

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL VERSUS SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Joaquín Tornos Más
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona
Abogado. LANDWELL

INDICE:

I.- EL ORIGEN DE LA CUESTIÓN. LA EVOLUCIÓN DE LA GESTIÓN SANITARIA EN ESPAÑA Y EL MODELO CONSTITUCIONAL DE ASIGNACIÓN DE COMPETENCIAS.

1. Antecedentes. Marco general de referencia. Exposición sintética.
2. El modelo de distribución competencial.

II.- EL MODELO CONSTITUCIONAL COMO UN MODELO ABIERTO. LA DECISIÓN DE LA LEY GENERAL DE SANIDAD A FAVOR DE UN SISTEMA INTEGRADO Y UNIVERSAL.

III.- LA SITUACIÓN ACTUAL. NUEVOS ELEMENTOS QUE IMPONEN QUE SE SEPARA DE FORMA NÍTIDA LA MATERIA SANIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

IV.- EL NUEVO MODELO. CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL TRASPASO DE LA ASISTENCIA SANITARIA A TODAS LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

1. Legislación en materia de Seguridad Social.
2. La desaparición del INSALUD. Consecuencias.
 - a. El patrimonio.
 - b. El personal.
 - c. Participación.
 - d. El proceso legislativo autonómico.

V.- DESCENTRALIZACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA Y EQUIDAD EN EL ACCESO Y PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS.

1. La legislación básica.
2. La alta inspección.
3. La coordinación. El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. La Organización Nacional de Trasplantes. La Red de Vigilancia Epidemiológica. La Agencia de Seguridad Alimentaria.
4. La colaboración.

VI.- CONCLUSIONES.

I.- EL ORIGEN DE LA CUESTIÓN. LA EVOLUCIÓN DE LA GESTIÓN SANITARIA EN ESPAÑA Y EL MODELO CONSTITUCIONAL DE ASIGNACIÓN DE COMPETENCIAS.

La culminación del proceso de transferencias de los servicios sanitarios a las Comunidades Autónomas, proceso que parece inminente, abre una serie de cuestiones singulares que tienen su origen en el sistema español de regulación de los servicios sanitarios y en el modelo constitucional de distribución de competencias en este ámbito material. En estos antecedentes se encuentran las razones del debate actual sobre la conveniencia o no de desvincular de forma definitiva la asistencia sanitaria de la seguridad social, y las repercusiones que ello tiene sobre el propio proceso de traspaso de servicios. Los antecedentes y el modelo de distribución competencial en materia sanitaria son el necesario punto de partida para plantear la cuestión objeto de nuestra reflexión, la evolución desde el modelo de Seguridad Social al modelo de Sistema Nacional de Salud. Veamos este doble condicionante del debate que hoy tenemos planteado.

1.- Antecedentes. Marco general de referencia. Exposición sintética.

1.1. -Evolución legislativa.

Ley 1942. Creación del Seguro Obligatorio de Enfermedad.

- Gestión a través del Instituto Nacional de Previsión.
- Recurso al Concierto.

-Ley 1944 de Bases de la Sanidad Nacional.

- El Estado asume la atención sanitaria.
- La Administración local recibe la higiene públi-

ca, prevención, asistencia a población sin recursos.

-Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963.

- Base mutualista.
- Orientación reparadora.
- Cobertura no universal.
- Financiación por cuotas.

* Se inicia el despegue de la cobertura sanitaria.

1954	5,912.00.....	22%
1962	15,405.000.....	49,4%

* Se inicia la creación de una red de hospitales públicos con vocación de cobertura plena.

* Se crea un régimen especial de personal. El personal "estatutario".

-1977. Se crea el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social.

-1978. Se suprime el INP y se crean tres entidades gestoras. INSALUD, INSS, INSERSO.

- Se crea como servicio común la Tesorería General de la Seguridad Social.
- Centraliza el Patrimonio y la gestión del régimen económico.
- Solidaridad y principio de Caja única.

- La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986.

- De la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud. Artículo 44.
- Se establecen cautelas temporales, así en la disposición adicional sexta o en la disposición transitoria tercera.
- Principio de universalidad. Arts. 1 y 3, a partir art. 43 CE.

- Generalización de la cobertura.

Cobertura 1982 ...	32,170.000	84,5%.
1995 .sin cobertura	152.000	
	con cobertura	98,5%

- Traspaso de los servicios de asistencia sanitaria a siete Comunidades Autónomas. Los bienes materiales y personales del INSALUD se han transferido a:

- País Vasco, RD 6 noviembre de 1987.
- Cataluña, RD 8 de julio de 1981.

- Galicia, RD 28 de diciembre de 1990.

- Andalucía, RD 22 de febrero de 1984.

- Navarra, RD 28 de diciembre de 1990.

- Canarias, RD 11 de marzo de 1994.

- Valencia, RD 27 de noviembre de 1987.

- Financiación a cargo del Presupuesto del Estado 1995, 91,8%.

- Pactos de Toledo. Financiación completa por Presupuestos Generales se prevé para el año 2000.

- Ley 49/1998 de 30 de diciembre de Presupuestos generales del Estado para 1999 adelanta la previsión en un año. En su Exposición de motivos se dice que " el capítulo III, relativo a la Seguridad Social, introduce una novedad de importancia al preverse la asunción por el Estado de la totalidad de la financiación de la asistencia sanitaria, a través del Presupuesto del Instituto Nacional de Salud, suprimiéndose la referencia a la aportación procedente de cotizaciones sociales. Con ello se produce una desvinculación de la Seguridad Social en el plano financiero y supone un avance importante en el proceso de financiación".

Razones:

- La prestación sanitaria como un derecho no contributivo y el gasto sanitario como un gasto que debe tener efectos redistributivos, a diferencia de las pensiones.

- Concepción integral de la salud. Prevención, promoción y asistencia como un todo unitario.

- Problemática específica del sistema de financiación.

- Crecimiento incontrolado gasto sanitario. Período 1986-1992, la tasa anual de incremento de precios fue del 5,7 % y el incremento de utilización de servicios fue del 9,2 %.

- El incremento mayor de gasto se produjo en gastos de personal y gasto farmacéutico.

- Desviaciones presupuestarias crecientes y repetidas. Desde 1982 cuatro operaciones de saneamiento.

- Déficit crónico en las Comunidades Autónomas que asumen gestión de la sanidad. Reciben la transferencia del Estado calculada como un porcentaje del presupuesto del INSALUD del último ejercicio liquidado en función de la respectiva po-

blación.

- Disfunción del sistema:
- Se parte del presupuesto de un ente cada vez más residual.
- La población no es criterio suficiente.
- La Comunidad Autónoma no conoce con tiempo sus ingresos y los recibe tarde.
- No se contempla el coste de los enfermos desplazados.

2. El modelo de distribución competencial.

La Constitución española de 1978 se refiere de forma separada a las materias de Seguridad Social y Sanidad. Por un lado, en el Título I, el artículo 41 establece que “ los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”. Por su parte, el artículo 43 dispone que “ se reconoce el derecho a la salud. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”.

Dentro ya del Título dedicado a la organización territorial, el artículo 148,1-21 reconoció que las Comunidades Autónomas podrían asumir competencias en materia de sanidad e higiene. Por su parte, el artículo 149,1 estableció como competencia exclusiva del Estado la materia de “ sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos” (apartado 16) y “ legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas” (apartado 17).

A partir de lo dispuesto en estos preceptos se aceptó la diferenciación entre la materia propia de salud pública, asumible por todas las Comunidades Autónomas, y la competencia en materia de asistencia sanitaria, que en la medida en que se entendía formaba parte de la Seguridad Social, sólo podía ser asumida por las Comunidades Autónomas del primer nivel que en sus Estatutos hubieran hecho referencia a la ejecución de los servicios propios de la Seguridad Social.

Como consecuencia de esta distinción los traspasos de servicios propios de la asistencia sanitaria dependientes del INSALUD se limitaron a las siete Comunidades Autónomas antes mencionadas, y se llevaron a cabo

como materia propia del artículo 149,1-17 CE. Así, en el RD 1517/1981 de 8 de julio , por el que se traspasan a la Generalidad de Cataluña los servicios propios de la asistencia sanitaria se afirma que se trata del traspaso de los servicios de la Seguridad Social correspondientes a los Institutos Nacionales de la Salud y de Servicios Sociales , citando como título competencial de la Generalidad de Cataluña el artículo 17 de su Estatuto, relativo a la materia Seguridad Social, y no la materia Sanidad¹.

Las restantes Comunidades Autónomas no reciben los traspasos relativos a los servicios de asistencia sanitaria al no haber asumido la competencia en materia de ejecución de los servicios de Seguridad Social, lo que no se modifica hasta las reformas estatutarias que culminan en el año 1999.

En definitiva, puede reconocerse que dentro del concepto material de sanidad se establece una distinción entre salud pública y asistencia sanitaria. Distinción que responde a la evolución de la intervención pública en materia de sanidad en nuestro país.

II.- EL MODELO CONSTITUCIONAL COMO UN MODELO ABIERTO. LA DECISIÓN DE LA LEY GENERAL DE SANIDAD A FAVOR DE UN SISTEMA INTEGRADO Y UNIVERSAL.

Las referencias contenidas en la Constitución a las materias de sanidad y seguridad social no imponían, sin embargo, una obligada inclusión de la asistencia sanitaria dentro de la materia propia de la Seguridad Social. Esta conclusión, como ya hemos apuntado, se debía a los orígenes históricos del tratamiento de esta cuestión en nuestro país, y a la primaria identificación entre asistencia sanitaria y prestación propia de la seguridad social.

Ahora bien, como ya apuntó desde un primer momento MUÑOZ MACHADO², del texto constitucional no deriva la imposición de un modelo concreto sobre la

¹ En el último de los Reales Decretos de traspasos, el 446/1994 de 11 de marzo, relativo a la Comunidad Autónoma de Canarias, ya en vigor la Ley General de Sanidad, se observan matices significativos. Se cita como título competencial el artículo 149,1-16 CE, junto al 149,1-17, y se hace referencia a los preceptos de la LGS que crean el Sistema Nacional de Salud y dan carácter transitorio a la pervivencia del INSALUD.

² MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, Civitas, Madrid 1982, y “ La organización de los sistemas de salud (la integración, la reforma y la crisis de los sistemas sanitarios públicos), Primer Congreso de Derecho y Salud, Barcelona 1992 y La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos, Alianza ed. Madrid 1995, pág. 91 y ss.

prestación de los servicios de atención sanitaria. De acuerdo con el citado autor, podía darse tres alternativas:

a. la Seguridad Social se concreta en prestaciones estrictamente económicas y el sistema sanitario se organiza separadamente; b. mantenimiento de un modelo de separación, de modo que las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social y los servicios de sanidad pública se mantienen asignados a Administraciones separadas, la estatal y las autonómicas, y c. la Seguridad Social engloba tanto las prestaciones económicas como las distintas medidas de protección de la salud.

Parece, pues, que de la Constitución no se desprende el contenido que deba poseer la Seguridad Social, siendo posibles diversos desarrollos (STC 206/1997 de 27 de noviembre).

La opción, sin embargo, la adoptó el legislador al aprobar la Ley General de Sanidad de 1986, al crear el Sistema Nacional de Salud, como sistema único y a la vez descentralizado, basado en el principio de servicio universal, y situando como eje de tal servicio la actividad prestacional de las Comunidades Autónomas.

Si la integración no se produjo de inmediato fue por la pervivencia de dos factores a los que ya hemos aludido. Por un lado, los servicios sanitarios se mantenían con un régimen de financiación diferenciado en el que la participación de las cotizaciones sociales jugaba aún un papel significativo. Por otro, porque las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE aún no habían asumido como competencia propia la gestión de los servicios propios de la Seguridad Social.

