

ANOTACIONES A LA LEY DE COHESIÓN Y CALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

Juan Luis Beltrán Aguirre
Presidente de la Asociación
“Juristas de la Salud”

SUMARIO: I. OBJETO Y PRINCIPIOS INFORMANTES DE LA LEY. 1. El doble objeto de la Ley. 2. Hacia la consolidación de un Sistema de Salud universal y público. 3. De nuevo en torno al encuadre de la asistencia sanitaria pública. **II. LA FINANCIACIÓN DE LA SANIDAD.** 1. La financiación finalista del Sistema Nacional de Salud. 2. El Fondo de Cohesión Sanitaria. 3. En torno a la contribución directa de los usuarios a la financiación de la asistencia sanitaria. **III. LAS PRESTACIONES SANITARIAS.** 1. Las prestaciones sanitarias y la cartera de servicios. 2. Garantías de las prestaciones sanitarias. 3. La actualización de la cartera de servicios. **IV. LA CALIDAD DEL SISTEMA SANITARIO.** 1. La calidad de las prestaciones y servicios sanitarios. 2. la investigación en salud. 3. El sistema de información sanitaria. **V. LA FARMACIA.** **VI. LOS PLANES INTEGRALES DE SALUD.** **VII. EL CONSEJO INTERTERRITORIAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.** 1. Objeto y naturaleza. 2. Composición y soporte técnico-administrativo. 3. Funciones. 4. Adopción y alcance de los acuerdos. **VIII. LA COOPERACIÓN ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS SANITARIAS.** **IX. LA ALTA INSPECCIÓN.** **X. LA INTEGRACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS.** **XI. LA RECREACIÓN DEL MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO.** **XII VALORACIÓN GLOBAL.**

I. OBJETO Y PRINCIPIOS INFORMANTES DE LA LEY.

1. El doble objeto de la Ley.

Señala el artículo primero de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de salud que es objeto de la misma el establecer un marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias, acciones que enumera en su artículo quinto. A estos efectos, diseña e incorpora una serie de herramientas a través de cuyo ejercicio se pretende favorecer y facilitar la cohesión del sistema.

A tenor de la dicción de ese artículo primero, en el que sólo se habla de coordinación y cooperación, parece que es objeto único de la Ley lo organizativo, es decir, la regulación e incorporación de instrumentos y herramientas para la adecuada estructuración, funcionamiento armónico y coherencia de todo del Sistema Nacional de Salud, materias que se encuadran en el título competencial del artículo 149.1.16° CE. Pero esto no es así, puesto que también incorpora normas de carácter sustantivo que nada tienen que ver con lo organizativo, concretamente, la regulación de las prestaciones sanitarias, materia ésta que

se incardina preferentemente en lo que son “condiciones básicas de igualdad” en el ejercicio del derecho a la protección de la salud y, por tanto, además de en el 16°, también en el título competencial del artículo 149.1.1° CE. En efecto, la Ley, de un lado, regula cuestiones relativas a la estructura, organización y funcionamiento coherente del sistema sanitario, y, de otro, mediante la regulación del catálogo de prestaciones sanitarias fija el contenido

¹ De ahí que la disposición final primera señale que la ley se dicta al amparo del artículo 149.1.1° y 16°. El título competencial derivado del artículo 149.1.16° CE acoge todo lo organizativo. Por contra, el 149.1.1° sólo habilita para normar derechos, no cuestiones organizativas, y no es sinónimo de legislación básica, de manera que no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo. Su objeto es el entero establecimiento de aquellas condiciones que tiendan a garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho de que se trate. Ahora bien, ese entero establecimiento no es equivalente a una completa y acabada normación del derecho, por lo que las Comunidades Autónomas pueden aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho. Las condiciones básicas de igualdad se predicen de los derechos constitucionales en sí mismo considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan y, en consecuencia, el artículo 149.1.1 CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con el derecho fundamental. Sobre estos presupuestos, el art. 149.1.1 CE permite al Estado una regulación, aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico, lo que conlleva que dicho título competencial no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica. (STC 61/1997, f. j. 7 y más recientemente STC 239/2002, f. j. 10).

primario y común del derecho a la protección de la salud de todas las personas.

Hecha esta precisión, cabe añadir que en lo que hace al ámbito organizativo, la mayoría de las herramientas que incorpora y regula no son novedades, pues ya existían (sistemas de información, planes integrales, criterios de participación de ciudadanos y profesionales, alta inspección, etc.) y se venían utilizando. Indudablemente, la Ley perfecciona algunas de ellas haciéndolas más eficaces o más completas en su funcionalidad (la información sanitaria, la política de investigación sanitaria, el Fondo de Cohesión, por ejemplo), pero otras se quedan a medio camino (Consejo Interterritorial y farmacia, por ejemplo). Otras pecan de excesiva centralización, en particular el ejercicio de competencias en materia de farmacia y las herramientas dirigidas a la elaboración y definición de criterios técnicos (las nuevas Agencias e Institutos se integran jerárquicamente en el Ministerio de Sanidad y Consumo). La regulación de la Alta Inspección resulta totalmente innecesaria e inoportuna. En general, la Ley de Cohesión y Calidad no incorpora mecanismos jurídicos que aseguren la efectividad de la batería de principios y buenas intenciones que plasma a lo largo de todo su texto. También se detectan lagunas en el contenido de la Ley que dejan en el aire la definitiva resolución de cuestiones importantes. Así, la financiación del sistema, que, por mucho que se pretenda, no ha quedado resuelta ni cerrada en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas. Igualmente, pospone la completa integración de todos los servicios sanitarios pues permite la pervivencia de mutualidades, entidades colaboradoras de la Seguridad Social, etc., que siguen prestando asistencia sanitaria al margen del Sistema Nacional de Salud.

En lo que hace a lo sustantivo, esto es, fijar el contenido primario y común del derecho a la protección de la salud de todas las personas, la impresión que produce la lectura de la Ley es bastante buena. Sin duda, siguiendo el mismo modelo, perfecciona y amplía el catálogo de prestaciones sanitarias establecido reglamentariamente en 1995.

2. Hacia la consolidación de un Sistema de Salud universal y público.

En virtud de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista con el propósito de incorporar un artículo que definiera las características fundamentales del Sistema Nacional de Salud, el artículo segundo de la Ley enumera como principio informante el de "aseguramiento universal y público por parte del Estado". Tal declaración, que implica la consecuente posición subsidiaria de la iniciativa privada, y que ha de funcionar como basamento del actual sistema de salud plenamente descentralizado

política y territorialmente, es muy oportuna en estos tiempos de liberalismo al alza. Atendiendo al principio de solidaridad, desde una perspectiva tanto dogmática como empírica, es bueno insistir en la conveniente posición de subsidiariedad de la iniciativa privada y en la preferencia en el uso de los recursos sanitarios públicos pues la sanidad y, en concreto, la asistencia sanitaria es mucho más que una actividad económica y empresarial. Recuérdese que el artículo 90.1 de la Ley General de Sanidad, a los efectos de establecer conciertos con la iniciativa privada, manda a todas las Administraciones Públicas sanitarias que tengan en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios. Y la preferencia por la utilización de lo público lo es sin perjuicio de la colaboración de los recursos privados en la prestación de servicios a los usuarios cuando ésta resulte conveniente, principio que también proclama este artículo. De ahí que la Ley disponga un control sobre la sanidad privada en relación con las actividades de información, salud pública, formación e investigación, así como en materia de garantías de seguridad y calidad.

Mediante otra enmienda presentada también por el Grupo Parlamentario Socialista se incorpora el artículo tercero en el que se describen las personas titulares del derecho a la protección de la salud y la atención sanitaria. Realmente, el apartado primero de este artículo no aporta nada nuevo respecto a la consagración definitiva de la universalización de la asistencia sanitaria, pues se limita a repetir con iguales términos lo que ya estableció la Ley General de Sanidad en su artículo 1.2º con el único añadido de una referencia a la vigente Ley de extranjería. Lo que ocurre es que la Ley General de Sanidad pospuso su predicada universalización de la asistencia sanitaria a un futuro indeterminado (artículos 16.2º y 3º, 80 y disposición transitoria 5ª), periodo transitorio que se viene alargando excesivamente hasta el punto de poder afirmarse que en el presente año 2003 todavía no se ha alcanzado plenamente. Pues bien, entiendo que la Ley de Cohesión y Calidad se ha quedado corta en este asunto de la definitiva universalización, al menos en lo que hace a su regulación normativa, pues, además del pronunciamiento del apartado primero, debió derogar expresamente los citados artículos de la Ley General de Sanidad, así como cualesquiera otros que implícita o expresamente implicaran obstáculos a la efectiva universalización de la asistencia sanitaria (en el ámbito de la normativa de la Seguridad Social hay bastantes).² Se completa este artículo con un apartado segundo en el que se manda a las Administraciones sanitarias implementar medidas activas que impidan cualquier

² La necesidad de esta derogación ha sido apuntada recientemente por J. PEMAN GAVIN en "*Autonomía y Unidad en el Sistema Nacional de Salud*", Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 21, 2002, pág. 97.

tipo de discriminación. Una declaración positiva, sin duda, aunque un poco retórica.

2. De nuevo en torno al encuadre de la asistencia sanitaria pública.

En recientes trabajos míos³ he llamado la atención sobre el cambio de rumbo operado respecto al encuadre de la asistencia sanitaria pública y a su frustrada independización de la Seguridad Social, trabajos en los que he criticado tal encuadre y he postulado su total y definitiva separación del Sistema de Seguridad Social.

Sucintamente podemos recordar que como resultado del llamado “Pacto de Toledo” tal giro o cambio de rumbo se inicia con la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, por la que se integra nuevamente en la acción protectora de la Seguridad Social la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo, si bien se conceptúa como prestación no contributiva. Seguidamente se continúa en las modificaciones de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE operados en los años 1998 y 1999, mediante las que se les atribuye, en los términos que establezcan las Leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el número 17 del apartado uno del artículo 149 CE. Finalmente se reitera en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, del nuevo sistema de financiación autonómico, en la que se habla de “*financiación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social*” a la par que se modifica el artículo 86.2 del Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994, para dejar bien sentado que la asistencia sanitaria tiene naturaleza no contributiva, pero que queda incluida en la acción protectora del Sistema de Seguridad Social.

Estas determinaciones legales mediante las que se intenta conectar nuevamente la asistencia sanitaria a la Seguridad Social, han sido objeto de serias críticas por un importante sector de la doctrina científica. Además de la mía también se han alzado otras voces más autorizadas reclamando la separación de la asistencia sanitaria del Sistema de Seguridad Social⁴.

