNS), o el Consejo de Estado para valorar la legalidad de la medida; e informes de órganos con función consultiva específica, como el Consejo de Participación Social del SNS. Otros órganos cuyas funciones no son directamente consultivas podrían y deberían intervenir, sea facilitando información para la elaboración del proyecto de cartera de servicios a la Subdirección competente, sea emitiendo un informe o consulta: son órganos especializados como el Observatorio del SNS, el Instituto de Información Sanitaria, la Comisión de Recursos Humanos, la Agencia de Calidad del SNS, el Instituto de Salud Carlos III y, por supuesto, la

Agencia de Evaluación de Tecnologías, cuya intervención si se prevé en la actualización de la cartera de servicios.

Además, la elaboración de la cartera de servicios del SNS deberá hacerse bajo los principios de la cooperación de los distintos órganos de la Administraciones estatal y de las autonómicas, lo que se manifiesta principalmente en el requisito del acuerdo previo en el seno del Consejo Interterritorial para la aprobación de la Cartera de Servicios del SNS, lo que debería completarse con una comunicación por parte de cada Comunidad Autónoma a este mismo órgano y un informe previo de éste (preceptivo aunque no vinculante) previo a la aprobación de sus respectivas carteras de servicios.

La falta de aprobación de la cartera de servicios del SNS ha obligado a aplicar la Disposición Transitoria Única que dispone que en tanto no ocurra esto, mantendrá su vigencia el RDOPS. Por lo tanto, se alcanza ya casi dos años de situación transitoria en la que, en última instancia, se ha venido aplicando el RDOPS ya que si bien el Catálogo de Prestaciones contiene algunas novedades, éste requiere el desarrollo de la cartera de servicios del SNS para que éstas puedan ser accesibles para los ciudadanos. Esta prolongada situación si bien es comprensible, dada la dificultad y la responsabilidad que supone la fijación puntual del contenido de cada prestaciones, a lo que se ha añadido el cambio de Gobierno tras las elecciones de marzo de 2004 que dio lugar a un reinicio en su elaboración, no es una situación en absoluto recomendable ya que produce una cierta esquizofrenia al mantener vigente una normativa reglamentaria que no se ajusta plenamente a la normativa de rango legal que constituye la nueva clave de bóveda del sistema. A esto se añaden medidas que, aunque positivas, sólo contribuyen a la confusión y al desorden como la Orden SCO/710/2004, de 12 de marzo, por la que se autoriza la financiación de determinados efectos y accesorios con fondos públicos mediante la que se introduce entre las prestaciones sanitarias las bombas de insulina, que pasan a incluirse entre las prestaciones sanitarias de forma externa y ajena a la cartera de servicios.

La incertidumbre de esta situación provoca tres preguntas, en última instancia, a la propia efectividad del Derecho a la salud.

En primer lugar, cabría preguntarse si lo incluido por la LCCSNS en el Catálogo de Prestaciones podría ser reclamado por los ciudadanos. En tanto la falta de desarrollo reglamentario puede suponer una merma de los derechos reconocidos por Ley, podemos afirmar que en la medida que las prestaciones se encuentren suficientemente detalladas y su concreción haga posible su reclamación

por los ciudadanos podrán ser exigidas por éstos. Por otra parte, hemos de tener en cuenta que la ausencia de desarrollo reglamentario no puede ser resuelta a través de ningún instrumento que obligue al Ejecutivo a dictarlo, pero sí podría dar lugar, en cambio, al reconocimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de que se trate de un retraso excesivo e injustificado en su desarrollo.

En segundo lugar, se ha de tener en cuenta que un retraso aún más prolongado que el actual podría dar lugar a la aprobación por parte de las CCAA, de sus propias carteras de servicios. De hecho ya se han aprobado normas que preparan este camino como la Orden de 17 de marzo de 2004, por la que se establece el procedimiento de elaboración y actualización de la cartera de servicios del Servicio Extremeño de Salud. La aprobación de una cartera de servicios por parte de una Comunidad Autónoma no sólo es posible jurídicamente, ya que es jurisprudencia reiterada del TC que el ejercicio de las competencias de desarrollo por parte de las CCAA no puede verse coartado por la falta de ejercicio de las competencias básicas del Estado, sino recomendable, ya que incitará al Estado a adelantar la aprobación de la cartera de servicios del SNS. En este caso, las carteras de servicios autonómicas aprobadas con antelación a la estatal habrán de adaptarse posteriormente al contenido de ésta, en la medida que se excedan o se desajusten de lo dispuesto por el Estado con carácter básico.

En último lugar, se ha de tener en cuenta el carácter altamente político de la fijación del contenido de las prestaciones sanitarias a través de las carteras de servicios. Es precisamente en el ámbito sanitario en el que parecen cumplirse las teorías de la Escuela de la Elección Pública (*Public Choice*), en particular por lo que se refiere al condicionamiento de la intervención pública por su rendimiento electoral. Para evitar caer en un idealismo estéril conviene no obsesionarse por la exigencia de neutralidad, asepsia y carácter absolutamente técnico de la fijación de las prestaciones sanitarias; por el contrario, se debe asumir que exista un componente político en este proceso. Lo que sí se debe evitar es la dimensión negativa de este componente político y que normalmente se traduce en el oportunismo electoral. Por lo tanto, no deberían producirse insólitas coincidencias temporales entre la aprobación de determinadas medidas sanitarias y la celebración de procesos electorales, así como posturas demagógicas o maniqueas en torno a la cuestión de las prestaciones sanitarias que pueden aflorar, ahora con mayor virulencia, en un Sistema Sanitario descentralizado.