Estas razones llevaron al legislador de 1986 a definir un modelo de futuro, posponiendo su plena implantación en base a una serie de cautelas en forma de disposiciones adicionales o transitorias.

Así, el modelo de integración se impone en el artículo 45 “el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud”. Las cautelas se contienen en la disposición adicional sexta (“ los centros sanitarios de la Seguridad Social quedarán integrados en el Servicio de Salud sólo en los casos en que la Comunidad Autónoma haya asumido competencias en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con su Estatuto. En los restantes casos, la red sanitaria de la Seguridad Social se coordinará con el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma”) y en la transitoria

tercera (“el Instituto Nacional de la Salud continuará subsistiendo y ejerciendo las funciones que tiene atribuidas en tanto no se haya culminado el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia”).

Entendemos, pues, que el legislador ya optó en 1986 por unificar toda la materia sanitaria dentro de un solo título competencial, la sanidad, al crear el Sistema Nacional de Salud, integración que se haría efectiva en el interior de cada Comunidad Autónoma cuando asumiera la integridad de los servicios sanitarios. Esta integración se pospuso a la modificación del sistema de financiación y a la reforma de los Estatutos de Autonomía.

III.- LA SITUACIÓN ACTUAL. NUEVOS ELEMENTOS QUE IMPONEN QUE SE SEPARE DE FORMA NÍTIDA LA MATERIA SANIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La actual coincidencia de tres elementos diversos permite concluir que en este momento debe establecerse ya de forma nítida la separación entre la sanidad y la Seguridad Social, lo que implica que la asistencia sanitaria deje de formar parte de esta última materia y se integre en el concepto material de sanidad interior.

Estos tres elementos son, por una parte, la asunción por parte de todas las Comunidades Autónomas de la materia ejecución de servicios de la Seguridad Social³, por otro lado, la reforma del sistema de financiación de la sanidad introducido en 1999, desapareciendo la financiación por cotizaciones, y, por último, la finalización el 31 de diciembre del 2001 del actual modelo de financiación sanitaria, así como el general de financiación autonómica.

A nuestro juicio, estos tres datos imponen culminar la construcción del modelo que diseñó la LGS de 1986 y dar por concluido el sistema de Seguridad Social en relación a la asistencia sanitaria para construir el nuevo Sistema Nacional de Salud en toda su plenitud.

La financiación íntegra de los servicios sanitarios a

³ *Bien es verdad que en la consideración de este elemento hay una cierta contradicción. No por el hecho de asumir la ejecución de la Seguridad Social se debería entender que las Comunidades Autónomas pueden asumir la asistencia sanitaria, ya que esta submateria debería ser competencia de las Comunidades Autónomas en virtud del título sanidad interior. No obstante, la evolución de la asistencia sanitaria en nuestro país explica esta relación. La situación actual permite recurrir únicamente a lo previsto en el artículo 149,1-16 CE para ordenar desde la Constitución la distribución de competencias en materia de salud pública y asistencia sanitaria.*

través de los Presupuestos Generales del Estado cierra el ciclo iniciado en nuestro país con la creación del SOE, y deja sin sentido la integración de la asistencia sanitaria dentro de la Seguridad Social.

Cuestión diversa es la relativa al modelo de financiación de la sanidad una vez ya se ha optado por incluir totalmente esta materia dentro de los Presupuestos Generales y se prevé el traspaso de toda la asistencia sanitaria a las Comunidades Autónomas. Este es un debate ciertamente conexo, pero diverso, en el que no queremos entrar⁴.

Tan sólo nos referiremos a estos puntos de conexión de interés en la medida en que la opción por el modelo de Sistema Nacional de Salud, abandonando el modelo Seguridad Social, se ha criticado por el peligro que puede tener desde la perspectiva de la cohesión propia de la asistencia sanitaria y de la igualdad de trato a los ciudadanos. Es decir, se entiende que la financiación singularizada dentro del régimen de seguridad social permite garantizar una asignación de fondos más igualitaria, más garante de la equidad horizontal.

En esta línea se afirma que la asistencia sanitaria es un servicio público de protección universal y, por tanto, más propio de la materia Seguridad Social. Consecuentemente se añade que los servicios sanitarios son un instrumento específico de reducción de las desigualdades sociales, por lo que requieren una uniformidad de prestación que puede romperse si los servicios sanitarios son sustituidos por otros servicios en ejercicio de opciones presupuestarias.

Objeciones que no compartimos, en la medida en que creemos que la igualdad de trato puede alcanzarse a través de otras técnicas dentro de un modelo de Sistema Nacional de Salud desvinculado de la Seguridad Social. Pero además el nuevo modelo de financiación de la sanidad podrá establecer mecanismos propios que traten de garantizar la equidad en el acceso a los servicios sanitarios⁵.

⁴ Sobre este punto pueden consultarse los trabajos de ARGENTE, *El finançament dels serveis sanitaris de la Seguretat Social transferits, en "Fulls econòmics del sistema sanitari"*, nº 3, Departament de Sanitat i Seguretat Social, Barcelona 1999, y LÓPEZ CASANOVAS, *Financiación autonómica y gasto sanitario en España, Papeles de economía española nº 76, 1998; La financiación del sistema sanitario español y su incidencia en el gasto: perspectivas macroeconómica, territorial y funcional, XX Jornadas de economía de la salud; La financiación autonómica y la financiación de la sanidad: algunas claves, "Centre de recerca en economia i salut, CRES, UPF, Barcelona 1 de mayo de 2001.*

⁵ En este sentido, la nota de prensa incluida en la página WEB del Ministerio de Sanidad y Consumo de fecha 3 de octubre de 2001 lleva

En definitiva, entendemos que en el momento presente lo que procede es llevar a cabo el traspaso de los servicios de asistencia sanitaria a todas las Comunidades Autónomas y construir el nuevo modelo basado en los principios de integración y prestación universal. Para ello se debe trabajar a partir del título competencial sanidad, teniendo como parámetro constitucional lo establecido en el artículo 149,1-16⁶.

IV.- EL NUEVO MODELO. CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL TRASPASO DE LA ASISTENCIA SANITARIA A TODAS LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

Si nos situamos en la lógica perspectiva de un inminente traspaso de los servicios de asistencia sanitaria a todas las Comunidades Autónomas hay que analizar los problemas jurídicos que se derivarán de esta nueva situación.

1.- La legislación en materia de Seguridad Social.

El nuevo modelo de Sistema Nacional de Salud en el que se integra la asistencia sanitaria, hasta ahora en manos del INSALUD como institución gestora de la Seguridad Social, requiere adaptar la legislación de Seguridad Social a esta nueva realidad con el fin de precisar los respectivos ámbitos de actuación material.

En este sentido creemos que debería analizarse el vigente artículo 38 del Decreto legislativo de 1994, en la medida en que establece la acción protectora de la Seguridad Social, para darle un nuevo contenido. En concreto debería atenderse a su número primero, cuando establece que la acción protectora de la Seguridad Social comprenderá "a) la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo. b) la recuperación profesional,

por título "El nuevo modelo de financiación garantiza la equidad en el acceso a los servicios sanitarios", y recoge diversos argumentos en los que trata de fundarse la anterior afirmación.

⁶ En esta línea, en el trabajo de BARDAJI-VIÑAS, *Alcance jurídico del ejercicio de las competencias transferidas, publicado en el volumen coordinado por LÓPEZ CASANOVAS, Evaluación de las políticas de servicios sanitarios en el Estado de las Autonomías, Fundación BBK-IEA, Bilbao 2001, pág. 32, se afirma que " como ha puesto de relieve la doctrina los mandatos constitucionales permiten o incluso exigen que las prestaciones sanitarias se segreguen del contenido clásico del aseguramiento de la Seguridad Social, para integrarse o refundirse en el Sistema Nacional de Salud. Aparecerían así tres sistemas de acción social: el sistema de protección de la salud (servicios de carácter sanitario), el sistema de Seguridad Social (que atiende a situaciones de necesidad con prestaciones económicas) y un sistema de servicios sociales (que contemplaría prestaciones específicas para determinados grupos sociales)".*

cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan en el apartado anterior”.

La asistencia sanitaria en todo supuesto debería dejar de ser materia propia de la Seguridad Social. Resta, sin embargo, el problema de precisar qué ocurre con la salud laboral (artículo 21 de la LGS) y en concreto con la asistencia derivada de accidentes de trabajo y la posterior recuperación. En la medida en que la asistencia no se presta por las entidades gestoras sino por entidades colaboradoras (artículo 68 del DL de 1994), parece desvincularse de la materia común y de los traspasos de medios. El régimen de financiación de estos servicios a través de las aportaciones profesionales y la gestión mediante las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como el régimen propio de esta actividad (artículo 68 del DL de 1994) permiten entender que sigue siendo actividad propia de la Seguridad Social.

2.- La desaparición del INSALUD. Consecuencias.

La culminación de los traspasos pendientes en materia sanitaria supondrá la desaparición del INSALUD. Este organismo de derecho público que hoy presta la asistencia sanitaria en 10 Comunidades Autónomas y atiende a un 38’73 de la población dejará de existir, al procederse al traspaso de todos sus elementos personales y materiales a las Comunidades Autónomas.

La desaparición del INSALUD y la entrada en el nuevo régimen del Sistema Nacional de Salud debe tener unas consecuencias inmediatas sobre el tratamiento de diversos elementos propios de la asistencia sanitaria. El dato determinante es que ya no estamos dentro del ámbito de la Seguridad Social, cuya actividad se reconduce a las funciones de atención a situaciones de necesidad mediante prestaciones económicas.

Este nuevo planteamiento incide de modo directo en tres elementos:

a. El patrimonio.

La disposición adicional séptima de la LGS establece que “ los centros y establecimientos sanitarios que forman parte del patrimonio único de la Seguridad Social continuarán titulados a nombre de la Tesorería General, sin perjuicio de su adscripción funcional a las distintas Administraciones públicas”.

Esta vinculación del patrimonio afecto a la asistencia sanitaria al patrimonio único de la Seguridad Social respondía, sin duda, a la vinculación entre asistencia sanitaria y Seguridad Social. Así, cuando se efectuaron

los primeros traspasos de servicios en esta materia (tomamos como ejemplo el RD 1517/1981 de traspaso a la Generalidad de Cataluña de los servicios de la Seguridad Social correspondientes a los Institutos Nacionales de la Salud y de Servicios Sociales) se estableció en el apartado “C. Bienes, derechos y obligaciones de la Seguridad Social que se adscriben a la Generalidad de Cataluña”, que “4. La adscripción de los bienes patrimoniales de la Seguridad Social se entiende sin perjuicio de la unidad del patrimonio de ésta, distinto del Estado y afecto al cumplimiento de sus fines específicos, cuya titularidad corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social. En el plazo de seis meses se elaborará un convenio que determine el procedimiento excepcional mediante el cual la Generalidad de Cataluña, de acuerdo con la legislación básica del Estado, podrá destinar los bienes adscritos o que en el futuro se le adscriban a usos distintos de los actuales, siempre que los nuevos sean conformes con los fines propios de la Seguridad Social”.

Ya en vigor la LGS, en el RD 446/1994 de 11 de marzo , de traspaso de funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud a Canarias, el apartado F, relativo a bienes, derechos y obligaciones del Estado que se traspasan, mantiene una regulación similar. Así, se establece que “3. Se adscriben a la Comunidad Autónoma de Canarias los bienes patrimoniales afectados al Instituto Nacional de la Salud que se recogen en el inventario detallado de la relación adjunta nº 1. Esta adscripción se entiende sin perjuicio de la unidad del patrimonio de la Seguridad Social, distinto del Estado y afecto al cumplimiento de sus fines específicos, cuya titularidad corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social. Las nuevas adscripciones de bienes a la Comunidad Autónoma de Canarias, así como el cambio de destino de los ya adscritos y la retrocesión de los mismos, en su caso, a la Seguridad Social se ajustarán al procedimiento que por convenio se establezca, de acuerdo con la legislación básica del Estado”.