³ Por todos, “*La igualdad básica, la coordinación y la cooperación interterritorial: fundamentos del Sistema nacional de Salud*” en Revista Derecho y Salud, volumen 10, núm. 2, 2002, pág. 125 a 155.

⁴ Entre los autores, véanse M. VAQUER CABALLERÍA, en “*La consideración constitucional de los servicios sanitarios*”, en el libro colectivo “*Jornadas sobre descentralización y transferencias sanitarias*”, Madrid, CCOO, 2001, pág. 41-62.; J. TORNOS MÁS, en “*Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud*”, Revista de Derecho y Salud, vol. 10, núm. 1, 2002, pág. 5; BARDAJI-VIÑAS, en el volumen coordi-

Pues bien, el proyecto de Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud aprobado por el Gobierno central y presentado a las Cortes Generales, posiblemente asumiendo tales críticas y situándose en línea con esta doctrina, trató y reguló la cuestión de una forma muy acertada. En dicho proyecto se ligó la asistencia sanitaria únicamente al “Sistema Nacional de Salud” -artículo 4-, sin referencia alguna al “Sistema de Seguridad Social”, y, por tanto, se encuadró en la materia sanidad y en el título competencial “Sanidad”. Determinante de tal posición lo era la disposición final primera en la que se aludía como título competencial para la promulgación de la Ley exclusivamente al artículo 149.1.16º CE, que, como es bien conocido, atribuye al Estado competencia en materia de bases y coordinación general de la sanidad, y para nada se hacía referencia al apartado 17º que le atribuye la competencia en materia de bases de la Seguridad Social y su régimen económico entero. Así pues, el tratamiento dado en el proyecto de Ley a esta cuestión implicaba un importante apoyo legislativo para hacer efectiva y real la ansiada independización de la asistencia sanitaria del Sistema de Seguridad Social; determinación legislativa que venía neutralizar y desplazar las anteriormente referidas.

Sin embargo, el Grupo Parlamentario Socialista presentó tres enmiendas al proyecto -al preámbulo, al artículo primero y a la disposición final primera-⁵ con el propósito de dejar explícito en la Ley que la asistencia sanitaria es una prestación de la Seguridad Social, reiterando así nuevamente la pretendida conexión de la misma con el sistema de Seguridad Social. Desafortunadamente, en mi modesto criterio, prosperaron las enmiendas a la exposición de motivos y a la disposición final primera, no la del artículo primero, y en el texto definitivo de la Ley podemos leer en el inicio del apartado primero de la exposición de

nado por G. LÓPEZ CASASNOVAS, “*Evaluación de las políticas de servicios sanitarios en el Estado de las Autonomías*”, Fundación BBC-IEA, 2001, pág. 32; J. VIDA FERNÁNDEZ, en “*La redistribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de medicamentos*”, REDA, núm. 117, 2003, pág. 67 a 94.

En el ámbito de entidades y colectivos, se han pronunciado a favor de la necesaria separación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, SESPAS en su “*Informe SESPAS 2002: Invertir para la salud. Prioridades en salud pública*.” Edición de la Generalitat Valenciana, 2002, pág. 227 a 238, y el X Congreso Derecho y Salud, celebrado en Palma de Mallorca en noviembre de 2001, que, entre sus conclusiones, asumió la necesidad de desvincular totalmente la asistencia sanitaria pública respecto de la Seguridad Social.

J. PEMAN GAVIN no se opone a la vinculación de la asistencia sanitaria a la Seguridad social, pero siempre que se proceda a la necesaria adaptación de la normativa vigente sobre asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las pautas que derivan de una concepción de la misma como prestación no contributiva y universalista, Op. Cit, pág. 78 a 81.

⁵ BOCG de 13 de diciembre de 2002, Serie A, núm. 126-1.

⁶ Enmienda núm. 319 a la exposición de motivos; enmienda 320 al artículo 1 y enmienda 409 a la disposición final primera. BOCG de 4 de marzo de 2003, Serie A, núm. 126-8.

motivos una referencia al artículo 41 CE y al artículo 38.1a) de la Ley General de Seguridad Social, y en el apartado 1 de la disposición final primera se significa que la Ley se dicta al amparo de los apartados 1º y 16º y, lo que es perturbador, también al amparo del apartado 17º del artículo 149.1 CE.

De todos modos, me atrevo a augurar que esta nueva e inoportuna determinación legal en torno a la conceptualización de la asistencia sanitaria como prestación de la Seguridad Social, junto con las anteriores, terminará resultando baldía por las siguientes razones: a) en términos constitucionales, la asistencia sanitaria no es algo innato a la Seguridad Social en el sentido de tener que pertenecer necesariamente a la misma; b) el carácter no contributivo y universalista de la asistencia sanitaria y su entera financiación vía presupuestos generales de las Comunidades Autónomas, choca frontalmente con esa pretendida conexión a la Seguridad Social y a su régimen económico, pues los respectivos sistemas de financiación son antagónicos; c) la asistencia sanitaria es constitucionalmente un subsistema del Sistema Sanidad, por lo que el título competencial de desarrollo legislativo de la legislación básica en materia de sanidad interior habilita a todas las Comunidades Autónomas a legislar sobre asistencia sanitaria, hasta el punto de que necesariamente ha de conceptuarse como “pública”, no como “de la Seguridad Social”.

II. LA FINANCIACIÓN DE LA SANIDAD.

1. La financiación finalista del Sistema Nacional de Salud.

Un paso definitivo en la construcción del Sistema Nacional de Salud fue la atribución competencial en los años 1998 y 1999 a todas las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE, vía modificación de los respectivos Estatutos de Autonomía, de la gestión de la asistencia sanitaria que hasta ese momento estaba en manos del INSALUD, seguida a finales del año 2001 de la efectiva transferencia de los correspondientes centros y servicios de asistencia sanitaria de ese Instituto. A partir de este momento el Sistema Nacional de Salud soporta un cambio cualitativo trascendental pues verdaderamente se descompone en diecisiete sistemas autonómicos de salud con toda la diversidad inherente a las propias políticas sanitario-asistenciales que diseñe cada uno de ellos.

⁷ Este apartado 1 de la disposición final primera, reelaborado en la tramitación parlamentaria, tiene, además, una redacción deficiente. De un lado, no se describe la competencia que atribuye el apartado 1º y, de otro, respecto del apartado 17º sólo se alude al régimen económico de la Seguridad Social y no a la legislación básica, aunque creo que la falta de referencia a la legislación básica es intencionada, es decir, se trata de anudar la asistencia sanitaria al régimen económico respecto del que el Estado tiene competencia plena y exclusiva.

Consecuencia de la referida ampliación competencial y de la plena descentralización territorial de la asistencia sanitaria es la promulgación de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, que, de un lado, sanciona definitivamente la financiación de la sanidad vía presupuestos generales, excluyendo totalmente la financiación vía cotizaciones a la Seguridad Social, pero que, de otro lado, dispone una financiación de la sanidad de carácter finalista mediante la técnica de afectación de recursos económicos en manos de las Comunidades Autónomas con destino a la conformación obligatoria de un presupuesto mínimo para la sanidad en cada Comunidad Autónoma, lo que implica una seria quiebra del principio de autonomía institucional de las Comunidades Autónomas al impedir a los parlamentos elegir libremente la composición de los presupuestos de la Comunidad.

Tras la promulgación de esta Ley, existe una tendencia por parte del Gobierno central a considerar que el tema de la financiación de la sanidad quedó definitivamente estructurado y cerrado en la misma, y esta creencia tiene su reflejo en la Ley de Cohesión y Calidad, que no aborda este tema, limitándose en varios artículos a remitirse a la referida Ley 21/2001. Creo que esto es un error y que la Ley de Cohesión debió entrar en una regulación pormenorizada de temas financieros que están pendientes de resolver, tales como la financiación de nuevas prestaciones médicas o quirúrgicas, la financiación de las acciones de investigación en salud, la prestación farmacéutica, etc., asumiendo y sentando las bases para una corresponsabilidad financiera.

2. El Fondo de Cohesión Sanitaria.

No obstante, un importante paso adelante en el tema de la financiación es la regulación del Fondo de Cohesión Sanitaria que hace la disposición adicional quinta de la Ley como resultado de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. El Fondo de Cohesión Sanitaria, creado por el artículo 4 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, tiene por finalidad garantizar la igualdad de acceso a los servicios de asistencia sanitaria pública en todo el territorio del Estado. Tal Fondo, que debía destinarse prioritariamente a la corrección y eliminación de las desigualdades y desequilibrios territoriales en la asignación y distribución de recursos, fue desvirtuado por el Real Decreto 127/2002, de 3 de diciembre, que lo reglamentó, al destinarlo exclusivamente a la financiación de los desplazados. Afortunadamente, la disposición adicional quinta de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional Salud recupera toda la virtualidad del Fondo al

⁸ Enmienda núm. 403. BOCG de 4 de marzo de 2003, Serie A, núm. 126-8.

establecer que el Ministerio de Sanidad y Consumo, a través del mismo y según se determine reglamentariamente, realizará políticas que aseguren la corrección de desigualdades y la cohesión sanitaria. Así pues, la Ley recupera esta función que había sido desdeñada en el susodicho Real Decreto.

De otro lado, los artículos 22.3 y 28.2 de la Ley disponen respectivamente que el uso tutelado y la atención en los servicios de referencia también serán financiados a través del Fondo de Cohesión Sanitaria.

En definitiva, la Ley potencia el Fondo como instrumento de cohesión y de igualación de los Servicios de Salud autonómicos, lo que es muy bueno. Se hecha en falta, no obstante, alguna previsión en la Ley relativa a la concreción de las cuantías económicas con las que deberá dotarse el Fondo. Esta inoportuna laguna no debe constituirse en puerta abierta para que el Gobierno siga infra-dotando el Fondo de Cohesión. Es preciso asignarle ahora una dotación presupuestaria generosa y suficiente para hacer efectiva y real en un plazo razonable la necesaria convergencia entre las Comunidades Autónomas.

3. En torno a la contribución directa de los usuarios a la financiación de la asistencia sanitaria.

Ningún servicio público es gratuito pues siempre se financia por los ciudadanos usuarios bien de una forma directa mediante tasas o precios públicos, bien de una forma indirecta mediante cotizaciones o impuestos, o bien de forma mixta con aportaciones de ambas vías. No obstante, la doctrina tiende a categorizar como servicio público gratuito aquellos que se financian vía impuestos, esto es, íntegramente a través de presupuestos generales.⁹ Hecha esta salvedad, se trata de averiguar si a tenor de la vigente legislación reguladora del servicio público de la sanidad, lo podemos categorizar como gratuito.