4. La racionalización del contenido de las prestaciones sanitarias.

La nueva ordenación de las prestaciones sanitarias a través del Catálogo de Prestaciones y las carteras de servicios pretende imponer un criterio de racionalidad en la fijación de su contenido. La racionalización del contenido de las prestaciones sanitarias se manifiesta en dos dimensiones distintas pero complementarias surgidas a partir de la limitación de los recursos existentes: por una parte, la restricción de los recursos plantea una exigencia de equidad en su contenido y de igualdad en su acceso (aspecto equitativo); por otra parte, los límites con respecto a los recursos existentes plantean que los que se empleen deban los de mayor calidad posible (aspecto cualitativo).

Equidad y calidad en cuanto manifestaciones del criterio de racionalidad del contenido de las prestaciones sanitarias se mencionan a lo largo de la LCCSNS cuando se señala que su objeto es garantizar, en última instancia, la equidad, la calidad y la participación social en el SNS, así como la colaboración activa de éste en la reducción de las desigualdades en salud (art. 1 LCCSNS); o cuando se enumeran como uno de los principios del SNS, la prestación de los servicios a los usuarios del SNS en condiciones de igualdad efectiva y calidad (art. 4 a) LCCSNS).

La racionalidad debe garantizar que su contenido es el adecuado conforme a las necesidades asistenciales en función de las posibilidades técnicas y materiales de cada preciso momento.

4.1. La calidad en la fijación del contenido de las prestaciones sanitarias: la elaboración de las carteras de servicios.

Dejando al margen la dimensión cuantitativa y la cuestión de la equidad, que se resuelve en gran medida en la fijación del contenido de las prestaciones en un Estado descentralizado (como veremos en el siguiente apartado), nos centraremos en el aspecto cualitativo de dicho contenido al que se refiere la propia Exposición de Motivos de la LCCSNS al insistir en el principio de calidad, que debe conjugar la incorporación de innovaciones con la seguridad y efectividad de éstas, así como orientar los esfuerzos del sistema hacia la anticipación de los problemas de salud o hacia soluciones eficaces cuando éstos aparecen. Además, debe ser una calidad que evalúe el beneficio de las actuaciones clínicas incorporando sólo aquello que aporte un valor añadido a la mejora de la salud.

Al margen del Capítulo VI de la LCCSNS destinado específicamente a la calidad en el funcionamiento del SNS, nos interesa la referencia a la calidad con respecto a la fijación del contenido de las prestaciones, lo que se manifiesta especialmente en la elaboración de las carteras de servicios en la que se exige que se tengan en cuenta las siguientes circunstancias (art. 20.2 LCCSNS): la eficacia; la eficiencia; la efectividad; la seguridad y la utilidad terapéuticas; las ventajas y alternativas asistenciales; el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo; las necesidades sociales; su impacto económico y organizativo.

Las carteras de servicios no sólo delimitan el contenido de las prestaciones sanitarias sino que dan fiabilidad técnico-científica a dichas prestaciones. Su propia definición se centra en este aspecto al señalar que se entiende por éstas el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos que, *«basados en el conocimiento y experimentación científica, permiten llevar a la práctica las prestaciones sanitarias, aplicando los métodos, actividades y recursos disponibles»*.

Esta fiabilidad queda reforzada gracias a la exclusión (de todas las carteras de servicios, se entiende) de aquellas técnicas, tecnologías y procedimientos cuya contribución eficaz a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autonomía y eliminación o disminución del dolor y del sufrimiento no esté suficientemente probada (art. 20.3 LCCSNS). Este es un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación en la elaboración de las carteras de servicios (estatal y autonómicas) hubiera requerido un desarrollo reglamentario previo sobre cuáles y cómo deberían ser las pruebas para considerarlas *«suficientemente probadas»*.

La fijación de unas exigencias, requisitos, estándares básicos aplicables para la evaluación de todas las técnicas, tecnologías o procedimientos hubiese resultado muy positivo para lograr la mayor homogeneidad cualitativa posible tanto en el desarrollo temporal de las carteras de servicios, ya que éstos intervendrían también en el proceso de actualización de su contenido (como veremos a continuación), así como para su desarrollo de conjunto ya que se evitarían disparidades derivadas de aspectos técnicos y no de la voluntad política en la fijación y actualización del contenido de las carteras de servicios autonómicos.

4.2. La calidad en el desarrollo del contenido de las prestaciones sanitarias: la actualización de las carteras de servicios.

Así como se prevén una serie de exigencias y requisitos a la hora de llevar a cabo la fijación del contenido de las carteras de servicios, asimismo se disponen tantos otros para proceder a su actualización (art. 21 LCCSNS).

La primera diferencia notable entre ambos procesos es que si bien lo dispuesto para la fijación inicial lo es para todas las carteras de servicios (estatal y autonómicas), en lo que se refiere a la actualización la LCCSNS se limita a la primera, a la cartera de servicios del SNS, dejando al margen a las de las CCAA. Es difícil encontrar una explicación a la falta de unidad, la razón más plausible es el respeto a la autonomía aunque lo que esta situación fomentará las disparidades entre CCAA en el contenido de las prestaciones sanitarias por razón de la calidad por falta de unos parámetros técnicos comunes o, al menos, homogéneos para la actualización de su contenido. De hecho, alguna Comunidad Autónoma ya ha establecido sus propios procedimientos conforme a su propia voluntad (así, la reiterada Orden de 17 de marzo de 2004, que incluye el procedimiento de actualización de la cartera de servicios del Servicio Extremeño de Salud).