En el momento presente entendemos que puede replantearse el sentido de lo establecido en la disposición adicional séptima de la LGS, ya que ha desaparecido la vinculación de la asistencia sanitaria a la Seguridad Social. Los bienes en los que se presta el servicio de asistencia sanitaria forman parte de la materia sanidad. Si en su origen estos bienes formaban parte del patrimonio de la Seguridad Social era porque estaban destinados a una actividad propia de la Seguridad Social, cosa que ya no es así. Del mismo modo que la asistencia sanitaria no se financia ya con los fondos de la Seguridad Social, los bienes de ésta última que se destinan a la asistencia sani-

taria deberían pasar íntegramente a las Comunidades Autónomas. La idea de patrimonio único de la Seguridad Social se justifica si existe identidad entre bienes y actividad, es decir, debe garantizarse un patrimonio único para garantizar los servicios propios de la Seguridad Social, pero entendemos que esta vinculación desaparece cuando lo que era Seguridad Social deja de serlo.

En consecuencia debería darse nuevo contenido a la disposición adicional séptima de la LGS, lo que se traduciría en el contenido de los Reales Decretos de traspasos. Tanto en los nuevos como a través de la modificación de los ya realizados se debería disponer el traspaso íntegro de los bienes afectos a la prestación de los servicios de asistencia sanitaria, en igualdad de condiciones que en los supuestos de otros traspasos de bienes afectos a competencias autonómicas.

Estos bienes pasarían a ser propiedad de la Comunidad Autónoma y quedarían afectos al Servicio de Salud de la misma. Como dice la disposición adicional sexta de la LGS, los centros sanitarios de la Seguridad Social quedarán integrados en el Servicio de Salud en los casos en que la Comunidad Autónoma haya asumido competencias en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social. En definitiva, se trataría de hacer realidad el modelo que ya está configurado en la LGS, y que consiste en un Sistema Nacional de Salud que integra los Servicios de Salud de las diversas Comunidades Autónomas. Modelo al que se llega una vez las Comunidades Autónomas asuman las competencias de asistencia sanitaria. Una vez esto último es una realidad, no tiene sentido mantener el régimen patrimonial diferenciado.

b. El personal.

Por lo que hace referencia al régimen del personal la situación es de una notable complejidad. En el Sistema Nacional de Salud conviven distintos vínculos laborales, si bien la mayoría del personal se encuentra en una relación estatutaria. Este régimen estatutario tiene tres manifestaciones profesionales diferentes, para el personal facultativo, para el personal sanitario no facultativo y para el personal no sanitario. Estos tres regímenes, de 1966, 1973 y 1971 respectivamente, se aprobaron dentro del marco institucional de la Seguridad Social.

Por otra parte, según lo que establece el artículo 84 de la LGS, todo el personal sanitario debería estar comprendido en una norma básica estatal, el Estatuto Marco, pudiendo las Comunidades Autónomas desarrollar el contenido de la normativa básica estatal. Pero hasta el momento este nuevo marco no ha sido aprobado. Mientras tanto, en cambio, se han producido traspasos de per-

sonal a las Comunidades Autónomas, se han aprobado normas básicas sobre el régimen estatutario por parte del Estado, y se ha ido configurando una importante bolsa de personal interino, especialmente significativo en el llamado "territorio INSALUD".

La falta de este Estatuto Marco ha llevado a que la identificación de lo que sea o no básico resulte problemático. Si bien en materia de selección y provisión de plazas la ley 30/1999 identifica con precisión su carácter básico (como dice su exposición de motivos con el fin "de hacer compatible la modernización de la gestión- mediante una creciente autonomía de los servicios e instituciones sanitarias- con el mantenimiento de la unidad de régimen jurídico y la libertad de circulación de los profesionales en el Sistema Nacional de Salud- mediante el establecimiento de unas condiciones comunes de acceso y movilidad"), en las restantes cuestiones⁷ no existe una normativa básica claramente identificada .

En todo caso, lo que si debe quedar claro es que debe superarse esta situación de notable confusión mediante la aprobación de un nuevo Estatuto Marco en los términos de lo establecido en el artículo 84 de la LGS. Nuevo Estatuto que deberá reconocer la nueva situación existente tras la asunción de la asistencia sanitaria por las Comunidades Autónomas. Por tanto el nuevo Estatuto Marco debe dictarse exclusivamente al amparo de lo previsto en el artículo 149,1-18 de la CE, como norma básica en materia de la función pública, desligada de la institución Seguridad Social por lo que, por último, su lógica tramitación debe partir del MAP. Debe desaparecer, por tanto, el régimen de personal estatutario de la Seguridad Social, para crear el régimen de personal estatutario de la sanidad pública, integrado por la norma básica estatal y la normativa de desarrollo de las respectivas Comunidades Autónomas. Hasta tanto no se apruebe el Estatuto Marco la normativa básica será la contenida en las bases del régimen general de la función pública.

Junto a estas consideraciones generales en el momento actual se debe hacer mención de dos problemas concretos. Por un lado, el inminente proceso de traspaso de los servicios de atención sanitaria a las diez Comunidades Autónomas que aún no los tienen asumidos supone el traspaso de todo el personal del INSALUD. Este hecho ha puesto de manifiesto una realidad ya conocida, esto es,

⁷ Vid. Al respecto el trabajo de DESDENTADO BONETE-DESDENTADO DAROCA, *El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, pág. 69, en el libro colectivo *Personal estatutario de la Seguridad Social, Manuales de formación continuada del CGPJ*, nº 11, Madrid 2000.

la existencia de una inmensa bolsa de personal interino (según nota de prensa en la página WEB del Ministerio de Sanidad y Consumo de fecha 15 de octubre de 2001, un total de 37.225 personas que forman el colectivo de personal sanitario y no sanitario temporal, de ellos 5.000 facultativos especialistas).

Si bien esta realidad ya generaba problemas de gestión del personal dentro del “territorio INSALUD”, al tener que procederse al traspaso de este personal se ha querido dar una rápida solución al problema existente. Con este fin se tramita (al escribir ese trabajo) un proyecto de ley por el que se establece un proceso extraordinario de consolidación y provisión de plazas de personal estatutario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social en el ámbito del INSALUD. En la exposición de motivos del mismo se dice: “ en el marco general de la gestión de los recursos humanos antes descrito, el INSALUD se encuentra abocado a un próximo traspaso de sus competencias a aquéllas Comunidades Autónomas que se encuentran pendientes de recibirlos. Esto produce dos tipos de efectos con respecto a la temporalidad de su personal. De una parte significa la conveniencia, por razones de oportunidad, de intentar resolver este problema evitando que sea trasladado a cada Comunidad Autónoma receptora de las competencias sanitarias, haciendo así más compleja su resolución coordinada y coherente para todo el Sistema Nacional de Salud. De otra, estimula el deseo y as expectativas del personal temporal del INSALUD de adquirir la vinculación estatutaria fija antes de que se produzca dicho traspaso. Todo ello configura una situación excepcional no sólo en las causas del problema, sino en la manifestación de sus efectos y en el desarrollo de sus posibles soluciones”.

No queremos entrar en el análisis de este proyecto legal ni valorar la complejidad del procedimiento que pone en marcha, pero si queremos destacar su carácter singular como ley medida que crea un procedimiento excepcional de selección de personal que trata de convertir el personal interino del INSALUD en fijo antes de los traspasos de servicios. En caso de que el traspaso se lleve a cabo con anterioridad, se pretende que el proceso selectivo iniciado se culmine en las respectivas Comunidades Autónomas bajo la coordinación del Consejo Interterritorial de Salud. Esto es, se traspasará en este caso una categoría de personal que podrá calificarse como personal interino en proceso de conversión en fijo. Las transferencias deberán, por tanto, incluir las partidas económicas necesarias para culminar la consolidación de los interinos, sin olvidar conceptos como los trienios acumulados. Por último señalaremos que en la nota de

prensa antes citada, se señala que si bien está previsto que el proyecto de ley extienda sus efectos tan sólo en el ámbito del INSALUD, “la tramitación del proyecto de ley posibilita que se extienda al ámbito de aquellas Comunidades Autónomas con competencias sanitarias transferidas”.

Una vez cerrado este proceso extraordinario, se recuperará el régimen de la ley básica 30/1999.

Por otro lado, la futura regulación del personal sanitario no puede olvidar que las Directivas comunitarias son derecho interno y normativa de aplicación directa. En este sentido debe recordarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de octubre de 2000 que declaró aplicables al personal sanitario español las Directivas 89/391/CEE y 93/104/CE.

c. Participación.

El principio de participación de los ciudadanos en la actividad de los servicios sanitarios está muy presente en la LGS. Así, con carácter general en el artículo 10,1-10, pero también en otros preceptos en los que se contienen mandatos concretos, como en los artículos 53, 58 y 92.

Esta participación se ha articulado en parte sobre la base de la naturaleza propia de la Seguridad Social, dando un especial protagonismo a los representantes de empresarios y trabajadores. Al desaparecer el régimen de Seguridad Social y pasar al Sistema Nacional de Salud deberá también replantearse la articulación de la participación.

En este sentido coincidimos con lo dicho por BARDAJI-VIÑAS⁸. Para las citadas autoras hay que plantearse “la imprescindible modificación legal de la articulación de la participación comunitaria, en sentido amplio, heredera de un modelo contributivo propio del régimen de la Seguridad Social. La universalización de la asistencia, financiada exclusivamente por impuestos, exige una participación directa de los ciudadanos en el sistema, como de hecho se ha ido imponiendo en el desarrollo seguido por el INSALUD y las CCAA objeto de estudio. La representación de los empresarios y trabajadores debería ser también ajustada a este modelo, y perfeccionar o reconsiderar los modelos de representatividad territorial y sectorial sanitaria que siguen actualmente”.

d.- El proceso legislativo autonómico.

Una vez se proceda al traspaso de la asistencia sanitaria a las Comunidades Autónomas deberá procederse

⁸ *Op.cit*, pág. 48.

a regular el nuevo sistema de Servicios de Salud por parte de cada una de las Comunidades Autónomas.

El escenario final debe estar integrado por las leyes de ordenación sanitaria de las diferentes Comunidades Autónomas, leyes dictadas en el marco de la LGS. Como consecuencia se hará realidad la previsión del artículo 50 de la LGS según el cual “ en cada Comunidad Autónoma se constituirá un Servicio de Salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado como se establece en los artículos siguientes, bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma”.

V.- DESCENTRALIZACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA Y EQUIDAD EN EL ACCESO Y PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS.

El proceso de traspaso de la asistencia sanitaria a las Comunidades Autónomas y el consiguiente cambio del modelo de sistema de Seguridad Social a Sistema Nacional de Salud, así como el paralelo cambio del modelo de financiación de la sanidad pública, ha generado una cierta preocupación en relación a la posible pérdida de la equidad en la prestación de los servicios sanitarios.

Por lo que hace referencia al nuevo modelo de financiación podía pensarse que la integración de los fondos sanitarios en el conjunto de recursos atribuidos a las Comunidades Autónomas pudiera llevar a una reasignación interna de recursos en perjuicio de la asistencia sanitaria. No se garantizarían, por tanto, las prestaciones básicas o la calidad de su prestación podía resentirse en sentido negativo.