El artículo 46 de la Ley General de Sanidad sentó como característica fundamental del Sistema Nacional de Salud su financiación mediante tres fuentes distintas: a) recursos de las Administraciones Públicas; b) cotizaciones; c) tasas por la prestación de determinados servicios; fuentes de financiación que reitera el artículo 79. A su vez, el artículo 95 de la Ley del Medicamento mantuvo el sistema de copago respecto de las prestaciones farmacéuticas extrahospitalarias que ya existía en el ámbito de la Seguridad Social. En consecuencia, en virtud de dichas leyes el sistema de financiación de la sanidad era mixto, parte por aportaciones presupuestarias, parte por cotiza-

ciones a la Seguridad Social, parte por tasas por la prestación de servicios y parte mediante el pago parcial de los medicamentos extrahospitalarios.

Mas tarde, la Ley 24/1997, de 15 de julio, dispuso que la asistencia sanitaria, en cuanto prestación no contributiva, se financiaría íntegramente con cargo a los presupuestos generales del Estado, lo que es posteriormente sancionado por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, al sentar la financiación de la sanidad vía presupuestos generales, excluyendo totalmente la financiación vía cotizaciones a la Seguridad Social. Tenemos, pues, que estas dos leyes eliminan una de las fuentes de financiación de la asistencia sanitaria: las cotizaciones a la Seguridad Social, potenciando la de presupuestos generales. Pero ninguna de las dos leyes deroga expresamente los citados artículo 46 y 79 de la Ley General de Sanidad y 95 de la Ley del Medicamento en lo relativo a la aportación de los usuarios, por lo que subsiste como potencial fuente de financiación el de las tasas por prestación de servicios y, en concreto, el copago en los medicamentos. Pues bien, aunque de facto la asistencia sanitaria se cubra íntegramente vía presupuestos generales, sin aportación individual por uso de servicios, no así los medicamentos, desde la óptica estrictamente legal no podemos afirmar que la sanidad se conforma como un servicio público gratuito.

Así las cosas, la Ley de Cohesión y Calidad en el artículo segundo sienta como principio del sistema el de la "financiación pública del Sistema Nacional de Salud". Esta declaración, unida a la de aseguramiento universal contenida en el mismo artículo, implica, a mi juicio, que el legislador configura el derecho subjetivo a la asistencia sanitaria con un doble contenido: la libertad de acceso en condiciones de igualdad efectiva a los servicios y prestaciones sanitarias y la financiación pública de las mismas¹⁰. Ahora bien, cabe preguntarse si con tales declaraciones - universalidad y financiación pública-, unidas a su vez al artículo 10.1 en cuanto establece que las prestaciones sanitarias son responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas conforme al actual sistema de financiación autonómica (en el que no se prevé aportaciones de los usuarios), lo que el legislador pretende es sentar la total gratuidad de las prestaciones sanitarias. De entrada, y a la vista de estas determinaciones legales parece que se podría responder afirmativamente a esta pregunta. Pero entiendo que no es ésta la intención del legislador, es decir, que no renuncia al actual copago en los medicamentos y a la posibilidad de imponerlo en determinadas

⁹ Sobre la problemática relativa a la financiación de los servicios públicos mediante tarifas, tasas y precios, véase el estudio de F. J. VILLAR ROJAS "*Tarifas, Tasas, Peajes y Precios Administrativos: Estudio de su naturaleza y régimen jurídico.*" Editorial Comares, 2000.

¹⁰ Sobre el tema de la universalización y financiación de la asistencia sanitaria véase el reciente trabajo de A. MENÉDEZ REXACH "*El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas.*" Revista Derecho y Salud, volumen 11, núm. extraordinario., 2003, pág. 15 a 36.

prestaciones sanitarias. A fin de cuentas, siguen vigentes el artículo 95 de la Ley del Medicamento y los artículos 46 y 79 de la Ley General de Sanidad pues la Ley de Cohesión y Calidad se ha abstenido de derogarlos en lo que hace a las aportaciones de los usuarios vía tasas o copago.

Y no conviene olvidar que algunos expertos e instituciones han insistido en este año 2003 (Fosba Internacional) que el aseguramiento universal y gratuito no es compatible con la sostenibilidad económica del sistema sanitario, por lo que porfían por la adopción de un sistema de cobertura dual que cubra un paquete de prestaciones básicas y otro electivo, con introducción del copago ligado a la renta. A mi juicio, el copago es una mala solución en cuanto rompedor del principio de igualdad en el acceso de los ciudadanos a la asistencia sanitaria y, además, está comprobado que no discrimina la demanda apropiada de la inapropiada. Creo que debemos estar atentos a iniciativas de este orden, manteniendo, además, una posición recelosa. Como alternativa al copago ha de hacerse especial hincapié en el desarrollo de la gestión clínica.

III. LAS PRESTACIONES SANITARIAS.

1. Las prestaciones sanitarias y la cartera de servicios.

La Ley General de Sanidad no abordó la normación del catálogo de prestaciones sanitarias. Hubo que esperar al Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, que reguló de forma genérica las prestaciones facilitadas por el sistema sanitario público, agrupándolas en los cinco grandes apartados bien conocidos por todos. Quedaron al margen las prestaciones farmacéuticas, que mediante la técnica de la delimitación negativa se fijaron en la normativa de desarrollo de la Ley del Medicamento (Real Decreto 1663/1998, de 24 de julio) y las de salud pública. El Gobierno central, al elaborar el Real Decreto 63/1995, no consideró oportuno diferenciar entre prestaciones y técnicas o procedimientos para hacerlas efectivas. Lo que, sin embargo, sí dejó claro fue la posibilidad de que las Comunidades Autónomas pudieran establecer *prestaciones adicionales* financiadas con sus propios fondos; prestaciones adicionales que diversas Comunidades Autónomas se ocuparon de establecer en los ámbitos de la salud pública, prevención, asistencia sanitaria y medicamentos¹¹.

¹¹ Una exhaustiva descripción de la normativa autonómica reguladora de prestaciones complementarias la hago en mi trabajo "*Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad.*" Revista Derecho y Salud, volumen 10, núm. 1, 2002, pág. 14 y siguientes.

Situados en el año 2003, el legislador estatal afortunadamente asume el reto de regular en norma con rango de ley la ordenación de las prestaciones sanitarias y en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud regula, también con técnica de listado positivo, el catálogo de prestaciones sanitarias, incorporando, además de las prestaciones ya contempladas en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, las prestaciones de salud pública, las de salud mental y la salud bucodental en el ámbito de atención primaria, y las de farmacia. Define también las prestaciones de atención sociosanitaria en el ámbito sanitario. De otro lado, se ocupa de señalar que el nivel de atención primaria garantiza la globalidad y continuidad de la atención a lo largo de toda la vida del paciente, actuando como gestor y coordinador de casos y regulador de flujos. Así pues, la regulación que hace del "catálogo de prestaciones sanitarias" ampliando su esfera es generosa y satisfactoria.

Dando un paso más, también se ocupa de definir la cartera de servicios, entendiendo por tal el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias. Habrá una cartera básica de servicios aprobada por el Consejo Interterritorial, y las Comunidades Autónomas aprobarán, a su vez, sus propias carteras de servicios, que, cuando menos, incluirán la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud.

Pues bien, esta ordenación me suscita, de entrada, cinco cuestiones, dos algo críticas y las tres restantes elogiosas, que paso a enunciar.

Primera. No resulta fácil diferenciar los conceptos de "prestaciones" y "cartera de servicios". En efecto, no es nada sencillo trazar la frontera o el límite de las prestaciones y, en consecuencia, donde empieza el campo de las técnicas, tecnologías o procedimientos, que según la Ley constituirán la "cartera de servicios". Incluso la propia Ley incide en esta confusión al establecer en su disposición transitoria única, rubricada "cartera de servicios", que en tanto no se apruebe el Real Decreto por el que se desarrolle la cartera de servicios, mantendrá su vigencia el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de prestaciones sanitarias. Pero resulta que este Real Decreto no estableció una "cartera de servicios" sino sólo reguló un catálogo de prestaciones, que, además, en líneas generales es similar al de la Ley, esto es, un catálogo de prestaciones abierto y genérico. Entonces, qué contenidos de este Real Decreto debemos considerar "prestaciones" y qué contenidos "cartera de servicios". No creo que sea factible hacer tal deslinde. En suma, la disposición transitoria única equipara "prestaciones" y "cartera de servicios".

Segunda. El mandato de elaborar carteras de servicios, ciertamente atractivo desde el punto de vista político, es difícilmente realizable desde un punto de vista técnico-jurídico pues son innumerables los servicios y procedimientos a definir y regular -quizás demasiados desde un punto de vista práctico u operativo-, y, además, son enormemente variables y mutables por la rápida tasa de cambio de la tecnología, lo que exige su constante actualización.

Tercera. La Ley de Cohesión y Calidad, al regular el catálogo de prestaciones, claramente configura las prestaciones de asistencia sanitaria como prestaciones del Sistema Nacional de Salud, no como prestaciones de asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Las encuadra, pues, en el ámbito de la “Sanidad e Higiene”, no en el de la “Seguridad Social”.

Cuarta. La Ley, al incluir en el catálogo de prestaciones las de salud pública, potencia la construcción y conformación de una sanidad integral a la par que refuerza la conceptualización de la asistencia sanitaria como pública sin más y no como de la Seguridad Social. En efecto, muy oportunamente incorpora al catálogo de prestaciones sanitarias, que no lo había hecho el Real Decreto 63/1995, las de salud pública, entendidas como el conjunto de iniciativas organizadas para preservar, proteger y promover la salud de la población, a través de actuaciones dirigidas a la información y vigilancia epidemiológica, la prevención de enfermedades, la promoción de la seguridad alimentaria y la prevención y control de los efectos de los factores ambientales sobre la salud humana. Dispone expresamente que las prestaciones de salud pública se ejercerán con un carácter de integralidad, a partir de las estructuras de salud pública de las Administraciones y de las infraestructuras de atención primaria.