No obstante tampoco se trata de una situación novedosa ya que el RDOPS establecía unos requisitos para la inclusión de las prestaciones sanitarias (art. 2.3) y otros para la incorporación de nuevas técnicas o procedimientos diagnósticos o terapéuticos (Disposición adicional primera) similares a los del art. 20 y 21 LCCSNS, que han venido coexistiendo con los requisitos establecidos en las respectivas normas autonómicas de salud tanto en la inclusión de prestaciones sanitarias autonómicas como en la actualización de las mismas.

Otra diferencia entre la fijación y la actualización del contenido de la cartera de servicios del SNS, es que se fija mediante Real Decreto, momento a partir del que será actualizada mediante orden del Ministro de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial de Salud (art. 21 LCCSNS). El hecho de que el desarrollo de la cartera sea aprobado por un órgano colegiado (el Consejo de Ministros) y la actualización por el máximo órgano unipersonal responsable pueden entenderse por la menor trascendencia de la actualización.

En tercer lugar, en el caso de la actualización de la cartera de servicios se prevé expresamente la evaluación del Ministerio de Sanidad y Consumo, a través de la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias del Instituto de Salud Carlos III, de las nuevas técnicas, tec-

nologías y procedimientos que se pretendan incluir en la cartera de servicios. La Agencia de Evaluación de Tecnologías, creada con anterioridad a la entrada en vigor de la LCCSNS (mediante Real Decreto 1415/1994, de 25 de junio), no ha asumido una función de cooperación entre el Estado y las CCAA en su seno como sí ha ocurrido con respecto a otros organismos especializados mencionados por la Exposición de Motivos de la LCCSNS. Por el contrario, se concibe una colaboración interorgánica, ya que se prevé que las CCAA cuenten con organismo evaluadores que intervendrán en la evaluación de las nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos en la actualización de la cartera de servicios del SNS (art. 21.2 LCCSNS).

La evaluación debe comprobar la concurrencia de unos requisitos, que son necesario en su totalidad para que ésta sea positiva y las técnicas, tecnologías o procedimientos de que se traten puedan pasar a formar parte de la cartera de servicios SNS (art. 21.3 y 4 LCCSNS):

- a) Contribuir de forma eficaz a la prevención, al diagnóstico o al tratamiento de enfermedades, a la conservación o mejora de la esperanza de vida, al autovaloramiento o a la eliminación o disminución del dolor y del sufrimiento.
- b) Que aporten una mejora, en términos de seguridad, eficacia, eficiencia o utilidad demostrada respecto a otras alternativas facilitadas actualmente.
- c) Que cumplan las exigencias que establezcan la legislación vigente, en el caso de que incluyan la utilización de medicamentos o productos sanitarios.

En la actualización del contenido de las carteras de servicios del SNS no sólo se exigen unos requisitos positivos sino también negativos en cuanto se establece la exclusión de aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos incluidos en la cartera de servicios en los que concurra alguno de las siguientes circunstancias (art. 21.5 LCCSNS):

- a) Que se evidencie su falta de eficacia, efectividad o eficiencia, o que el balance entre beneficio y riesgo sea significativamente desfavorable.
- b) Que se pierda el interés sanitario como consecuencia del desarrollo tecnológico y científico.
- c) Que deje de cumplir los requisitos establecido por la legislación vigente.

4.3. La calidad y la experimentación científica: el uso tutelado.

La actualización de la cartera de servicios se puede llevar a cabo con carácter experimental. Teniendo en cuenta el carácter científico-técnico del contenido de la cartera de servicios resulta lógico que se dispongan mecanismos que permitan la incorporación de determinadas técnicas, tecnologías o procedimientos que si bien pueden reportar beneficios, se desconoce el alcance real de los mismos. El uso tutelado consigue articular innovación y garantías al establecerse el grado de seguridad, eficacia, efectividad o eficiencia de la técnica, tecnología o procedimiento antes de decidir sobre la conveniencia o necesidad de su inclusión efectiva en la cartera de servicios del SNS (art. 22 LCCSNS).

Es el Ministerio de Sanidad y Consumo el que, de oficio o a instancia de las correspondientes Administraciones públicas sanitarias y, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del SNS, el que autoriza el uso tutelado de determinadas técnicas, tecnologías o procedimientos.

El uso tutelado se desarrolla con arreglo a un diseño de investigación, por períodos de tiempo limitados, en centro expresamente autorizados para ello y de acuerdo con protocolos específicos destinados a garantizar su seguridad, el respeto a la bioética y el logro de resultado relevantes para el conocimiento. Al encontrarse los pacientes en una situación especial por razón del carácter experimental será imprescindible contar con el consentimiento informado de los pacientes a los que se vaya a aplicar las técnicas, tecnologías o procedimientos bajo régimen de «uso tutelado».

En cuanto a la financiación del uso tutelado su coste se atribuyen al Fondo de Cohesión, al que se refiere el art. 22.3 LFA.

5. La articulación del contenido de las prestaciones sanitarias en un Estado autonómico.

5.1. La culminación del proceso de descentralización del SNS y la garantía de su unidad a través de la LCCSNS.

El aspecto más conflictivo de las técnicas de ordenación del contenido de las prestaciones sanitarias se encuentra en la cuestión de la distribución de responsabilidades en dicha ordenación entre el Estado y las CCAA.

Hemos de partir de que la LGS, conforme a lo establecido en la CE, configuró un SNS descentralizado en el que se integran las diferentes estructuras y servicios públicos al servicio de la salud. Desde su configuración inicial del SNS, las CCAA fueron asumiendo y ejerciendo progresivamente sus competencias en materia sanitaria, a la vez que iban creando sus respectivos servicios autonómicos de salud.