Frente a este argumento se configura la financiación de la asistencia sanitaria dentro del sistema general de financiación autonómica pero bajo el principio de afectación. Es decir, se establece la obligatoriedad de que las Comunidades Autónomas destinen a la gestión de la asistencia sanitaria que era la propia de la Seguridad Social un determinado volumen de recursos, de tal forma que esta financiación aparezca diferenciada y condicionada a la finalidad perseguida .

Por otro lado, entendemos que la garantía de la

⁹ La afirmación de que se opta por un sistema de carácter finalista en la financiación de la asistencia sanitaria la extraemos de las noticias que tenemos en este momento sobre la configuración del nuevo modelo de financiación, pero no podemos asegurar que esta sea la solución definitiva.

equidad está garantizada a través de otros mecanismos, sin que la sanidad pública difiera en este punto de otros servicios de prestación universal, como puede ser la educación.

1.- La legislación básica.

El Estado posee en materia de sanidad la competencia sobre “las bases y coordinación general de la sanidad” (Art. 149,1-16 CE). La Constitución atribuye al Estado dos importantes títulos funcionales, las bases y la coordinación, a través de los cuales podrá establecer los contenidos uniformes que garanticen la equidad en el sistema de prestaciones. El carácter universal y redistributivo del sistema sanitario nacional, garantizando una cobertura sanitaria suficiente e igual en lo básico queda, en principio, garantizada¹⁰. A través de la normativa básica, como ya tuvo ocasión de establecer el Tribunal Constitucional en sus sentencias 32/1983 y 42/1983, el Estado puede establecer el modelo sanitario, puede garantizar un sistema público y puede fijar el contenido mínimo e igual de las prestaciones. El artículo 40 de la LGS contiene un amplio listado de submaterias cuya regulación corresponde al Estado.

Si atendemos a la garantía de unas prestaciones básicas iguales en todo el territorio del Estado la misma se contiene en el RD 63/1995, norma de contenido básico que establece el catálogo de prestaciones.

Las Comunidades Autónomas pueden ampliar el catálogo de prestaciones, ya que la igualdad básica no supone uniformismo. Una vez se haga realidad el contenido de la norma básica en garantía de la igualdad, nada debe impedir que la opción política de las Comunidades Autónomas les lleve a decidir asignar parte de sus recursos a nuevas prestaciones o a mejorar la prestación de las reconocidas¹¹.

Tal vez en este punto la cuestión más delicada no sea la garantía de unas prestaciones iguales, sino el hecho de que su prestación se de en las mismas condiciones. Para ello deberá entrar en juego otro instrumento en ma-

¹⁰ Sobre esta cuestión son de interés las consideraciones que se contiene en el Informe 3/2000 del Consejo Económico y Social que lleva por título “Unidad de mercado y cohesión social”, Madrid 2000, pág 79 y ss.

¹¹ En relación con esta cuestión son de gran interés los datos que se aportan en el trabajo citado de BARDAJÍ-VIÑAS, op.cit. pág 83 y ss. En dicho trabajo se analiza el sistema de garantía de prestaciones y se pone de manifiesto como ya en el sistema actual las Comunidades Autónomas inciden sobre el mismo, ampliando el catálogo estatal de forma diferenciada. Sobre el sistema de prestaciones sanitarias en el sistema nacional de salud puede consultarse el trabajo de BELTRÁN AGUIRRE, Prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud: aspectos jurídicos, en Derecho y salud, vol. 2, 1994.

nos del Estado, la Alta inspección.

En todo caso, creo que debe reconocerse que en la situación actual de diversidad competencial las divergencias de sistemas prestacionales no son significativas¹², y en todo caso las diferencias se sitúan en incrementos de los niveles básicos. Nada hace pensar que la situación deba cambiar en el nuevo modelo de Sistema Nacional de Salud. En su caso, el Estado podrá acudir a los instrumentos de normativa básica y alta inspección para reconducir la situación.

2.- La Alta inspección.

La función de la Alta inspección fue delimitada por el Tribunal Constitucional en las sentencias ya citadas 32/1983 y 42/1983, y se concretó su alcance en el artículo 43 de la LGS.

Si bien hasta el presente su actividad ha sido inapreciable, puede pensarse que una vez se transfieran todas las competencias en materia de asistencia sanitaria a las Comunidades Autónomas su actividad se incrementa, con el fin esencial de garantizar la igualdad de las prestaciones básicas, tanto en su prestación como en su calidad. Cuestiones como el rechazo a la atención de desplazados, las diferencias en las condiciones de acceso a las prestaciones, o el establecimiento desigual de fórmulas de copago o tasas para determinados servicios, podrían ser objeto de atención por parte de la Alta inspección.

3. La coordinación. El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. La Organización Nacional de Trasplantes. La red de vigilancia epidemiológica. La Agencia de Seguridad Alimentaria.

La función de coordinación está reconocida como competencia del Estado en el artículo 149,1-16 de la CE. El alcance de esta función fue ya determinado en las Sentencias del Tribunal Constitucional antes citadas, 32/1983 y 42/1983. De acuerdo con el TC la coordinación comporta la “integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente el ejercicio de las competencias”. El artículo 73 de la LGS concretó la doctrina del Tribunal Constitucional estableciendo que “la coordinación general sanitaria se ejercerá por el Estado, fijando medios y sistemas de relación para facilitar la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las Administraciones Públicas Sanitarias en el ejercicio de

¹² LÓPEZ CASANOVAS, *La financiación autonómica y la financiación de la sanidad: algunas claves*, CRES-UPF, 1 de mayo de 2001, pág.5.

sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del Sistema Nacional de Salud”.

El instrumento organizativo fundamental para llevar a cabo esta tarea de coordinación es el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CI), creado en el artículo 47 de la LGS y al que la propia Ley¹³ asigna ya unas determinadas competencias .

La figura del Consejo Interterritorial merece alguna reflexión de carácter general así como algunas consideraciones sobre su papel en la nueva situación que se creará una vez se transfieran los servicios de asistencia sanitaria a todas las Comunidades Autónomas.

Desde la perspectiva general creo que debe ponerse de relieve que el Consejo Interterritorial no es una Conferencia Sectorial, un lugar de encuentro entre Gobierno central y Comunidades Autónomas para tratar de articular fórmulas de colaboración. El CI es un órgano de la Administración central en el que se concreta la función de coordinación que pertenece al Estado (STC 76/1983). Consecuentemente puede ejercer funciones propias de coordinación que no podrían atribuirse a una Conferencia Sectorial.

Dicho esto debe reconocerse que, sin embargo, hasta el momento la función de coordinación no se ha traducido en actuaciones concretas. No se han fijado criterios de coordinación ni se ha elaborado un Plan integrado de Salud , funciones a las que se refiere el artículo 70 de la LGS. Como se ha dicho, hasta el presente el CI ha actuado como si fuera una Conferencia Sectorial, más como amigable componedor que como órgano coordinador¹⁴.

Si las cosas han sido así hasta el presente, también es cierto que existe una opinión común sobre la conveniencia de potenciar el CI una vez se produzca el traspaso de los servicios de asistencia sanitaria a todas las Comunidades Autónomas. En este sentido entendemos que la nueva configuración del CI debería tener en cuenta las siguientes cuestiones:

- El CI deberá entrar a analizar cuestiones de mayor relevancia. De estar centrado en cuestiones de

¹³ Sobre el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, puede verse recientemente el libro publicado con motivo de su décimo aniversario, *Jornadas décimo aniversario, La coordinación en el ámbito sanitario, perspectivas de futuro, y el trabajo mecanografiado de SALA ARQUER-VILLAR ROJAS, Análisis de la cooperación en un sector determinado: la sanidad pública, en La cooperación en el marco constitucional, UIMP, Valencia 2001, pág. 65.*

¹⁴ En este sentido se manifiestan SALA ARQUER-VILLAR ROJAS, *op.ult.cit.*

salud pública pasará a analizar los temas propios de asistencia sanitaria. Deberá resolver sobre prestaciones, estatuto personal, patrimonio.

- Los nuevos cometidos exigirán una nueva estructura. Deberá plantearse una composición en Pleno y en Comisiones, con distribución de materias y funciones entre los distintos órganos. Igualmente deberá examinarse la conveniencia y funciones de los órganos de apoyo.
- Deberá abrirse el debate sobre el régimen de adopción de acuerdos, planteando si cabe introducir un sistema de votación, en qué casos, con qué condiciones.
- Cabe también plantear la conveniencia de integrar en el CI tareas que serían propias de una Conferencia Sectorial en la materia, como la función de servir de canal de participación de las CCAA en la Unión Europea.

Desde el punto de vista material, la actividad de coordinación se hace especialmente visible en tres ámbitos.

3.1. La Organización nacional de Trasplantes.

La actividad de llevar a cabo trasplantes forma parte de la materia asistencia sanitaria, y como tal se debe regular por las bases estatales, correspondiendo a las Comunidades Autónomas la normativa de desarrollo y la ejecución. Este esquema se ha concretado en la ley básica 30/1979 de 27 de octubre y en el RD 2070/1999 de 30 de diciembre. De acuerdo con esta normativa corresponde al Estado regular la acreditación, homologación, autorización y registro de centros o servicios en los que se extraigan o se trasplanten órganos, mientras que a las Comunidades Autónomas corresponde la autorización en cada caso y el control de la actividad.

Este esquema de reparto competencial debe tener en cuenta, en su aplicación, la singularidad de la materia. La actividad de llevar a cabo trasplantes exige la puesta en conexión de los titulares de un órgano con los centros en los que se encuentra el paciente que lo requiere, con la complejidad añadida de tener que adoptar decisiones rápidas sobre temas comprometidos (a qué paciente se destina el órgano, como se traslada, etc.). La necesidad de actuar de forma coordinada es evidente. Como han dicho SALA ARQUER-VILLAR ROJAS¹⁵ “el aprovechamiento de los recursos disponibles, el fomento de las donaciones y la realización de los trasplantes a las personas con mejores condiciones de compatibilidad, requiere

de una organización de ámbito nacional- incluso internacional- que funcione como una red unitaria, con dirección única de los centros y profesionales sanitarios dedicados a esta actividad médica”.

Por ello se justifica la creación, como instrumento de coordinación propia del artículo 149,1-16 CE, de la Organización Nacional de Trasplantes, hoy regulada en el RD 2070/1999. Organización que según todas las opiniones actúa con gran eficacia situando el modelo español en la materia como uno de los mejores a nivel mundial.

3.2. La red de vigilancia epidemiológica.

En materia de salud pública, y en relación fundamentalmente con la necesidad de contar con una información rápida y fiable a nivel de todo el Estado, debe destacarse la creación de la red nacional de vigilancia epidemiológica por el RD 2210/1995. La red permite la recogida y análisis de la información epidemiológica con el fin de detectar los problemas y poder diseñar las actuaciones. Como mecanismo de coordinación del artículo 149,1-16 CE y del artículo 73,1 de la LGS puede imponer la obligación de fórmulas de información y registros comunes.

3.3. La Agencia Española de Seguridad Alimentaria.

Creada por la Ley 11/2001 de 5 de julio, la Agencia responde también a la necesidad de contar con un instrumento organizativo de coordinación en materia de seguridad alimentaria. Como dice la exposición de motivos de la ley 11/2001 “el carácter intersectorial, la naturaleza multifactorial y la indudable complejidad de la seguridad alimentaria, aconsejan disponer de instrumentos que, sin menoscabo de la responsabilidad empresarial y del marco competencial, puedan aportar un claro valor añadido a la gestión integral de la seguridad alimentaria en toda la cadena de producción, elaboración, distribución y consumo”.

Consecuente con este objetivo, la ley atribuye a la Agencia en su artículo segundo unos objetivos y funciones que se caracterizan por contenido de coordinación. La ley, dice la disposición adicional primera, “ se dicta al amparo del artículo 149,1-16, relativo a las bases y coordinación general de la sanidad, de la Constitución española”.