Quinta. El capítulo I de la Ley de Cohesión y Calidad, con la rúbrica “De las prestaciones sanitarias”, no hace expresa referencia a la potestad de todas las Comunidades Autónomas para establecer *prestaciones adicionales o complementarias* financiadas con sus propios fondos. En este capítulo sólo les habilita expresamente para aprobar carteras de servicios, pero nada dice expresamente respecto a la posibilidad de establecer nuevas y distintas prestaciones de atención sanitaria y farmacéuticas. De todos modos, esta posibilidad está subyacente en el artículo 7.1 de la Ley cuando dice que el catálogo de prestaciones tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes de la atención sanitaria, y perfectamente explicitado en el artículo 71.1 de la Ley en el que se atribuye al Consejo Interterritorial la función de conocer y debatir sobre “*El establecimiento de prestaciones sanitarias complementarias a las prestaciones básicas del Sistema Nacional de Salud por parte de las Comunidades*

Autónomas”¹². Y creo importante resaltar estos pronunciamientos de la Ley en el sentido de admitir y ratificar la posibilidad de diferencias o divergencias -siempre razonables o proporcionadas, como dice el Tribunal Constitucional- en los catálogos de prestaciones sanitarias que ofrezcan las Comunidades Autónomas, porque todavía siguen alzándose voces que denuncian como contrario al principio de igualdad y al de cohesión que los ciudadanos puedan tener distintos derechos de carácter prestacional en relación al sistema de cobertura sanitaria pública¹³. ANTEQUERA VINAGRE ha defendido recientemente la idea de que el derecho a la protección de la salud, en la medida en que las Administraciones sanitarias adoptan decisiones que afectan a la vida e integridad física de las personas, debe mutar de principio rector a derecho fundamental hasta el punto de que de esta mutación sustantiva derive como consecuencia obligada que toda prestación sanitaria que supere el marco de las básicas, sea considerada universal y susceptible de titularidad de todos los ciudadanos. Considera este autor que la actual vinculación territorial de las prestaciones sanitarias, de la que pueden derivarse diferencias entre Comunidades Autónomas, supone una quiebra del principio de igualdad carente de una justificación objetiva y racionalmente proporcionada. En suma, en materia de prestaciones sanitarias postula “café para todos”. Creo que esta propuesta parte de una lectura incorrecta del constitucionalizado principio de igualdad y, por tanto, entiendo que no es viable en términos jurídico-constitucionales. Descentralización y uniformismo son conceptos antagónicos. En otros trabajos he mantenido públicamente la posibilidad constitucional y estatutaria de que todas las Comunidades Autónomas pueden establecer prestaciones complementarias o adicionales en materia de asistencia sanitaria y farmacia, y sin que las diferencias o divergencias generadas por tales prestaciones suponga una iniquidad y una ruptura de los principios de igualdad básica de todos los ciudadanos y de cohesión¹⁴. A ellos me remito para refutar esta tesis.

¹² En buena técnica legislativa, el reconocimiento de esta potestad de las Comunidades Autónomas debería haberse explicitado en el capítulo de la Ley dedicado precisamente a las prestaciones sanitarias, ello sin perjuicio de que se haga alusión a ella en el que regula la composición y funciones del Consejo Interterritorial de Salud. Nótese, además, que este precepto habla de “prestaciones”, no de “cartera de servicios”.

¹³ J.M. ANTEQUERA VINAGRE “*Las garantías y la exigibilidad de las prestaciones sanitarias como factor de cohesión del Sistema Nacional de salud. Breves reflexiones.*” Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI, Volumen 1- núm. 2, abril de 2003, pág. 171 a 187. Igualmente, el equipo editorial de la revista, que en este número incorpora una editorial con la rúbrica “Ley de Cohesión y Calidad: ¿ruido o nueces?”, pág. 165 a 169.

¹⁴ Por todos, “*La igualdad básica, la coordinación y la cooperación interterritorial: fundamentos del Sistema Nacional de Salud.*” Revista Derecho y Salud, volumen 10, núm. 2, 2002. pág. 126 a 133. En fin, el Tribunal Constitucional ha reiterado recientemente que el art. 149.1.1 CE permite al Estado una regulación, aunque limitada a las condiciones

2. Garantías de las prestaciones sanitarias.

En este ámbito de las prestaciones sanitarias, y esto importa resaltarlo por cuanto tiene de novedoso, la Ley incorpora una regulación de garantías de las prestaciones en el ámbito de la accesibilidad, movilidad, tiempo de esperas, información, seguridad, calidad de las prestaciones y servicios de referencia. Además, las garantías de seguridad y calidad las extiende haciéndolas aplicables a los servicios sanitarios privados estén o no concertados.

Interesa destacar que respecto a los tiempos de espera, el artículo 25 establece que el Consejo Interterritorial acordará los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones, criterios que se aprobarán mediante Real Decreto, para después las Comunidades Autónomas definir los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco. Igualmente, el artículo 27.3 dispone que mediante Real Decreto se determinarán, con el carácter básico, las garantías mínimas de seguridad y calidad acordadas por el Consejo Interterritorial, que deberán ser exigidas para la regulación y autorización por parte de las Comunidades Autónomas de la apertura y puesta en funcionamiento de centros y servicios. Nótese que en estos dos artículos se reconoce al Consejo Interterritorial auténtica capacidad de decisión, de manera que el Ministerio de Sanidad y Consumo se limita a asumir esa decisión plasmándola en el correspondiente Real Decreto de carácter básico. Pues bien, obligado es apuntar que esta regulación implica una cierta antinomia con la contenida en los artículos 71 y 73 en cuanto disponen con carácter general que los acuerdos del Consejo Interterritorial tienen el valor de meras recomendaciones.

En cualquier caso, la incorporación y regulación en la Ley de determinadas garantías de las prestaciones, de entrada, es muy válida y conveniente, pues como acertadamente se dice en el preámbulo de la Ley el reconocimiento de un derecho tiene el valor que le concede su garantía. Sin embargo, conviene matizar que no es suficiente con la mera proclamación en la Ley de esas garantías pues su efectiva puesta en práctica ha de ir necesariamente acompañada, de un lado, de las normaciones necesarias a nivel autonómico (tiempos máximos de espera, libre elección, segunda opinión, etc.) así como de la dotación de los medios materiales y humanos necesarios, que, por ser en términos económicos lo más difícil, suele ser lo más problemático e incierto, y, de otro, de la puesta a disposición del ciudadano, además de los judiciales, de instrumentos sencillos y ágiles para reclamarlas (arbitrajes, etc.). En suma, mucho es el camino a andar para que

básicas, que garanticen la igualdad en los derechos constitucionales, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico, lo que conlleva que dicho título competencial no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica. (STC 239/2002, f. j. 10).

no se queden en meras declaraciones programáticas vacías de contenido.

3. La actualización de la cartera de servicios.

Novedad de la Ley es el establecimiento de un procedimiento general para la actualización del contenido de las prestaciones sanitarias (o de la cartera de servicios según dice la Ley). Al efecto, regula dos instrumentos: a) la evaluación de nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos, para lo que se crea la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias del Instituto de Salud Carlos III; b) el Uso Tutelado cuyo objeto es establecer el grado de seguridad, eficacia, efectividad o eficiencia de la técnica, tecnología o procedimiento, antes de su inclusión efectiva en la cartera de servicios, y que se financiará con cargo al Fondo de Cohesión Sanitaria. En los dos instrumentos se reconoce un papel importante al Consejo Interterritorial.

Sin duda, ambas herramientas son técnicas adecuadas para garantizar la bondad, eficacia y calidad de las prestaciones de nueva incorporación. Por tanto, su institucionalización regulándolas en la Ley me parece oportuna.

IV. LA CALIDAD DEL SISTEMA SANITARIO.

Una vez superada la etapa en la que lo prioritario eran los aspectos cuantitativos de la sanidad, resulta ineludible afrontar los cualitativos por cuanto lo que la ciudadanía mayoritariamente demanda actualmente no es tanto más centros, servicios y prestaciones sanitarias, como que lo existente mantenga o alcance, en su caso, un adecuado nivel de calidad. Pues bien, no puede negarse el esfuerzo hecho por el legislador en lo que hace a los aspectos cualitativos de la sanidad. En efecto, a lo largo de todo el texto legal incorpora un paquete de acciones, herramientas e infraestructuras técnicas tendentes todas ellas a lograr un buen nivel de calidad en los centros, servicios y prestaciones, tanto en el ámbito de la salud pública como en el de la asistencia sanitaria. Paso seguidamente a comentar algunas de ellas.

1. La calidad de las prestaciones y servicios sanitarios.

La Ley dedica el artículo 28 a regular la calidad de las prestaciones sanitarias. A estos efectos, en el apartado primero prevé la realización de auditorías periódicas y alude a la libre elección de facultativo, a la segunda opinión, a la progresiva incorporación de habitaciones de uso individual, y a la accesibilidad para minusválidos. En el segundo apartado contempla los servicios de referencia.

Ninguna de estas medidas constituye realmente una novedad pues todas ellas estaban ya previstas en la legislación autonómica y estatal. Además, las referencias que hace a auditorías periódicas, a la libre elección de facultativo, a la segunda opinión, a habitaciones de uso individual y a la accesibilidad para minusválidos, se sitúan claramente en el ámbito de lo organizativo, que es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, por lo que la determinación de los requisitos para la libre elección de facultativo y para el ejercicio de la segunda opinión han de ser reglamentados exclusivamente por las Comunidades Autónomas. Así debe entenderse la expresión “en los términos que reglamentariamente se establezcan”, expresión ésta que en modo alguno habilita a la Administración del Estado a efectuarla. En cuanto a la progresiva incorporación de habitaciones de uso individual no pasa de ser una recomendación y como tal propia de una ley básica cuyo objeto es fijar imperativamente un mínimo común normativo.

También regula este artículo los servicios de referencia¹⁵. En el proyecto de la Ley, en línea con lo dispuesto en el artículo 15.2 de la Ley General de Sanidad, la competencia para designar los servicios de referencia se atribuía al Ministerio de Sanidad y Consumo, oído el Consejo Interterritorial. Afortunadamente, esto se ha corregido en la tramitación parlamentaria y finalmente corresponde enteramente al Consejo Interterritorial acordar la designación de los servicios de referencia, su número y ubicación estratégica. El problema es que, como veremos más adelante, los acuerdos del Consejo tienen el valor y alcance de meras recomendaciones. En fin, es de esperar que el Ministerio asuma estas “recomendaciones”.