Este proceso que se prolongó por más de una década fue culminado a comienzos del nuevo siglo al coincidir diversas circunstancias en torno al 2001: la culminación de la financiación exclusivamente presupuestaria del Sistema sanitario; la finalización del traspaso de los medios personales y materiales destinados a la sanidad pública a todas las CCAA (no la competencia sobre la materia que las CCAA, antes o después, ya habían asumido); el nuevo Sistema de Financiación Autonómica que permite a las CCAA hacer un mayor y mejor ejercicio de su autonomía en materia sanitaria; y la desaparición del Insalud en agosto de 2002, que había sido la entidad gestora de la Seguridad Social heredera del Instituto Nacional de Previsión, que desde 1978 se había encargado de la provisión de las prestaciones sanitarias en tanto las CCAA no hubieran asumido las competencias necesarias y no dispusieran de su propio servicio autonómico de salud.

Estas circunstancias fueron las que motivaron esencialmente la elaboración de la LCCSNS que en su Exposición de Motivos se refiere a la bondad de la asunción y ejercicio de competencias por parte de las CCAA como medio para aproximar la gestión de la asistencia sanitaria al ciudadano y facilitarle garantías en cuanto a la equidad, la calidad y la participación, y al balance positivo de las relaciones entre el Estado y las CCAA desde el año 1986, dado el dinamismo que ésta ha transmitido al Sistema.

Durante las (casi) dos décadas de desarrollo de los respectivos subsistemas sanitarios dentro del SNS, cada uno de los sistemas públicos sanitarios autonómicos ha dotado a sus prestaciones sanitarias de unos contenidos y unas características diferentes, tanto en su aspecto subjetivo, ampliando los sujetos que tienen derecho a la protección sanitaria, como en el ámbito objetivo, incrementando el alcance de la cobertura⁷. Por lo tanto, en la actualidad,

⁷ *Esto en virtud de la previsión de la Disposición Adicional Quinta ROPS, en virtud de la cual, y por respeto al principio de ordenación o distribución territorial de competencias, lo dispuesto en el propio RDOPS no afecta a las actividades y prestaciones sanitarias realizadas por las CCAA, con cargo a sus propios recursos o mediante precios, tasas u otros ingresos, con arreglo a sus Estatutos de Autonomía y normas de desarrollo.*

para determinar el contenido de las prestaciones resulta imprescindible completar la normativa estatal con la autonómica, por lo que es posible distinguir unas «prestaciones básicas» determinadas por el Estado y unas «prestaciones de desarrollo» (también llamadas «adicionales» o «complementarias») determinadas por las CCAA⁸.

Es necesario matizar que esta relación entre competencias básicas estatales y competencias autonómicas de desarrollo se han planteado, hasta ahora, en términos positivos; ni se ha producido ni se podría haber producido una limitación (o recorte) por parte de una Comunidad Autónoma sobre alguna de las prestaciones establecidas por el Estado que gozan en su totalidad de carácter básico, siendo, por lo tanto, indisponibles para las CCAA.

La LCCSNS se plantea como un reajuste del SNS plenamente descentralizado, y procura mejorar la interacción entre Estado y CCAA. La unidad del sistema sanitario público se representa formalmente en el SNS, dentro del que se ha de permitir el ejercicio ordenado de las competencias que del Estado y las CCAA. Así, la LCCSNS comienza fijando su objeto que es establecer el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se garantice la equidad, la calidad y la participación social en el SNS, así como la colaboración activa de éste en la reducción de las desigualdades en salud.

Se insiste a lo largo del articulado en ese principio de equidad que define como desarrollo del principio constitucional de igualdad, de tal modo que garantice el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio y posibilite la libre circulación de los ciudadanos.

Para asegurar dicha igualdad se establece la necesidad de colaboración entre el Estado y las CCAA de manera que los ciudadanos reciban una atención sanitaria que responda a unas garantías básicas y comunes, por lo que identifica seis ámbitos de colaboración de los cuales el primero son las prestaciones del SNS de manera que ase-

gure al ciudadano unas prestaciones básicas en todo el territorio nacional.

Entre los principios que la informan la LCCSNS (art. 2) se distinguen varios referidos a los criterios que deben guiar el funcionamiento de un SNS descentralizado y compuesto por lo que se insiste en la necesidad de que la prestación de los servicios a los usuarios del SNS debe efectuarse en condiciones de igualdad efectiva y calidad (art. 2 a) y en la coordinación y la cooperación de las Administraciones públicas sanitarias para la superación de las desigualdades en salud (art. 2 c).

Asimismo se reconoce como un derecho de todo ciudadano el recibir, por parte del servicio de salud de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre desplazado, la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones del SNS que pudiera requerir, en las mismas condiciones e idénticas garantías que los ciudadanos residentes en esa comunidad autónoma (art. 4 c) LCCSNS).

5.2. La redistribución de competencias del Estado y las CCAA con respecto a las prestaciones sanitarias: título competencial pertinente y alcance del mismo.

Para determinar las competencias del Estado y de las CCAA sobre el contenido de las prestaciones sanitarias hemos de partir de la identificación de los títulos competenciales implicados en el ejercicio de las respectivas competencias del Estado y de las CCAA sobre las prestaciones sanitarias.

En este sentido, hemos de señalar que la LCCSNS menciona en su Exposición de Motivos tanto el art. 41 CE (régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de enfermedad) como el art. 43 CE (derecho a la protección de la salud), y a las respectivas normas de cabecera de cada materia, (la Ley General de la Seguridad Social -Texto Refundido de 1994- y la LGS de 1986).