4.- La colaboración.

La descentralización de la asistencia sanitaria pondrá también de manifiesto la necesidad de articular mecanismos de colaboración para una mejor prestación de los respectivos servicios y para solventar los problemas

¹⁵ *Op.cit.* pág. 74.

que pueda generar esta distribución territorial de las competencias. Algunos ejemplos servirán para ilustrar esta problemática.

Las funciones propias de la asistencia sanitaria requieren una fluida y abundante información entre las diversas administraciones competentes. Si bien esta actividad ya está prevista dentro de los cometidos propios de la coordinación que corresponde al Estado, artículo 73 LGS, en todo caso será conveniente que las Comunidades Autónomas entre sí y éstas con el Estado establezcan mecanismos de intercambio de información sobre las diversas tareas que tiene encomendadas. En los Reales Decretos de traspasos ya efectuados se hacía especial referencia a la mutua información como función en la que deberían concurrir la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma¹⁶.

Un régimen de compras centralizado sin duda puede favorecer la actuación de las Comunidades Autónomas, por lo que no debería renunciarse a este tipo de actuación para la provisión de determinados suministros o servicios.

La intervención frente a determinados problemas de salud pública requiere una actuación común. El reciente caso de las Vacas Locas es un claro ejemplo. Las inspecciones, la circulación de los animales, la información respectiva, requerían una actuación basada en reglas de colaboración mutua.

Por último, el problema de los desplazados requiere también la colaboración entre las diversas Administraciones. El artículo 17 de la LGS fija una regla general, pero la misma no impide el fenómeno real de la prestación de asistencia sanitaria a personas pertenecientes a otras Comunidades Autónomas. Las razones pueden ser varias, los desplazamientos ocasionales por vacaciones o razones laborales, la situación en zona fronteriza con un centro más cercano de otra Comunidad, o la existencia de centros de excelencia. Si bien el problema requiere fundamentalmente una respuesta desde la óptica de la financiación (crear un fondo de desplazados), también es necesario que se adopten mecanismos de colaboración para solucionar los problemas administrativos que esta actividad conlleva.

Si estos son algunos ejemplos, la técnica por excelencia para tratar de solventar los problemas apuntados

¹⁶ Así, en el RD 446/1994 de 11 de marzo sobre traspaso de servicios a Canarias, en el apartado D, funciones en que han de concurrir la Administración del Estado y de la Comunidad Autónoma, se hace expresa mención al intercambio de información en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

será el convenio (artículo 48 de la LGS).

VI.- CONCLUSIONES.-

El cierre del proceso de traspaso de los servicios de asistencia sanitaria a las 10 Comunidades Autónomas que asumieron recientemente esta competencia comporta, a nuestro entender, un cambio cualitativo de gran relevancia en la distribución de competencias en materia de sanidad.

La nota singular del tema analizado en estas páginas consiste en el hecho de que mediante este proceso de traspaso de medios materiales y personales se hace realidad el modelo de ordenación sanitaria establecido en la LGS de 1986, modelo basado en el Sistema Nacional de Salud y en el reconocimiento de la centralidad de las Comunidades Autónomas en las tareas de salud pública y en la prestación de la asistencia sanitaria.

Al coincidir prácticamente en el tiempo este proceso de traspaso de servicios con la integración de la financiación de la sanidad en los presupuestos generales del Estado y la adopción de un nuevo modelo de financiación para la sanidad, puede ya resituarse de modo preciso el sistema de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia sanitaria exclusivamente dentro del artículo 149,1-16 CE. La asistencia sanitaria ya no debe entenderse como materia propia de la ejecución de un servicio de la Seguridad Social, sino como una submateria de la materia constitucional sanidad. Se cierra así un período dominado por el origen de la asistencia sanitaria como función propia de la Seguridad Social, función financiada por las cotizaciones de los asegurados.

En esta nueva situación deberán tenerse en cuenta de modo principal las siguientes cuestiones.

Primera. Deberá modificarse el DL de 1994 sobre el régimen de la Seguridad Social para extraer del ámbito de protección de la misma a la asistencia sanitaria, separando de este concepto lo relativo a los accidentes de trabajo y su atención a través de entidades colaboradoras.

Segunda. Deberá replantearse el régimen de los traspasos en materia de patrimonio, tanto para los nuevos como para los viejos traspasos.

Tercera. Deberá procederse a aprobar el Estatuto Marco del personal sanitario al margen del régimen propio del personal de la Seguridad Social.

Cuarta. Las estructuras de participación deberán adaptarse a la nueva realidad potenciando la participación

directa de los ciudadanos y superando las formulas de participación propias de la estructura de la Seguridad Social.

Quinta. La descentralización de la asistencia sanitaria y el nuevo modelo de financiación no tienen por qué comportar un riesgo para la universalidad del sistema ni una pérdida de la equidad del mismo. El Estado posee mecanismos suficientes para garantizar la equidad a través de la normativa básica, de la función de alta inspección y coordinación y de los instrumentos de colaboración. Si será preciso resituar estos mecanismos de coordinación y colaboración en el nuevo marco de descentralización de la asistencia sanitaria (al escribir este trabajo leo en el diario El País de 12 de noviembre que “ el departamento de Celia Villalobos está ultimando un proyecto de ley de Coordinación y Cooperación sanitaria entre las diversas administraciones que enviará próximamente al Congreso, en el que, entre otros aspectos, se fijará el catálogo de prestaciones básicas del Sistema Nacional de Salud y un sistema unificado de información que permita evaluar el funcionamiento del sistema con criterios comunes”.

BIBLIOGRAFÍA.

BELTRÁN AGUIRRE, JL.- Prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud: aspectos jurídicos. Derecho y salud, vol. 2 nº 2, julio-dic. 1994.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL.- Unidad de mercado y cohesión social. Colección Informes CES 3/2000. Madrid 2001.

CONSEJO INTERTERRITORIAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.- Jornadas décimo aniversario. La coordinación en el ámbito sanitario. Perspectivas de futuro. Madrid 1998.

DESDENTADO BONETE- DESDENTADO DAROCA.- El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, en “Personal estatutario de la Seguridad Social”, CGPJ. Manuales de formación continuada 11, Madrid 2000.

FERNÁNDEZ – MIRANDA LOZANO.- Transferencias sanitarias: descentralizar y vertebrar. PWC. Madrid 2000.

LÓPEZ CASANOVAS, Dir. RICO GÓMEZ, Coord.- Evaluación de las políticas de servicios sanitarios en el Estado de las Autonomías, vol. I. BBV-IEA, Bilbao 2001.

MUÑOZ MACHADO.- La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos. Alianza editorial, Madrid 1995.

PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA.- Número monográfico sobre la descentralización sanitaria en España. Nº 76, 1998.

PEMÁN GAVIN, J.- Derecho a la salud y administración sanitaria, Bolonia 1989.

- Sobre el proceso de desarrollo y aplicación de la Ley General de Sanidad: balance y perspectivas, Derecho y salud, vol.7, 1999.

REY DEL CASTILLO.- Descentralización de los servicios sanitarios. EASP/Junta de Andalucía, 1998.

La evolución del Estado autonómico ¿ Hay algo que decir desde el punto de vista sanitario? Revista de Administración sanitaria, vol. II, nº 8, oct-dic 1998.

Las políticas sanitarias como parte del Estado de bienestar, en “El futuro de la sanidad española. Un proyecto de reforma” AAVV. Fundación alternativas, Madrid 1999.

Algunas notas para el diseño de los servicios públicos sanitarios en una España federal. Revista de administración sanitaria, vol. IV, nº 15, julio-sep 2000.

SALA ARQUER- VILLAR ROJAS.- Análisis de la cooperación en un sector determinado: la sanidad pública. Ponencia presentada en Jornadas sobre la cooperación en el marco constitucional, UIMP, Valencia 2-4 julio 2001, texto mecanografiado.

PRESTACIONES SANITARIAS Y AUTONOMÍAS TERRITORIALES: CUESTIONES EN TORNO A LA IGUALDAD

*Juan Luis Beltrán Aguirre
Tribunal Administrativo de Navarra
Presidente de la Asociación Juristas de la Salud*

I. LA FRUSTADA INDEPENDIZACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y SU REFLEJO EN LA ASUNCIÓN DESIGUAL POR LAS CC.AA. DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE ASISTENCIA SANITARIA.

1. Introducción

Los servicios del INSALUD acaban de ser transferidos a las diez Comunidades Autónomas que todavía no los tenían asumidos. Por tanto, las prestaciones de asistencia sanitaria pública ya no son responsabilidad del Ente gestor de la Seguridad Social sino de los correspondientes Servicios de Salud autonómicos. Sin embargo, en la reciente legislación que ha posibilitado este importante proceso transferencial y el nuevo modelo organizativo y de financiación de la asistencia sanitaria, no se habla de “asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud” sino de “asistencia sanitaria de la Seguridad Social”. Desde esta realidad, conviene hacer algunas reflexiones respecto a la naturaleza y al encuadramiento orgánico de la asistencia sanitaria pública. Como comprobaremos seguidamente, el ordenamiento jurídico sanitario resulta confuso al respecto. El vigente catálogo de prestaciones sanitarias de 1995, en el marco de la Ley General de Sanidad, encuadra orgánicamente la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud, pues serán los Servicios Autonómicos de Salud los órganos prestadores, pero lo que no hace es deslindar netamente el Sistema Nacional de Salud del Sistema de Seguridad Social pues el Insalud continuaría prestando directamente asistencia sanitaria en una gran parte del territorio del Estado¹. Más tarde, la

¹ En 1995 se dudaba seriamente de que algún día los servicios del Insalud fueran transferidos a las CCAA del artículo 143 CE. En todo caso, ese día se veía muy lejano. Incluso actualmente no puede consi-

Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, integra la asistencia sanitaria en la acción protectora de la Seguridad Social y los reformados Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE expresamente hablan de la “asistencia sanitaria de la Seguridad Social”. Finalmente, la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación autonómico, habla también de la “asistencia sanitaria de la Seguridad Social”. Tales expresiones legales permiten que hoy diversas personas e instituciones prediquen que la asistencia sanitaria pertenece no sólo a la materia “Sanidad” sino que mayoritariamente pertenece a la materia “Seguridad Social”, por lo que no niegan la posibilidad de que ambas organizaciones, Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social, puedan gestionar prestaciones sanitarias. Pero que esto sea así no es, a mi juicio, baladí; no es irrelevante. Antes al contrario, puede dificultar seriamente la conformación definitiva e igualitaria del propio Sistema Nacional de Salud. Veámoslo.

2. Un poco de historia.

2.1. Hacia la progresiva independización de la asistencia sanitaria pública del Sistema de Seguridad Social. Evolución.

La Constitución de 1978 es el punto de partida para la independización de la asistencia sanitaria pública respecto del Sistema de Seguridad Social en la medida en

derarse totalmente culminado el proceso pues hay empresas (Mutualidades de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) que gestionan directamente la prestación de asistencia sanitaria a sus trabajadores. Ello en virtud del artículo 77 de la LGSS/1994. El grupo Socialista en el 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 1999) con la intención de suprimir esta posibilidad ya que resulta anacrónica. No prosperó.

que deslinda claramente las materias Sanidad (artículo 43) y Seguridad Social (artículo 41) y dispone distintos títulos competenciales para las mismas: artículo 149.1.16: Sanidad; y artículo 149.1.17: Seguridad Social.

Este deslinde constitucional tiene su inmediato reflejo en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades históricas y asimiladas en los que la asunción de competencias sobre las materias Sanidad interior y Seguridad Social se hace de forma perfectamente diferenciada. En materia de Sanidad interior se asume el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado. En materia de Seguridad Social se asume el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma. Asumen también la gestión del régimen económico de la Seguridad Social. En ninguno de estos Estatutos se hace referencia expresa a la materia "asistencia sanitaria". Simplemente, se considera un subsistema del sistema sanidad.