De otro lado, la Ley dedica el capítulo sexto a diseñar una serie de acciones en materia de calidad. En primer lugar, diseña una infraestructura técnica para garantizar o favorecer la calidad de las prestaciones y servicios del sistema sanitario, infraestructura integrada de normas de calidad y seguridad, indicadores, guías de práctica clínica y asistencial, y registros de buenas prácticas y de acontecimientos adversos. Esta previsión legal ha de apreciarse, sin duda, muy positivamente.

En la misma medida, y por cuanto son elemento determinante y esencial de la calidad, la Ley dedica un amplio capítulo a los profesionales sanitarios, centrándose en esbozar medidas, a implementar por las Comunidades Autónomas, relativas a su cualificación profesional (formación y competencia técnica) así como al estatus idóneo para el desempeño de sus funciones.

Paralelamente, dispone la creación de la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud y del Observatorio

del Sistema Nacional de Salud. Ambos entes se hacen depender del Ministerio de Sanidad y Consumo. La pega que cabe poner a tal estructuración es precisamente la dependencia del Ministerio de ambos organismos, lo que implica la opción del legislador por una fuerte centralización técnica pues a la Agencia de Calidad le encomienda la elaboración de los elementos de la infraestructura de calidad y al Observatorio la realización de estudios comparados de los servicios de salud. Seguramente hubiera sido más acertado y operativo haberlos hecho depender del Consejo Interterritorial y haber asegurado en la Ley una determinante presencia en los mismos de las Comunidades Autónomas.

2. La investigación en salud.

Las acciones de investigación en salud constituyen base fundamental para la calidad del sistema sanitario. Pues bien, el legislador, haciendo uso de la competencia estatal en materia de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica (art. 149.1.15ª CE), dedica un amplio capítulo, el IV, a ordenar la actividad investigadora en el Sistema Nacional de Salud y, en concreto, la de los órganos competentes de la Administración estatal, a la par que redefine las funciones del Instituto de Salud Carlos III orientándolas hacia la investigación.

La regulación que se hace en la Ley de la investigación, con particular referencia a la investigación clínica y básica vinculada a los centros sanitarios, es ambiciosa y define distintos escenarios de actuación implicando a la sanidad pública y privada. Ha de valorarse muy positivamente. Quizás, la única crítica al legislador sea no haber sentado unos criterios claros respecto de su financiación, haciéndola descansar en gran medida sobre los presupuestos estatales. No obstante, conviene recordar que el artículo 109 de la Ley General de Sanidad ya dispuso el establecimiento de un presupuesto anual mínimo de investigación consistente en un 1 por 100 de los presupuesto globales de la salud, presupuesto a alcanzar progresivamente.

3. El sistema de información sanitaria.

El artículo 73 de la Ley General de Sanidad dispuso que la coordinación general sanitaria se ejercerá por el Estado, entre otras formas, fijando medios y sistemas de relación para facilitar la información recíproca. Y sin duda, título competencial apto para instrumentar cauces de información es el de la “coordinación general sanitaria”. Pues bien, haciendo uso de este título competencial, uno de los propósitos del legislador es la creación de un verdadero sistema de información sanitaria en cuanto elemento esencial para obtener un Sistema Nacional de Salud de calidad y cohesionado. Y al efecto, mediante la regulación contenida en el capítulo V, trata de instrumen-

¹⁵ En lo que hace a los servicios de referencia véase el artículo 113 de la Ley General de Sanidad.

tar los criterios básicos mínimos y comunes para coordinar un sistema integrado de información, para lo que encomienda al Consejo Interterritorial la definición de los objetivos y contenidos de la información.

Nada que oponer a tal sistema de información recíproca toda vez que nadie discute que la implementación real y efectiva de un sistema de información recíproca en todos los campos, epidemiología, medicina preventiva, asistencia sanitaria, gestión de centros y servicios, recursos humanos, etc., bueno, completo y ágil, es un elemento esencial del sistema sanitario y ha de tener importantes repercusiones en la gestión por las Comunidades Autónomas de sus correspondientes Servicios de Salud. Ha de darse la bienvenida a esta regulación.

Únicamente, me cabe comentar que el Instituto de Información Sanitaria, en mi criterio, debió configurarse como una oficina técnica dependiente del Consejo Interterritorial de Salud con la participación de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y del Ministerio de Sanidad y Consumo, y no como un órgano dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo.

V. LA FARMACIA.

El capítulo dedicado al tema de la farmacia es, a mi juicio, decepcionante. Y lo es por dos razones: a) la regulación que hace es excesivamente corta y tímida en la medida en que no aborda, entre otras¹⁶, la cuestión de la financiación de la prestación farmacéutica, que es ahora uno de los temas claves en este ámbito; b) no reconoce ninguna capacidad de codecisión a las Comunidades Autónomas en las políticas de fijación de precios, financiación pública, promoción y publicidad, en suma, en la de control del gasto farmacéutico.

El artículo 30 de la Ley otorga en exclusiva al Ministerio de Sanidad y Consumo la decisión sobre la financiación pública y fijación de precios de los medicamentos. Sin embargo, la gestión de la asistencia sanitaria y, por ende, farmacéutica, así como el pago de la facturación de la prestación farmacéutica, es competencia y responsabilidad de las Comunidades Autónomas. Pues bien, parece fuera de duda que tan drástica separación de funciones decisorias y gestoras no es lo más acertado en orden a garantizar la calidad y sostenibilidad presupuestaria del sistema en el actual marco de la financiación autonómica de la sanidad. Las Comunidades Autónomas vienen reclamando una participación en las decisiones sobre precios y financiación pública de medicamentos y sobre control del gasto. Esta participación debería instrumentar-

¹⁶ Publicidad y promoción de medicamentos, promoción de genéricos, prohibición de premios e incentivos ligados a la prescripción de medicamentos, etc.

se a través del Consejo Interterritorial dándole capacidad de decisión al respecto, lo que no implica, a mi juicio, detrimento alguno del carácter exclusivo de la competencia estatal. Desafortunadamente, no se ha dispuesto así en la Ley.

La composición del Consejo Rector de la Agencia Española del Medicamento queda abierta en la Ley mediante la técnica de remisión al reglamento, evitando así garantizar *ex lege* una representación de las Comunidades Autónomas cuando menos equivalente a la de la Administración del Estado. Sin embargo, dejar en manos del reglamento la composición del órgano rector de la Agencia creo que no es respetuoso con el peso que deben de tener las Comunidades Autónomas en nuestro sistema descentralizado. La Ley debió garantizar la composición paritaria de este órgano, no dejándolo al albur de cambiantes políticas de los o las titulares del Ministerio. Además, una composición paritaria no implica detrimento alguno del carácter exclusivo de la competencia estatal.

En lo que hace a la colaboración de las oficinas de farmacia con el Sistema Nacional de Salud a través de los conciertos, el proyecto de Ley pretendió restringir las competencias de decisión que el artículo 93.3 de la Ley del Medicamento había otorgado al Consejo Interterritorial, dejándolas sólo en mero informe al Ministerio de Sanidad y Consumo. Afortunadamente, en función de las enmiendas presentadas, en la regulación definitiva de este tema (art. 33.2) se ha recuperado la capacidad del Consejo Interterritorial para acordar los criterios generales y comunes que desarrollen la colaboración de las oficinas de farmacia por medio de los conciertos, acuerdo que, aun teniendo el valor de mera recomendación, posteriormente deberá ser plasmado en la norma correspondiente por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

Finalmente, por medio de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, se introdujo una disposición final que modifica la Ley del Medicamento introduciendo un nuevo sistema de precios de referencia con el objetivo de disminuir los precios. El cálculo se simplifica y se hace independiente del tipo de presentación y de la cuota de mercado y se obliga al farmacéutico a sustituir el fármaco prescrito por otro más barato del mismo conjunto homogéneo o, en igualdad de precio, por un genérico. No obstante, esta reforma del cálculo de los precios de referencia fue criticada por todos los grupos parlamentarios por haberse quedado a medio camino y haberse planteado a destiempo (en el Senado).

VI. LOS PLANES INTEGRALES DE SALUD.

El artículo 64 de la Ley establece que el Ministerio de Sanidad y Consumo y los órganos competentes de las

Comunidades Autónomas elaborarán planes integrales de salud sobre las patologías más prevalentes con el objeto de establecer, entre otros, criterios sobre la forma de organizar los servicios para atender a las patologías, así como modelos básicos de atención de grupos de enfermedades. Pues bien, esta determinación legal sobre los planes integrales, me suscita los dos siguientes comentarios.

Creo que es inevitable arrinconar el Plan Integrado de Salud instaurado por el artículo 74 de la Ley General de Sanidad, dadas las escasísimas posibilidades de su elaboración y posterior aplicación¹⁷, potenciando en su lugar los planes integrales de salud elaborados en función de grupos de enfermedades más prevalentes, cuya viabilidad y operatividad actualmente está más acreditada. Por ello, considero oportuna la previsión del legislador de impulsar los Planes Integrales de Salud sobre las patologías más prevalentes.

Sin embargo, discrepo en cuanto al régimen y efectos que dicho artículo les reconoce. El apartado 1 imperativamente obliga a la elaboración de esos planes, lo que incide negativamente en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas. Recuérdese que el artículo 71 de la Ley General de Sanidad faculta, no obliga, a las Comunidades Autónomas a establecer con el Ministerio de Sanidad y Consumo planes de salud conjuntos. Conforme al apartado 2, uno de los pretendidos efectos de los planes es la organización de los servicios autonómicos para atender a las patologías y los modelos básicos de atención conforme a los criterios dados por el plan, lo que también incide negativamente en la potestad organizativa propia de las Comunidades Autónomas. Cierto que en el apartado 3 se reconoce la facultad de las Comunidades Autónomas para organizar los servicios conforme a sus propios modelos, pero, no obstante, creo que en este artículo subyace un impropio intento no de homogeneizar sino de uniformar recursos, servicios y modelos de atención sanitaria.

VII. EL CONSEJO INTERTERRITORIAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

1. Objeto y naturaleza.

Tomando como base las “Conferencias Sectoriales” reguladas en la Ley de Proceso Autonómico¹⁸, el artículo

¹⁷ En algunos ordenamientos jurídico-administrativos, los planes de ámbito nacional tienen bastante tradición. Así, en el urbanismo y la ordenación del territorio su regulación data, al menos, de 1956. Sin embargo, en los 50 años de vigencia nunca se ha llegado a redactar, aprobar y aplicar ninguno. Actualmente, se han eliminado del ordenamiento estatal.

¹⁸ Regulación que posteriormente fue actualizada por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992.