En particular, la LCCSNS (Disposición Final Primera LCCSNS) invoca formalmente como título competencial para su aprobación las reglas 1ª (sobre establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad), 16ª (bases y coordinación general de la sanidad) y 17ª (legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social), del art. 149.1 CE. Esta apelación a todos los títulos competenciales relacionados con la materia no condiciona la verdadera identificación del título competencial que verdaderamente habilita al Estado y a las CCAA al ejercicio de sus potestades. Esta tendencia a invocar en conjun-

⁸ Un recorrido por la normativa autonómica sobre prestaciones autonómicas se encuentra en «Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad», *Revista Derecho y Salud*, volumen 10, núm. 1, 2002, págs. 14 ss, así como en Vida Fernández, José: «Las prestaciones sanitarias del SNS: Catálogo de prestaciones y carteras de servicios», en Parejo Alfonso, Luciano; Palomar Olmeda, Alberto; Vaquer Caballería, Marcos (dirs): *La reforma del Sistema Nacional de Salud, Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 37-109.

tamente tanto el título sanidad como el de Seguridad Social indistintamente ha sido típica del legislador a partir de los años noventa cuando se va acentuando el tránsito de la sanidad de un Sistema de Seguridad Social a un SNS desvinculado de los arts. 41 CE y 149.1.17ª CE⁹.

Sin embargo, ha sido el propio Tribunal Constitucional el que recientemente se ha pronunciado sobre el título competencia atinente a las prestaciones sanitarias, si bien lo ha hecho con respecto a la prestación farmacéutica que presenta unas características muy particulares dentro del ámbito de las prestaciones sanitarias, pero cuyas conclusiones resultan extrapolables al resto de las prestaciones sanitarias. El 25 de mayo de 2004, el Tribunal Constitucional dictó su sentencia núm. 98/2004 en la que ha sentado una interpretación de enorme trascendencia en cuanto confirma el nuevo orden en la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA sobre el Sistema Sanitario Público, al situarlo en el marco de la sanidad (art. 43 CE y art. 149.1.16ª CE) y no en el de la Seguridad Social (art. 41 CE y 149.1.17ª CE) y al interpretar que, desde esta nueva posición, las CCAA puede ejercer sus competencias de desarrollo en la configuración de las prestaciones sanitarias. En definitiva, se cierra definitivamente la cuestión del paso de las prestaciones de la Seguridad Social a prestaciones del SNS.

Esta reinterpretación de la asistencia pública sanitaria que ahora hace el Tribunal Constitucional a efectos de la distribución de competencias, había venido siendo apoyada por parte de la doctrina¹⁰, que percibía un cambio

⁹ Cfr. en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, la LFA y las modificaciones al TRSS que tratan de reafirmar que la asistencia sanitaria se encuadra en la acción protectora de la Seguridad Social como señala BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: «Anotaciones a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud», en Derecho y Salud, vol. 11, julio-diciembre 2003, pág.125.

¹⁰ En particular por J. L. Beltrán Aguirre, «Anotaciones a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud», en Derecho y Salud, vol. 11, julio-diciembre 2003, pág.124-135; M. Vaquer Caballería: «La consideración constitucional de los servicios sanitarios», en CCOO: Jornadas sobre descentralización y transferencias sanitarias, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Madrid, 2001, pág. 42; J. Tornos Más: «Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud», Derecho y Salud, Volumen 10, Número 1, Enero - Junio 2002, págs. 1-13; Vida Fernández, José: «Las prestaciones sanitarias del SNS: Catálogo de prestaciones y carteras de servicios», en Parejo Alfonso, Luciano; Palomar Olmeda, Alberto; Vaquer Caballería, Marcos (dirs): La reforma del Sistema Nacional de Salud, Cohesión, calidad y estatutos profesionales, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 37-109.

Incluso en la doctrina laboralista se ha ido sumando a esta postura, entre otros, E. Borrajo Dacruz, «La Seguridad Social en la Constitución Española», VV.AA. «Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría», Civitas, Madrid, 1991, pág. 1492; también en «Artículo 43: Protección de la salud» en Alzaga, O

en la naturaleza de la asistencia sanitaria por razón de determinados indicios y, en concreto, por los siguientes:

a) Progresiva extensión de su carácter universal frente al requisito de la afiliación previa propio del Sistema de Seguridad Social. De hecho, el propio Sistema de Seguridad Social había llegado a alcanzar una universalidad funcional con anterioridad a que la LGS declarara la universalidad de la atención sanitaria, gracias a la extensión prácticamente ilimitada de los sujetos bajo cobertura a personas cada vez más ajenas al trabajador originariamente afiliado.

b) Su financiación presupuestaria, frente a su anterior financiación de base contributiva. La Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, establece a su carácter no contributivo y universal. Se suprimen así las cotizaciones sociales como fuente de financiación de la asistencia sanitaria (que ya era minoritaria desde 1989) y pasa a financiarse a cargo de los Presupuestos Generales en su totalidad a partir del año 1999 con la Ley de Presupuestos, quedando al margen la asistencia sanitaria que deriva de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

También, con respecto a su financiación, pasa a integrarse en el sistema de financiación autonómica general establecido por la LFA, dejando de financiarse de manera separada, es decir, abandonando la partida presupuestaria especial de la Seguridad Social, regida bajo el férreo principio de Caja Única.