En 1986 se promulga la Ley General de Sanidad como una legislación básica al amparo del título competencial 149.1.16., esto es, al cobijo del título competencial sanidad. Diseña un sistema de salud universalista y no contributivo prestado a través del Sistema Nacional de Salud vía presupuestos generales, que se configura como distinto e independiente del Sistema de Seguridad Social. Ciertamente su artículo 82 habla de "*asistencia sanitaria de la Seguridad Social*" y su disposición transitoria cuarta establece que las posibles transferencias a realizar en materia de "*gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social*" deberá acomodarse a lo establecido en la propia Ley, pero es preciso situar estas concretas expresiones legales en el contexto del año 1986 en el que la asistencia sanitaria todavía era una prestación propia de la Seguridad Social. Lo que hacen estos preceptos es contemplar la realidad del momento, no pretenden configurar el futuro en el sentido de declarar que la asistencia sanitaria será de la Seguridad Social. Antes bien, del conjunto de la Ley se desprende claramente la intención del legislador de deslindar y separar el Sistema Nacional de Salud de la Seguridad Social.²

² En cuanto al proceso transferencial conviene recordar que los Reales Decretos de traspasos no transfieren competencias pues éstas se asumen por vía estatutaria. Se limitan a transferir servicios, centros y funciones, es decir, los medios materiales y humanos existentes y necesarios para la gestión por la Comunidad Autónoma de la materia que se transfiere. De ahí que en la disposición transitoria cuarta se hable de traspasar la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social pues, en efecto, lo que se traspasa no es la competencia sino la mera gestión, y que la disposición transitoria tercera prevea la desaparición del INSALUD con la culminación de las transferencias. Los primeros traspasos del INSALUD hablan de transferir a la Comunidad

Y, en efecto, en línea con la teleología de la Ley General de Sanidad, en 1990 se da un paso importantísimo en esta evolución con la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas, en cuanto dispuso la refundición de las normas básicas de Seguridad Social y exceptuó de la refundición precisamente todo lo relativo a la asistencia sanitaria. Cumpliendo este mandato, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no incorpora un capítulo dedicado a la asistencia sanitaria, consumándose así la existencia de un ordenamiento jurídico separado para la asistencia sanitaria pública, distinto del de la Seguridad Social³.

Saltamos al año 1995 en el que se promulga el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. Este reglamento, en la medida en que regula la asistencia sanitaria cuya prestación seguía siendo en gran parte del territorio del Estado responsabilidad de la Seguridad Social vía Insalud, se dicta al amparo del artículo 149.1.16 y 17 CE, esto es, legislación básica en materia de sanidad y en materia de seguridad social. De ahí que no deslinde claramente el Sistema Nacional de Salud del Sistema de Seguridad Social ya que dispone que las prestaciones sanitarias serán facilitadas directamente por el Sistema Nacional de Salud, que será el ente prestador, pero las prestará sin perjuicio de su posible financiación con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la sanidad (art. 2.1)⁴. En definitiva, no deja claro si la asistencia sanitaria pertenece sólo a la materia "sanidad" o también pertenece a la materia "seguridad social"

En cualquier caso, a pesar de esas referencias a la Seguridad Social, sumando la descrita evolución legislativa a la progresiva financiación de la asistencia sanitaria pública vía presupuestos generales, es decir, vía impuestos, en lugar de vía cotizaciones a la Seguridad Social, evolución ya totalmente culminada mediante la Ley de presupuestos para el año 2000, obligado es concluir que la asistencia sanitaria pública termina integrándose plenamente en la materia sanidad y, por tanto, enganchándose en el título competencial del artículo 149.1.16 CE.

Autónoma respectiva las funciones y servicios correspondientes a sus competencias en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social y se apoyan en los apartados 16 y 17 del artículo 149.1 CE.

³ No obstante, cierto es que continuó vigente transitoriamente la anterior regulación de la asistencia sanitaria contenida en la Ley de 1967 y en el Texto Refundido de 1974.

⁴ Como es bien sabido, actualmente está eliminada totalmente la financiación procedente de la Seguridad Social.

Analizando el marco legislativo descrito, la doctrina científica alcanza con bastante unanimidad esta conclusión. Así, ALONSO OLEA, uno de los mayores especialistas en el Derecho de la Seguridad Social, reconoce abiertamente -y cito literalmente- *la tendencia evidente a la independencia de la asistencia sanitaria respecto del complejo de la seguridad social*.⁵

2. 2. Cambio de rumbo. La asistencia sanitaria pública nuevamente se integra en el Sistema de Seguridad Social.

Cuando ya parecía definitiva la separación de la asistencia sanitaria del Sistema de Seguridad Social, como resultado del llamado “Pacto de Toledo”, se promulga la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, en la que, rompiendo toda la evolución descrita supra, esta Ley nuevamente integra 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 (artículo 38.1 a.).⁶ Evidentemente, desde la óptica de la evolución descrita, esta sorpresiva determinación legal obliga a la doctrina científica a retomar posiciones.

Así, ALARCÓN CARACUEL habla de la relativa independización de la asistencia sanitaria respecto del tronco común de la Seguridad Social. Razona al respecto que la asistencia sanitaria se presta por el Sistema Nacional de Salud, que es -afirma- una parte distinta e independiente del Sistema de Seguridad Social, pero resulta que a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud se puede acceder en virtud de diversos títulos: uno de ellos es pertenecer al campo subjetivo de protección del Sistema de Seguridad Social, ya que entre sus prestaciones figura la asistencia sanitaria.⁷ Por su parte, PEMÁN GAVÍN, también a la vista de esta Ley, considera que el modelo de Servicio de salud universalizado puede calificarse formalmente como Sistema Nacional de Salud o como prestación incluida en un “tramo” de la Seguridad Social que se configura con carácter no contributivo y universalizado.⁸

⁵ Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, *Civitas*, 1999, p. 19-23.

⁶ *A las prestaciones sanitarias por accidente de trabajo y enfermedad profesional se les otorga naturaleza contributiva, y el resto de la asistencia sanitaria naturaleza no contributiva y universal (art. 86).*

⁷ Veinte años de ordenamiento laboral y de la Seguridad Social conforme a la Constitución, en el libro colectivo, “20 Años de Ordenamiento Constitucional”, Aranzadi, 1999, p. 67.

⁸ Del Seguro Obligatorio de Enfermedad al Sistema Nacional de Salud. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el

Este cambio de rumbo tiene su reflejo, como seguidamente veremos, en la modificación de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE operados en los años 1998 y 1999, y culmina con la reciente Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación autonómico, en la 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.⁹

3. Modificación de los Estatutos de Autonomía de las CCAA del artículo 143 CE: desigualdad de trato en la Ley en relación con las CCAA históricas y asimiladas.

El cambio de rumbo descrito en el apartado anterior, esto es, que la asistencia sanitaria nuevamente forme parte de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, no impide, a mi juicio, que toda la organización prestacional se desgaje definitivamente de ese Sistema y se integre en el Sistema Nacional de Salud, que prestará la asistencia sanitaria a todos los ciudadanos por el simple hecho de serlos (universalización), y con más razón aún cuando, además, se es beneficiario de la Seguridad Social. En suma, tales determinaciones legales no prejuzgan que la asistencia sanitaria (de la Seguridad Social) no pueda colgarse de la materia y título competencial Sanidad. Sin embargo, como comprobaremos seguidamente, no quiere entenderlo así el Estado. La reforma de los Estatutos de Autonomía de las CCAA del artículo 143 CE da a entender que quiere que cuelgue del título competencial Seguridad Social, título que le permite un mayor control e intervención de la política asistencial de las CCAA toda vez que comprende la competencia exclusiva sobre el régimen económico de la Seguridad Social.

En los años 1996 a 1999, se procede a la modificación de los Estatutos de Autonomía de Canarias (LO 4/96), Aragón (LO 5/96), Castilla-La Mancha (LO 3/97), Murcia (LO 1/98), Madrid (LO 5/98), Cantabria (LO 11/98), Asturias (LO 1/99), La Rioja (LO 2/99), Baleares (LO 3/99), Castilla y León (LO 4/99) y Extremadura (LO 12/99). Con estas modificaciones se trata de posibilitar, entre otras, la asunción competencial de la asistencia sanitaria que viene prestando la Seguridad Social a través del Insalud. Sin embargo, dicha asunción competencial

último cuarto del siglo XX, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 13, 1998, p. 95.

⁹ Artículo 69 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre.

no se hace en los mismos términos que las Comunidades Autónomas históricas y asimiladas, esto es, atribuirles competencias de desarrollo legislativo en materia de Seguridad Social (en materia de Sanidad ya las tenían todas las autonomías). Antes bien, diferenciándose de los Estatutos de las CCAA históricas y asimiladas, hacen expresa referencia a la materia “asistencia sanitaria”.

El Estatuto de Canarias dispone en su artículo 32 que corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de Seguridad Social, excepto el régimen económico. Y en el artículo 33 que le corresponde la competencia de ejecución en materia de gestión de las prestaciones sanitarias del sistema de Seguridad Social y de los Servicios del Instituto Nacional de la Salud.

El resto de Estatutos de Autonomía, no contemplan la asunción de competencias de desarrollo legislativo de la legislación básica en materia de Seguridad Social. Esto es importante resaltarlo y tenerlo presente. Con respecto a la asistencia sanitaria pública establecen uniformemente lo siguiente: *“Corresponde en los términos que establezcan las Leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva en las siguientes materias: 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, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a que se refiere este precepto.”*

Como competencia de desarrollo legislativo, en estas últimas reformas estatutarias todas las Comunidades Autónomas asumen la coordinación hospitalaria en general. Únicamente, Extremadura se diferencia de las demás y asume como competencia de desarrollo legislativo “centros sanitarios y hospitalarios públicos”, además de la coordinación hospitalaria. Al respecto, por lo que luego razonaré, conviene precisar en este momento que esta concreta asunción competencial de desarrollo legislativo y ejecución habilita a la Comunidad de Extremadura para la creación, transformación y ampliación, así como para la clasificación, reorganización, suspensión, etc., de centros y establecimientos sanitarios y asistenciales públicos, pero no para promulgar normativa de desarrollo legislativo en materia de prestaciones de asistencia sanitaria pública. Un centro o establecimiento sanitario y una prestación sanitaria son dos realidades totalmente diferentes.

La diferencia con los Estatutos de Autonomía de las Comunidades históricas y asimiladas es, pues, bien nota-

ble. A tenor de estos últimos, que no contienen referencia expresa a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, la asistencia sanitaria pública es un subsistema del sistema sanidad. Por tanto, el desarrollo legislativo de la materia y la gestión se hará al amparo del título competencial “sanidad”. Y así ha sido, como se desprende claramente del desarrollo legislativo autonómico habido en materia de prestaciones de asistencia sanitaria¹⁰. Por contra, para las Comunidades Autónomas del 143 CE la asistencia sanitaria es parte integrante del Sistema de Seguridad Social y para que no quepa duda alguna se alude al artículo 149.1.17 de la CE. Además, sólo asumen la ejecución de su gestión. Ni tan siquiera funciones de desarrollo reglamentario. Ante esta formulación estatutaria, no parece aventurado concluir que en la misma late una concepción del Sistema Nacional de Salud que lo asimila al Sistema de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social, al que se añaden otros subsistemas públicos como la promoción de la salud y salud pública.