47 de la Ley General de Sanidad configuró el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud como el órgano permanente de comunicación, información y coordinación de los distintos servicios de salud, entre ellos y con la Administración estatal. Ahora, sustituyendo esa regulación que deroga, pero prácticamente en los mismos términos, la Ley de Cohesión y Calidad conforma al Consejo Interterritorial como el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud entre ellos y con la Administración del Estado, significando que tiene como finalidad u objeto promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud.

A tenor de la regulación que de este ente hace la Ley de Cohesión y Calidad, no es fácil definir su naturaleza ni hacer un encuadre del mismo¹⁹. La Ley rehuye nominarlo como “Conferencia Sectorial” o incardinarlo en alguna de las categorías legalmente establecidas. En cualquier caso, parece que es intención del legislador que el Consejo Interterritorial siga en gran medida acomodándose a la naturaleza jurídica de las Conferencias Sectoriales según vienen regulados estos órganos multilaterales de cooperación sectorial en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por lo que luego diré respecto de sus funciones, creo que al Consejo Interterritorial no le convenía mantener la naturaleza de Conferencia Sectorial, ello por cuanto no se compadecen las importantes funciones y fines que se pretenden del Consejo Interterritorial con las limitaciones propias de las Conferencias Sectoriales. En mi criterio, debió configurarse en la Ley como un ente singular de naturaleza mixta político-administrativa dotado de una regulación específica y propia distinta a la prevista con carácter general para las Conferencias Sectoriales por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común²⁰. El hecho de que el Sistema Nacional de Salud no sea una organización con personalidad jurídica propia no impide en términos jurídicos la conformación de un Consejo Interterritorial que funcione a modo de Consejo de Administración, esto es, con verdadera capacidad decisoria. La Ley, que en el marco de la Constitución lo puede todo, es norma jurídica suficiente para crear y conformar entes

¹⁹ SALA ARQUER Y VILLAR ROJAS, en “Análisis de la cooperación en un sector determinado: la Sanidad Pública.”, Revista Derecho y Salud, volumen 10, núm. 1, pág. 85 y 86.

²⁰ Coincido con TORNOS MÁS en su consideración de que es un órgano estatal en el que se concreta la función de coordinación general sanitaria perteneciente al Estado, por lo que, consecuentemente, ha de ejercer funciones propias de coordinación que no podrían atribuirse a una Conferencia Sectorial. “El Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud”, Revista de Derecho y Salud, volumen 10, núm. 1, 2002, pág. 10.

singulares adaptados a situaciones específicas²¹. En fin, no ha sido así.

2. Composición y soporte técnico-administrativo.

Composición.

Aquí la Ley de Cohesión y Calidad cumple con lo que se demandaba y cambia radicalmente la composición del Consejo. Ésta deja de ser paritaria y ahora se integra por el Ministro de Sanidad y Consumo, que ostenta la presidencia de manera permanente, y por todos los Consejeros autonómicos competentes en la materia. La vicepresidencia la ostentará uno de los Consejeros. Nada que objetar a esta composición salvo, quizás, que la presidencia hubiera sido mejor rotatoria.

Soporte técnico-administrativo.

La Secretaría es un instrumento clave para el buen funcionamiento del Consejo. Inicialmente se configuró como una mera función a desarrollar por la Dirección General de Alta Inspección. Más tarde, se conformó como un órgano propio del Ministerio de Sanidad y Consumo, primero con rango de Dirección General integrada en la Secretaría General de Gestión y Cooperación Sanitaria y posteriormente con rango de Subdirección General integrada en la Dirección General de Alta Inspección y Coordinación del Sistema Nacional de Salud. Actualmente, según dispone la propia Ley de Cohesión y Calidad, la Secretaría es el órgano de soporte permanente del Consejo y la persona del secretario, a propuesta del Ministro, es ratificada por el propio Consejo. Pues bien, acomodándose a esta previsión legal, el Real Decreto 1087/2003, de 29 de agosto, de estructuración del Ministerio de Sanidad y Consumo, suprime la Secretaría del Consejo en cuanto órgano del Ministerio y pasa a configurarse como un puesto de trabajo²² adscrito a la Dirección General de Cohesión del Sistema Nacional de Salud y Alta Inspección. Entiendo que es una adscripción funcional, no jerárquica. Me parece acertado el tratamiento dado a la Secretaría pues en la medida en que ha de servir al Consejo Interterritorial y no al Ministerio de Sanidad y Consumo, no tenía sentido que se configurase como un órgano jerarquizado del mismo.

Novedad es también la creación en la Ley de una Comisión Delegada, que ejercerá las funciones que el Consejo le delegue y, en todo caso, actuará como órgano

de apoyo y discusión previa de cuantos asuntos hayan de ser sometidos al Consejo, así como de órgano de coordinación técnica y administrativa en aquellas cuestiones que sean de su competencia. Sin duda, este órgano, por tener una naturaleza más técnica que política, puede constituirse en cauce adecuado para allanar el camino y hacer viable técnica y políticamente la adopción de acuerdos por el Consejo.

3. Funciones.

La Ley General de Sanidad configuró el Consejo Interterritorial como el órgano permanente de comunicación e información de los distintos Servicios de salud, y le asignó de una forma abierta funciones de coordinación. Tal régimen abierto era indicativo de que el legislador de 1986 ya estaba pensando en que al Consejo Interterritorial se le confiaran, una vez descentralizada territorialmente la asistencia sanitaria pública, las funciones propias de la coordinación general sanitaria.

Más tarde, en 1997, como es bien conocido, la Subcomisión del Congreso de los Diputados para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud manifestó la necesidad de fortalecer el papel de este órgano, definiéndolo como el instrumento esencial de vertebración del sistema sanitario. A estos efectos, recomendó otorgarle mayores facultades de decisión, y ampliar sus funciones como órgano a través del cual se ha de instrumentar, preferentemente, la fijación de las bases, la coordinación general sanitaria y los criterios generales de la alta inspección.

Por su parte, la doctrina científica²³ se ha ocupado de apuntar el papel más trascendente que pueden desarrollar estos órganos mixtos y multilaterales de cooperación - llámense Conferencias Sectoriales o de otra manera - en orden a la intervención directa de las Comunidades Autónomas en el proceso de decisión propio de la instancia estatal. Al tradicional papel de órganos de encuentro de carácter consultivo y deliberante se ha propuesto añadir otras funciones más trascendentes como es la de residenciar en ellos las competencias estatales de establecer métodos de actuación, especialmente de carácter coordinador, e, incluso, que el Estado dé participación a las Comunidades Autónomas en algunas de las funciones que le corresponde realizar, a fin de integrar a éstas en aquellos procesos de decisión que, aun moviéndose en el ámbito de la competencia estatal, afectan intereses autonómicos o

²¹ El propio artículo 5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, habilita a la creación de otros órganos y es harto flexible respecto al régimen de creación y funcionamiento.

²² Con el nivel orgánico que se determine en la correspondiente relación de puestos de trabajo.

²³ E. ALBERTI ROVIRA, "Relaciones entre Administraciones Públicas" en la obra colectiva "La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", Tecnos, 1993, y J. M: CASTELL ARTECHE, "El presente momento en la participación de las Comunidades Autónomas en las instituciones y órganos centrales" RVAP, núm. 47, 1997, pág. 35-49.

incluso condicionan alguna de las actuaciones de las Comunidades Autónomas.

Así pues, el panorama era francamente propicio para atribuir al Consejo Interterritorial el ejercicio de la “coordinación general sanitaria”, así como la oportunidad de fijar normativa básica.

Sin embargo, el tratamiento de la Ley de Cohesión y Calidad al respecto resulta decepcionante. Ciertamente, hace un amplio desarrollo temático de las funciones a desempeñar por el Consejo, que concreta en estos cuatro siguientes ámbitos: a) funciones esenciales en la configuración del Sistema Nacional de Salud; b) funciones de asesoramiento, planificación y evaluación; c) funciones de coordinación; d) funciones de cooperación. Pero realmente, no se reside en el Consejo Interterritorial el ejercicio de las funciones de “coordinación general sanitaria”, capacidad ésta que, en nuestro sistema sanitario plenamente descentralizado política y territorialmente, creo no sólo conveniente sino necesario debe ostentar, ello porque la “coordinación general sanitaria” es una competencia formal, de carácter horizontal y no jerárquica o de supremacía, que, por tanto, es fruto de la voluntad común de todas las Administraciones responsables en la materia, por lo que ha de basarse en la autocoordinación²⁴.

4. Adopción y alcance de los acuerdos.

Hasta la actualidad no se utilizaba en el Consejo Interterritorial el sistema de votación ya que, dada su naturaleza de Conferencia Sectorial y conforme a los artículos 5.5 y 8.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los acuerdos del Consejo para vincular a las partes deben adoptar la forma de Convenio y vinculan sólo a las partes que comprometen su voluntad y los firman expresamente, mientras que los simples acuerdos no son exigibles. Los acuerdos del Consejo actualmente no se formalizan ni se publican en boletín oficial alguno.

La ley de Cohesión y Calidad, en el capítulo dedicado al Consejo, poco más añade a este régimen pues con carácter general en los artículos 71 y 73 se limita a establecer que los acuerdos del Consejo se plasmarán a través de recomendaciones que se aprobarán, en su caso, por consenso y, evidentemente, recomendar no es decidir. Sin embargo, ya he apuntado anteriormente que en otros artículos de la Ley se le reconoce capacidad de decisión en ámbitos en que la competencia corresponde al Estado,

²⁴ El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 102/1995, de 26 de junio, ha dicho que la coordinación no significa dirección o gestión, por moverse en una dimensión formal, no material y en un plano horizontal, no vertical.

como es la fijación de normas básicas (artículos 25 y 27), o la “coordinación general” (artículo 65), lo que es criticable desde la óptica de técnica legislativa por la confusión que generan tales antinomias. ¿Hemos de entender que las capacidades decisorias reconocidas en estos artículos son excepciones a la determinación general de que el valor de los acuerdos no pasa de mera recomendación?²⁵ En fin, definir de una forma tan pobre y confusa el valor y alcance de los acuerdos del Consejo resulta decepcionante.

En coherencia con una hipotética atribución del ejercicio real de las funciones de “coordinación general sanitaria”, los acuerdos del Consejo deberían adoptarse por mayoría cualificada mediante un sistema de voto ponderado según criterios objetivos aceptados por todos, para finalmente vincular a todas las Administraciones sanitarias y a la Administración General del Estado en el ejercicio de sus competencias normativas. La coordinación general sanitaria sería el fruto de la voluntad común de todas las Administraciones sanitarias responsables - formalmente, voluntad mayoritaria-. En definitiva, estaríamos ante la autocoordinación. Seguiría después la cuestión de la formalización de los acuerdos adoptados en este ámbito²⁶.