Por último, con respecto a la cuestión económica resulta relevante la introducción de la corresponsabilidad fiscal y la suficiencia financiera que introduce también el nuevo sistema de financiación autonómica ya que a las CCAA se les reconoce tanto capacidad de gasto sino también la capacidad de recaudación derivada de los tributos estatales cedidos, aunque se establecen garantías de suficiencia y ciertas vinculaciones.

c) La voluntad del legislador de crear un Sistema Nacional de Salud autónomo del Sistema de Seguridad Social (tal y como se deduce de la LGS y de la propia LCCSNS) en el que las Comunidades Autónomas y, en particular, sus servicios de salud, tendría el protagonismo mientras que el Estado permanecería como garante último

(Dir), Comentarios a la Constitución Española de 1978, Edersa, Madrid, 1996, págs. 175 y 181; Montoya Melgar, Alfredo: «Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud (apunte para un estudio)», en Aranzadi Social, núm. 5/2004.

de una condiciones básicas de protección de la salud de todos los ciudadanos.

A pesar de estas evidencias, la segregación de asistencia sanitaria del Sistema de Seguridad Social no ha sido unánimemente asumida. Incluso en la propia Disposición Final Primera de la LCCSNS se refleja la concurrencia de los títulos competenciales en liza, que son los art. 149.1.16 CE y art. 149.1.17^a CE, modulados por el art. 149.1.1^a CE. En su Sentencia de 25 de mayo de 2004, el Tribunal se centra en la contraposición del título Bases y desarrollo de la sanidad (art. 149.1.16^a CE) y Bases y régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17^a CE), decantándose por el primero de manera novedosa (y que, casi, podríamos de histórica); argumenta que la controversia planteada no puede encuadrarse en el título relativo al régimen económico de la Seguridad Social, ya que la cuestión de la financiación pública de las prestaciones se refiere al Sistema Nacional de Salud, que ya no tiene que ver con la «Seguridad Social» (art. 149.1.17^a CE) sino con la «sanidad» (art. 149.1.16^aCE), pues tiene por objeto y finalidad garantizar la protección de la salud de los ciudadanos, cometido que se instrumentaliza a través de un conjunto de servicios y prestaciones sanitarias.

De manera algo asistemática y confusa, el Tribunal Constitucional reitera argumentos anteriormente señalados y que han venido siendo sostenidos por la doctrina en defensa del cambio de título competencial de la asistencia sanitaria, por el cambio de naturaleza del Sistema Sanitario.

Como argumento final, el Tribunal Constitucional menciona precisamente la LCCSNS, señalando su art. 10 en el que se establece que las prestaciones son responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el actual sistema de financiación autonómica, quedando garantizada la suficiencia financiera por lo previsto en la citada LFCA (art. 10.1 y 2).

Una vez centrado el título competencial pertinente a efectos de considerar la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA sobre las prestaciones sanitarias es necesario proceder a considerar el respectivo alcance de su ejercicio.

El Tribunal Constitucional también se pronuncia en su sentencia de 25 de mayo de 2004 sobre esta cuestión. Para delimitar el espacio propio para el desarrollo de sus competencias por parte de las CCAA, trae a colación su jurisprudencia sobre el concepto de «bases», señalando que por éstas ha de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada mate-

ria, esto es, 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. Y, sobre todo, insiste en un aspecto fundamental para entender el alcance de las bases ya éstas no pueden dejar sin contenido ni cercenar 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.

En sus argumentaciones el Tribunal señala que el establecimiento de una prestación farmacéutica y su financiación pública constituyen un criterio básico en materia de «sanidad», en cuanto presupuesto necesario para el acceso de los ciudadanos a los medicamentos en condiciones de igualdad, a precio razonable y con un precio público ajustado y se garantiza una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud.

No obstante, a renglón seguido, matiza que la uniformidad mínima estatal que asegura un nivel mínimo homogéneo (nivel de suficiencia) de las prestaciones sanitarias, puede ser susceptible de mejora por parte de las CCAA, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera. Interpreta el Tribunal Constitucional que el Estado establece un mínimo común denominador susceptible de mejora por parte de las CCAA a través de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a sus Estatutos de Autonomía.

La decisión del Tribunal Constitucional contenida en la Sentencia de 25 de mayo de 2004 tiene una repercusión enorme en cuanto significa el respaldo a todas las medidas dispuestas hasta ahora por las CCAA dirigidas a mejorar prestaciones sanitarias establecidas por el Estado en su RDOPS. Estas son las prestaciones básicas estatales que pueden ser completadas por las CCAA (como ya venían haciendo algunas de ellas) mediante medidas como los llamado «medicamentazos» (financiación autonómica de medicamentos excluidos por el Estado de la financiación pública), atención a la salud bucodental, prestación de determinados productos dietéticos, etc.

5.3. Las técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias y su interrelación en un Sistema Sanitario descentralizado.

Tal y como se desprende del Capítulo I LCCSNS la ordenación del contenido de las prestaciones sanitarias se estructura sobre un Catálogo de Prestaciones del SNS de ámbito estatal y de carácter básico, que se concreta en la cartera de servicios del SNS, también de ámbito estatal y de carácter básico, y que puede ser desarrollada por las CCAA a través de sus respectivas carteras de servicios.

Esta estructura de catálogo de prestaciones estatal y carteras de servicios estatal y autonómicas, puede verse completado en un futuro con un instrumento similar pero referido a una instancia territorial superior que es la comunitario europea, como respuesta no tanto al fenómeno de la descentralización cuanto al de la integración supranacional. Efectivamente, la concreción por parte del TJCE de un derecho de los ciudadanos de la UE a las prestaciones sanitarias del Estado miembro en el que se encuentre es una cuestión que plantea el problema de la interrelación obligada entre los sistemas sanitarios de los Estados miembros y la falta de un instrumento de ordenación común de las prestaciones. Tal es así, que en el Consejo de Sanidad de la UE de junio de 2004, en que el que se aprobaron unas conclusiones para facilitar la movilidad de pacientes y la atención sanitaria en los Estados miembros tras la puesta en circulación de la tarjeta sanitaria europea, la Ministra de Sanidad y Consumo solicitó la definición de una cartera de servicios común para todos los países y que se establezca un sistema de compensación económica que no penalice a los países receptores de turistas, como es España, que podrían salir perdiendo los países además por contar con un sistema universal de Sanidad.