En definitiva, comparando ambos grupos de Estatutos, comprobamos que en el caso de las Comunidades históricas y asimiladas estamos ante una verdadera descentralización política, y en el de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE ante una mera descentralización administrativa¹¹. En fin, la desigualdad de trato en la Ley (estatutos de autonomía) entre los dos grupos de Comunidades Autónomas es notable y sorprendente.¹²

¹⁰ En efecto, las Comunidades Autónomas históricas y asimiladas con competencias asumidas de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado en materia de sanidad y seguridad social, haciendo sólo uso del título competencial sanidad, han promulgado en los años noventa diversas normas legales y reglamentarias regulando cuestiones que inciden directamente en el ámbito de las prestaciones de asistencia sanitaria completando y mejorando los niveles mínimos y comunes a todos establecidos por la legislación básica estatal. Más adelante hago una descripción completa de esta normativa.

¹¹ Esta asunción empobrecida de la asistencia sanitaria, en general, fue aceptada pacíficamente por las Comunidades Autónomas. Pocas presentaron enmiendas a los proyectos de Ley Orgánica de modificación de los Estatutos pretendiendo la asunción del desarrollo legislativo y ejecución de la asistencia sanitaria pública, a semejanza de las Comunidades Autónomas históricas y asimiladas. Entre ellas Aragón (véanse Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VI legislatura, Serie A: 11 de abril de 1996, núm. 1-1, y Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, Año 1996, VI legislatura, núm. 90) y Murcia (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VI legislatura, Serie B: 16 de septiembre de 1997, núm. 115-1, y Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, Año 1998, VI legislatura, núm. 413).

¹² Es de advertir que esta desigualdad de trato en la Ley no puede reputarse de inconstitucional por discriminatoria. Ello porque las posibles desigualdades entre Comunidades Autónomas en la asunción de competencias es algo contemplado en la Constitución de 1978. En efecto, el texto constitucional, como es bien conocido, otorga libertad a las Comunidades Autónomas para decidir si asumen o no competencias sobre las materias en las que es posible tal asunción y qué niveles

Sin embargo, no acaban aquí las sorpresas. Resulta que la Comunidad Autónoma de Extremadura ha promulgado la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud, en la que en su exposición de motivos manifiesta expresamente que “*El Estatuto de Extremadura confiere a la Comunidad autónoma competencias de desarrollo legislativo y ejecutivo en materia de sanidad e higiene, de coordinación hospitalaria en general, así como en asistencia sanitaria de la Seguridad Social, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca.*” Y, en línea con esta manifestación, más adelante dice que *la Ley completa el catálogo de prestaciones sanitarias a las que tienen acceso los usuarios y particulariza algunas de ellas.* Y, en efecto, así las particulariza en sus artículo 5 y 11.

Tal declaración legal parece frontalmente contraria a lo dispuesto en el Estatuto extremeño respecto de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social pues conforme a su artículo 9.13, como he dicho antes, sólo asume la ejecución de su gestión en los términos que establezcan las leyes y reglamentos del Estado. ¿Cómo se puede explicar esta, al menos aparente, colisión? Dos posturas o interpretaciones son posibles, a mi juicio:

a) Considerar en este extremo a la Ley de Salud de Extremadura inconstitucional por vulnerar el orden estatutario de competencias.¹³

b) Entender que el título competencial de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior habilita a la regulación, como desarrollo legislativo, de la asistencia sanitaria pública, esté o no integrada en la acción protectora de la Seguridad Social, por ser la asistencia sanitaria un subsistema de la sanidad, de manera que si se tiene competencia sobre el sistema también se tiene sobre el subsistema. Desde esta exégesis podría entenderse que la referencia estatutaria a la ejecución de la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social no tiene carácter limitativo, de suerte que la Comunidad Autónoma de Extremadura extiende la competencia de desarrollo legislativo sobre sanidad interior a esa asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Ello porque si bien es cierto que a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud se puede acceder en virtud

competenciales deciden asumir. En fin, la Constitución admite que el Estado autonómico sea asimétrico.

¹³ El Estado no ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad en el plazo de tres meses a partir de la publicación de la Ley. Según la información obtenida de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad, el Estado no considera inconstitucional tal declaración de la ley extremeña y no se ha constituido la Comisión Bilateral a que se refiere el artículo 33 de la LOTC.

de diversos títulos, siendo uno de ellos pertenecer al campo subjetivo de protección del Sistema de Seguridad Social, ya que entre su acción protectora figura la asistencia sanitaria, no lo es menos que una cosa es dilucidar a través de qué concretos títulos se tiene derecho a la prestación sanitaria y otra muy distinta es determinar su verdadera naturaleza y quién ha de prestarla. El campo de actuación de la Seguridad Social debe ser la organización y gestión de prestaciones económicas, pero las asistenciales deben cobrar autonomía respecto de la Seguridad Social y asentarse en organizaciones públicas diferentes especializadas en esta función asistencial, concretamente, en nuestro caso, los Servicios Autonómicos de Salud integrados en el Sistema Nacional de Salud, cuya organización y desenvolvimiento se ha de hacer en el marco del título competencial Sanidad, no en el de Seguridad Social. A esta interpretación obliga también la desvinculación general y definitiva de la asistencia sanitaria pública de los fondos de la Seguridad Social, así como su nueva financiación indiferenciada y no finalista por las Comunidades Autónomas, vía LOFCA, esto es, vía corresponsabilidad fiscal.

Finalmente, en apoyo de esta interpretación, esto es, de que las Comunidades Autónomas del 143 CE tengan competencia de desarrollo legislativo en materia de asistencia sanitaria “de la seguridad social”, cabe invocar el hecho de que en los acuerdos de traspaso de los servicios del Insalud a las mismas se dice que “*la gestión de los centros, establecimientos y servicios, así como de las funciones que se traspasan, se realizará de acuerdo con la legislación básica del Estado*”¹⁴. Y en la medida en que estas CCAA, como hemos comprobado antes, no han asumido competencias de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado en materia de seguridad social, obligado resulta entender que los acuerdos de traspasos se están refiriendo a la legislación básica del Estado en materia de sanidad.

En suma, esta segunda interpretación salvaría la constitucionalidad de la Ley extremeña y, además, sería extensible al resto de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE, propiciándose así su igualación competencial en materia de asistencia sanitaria con las Comunidades Autónomas históricas y asimiladas. De no entenderse de esta manera, resultaría una desigualdad de trato en la Ley entre Comunidades Autónomas, a mi juicio, muy poco justificada tanto desde el punto de vista de la descentralización política del Estado propiciada por la

¹⁴ Los Reales Decretos de traspasos han sido publicados en los Boletines Oficiales del Estado de 28 y 29 de diciembre de 2001. Véase el apartado B) 2. de los respectivos acuerdos de traspaso.

Constitución como desde la óptica de la construcción de un verdadero Sistema Nacional de Salud.

II. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y EQUIDAD EN LA LEY GENERAL DE SANIDAD. SU ALCANCE CONFORME A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1. La igualdad en el ejercicio de derechos en la Constitución y en la Ley General de Sanidad.

La realización efectiva del principio de igualdad debe ser promovida por los poderes públicos, correspondiendo, en concreto, al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (Artículo 149.1.1 CE). Tales condiciones básicas se predicen de los derechos constitucionales de prestación (sanidad, seguridad social, medio ambiente, vivienda, etc.), pues como dice la STC 32/1983, que analiza precisamente la conexión del artículo 43 con el 149.1.1, el perfil que los correspondientes preceptos constitucionales dibujan de los derechos prestacionales debe ser completado con el del artículo 149.1.1 de la CE. Y, en efecto, el título competencial que el artículo 149.1.1 CE atribuye al Estado para garantizar unas condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de derechos, alcanza, no tanto a los derechos individuales de libertad, que precisan de Ley Orgánica y de una actitud de abstención de todos los poderes públicos, como a los derechos prestacionales, que requieren leyes ordinarias y una actitud positiva de intervención prestacional de los poderes públicos central y autonómicos, cada uno en ejercicio de sus respectivas competencias, y de cuyo respectivo ejercicio surgirán ordenamientos jurídicos diferentes con regulaciones divergentes de la respectiva materia. Son justamente esas hipotéticas divergencias normativas lo que impulsó al constituyente a incorporar la cautela del citado artículo 149.1.1 CE cuyo objetivo es que el Estado evite que el despliegue de las competencias autonómicas cree rupturas no tolerables (divergencias irrazonables y desproporcionadas). Se trata, como ha dicho la doctrina científica, de un título de funcionalidad horizontal o transversal toda vez que no se mueve en la lógica bases estatales-legislación autonómica de desarrollo¹⁵.

¹⁵ Véase la STC 61/1997, de 20 de marzo, en la que, sistematizando sus anteriores pronunciamientos, el TC fija una doctrina general delimitando negativa y positivamente el alcance de este título competencial.

Pues bien, el Estado, haciendo uso de ese título derivado del artículo 149.1.1 CE, incorpora en la Ley General de Sanidad expresas referencias al principio de igualdad contemplado desde una dimensión individual, territorial y financiera.

La dimensión individual se regula en los artículos 3.2 y 16. Establecen estos preceptos legales que el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva y que las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos.

La dimensión territorial la encontramos en el artículo 3.3 en que se dispone que la política de salud estará orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales.

La dimensión financiera se plasma en los artículos 12 y 81 en los que se manda a los poderes públicos que orienten sus políticas de gasto sanitario en orden a corregir desigualdades territoriales sanitarias y garantizar la igualdad de acceso a los servicios sanitarios públicos en todo el territorio del Estado.

En definitiva, se trata de la aplicación al ámbito de la sanidad del derecho a la igualdad reconocido en los artículos 9.2, 14 y 139.1 CE, cuya realización efectiva deben promover los poderes públicos, correspondiendo en concreto al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (Artículo 149.1.1 CE).

De otro lado, la Ley General de Sanidad es también la norma que sienta las bases de la materia sanidad vía artículo 149.1.16 CE. De dichas bases, la STC 54/1990, de 28 de marzo, ha precisado que: "...las bases a las que se refiere el art. 149.1.16 CE son, en principio, competencias normativas que persiguen una regulación uniforme y de vigencia en todo el territorio del Estado...".

2. El principio de equidad en el ámbito prestacional sanitario.

Por contra, la Ley General de Sanidad no hace referencia expresa en ninguno de sus preceptos a la "equidad". Tampoco lo hacen el resto de normas sanitarias ni las recientes leyes de financiación de la sanidad, en lo que yo conozca. Realmente, la incorporación de este principio al ámbito sanitario es fruto de su utilización por la doctrina científica y las instituciones sanitarias, que lo manejan con bastante asiduidad, aunque también con

bastante imprecisión jurídica.¹⁶ El Plan de Salud del Ministerio de Sanidad y Consumo de 1995 menciona tres ámbitos de equidad: a) equidad en el acceso, entendido como acceso a igual servicio para igual necesidad; b) equidad en los recursos, entendido como iguales recursos para igual necesidad; y c) equidad financiera, entendida como distribución equitativa del gasto.

Pero, en este ámbito de las prestaciones sanitarias en el que nos movemos, no se trae a colación el principio de equidad como algo necesariamente complementario o corrector de la pura aplicación de la norma (nadie duda de que una concreta actuación administrativa puede ser legal y, a la par, inicua; entonces se apela a la equidad para ponderar el desajuste entre el presupuesto de hecho y la consecuencia jurídica derivada de la automática aplicación de la norma), sino como límite a los posibles quebrantos de la igualdad por comparación de distintos regímenes prestacionales territoriales. Más allá del Derecho positivo, desde parámetros políticos, se anuda la equidad a un trato paritario de los destinatarios de la acción pública sanitaria. De ahí que el principio de equidad, manejado en su estricta acepción jurídica, cabe subsumirlo perfectamente en la regulación que de la igualdad hace la Ley General de Sanidad. En efecto, habiendo incorporado dicha Ley, como hemos visto, una extensa y precisa regulación de la igualdad contemplada en diferentes dimensiones, creo que resulta superfluo hacer constantes referencias al principio de equidad, al menos, en su consideración como principio jurídico. Puede tener más sentido su utilización desde una óptica política o sociopolítica¹⁷, pero no la tiene desde la jurídica.