Esa autocoordinación es precisamente lo que se establece en el artículo 65 de la Ley respecto a la declaración de actuaciones coordinadas en salud pública. Dispone este precepto legal que la declaración de actuación coordinada corresponderá al Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial, y que la declaración obligará a todas las partes incluidas en la misma. Así pues, parece que la decisión de actuación coordinada verdaderamente la toma el Consejo Interterritorial, correspondiendo al Ministerio únicamente formalizarla, y que esa decisión del Consejo vincula y obliga a todas las Comunidades Autónomas afectadas por la declaración.

²⁵ Posiblemente no porque el inciso final del artículo 71.1 se ocupa de dejar claro que las funciones enumeradas en el apartado 1 se ejercerán sin menoscabo de las competencias legislativas de las Cortes Generales y normativas de la Administración General del Estado, es decir, que la “recomendación” del Consejo, por ejemplo, sobre garantías mínimas de seguridad y calidad no vincularía a la Administración General del Estado a los efectos de su plasmación en el correspondiente Real Decreto de carácter básico.

²⁶ En efecto, problema distinto de no fácil solución jurídico-constitucional, es la formalización de los concretos acuerdos del Consejo que impliquen el ejercicio de la función de coordinación general sanitaria en cuanto competencia estatal. Según la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en su Sentencia 32/1983, la competencia de coordinación frecuentemente se une a la de dictar las bases. En estos casos, el acuerdo deberá formalizarse por el Estado en norma de rango adecuado. Otras acciones de coordinación han de plasmarse en Planes, Convenios, etc. y en estos casos será el propio Plan o Convenio el que ha de ser cumplido o ejecutado por las Comunidades Autónomas. En fin, se trata de que el Consejo cree instrumentos y técnicas operativos para la coordinación a la par que ponga en marcha los ya diseñados en la legislación sanitaria.

Son también los supuestos ya comentados de los artículos 25 y 27, si bien en ellos no se trata de acciones de “coordinación general” sino de fijación de normativa básica a efectos de definir un contenido cualitativo mínimo de las prestaciones y servicios sanitarios.

Cuando las decisiones del Consejo Interterritorial se enmarquen en el ámbito de las competencias propias de las Comunidades Autónomas, se adoptarían por consenso general o, de no ser así, vincularían exclusivamente a las Comunidades Autónomas firmantes.

La cuestión es que el legislador, en el capítulo de la Ley dedicado al Consejo Interterritorial, no ha querido o no se ha atrevido a dar el importante paso de atribuir al Consejo Interterritorial el real y efectivo ejercicio de las funciones de “coordinación general sanitaria” y de fijación de normativa básica, y a los acuerdos adoptados en ejercicio de estas competencias alcance vinculante. Sí lo hace, sin embargo, en otros capítulos de la Ley. Espero que en un futuro más o menos inmediato se presenten ocasiones propicias para continuar el camino iniciado clarificando este confuso estatus del Consejo Interterritorial.

VIII. LA COOPERACIÓN ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS SANITARIAS.

Con apoyo en el artículo 145.2 de la Constitución, todos los Estatutos de Autonomía contemplan y regulan la posibilidad de que la respectiva Comunidad Autónoma formalice convenios de cooperación con otra u otras Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios correspondientes a materias de sus competencias. El objeto de estos convenios es precisamente la vertebración del necesario principio de cooperación que sustenta el Estado Autonómico. Empero, la excesiva rigidez y formalismo de estos Convenios (control por el Senado y Parlamentos autonómicos) ha sido hasta ahora un freno para el efectivo ejercicio por esta vía de acciones cooperativas.

A su vez, el Título primero de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dedicado a las Administraciones públicas y sus relaciones, así pues, a fijar criterios organizativos básicos, asienta dichas relaciones interadministrativas en los principios de solidaridad, coordinación y cooperación, en la medida en que, ciertamente, dichos principios han de dar coherencia al Estado autonómico. Cita también el principio de lealtad institucional como criterio rector que facilite la colaboración y cooperación entre las diferentes Administraciones públicas implicadas. Sin embargo, dicho título se centra exclusivamente en desarrollar técnicas de cooperación

verticales, es decir, entre la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales. Nada expreso de las horizontales.

Descendiendo ya a la materia sanidad, las leyes autonómicas de salud y ordenación sanitaria apenas han incorporado declaraciones y previsiones normativas tendentes a potenciar e impulsar todo lo relativo a la necesaria coordinación y cooperación horizontal entre las Administraciones públicas sanitarias²⁷.

Pues bien, afortunadamente, la Ley de Cohesión y Calidad ha cubierto en parte esta laguna y, aunque parcialmente, ha regulado en algunos preceptos cuestiones relativas a la cooperación. Concretamente, en el artículo 2 declara como principio informante de la Ley la cooperación de las Administraciones públicas sanitarias para la superación de las desigualdades en salud, y en los artículos 66 y 72 regula actuaciones de cooperación que hace descansar en el Consejo Interterritorial.

Y en efecto, dado el actual contexto de descentralización política y territorial del sistema sanitario, el Consejo Interterritorial debe asumir necesariamente un papel clave e imprescindible respecto a la forzosa cooperación entre las Comunidades Autónomas y de estas con la Administración del Estado, propiciando en su seno fórmulas cooperativas que instrumenten planes y actuaciones unitarias tanto en el ámbito de la salud pública como en el de la asistencia sanitaria. Pues bien, en materia de salud pública, el artículo 66 dispone que el Estado y las Comunidades Autónomas, a través del Consejo Interterritorial, establecerán un plan de cooperación de actuaciones en la materia, y el artículo 72 dispone que las Administraciones sanitarias, a través, del Consejo Interterritorial, podrán establecer acuerdos de cooperación para llevar a cabo actuaciones sanitarias conjuntas en materia de protección de la salud, atención sanitaria, farmacia y productos sanitarios, recursos humanos y relaciones internacionales, entre otras. Se formalizarán mediante Convenios del Consejo Interterritorial. Nótese que estos convenios pueden formalizarse sólo entre Comunidades Autónomas, no siendo precisa, pues, la participación de la Administración central. Por tanto, preciso es resaltar la generosa y novedosa posición del legislador al respecto²⁸.

²⁷ En lo que a mi me consta, únicamente la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, con la rúbrica de cooperación en materia de salud pública, dispone su artículo 57 que “*Se potenciará la cooperación interinstitucional y se garantizará la integración efectiva de los programas de salud pública en los referentes de la Unión Europea. Asimismo se promoverán medidas de colaboración y transmisión de información entre los profesionales de la salud pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, a fin de garantizar la utilización de datos comparables y el desarrollo de actuaciones conjuntas.*”

²⁸ Es más, en este punto puede decirse que distancia al Consejo Interterritorial de las Conferencias Sectoriales pues los “Convenios de Confe-

Con independencia de estos dos artículos, el impulso de la cooperación entre las Administraciones sanitarias está subyacente en toda la Ley y, como dice su preámbulo, para que la cooperación sea factible, la Ley diseña una serie de instrumentos para tomar aquellas decisiones que corresponde asumir conjuntamente al Estado y a las Comunidades Autónomas, citando a continuación dichos instrumentos, que son precisamente la Agencias y demás organismos que crea. Pero resulta que aunque dice que la actuación ha de ser asumida conjuntamente y que tales entidades se abren a la participación de las Comunidades Autónomas, lo cierto es que la Ley peca de un centralismo exacerbado al adscribir e integrar todas esas entidades (Agencias, Institutos, Observatorio) al Ministerio de Sanidad y Consumo.

IX. LA ALTA INSPECCIÓN.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 32/1983, ya fijó el alcance de la competencia estatal de la Alta Inspección, doctrina que conviene recordar ahora: “ *La Alta Inspección recae sobre la correcta interpretación de las normas estatales, así como de las que emanan de las asambleas comunitarias, en su indispensable interrelación.... Así entendida, la alta inspección constituye una competencia estatal de vigilancia, pero no un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto a la Administración del Estado, sino un instrumento de verificación o fiscalización que puede llevar en su caso a instar la actuación de los controles constitucionalmente establecidos en relación con las CCAA, pero no a sustituirlos, convirtiendo a dicha alta inspección en un nuevo y autónomo mecanismo directo de control.*”²⁹

Interpretando esta doctrina, acertadamente ha precisado MUÑOZ MACHADO³⁰ que la Alta Inspección no es una inspección sanitaria reduplicativa que tienda a comprobar si los particulares o los establecimientos cumplen la legislación sanitaria. No es un control de las actividades trascendentes para la salud, actuación inspectora que la ejercerán normalmente los órganos autonómicos competentes. La Alta Inspección sólo abarca la comprobación de que la legislación estatal se ejecute efectivamente por las Comunidades Autónomas, y para esta función no le hace falta un aparato de inspección montado “ad hoc”.

rencia Sectorial” previstos en el artículo 5.5 LRJPAC necesariamente han de formalizarse entre la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas que los firman. No estamos, pues, ante un Convenio de los regulados en ese artículo 5.5.

²⁹ Esta interpretación del Tribunal Constitucional trae causa del Real Decreto 2824/1981, de 27 de noviembre, que reguló la Alta Inspección del Estado.

³⁰ “La formación y crisis de los servicios sanitarios”. Alianza Editorial, 1995, pág. 114.

Pues bien, conforme al marco fijado por el Tribunal Constitucional, la Ley General de Sanidad, en el ahora derogado artículo 43, reguló acertada y suficientemente la Alta Inspección. No obstante, aprovechando esta Ley el Gobierno central pretendió incrementar las competencias de la Alta Inspección y así lo plasmó en el proyecto aprobado y remitido a las Cortes Generales. Afortunadamente, no prosperó esa pretendida redefinición de la Alta Inspección. Sin embargo, resulta -y esto es lo paradójico- que el artículo 76 de la Ley de Cohesión y Calidad, que define las funciones y actividades de la Alta Inspección, es finalmente copia literal, exacta y completa del artículo 43 de la Ley General de Sanidad. En resumen, un largo, tortuoso e innecesario camino para llegar al mismo sitio de partida. Desde luego, en técnica legislativa hubiera sido mejor suprimir el artículo 76 y³¹ mantener la vigencia del 43 de la Ley General de Sanidad.