Por otra parte, volviendo al ámbito nacional, el esquema catálogo de prestaciones y catálogo de servicios estatal y autonómicas no es inamovible ya que podría plantearse la posibilidad de que existan catálogos de prestaciones de los servicios autonómicos de salud. Aunque esto es posible siempre y cuando el catálogo de prestaciones incluyese las categorías establecidas en el Catálogo de Prestaciones del SNS contenido en la LCCSNS, no tendría ningún sentido pues sólo contribuiría a confundir la claridad introducida por las nuevas técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias. Ciertamente, al catálogo de prestaciones se le atribuye como objeto el garantizar las condiciones básica y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado, que constituye el cimiento de la equidad, además de aprobarse

en ejercicio de la competencia básica propia del Estado en materia sanitaria, pero más allá de esto no existe obstáculo jurídico para que las CCAA ejerciten sus competencias de desarrollo dando lugar a un catálogo autonómico de desarrollo junto al catálogo de prestaciones del SNS básico. De hecho en la Comunidad Autónoma de Aragón en el Decreto 267/2003, de 21 octubre, que aprueba la estructura orgánica del Departamento de Salud y Consumo (art. 9 b), se atribuye a un Servicio dependiente de la Dirección General de Planificación y Aseguramiento la «*propuesta del Catálogo de Prestaciones y de la Cartera de Servicios Sanitarios del Sistema de Salud de Aragón*».

La sinrazón de crear catálogos autonómicos reside en la naturaleza del catálogo de prestaciones del SNS, ya que al ser general, relativamente abstracto y prácticamente omnicompresivo sería difícil encajar en las categorías alguna nueva. Una medida de este tipo por parte de una Comunidad Autónoma vendría a alterar el orden que trata de introducir la LCCSNS. Lo lógico sería que esa diferenciación autonómica se produjese en las carteras de servicios como ámbito natural dispuesto por la LCCSNS para el ejercicio de las competencias autonómicas de desarrollo. Efectivamente, la dificultad en la distinción entre prestaciones y servicios puede provocar que se pretenda introducir como categoría de prestación lo que en realidad es una técnica, tecnología o procedimiento (prestación homeopática).

En definitiva, en la nueva ordenación esta previsto que se introduzcan nuevas técnicas, tecnologías y procedimientos en las carteras de servicios, y nada impide que de éstas se constituya o se pretenda extraer una nueva prestación que se puede incluir en un catálogo de prestaciones autonómicos; así se deduce del juego general de competencias derivados del arts. 149.1.1ª y 16ª CE que se refleja en el art. 7.1 LCCSNS cuando afirma que el catálogo de prestaciones tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes de la atención sanitaria, así como el art 71 LCCSNS al señalar como función del Consejo Interterritorial el establecimiento de prestaciones sanitarias complementarias a las prestaciones básicas del SNS por parte de las Comunidades Autónomas.

Dejando al margen el reparto de competencias en el nivel del catálogo de prestaciones pasemos a continuación a analizar la distribución de las competencias del Estado y las CCAA en las carteras de servicios.

La cartera de servicios del SNS que se apruebe mediante el Real Decreto correspondiente tendrá carácter básico, como ya lo tuviera el RDOPS (tal y como se dis-

pone en su Disposición Adicional Sexta), ya que como admite el propio Tribunal Constitucional, frente a su doctrina de que el instrumento normativo para el desarrollo de la competencia básicas estatales es la Ley formal, es posible hacer excepción a este principio de Ley formal y que el Gobierno de la Nación haga uso de sus potestades reglamentaria para regular mediante real decreto algunos de los aspectos básicos de una materia, cuando resulten, por la naturaleza de ésta, complemento necesario para garantizar el fin al que responde la competencia estatal sobre las bases.

El problema se plantea a la hora de determinar el contenido de esta cartera de servicios de carácter básico. En la STC de 25 de mayo de 2004 no se llega a definir claramente el verdadero sentido y espacio de «lo básico» que corresponde al Estado a la hora de fijar el contenido de las prestaciones sanitarias y que sería el contenido propio de las carteras de servicios.

Como es bien sabido este contenido material de lo básico es distinto del contenido formalmente declarado como tal por el Estado, por lo que en caso de que dicho contenido básico se exceda de los límites que le son propios, las CCAA podrían incidir sobre el mismo, no ya complementando con prestaciones adicionales, como hemos visto hasta ahora, sino limitando prestaciones formalmente básica establecidas por el Estado.

Unas medidas autonómicas de esta naturaleza supondrían la reivindicación de un mayor espacio para el ejercicio de sus competencias por parte de las CCAA con respecto a unas prestaciones básicas estatales cuyo contenido es excesivamente amplio. Efectivamente se trata de un contenido excesivo pues el Sistema Sanitario, por razón de la evolución histórica y por la tardía introducción de limitaciones y contenciones en el contenido de las prestaciones sanitarias como consecuencia de la extensión de la política de racionalización, el contenido básico de las prestaciones sanitarias es muy amplio y prácticamente asfixia los espacios naturales de las CCAA para el ejercicio de sus competencias de desarrollo en la actualidad. No obstante, las CCAA han encontrado, hasta ahora, en la determinación de prestaciones autonómicas complementarias un espacio suficiente para el ejercicio de sus competencias; además, es poco previsible que ocurra lo contrario, es decir, que una Comunidad Autónoma se arriesgue a restringir una prestación sanitaria establecida con carácter básico por el Estado, más que por cuestiones de orden jurídico por falta de voluntad política dada la negativa repercusión que tendría en términos electorales.

Afirmar que el contenido básico de las prestaciones sanitarias determinado por el Estado en la cartera de servicios del SNS, debe limitarse realmente (materialmente) a lo básico para dejar espacio al ejercicio de las competencias de las CCAA no significa ninguna rebaja ni merma de dicho contenido. No se puede identificar lo básico, en cuanto mínimo común denominador en términos normativos, con una visión cuantitativa de este concepto, es decir, como lo escaso. Si bien es inevitable poner en relación el plano normativo con el material, lo que no se debe hacer es tomar lo básico en el sentido literal del término e identificarlo con lo escaso o, peor, con lo insuficiente.

El contenido básico de la cartera de servicios del SNS debe fijarse por el Estado, no tanto por relación al contenido cuantitativo de la prestación (que inevitablemente tenderá al mínimo) sino por relación a su contenido funcional; esto es, que dicho contenido cuantitativo sea el mínimo que garantiza que la prestación alcance la finalidad para la que se encuentra predispuesta que no es otra que la realización efectiva del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), con lo que Estado estaría en ese caso garantizando unas condiciones básicas reconocidas en el título art. 149.1.1ª CE, que hacen referencia al contenido primario del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales imprescindibles o necesarias para garantizar una igualdad básica en el disfrute del derecho a la salud que no puede significar que las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en el territorio nacional sean idénticas.

No obstante, el ejercicio por las CCAA de sus competencias (sea en el actual espacio mínimo o en unos espacios de desarrollo mayores) sobre prestaciones sanitarias en sus respectivas carteras de servicios puede y debe dar lugar a diferencias entre las CCAA en el contenido de las mismas (tanto aumentando como disminuyendo lo actualmente establecido actualmente en el ROPS con carácter básico), que serán el resultado del legítimo ejercicio del ámbito de autonomía que les reconoce la Constitución y de sus propias opciones políticas que les exigirá escoger con más cuidado el destino de sus presupuestos autonómicos (v.gr. invertir menos educación más sanidad) y de las que responderán antes sus electores.

El principio de autonomía reconocida a las CCAA ampara esta interpretación que aquí se propone y el de unidad de la nación española no lo impide, si bien ésta debe desarrollarse a través del criterio de la solidaridad interautonómica en el seno del Estado (art. 2 CE). Por ello, el ejercicio de estas competencias no puede llegar a significar el desamparo de ningún ciudadano o grupo de ciudadanos ya que el Estado velará en última instancia por contenido básico real de su derecho a la protección de la

salud asegurando su recuperación (quizás no la mejor, ni la más rápida, eficaz, con menos efectos secundarios, etc.) frente situaciones de enfermedad; de ahí la identificación de lo básico como el mínimo funcional que en cada momento asegura la recuperación de la salud. Evidentemente este mínimo funcional es un concepto indeterminado y lábil que habrá de ser fijado mediante criterios técnico-jurídicos conforme se vayan produciendo los avances tecnológicos y económicos de cada momento.

Ciertamente es esta una posición polémica por tratarse de un tema tan sensible como la salud, pero entenderlo de otro modo sería llegar a la conclusión de que no puede existir ninguna diferencia entre las prestaciones sanitarias en cada Comunidad Autónoma, lo que sería caer en una errónea identificación entre igualdad y equiparación o en una confusión de igualdad y uniformidad que, como es bien sabido, no son lo mismo. El propio Tribunal Constitucional¹¹ ha rechazado la interpretación literal del art. 139 CE que afirma que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado, que conduce a la negación del Estado autonómico: la igualdad no impone que todas las CCAA ostenten las mismas competencias, ni menos aún que tengan que ejercerlas de una manera y con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes.

En este sentido no caben hacer llamamientos a la universalidad (cuestión vinculada al acceso a las prestaciones que debe ser igual para todos los españoles y extranjeros con derecho a la misma –no se puede rechazar a una persona desplazada de su lugar de residencia-) ni a la equidad (que es el principio de igualdad reinterpretado desde términos más flexibles aunque menos técnicos) a las que se refiere la LCCSNS, que más que contradecir, respaldan la postura que aquí se sostiene.

Para concluir conviene recordar que el verdadero núcleo del debate en torno al papel del Estado y de las CCAA en la fijación del contenido de las prestaciones sanitarias no está en el reparto de competencias desde un plano jurídico, como hemos analizado hasta ahora, sino que el corazón de esta cuestión se encuentra en la financiación de estas prestaciones, ya que de nada sirve contar jurídicamente con la competencia si no existen fondos para poder ejercitarla. Esta es la razón de que el titular de los periódicos tras la Primera Conferencia de Presidentes Autonómicos de 28 de octubre de 2004 fue que en las mismas se anunció que la sanidad pública dispondría de un nuevo modelo de financiación en el año 2006, que garantizará la sostenibilidad de la asistencia sanitaria y permitirá mejorar la calidad y las prestaciones que se ofrecen al conjunto de los ciudadanos.

¹¹ Sentencia de 26 de marzo de 1987, núm. 37/1987 y Sentencia de 22 de enero de 1998, núm. 14/1998.