El artículo 77 como novedad prevé la elaboración por el Ministerio de un plan de inspección sanitaria. Cabe imputar a este precepto que no da participación activa al Consejo Interterritorial en la elaboración del plan; únicamente dispone que lo conocerá.

El artículo 79 diseña actividades de coordinación y cooperación de la Alta Inspección con los servicios de inspección de las Comunidades Autónomas. Que existan mecanismos de cooperación entre las inspecciones autonómicas y de estas con la Alta Inspección es bueno, pero con la aplicación de este artículo también se corre el peligro de que la Alta Inspección intervenga en las actividades propias de la inspección sanitaria ordinaria, lo que ha de evitarse pues tal intervención sería constitucionalmente inadmisibles ya que la inspección ordinaria es una función de ejecución y, por tanto, de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.

En fin, obligado es afirmar que el capítulo XI de la Ley de Cohesión y Calidad, dedicado a la Alta Inspección, es innecesario por redundante y perturbador del régimen de la Alta Inspección suficientemente diseñado en la Ley General de Sanidad.

X. LA INTEGRACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS.

Uno de los pilares o principios organizativos básicos de la Ley General de Sanidad fue la integración de todos los servicios sanitarios, en primer lugar en el ámbito de cada Comunidad Autónoma y, en segundo lugar, a escala nacional en el Sistema Nacional de Salud.

³¹ Al parecer, al legislador se le olvidó modificar las referencias que en el preámbulo de la Ley se hacían al tema de la Alta Inspección, referencias acomodadas al contenido del proyecto, de manera que finalmente existe una clara antinomia entre lo dicho en el preámbulo y la parte dispositiva.

En cumplimiento de este mandato legal, las Administraciones responsables iniciaron inmediatamente el proceso de integración en los nuevos Servicios de Salud autonómicos de los servicios sanitarios existentes en cada territorio dependientes de distintas entidades, pero es lo cierto que tal proceso está siendo lento y no exento de dificultades, aunque no lo es menos que con la transferencia de los servicios sanitarios del INSALUD a todas las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE y su integración en los respectivos Servicios de Salud, este proceso está próximo a culminarse. Para completarlo falta la integración de dos importantes grupos de centros y servicios sanitarios: a) los dependientes de las Instituciones Penitenciarias; b) los dependientes de las mutualidades, entidades colaboradoras y mutuas con responsabilidades de cobertura de asistencia sanitaria pública (accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, colectivos de funcionarios, etc.).

Pues bien, la Ley de Cohesión y Calidad resuelve esta importante cuestión parcialmente, lo que resulta decepcionante.

De un lado, dispone la transferencia a las Comunidades Autónomas de los servicios sanitarios de las Instituciones Penitenciarias para su plena integración en los correspondientes servicios autonómicos de salud. Esta transferencia ha de realizarse en un plazo máximo de 18 meses.

Pero, de otro, opta por mantener desintegradas de los respectivos Servicios de Salud autonómicos a las entidades colaboradoras y mutuas con responsabilidades de cobertura de asistencia sanitaria pública. No encuentro justificación alguna a que perviva esta situación por cuanto es generadora de innecesarias disfuncionalidades. Es cierto que la legislación de la Seguridad Social reconoce a las prestaciones sanitarias por accidente de trabajo y enfermedad profesional naturaleza contributiva, y en virtud del artículo 77 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, existen empresas (Mutualidades de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) que gestionan directamente la prestación de asistencia sanitaria a sus trabajadores, pero incluso aceptado que las prestaciones sanitarias por quebranto de la salud en el ámbito laboral tengan naturaleza contributiva y el empresario pague la asistencia prestada, lo que es adecuado para estimular el celo de las empresas en la prevención de riesgos laborales, ello no es óbice legal para que la concreta prestación sanitario-asistencial sea en estos casos responsabilidad de los Servicios de Salud autonómicos y éstos la cobren al empresario correspondiente³². También opta por mantener

³² El Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados presentó en 1999 una proposición de Ley sobre "Integración de la asistencia sanitaria gestionada por las empresas colaboradoras en el Sistema Nacional de Salud" (BOCG, VI legislatura, B, 295, de 12 abril

la regulación específica en el marco de regímenes especiales de la Seguridad Social de tres colectivos de funcionarios -funcionarios civiles del Estado, personal de las Fuerzas Armadas y personal de la Administración de Justicia- cuya asistencia sanitaria se enmarca en planteamientos de carácter mutualista y profesionalizado y, por tanto, de carácter contributivo, lo que ciertamente resulta contradictorio con el planteamiento de la propia Ley de Cohesión y Calidad de sancionar definitivamente una asistencia sanitaria³³ universal y pública con cargo a presupuestos generales.

XI. LA RECREACIÓN DEL MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO.

Señala la Ley de Cohesión y Calidad en su preámbulo que para facilitar la cooperación y coordinación interadministrativa diseña una serie de instrumentos -órganos- en cuya sede se adopten las decisiones que corresponde asumir conjuntamente al Estado y a las Comunidades Autónomas. Y, en efecto, se crean o redefinen en la Ley los siguientes organismos: Agencia de Evaluación de Tecnologías; Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios; Comisión de Recursos Humanos; Comisión Asesora de Investigación en Salud; Instituto de Salud Carlos III; Instituto de Información Sanitaria; Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud; Observatorio del Sistema Nacional de Salud. Sin embargo, lo paradójico es que todos estos entes se configuran como órganos integrados jerárquicamente en la estructura del Ministerio de Sanidad y Consumo, hasta el punto de que el Real Decreto 1087/2003, de 29 de agosto, de estructuración del Ministerio de Sanidad y Consumo conforma a algunos de ellos como Direcciones Generales.

Es evidente, pues, que a los redactores de la Ley les ha movido un, a mi juicio, perverso por injustificado deseo de asegurar la continuidad y pervivencia del Ministerio de Sanidad y Consumo, cuando menos con una estructura y capacidad de gestión similar a la que ha venido desempeñando, mediante la técnica de atribuirle funciones ejecutivas que es dudoso le corresponda desempeñar. Entiendo que la mayoría de estos órganos con sus funciones deberían estar adscritos al Consejo Interterritorial de Salud. Empero, ha prevalecido un difícilmente explicable y justificable interés en dar al Ministerio de Sanidad y

1999) con la intención de suprimir esta posibilidad por cuanto resultaba anacrónica y disfuncional. No prosperó. Por contra, parece que es intención del Gobierno central potenciarlas, pues actualmente está confrontando con los agentes sociales un proyecto de Real Decreto atribuyendo a las Mutuas las mismas facultades que el INSS en la gestión de la incapacidad temporal, pudiendo proponer el alta médica a efectos económicos.

³³ Un extenso y detallado estudio de estas empresas colaboradoras y colectivos de funcionarios en J.PEMAN GAVIN, Op. Cit. pág. 81 a 92.

Consumo unos contenidos de gestión y ejecución muy poco compatibles con nuestro sistema sanitario plenamente descentralizado política y territorialmente.

Quizás, esta forzada opción del legislador estatal por mantener un centralismo exacerbado en todo lo posible, que también se evidencia en la deficiente reestructuración del Consejo Interterritorial de Salud, sea el aspecto más criticable de la Ley.

XII. VALORACIÓN GLOBAL.

No es fácil valorar qué virtualidad y eficacia tendrá esta Ley. Sin duda, definir el catálogo de prestaciones sanitarias en norma con rango de ley era imprescindible. Además, los criterios de listado positivo seguidos para su regulación han sido acertados. Esta normación ha de completarse dictándose los reglamentos básicos de desarrollo en el tema de las garantías, pero en todo caso ya ha quedado convenientemente plasmado en norma legal el contenido primario y común del derecho a la protección de la salud. En lo que hace a este ámbito sustantivo, el objeto de la Ley, en lo esencial, creo que se ha cumplido. En cuanto a lo organizativo, no puedo aventurar que su aplicación hará realidad el objetivo pretendido, esto es, la cohesión y calidad de nuestro sistema sanitario altamente descentralizado política y territorialmente. En la regulación que hace de lo organizativo, no cabe duda de que topamos en la Ley con claroscuros generadores de incertidumbres. Uno de los puntos oscuros de la Ley es que no culmina definitivamente los procesos de universalización, de integración de los servicios sanitarios y de reforma y adaptación del Consejo Interterritorial.

Son elementos positivos de esta Ley los siguientes:

En lo político, el amplio consenso alcanzado por todos los partidos y grupos del arco parlamentario respecto a su contenido, lo que, sin duda, facilitará su general aplicación.

En el orden jurídico-constitucional, que es respetuosa con el reparto de competencias establecido en la Constitu-

ción y en los Estatutos de Autonomía, no interfiriendo en este reparto, si bien la técnica legislativa utilizada en este ámbito ciertamente no es correcta.

En lo técnico, que no arrincona a la Ley General de Sanidad sino que la complementa incorporando principios, mecanismos y entes instrumentales aptos, de entrada, para mejorar y optimizar el funcionamiento y la calidad del Sistema Nacional de Salud, si bien la puesta en práctica de todas estas herramientas pasa por la implementación de enormes dosis de trabajo colectivo en el que primen los principios de solidaridad, cooperación y lealtad institucional entre las Administraciones públicas sanitarias implicadas.

De todos modos, obligado es resaltar que se trata de un texto legal pobre pues se limita a incorporar una serie de principios programáticos y de buenas y valiosas intenciones, pero seguidamente no incorpora y regula convenientemente los mecanismos e instrumentos jurídicos que permitan garantizar y asegurar la efectividad de esos principios por lo que su virtualidad como norma jurídica posiblemente sea bastante escasa. También ha de destacarse la obsesiva intencionalidad de sus redactores de asegurar la pervivencia del Ministerio de Sanidad y Consumo con una estructura orgánica y unas funciones ejecutivas no menores a las que hasta ahora tenía y desempeñaba, lo que no se compadece nada bien con el nuevo escenario de una sanidad plenamente descentralizada política y territorialmente.

En cualquier caso, la Ley General de Sanidad y esta Ley conforman actualmente el cuerpo normativo básico en que ha de descansar nuestro entero sistema sanitario. Cuerpo normativo que por causa de las deficiencias atribuibles a la Ley de Cohesión y Calidad está ya necesitado de retoques y perfeccionamiento; necesidad que, sin duda, la experiencia y el conocimiento derivados de su aplicación evidenciarán. Confío en que el legislador esté atento a estas necesidades y diligentemente introduzca las mejoras necesarias.