3. El alcance de las condiciones básicas de igualdad conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional.

Decíamos antes que las condiciones básicas de igualdad han quedado plasmadas en los citados artículos 3, 12, 16 y 81 de la Ley General de Sanidad. Conviene,

¹⁶ El artículo 3.2 del Código Civil contempla la equidad dentro del capítulo dedicado a la aplicación de las normas jurídicas, pero sin definir su contenido y alcance. Se trata de un concepto jurídico indeterminado difícilmente aprehensible, cuya funcionalidad se reduce a ser instrumento de ponderación del rigor de la norma aplicable al caso concreto, por lo que su utilización se reduce prácticamente al campo de las resoluciones judiciales. La doctrina civilista conviene en que por equidad cabe entender la invocación de la idea de justicia relativa o comparativa, que impone el tratamiento igual de lo que es igual y el tratamiento desigual de lo que es distinto.

¹⁷ Así, por ejemplo, se utiliza por los economistas de la salud desde parámetros economicistas y en un marco macroeconómico para postular una equidad financiera, esto es, para defender una financiación de la sanidad que garantice una distribución equitativa del gasto entre las Comunidades Autónomas.

pues, determinar el contenido y alcance de esta regulación conforme al marco que al Estado permite el artículo 149.1.1 CE, y conforme a la regulación uniforme y de vigencia en todo el territorio del Estado que persiguen las bases de la materia sanidad.

La STC 37/1987, de 26 de marzo, precisó al respecto lo siguiente: “*El principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts.1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1 de la CE, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales.*” Esta doctrina ha sido reiterada por el TC en otras muchas sentencias: 186/1993, 225/1993, 2847/1993, 319/1993, 337/1994, 14/1998 y 233/1999. No se trata, por tanto, de una doctrina aislada o superada, sino de una doctrina constante y uniforme del máximo intérprete de la Constitución.

La STC 14/1998, de 22 de enero, expresa lo mismo con las siguientes palabras: “*En definitiva, la igualdad de derechos y obligaciones en su aspecto interterritorial no puede ser entendida en términos tales que resulte incompatible con el principio de descentralización política del Estado (art. 2 de la CE), pues ello impediría el ejercicio por las CCAA de las competencias que tienen atribuidas, ejercicio que, entre otras cosas, supone la libertad para configurar, dentro del marco constitucional y estatutario, una política propia e relación con dichas materias.*” Por lo que es posible -añade la STC 120/1998- que sea diferente la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional.

De otro lado, recordemos que la STC 54/1990, refiriéndose a las bases de la sanidad dijo que “...las bases a las que se refiere el art. 149.1.16 CE son, en principio, competencias normativas que persiguen una regulación uniforme y de vigencia en todo el territorio del Esta-

do...". Pues bien, esa regulación uniforme es, lógicamente, en lo básico. Nada más. Como bien precisa la STC 75/1990, de 26 de abril, "*Uniformidad, en otras palabras, no es identidad, y tanto menos ha de serlo cuando la primera se afirma, en el art. 149.1.1 de la CE, como elemento de integración, no de supresión de la diversidad que nace de la autonomía.*"

En fin, a la vista de la doctrina constitucional transcrita, creo que no hay dudas respecto al alcance que hay que dar a los criterios de igualdad manejados por la Ley General de Sanidad o al de equidad manejado por la doctrina y por las instituciones. Estos principios, en el ámbito de las prestaciones sanitarias, obligan al Estado a garantizar un mínimo común denominador; un nivel mínimo de prestaciones suficiente para, en la medida de lo posible, hacer efectivo el derecho a la salud de todos los ciudadanos, pero que debe ser compatible con el desarrollo de prestaciones diferenciales (en su contenido, formas o requisitos de aplicación) por las distintas Comunidades Autónomas; *prestaciones que reflejen las distintas opciones y preferencias de los ciudadanos en cada territorio*¹⁸. Dicho de otra forma, los principios de igualdad y equidad así como la regulación uniforme que persiguen las bases de la sanidad (uniformidad en lo básico), no habilitan al Estado para exigir o imponer a las CCAA una uniformidad total y absoluta en el nivel de las prestaciones sanitarias, como últimamente se viene predicando en algunos ámbitos con apoyo precisamente en los principios de igualdad y equidad. En suma, estos principios de igualdad y equidad, así como la regulación uniforme que persiguen las bases de la sanidad, necesariamente han de compatibilizarse con la opción constitucional por un Estado descentralizado políticamente y, por lo tanto, diverso; diversidad que proscribiera cualquier intento de "café para todos".

El nivel de prestaciones sanitarias común a todos y el de las adicionales autonómicas tienen claro reflejo en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, en el que se regula un nivel básico común de prestaciones -ciertamente bastante amplio- disponiéndose que la incorporación de nuevas prestaciones a ese nivel común se hará por Real Decreto (disp. adic. segunda), y un nivel adicional de prestaciones a disposición de las CCAA, con cargo a sus propios recursos, y con arreglo a sus Estatutos de Autonomía y normas de desarrollo (disp. adic. quinta).

¹⁸ Este párrafo está entresacado del documento de debate de la Subcomisión parlamentaria para la reforma del Sistema Nacional de Salud, de septiembre de 1997.

Evidentemente, aceptar como constitucionalmente válidos ciertos niveles de desigualdades normativas y fácticas entre Comunidades Autónomas (desigualdades producto de sus distintas políticas sanitarias) no implica negar el derecho de los ciudadanos o pacientes a acceder y recibir a tiempo determinadas prestaciones sanitarias con independencia de que las haya o no en su Comunidad Autónoma. Cuando no las haya (transplantes de órganos, prestaciones de alta tecnología, etc.) el paciente tiene derecho a ser atendido en otra Comunidad Autónoma que disponga de ellas (centros, servicios y hospitales de referencia)¹⁹. Garantizar convenientemente este derecho pasa por formalizar los Convenios de colaboración y coordinación necesarios entre Comunidades Autónomas. La figura del Convenio interautonómico como instrumento adecuado para facilitar y asegurar los trasvases de pacientes cobra, pues, un protagonismo fundamental a efectos de asegurar la igualdad y la equidad en el acceso a las prestaciones sanitarias de todos los ciudadanos residentes en el Estado español.

III. NORMATIVA AUTONÓMICA EN MATERIA DE PRESTACIONES SANITARIAS GENERADORA DE DESIGUALDADES TERRITORIALES EFECTIVAS.

Fiel reflejo de lo razonado en el apartado anterior ha sido el desarrollo legislativo operado por algunas Comunidades Autónomas en materia de prestaciones de asistencia sanitaria completando y mejorando los niveles mínimos y comunes a todos establecidos por la legislación básica estatal. En efecto, como era de esperar, las Comunidades Autónomas con competencias asumidas de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado en materia de Sanidad y Seguridad Social, haciendo uso del título competencial sanidad, han promulgado en los años noventa diversas normas legales y reglamentarias regulando cuestiones que inciden directamente en el ámbito de las prestaciones de salud pública y de asistencia sanitaria, de las que se derivan desigualdades subjetivas y objetivas, tanto de carácter cuantitativo como cualitativo, respecto de los distintos ámbitos territoriales autonómicos. Hacemos una breve descripción de las mismas.

¹⁹ Sobre el derecho a los desplazamientos, incluso entre diferentes Estados de la Unión Europea, han de tenerse muy presentes las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 12 de julio de 2001.

Es importante destacar que toda la normativa autonómica que se citará seguidamente utiliza como título competencial el de Sanidad, no el de Seguridad Social.

1. Desigualdades subjetivas.

Preciso es traer aquí a colación la Ley Foral 2/2000, de 25 de mayo, de Navarra, como paradigma de universalización de la asistencia sanitaria. Dispone su artículo primero que *“la asistencia sanitaria pública dentro del territorio de la Comunidad Foral se extenderá a todos los ciudadanos y ciudadanas residentes en cualquiera de los municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa.”* Se incluye, por tanto, a los españoles y extranjeros sea cual sea su situación. La universalización del derecho a la asistencia sanitaria es plena e inmediatamente operativa.²⁰

La desigualdad en razón de los sujetos efectivamente protegidos entre Navarra y el resto del territorio del Estado es, pues, un hecho. De un lado, la Ley Foral reconoce el derecho a la asistencia sanitaria de una manera efectiva a todos los españoles que residan en Navarra con independencia de sus circunstancias, cuando en el resto del territorio del Estado la universalización no es total, al cien por cien, porque además de ser español han de concurrir otras circunstancias.²¹ De otro lado, reconoce el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en unos términos diferentes y más amplios de los que derivan de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Extranjeros. Ésta reconoce a los extranjeros empadronados el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles lo que implica la exigencia de algún título concreto que haga nacer el derecho (afiliación a la Seguridad Social, minusválido, familiar a cargo, etc.). Por contra, no se exigen esas circunstancias en la Ley Foral.

Por su parte, la Comunidad de Valencia, mediante el Decreto 26/2000, de 22 de febrero, regula la asistencia sanitaria a extranjeros y reconoce a los extranjeros no empadronados, además de la asistencia de urgencia, una ampliación de la asistencia sanitaria a situaciones no urgentes cuando carezcan de recursos económicos y mientras normalizan su situación administrativa.

²⁰ A estos efectos, la Ley Foral dispone que el Gobierno de Navarra debe incluir en los presupuestos generales una financiación complementaria y específica para los beneficiarios del programa de asistencia sanitaria a extranjeros.

²¹ El Plan de Salud de 1995, lo estimaba en torno al 1,5% de la población: unas 600.000 personas. Actualmente se estima en unas 500.000.

Tales desigualdades subjetivas en el acceso a las prestaciones sanitarias públicas son inaceptables. Entiendo que la efectiva universalización de la asistencia sanitaria, por incidir directamente en el acceso a los servicios sanitarios, es cuestión básica que debe resolverse a nivel estatal.²²

2. Desigualdades objetivas.

A. Cuantitativas.

Las diferencias autonómicas en el “quantum” de la asistencia sanitaria también son una realidad. Sin ánimo exhaustivo cabe citar las siguientes:

a) Prestaciones farmacéuticas. Como reacción al Real Decreto 1663/1998, de 24 de julio, por el que se amplía la relación de medicamentos excluidos de financiación estatal, Navarra promulgó el Decreto Foral 258/1998, de 1 de septiembre, por el que se establece la prestación complementaria de determinados medicamentos con cargo a fondos propios de la Comunidad Foral de Navarra. Andalucía ya lo había hecho en similares términos mediante el Decreto 159/1998, de 28 de julio. Este es, sin duda, el caso más llamativo.

b) Prestaciones ortoprotésicas. Andalucía incluye las plantillas ortopédicas, que fueron excluidas por la Orden de 18 de enero de 1996. También financia la parte que le corresponde al usuario en las ortesis y las prótesis especiales. Los colchones antiescaras, que no están incluidos en la Orden de 18 de enero de 1996, son financiados por Galicia. Las sillas de rueda de material ligero, expresamente excluidas por la referida Orden, son abonadas por Galicia, Valencia, País Vasco y Andalucía.

c) Asistencia a enfermos mentales crónicos y agudos. Las desigualdades en la asistencia a los enfermos mentales son notables ya que, de entrada, el INSALUD carece de establecimientos para el internamiento de enfermos mentales de media y larga estancia pues entiende que no es una prestación incluida en la asistencia sanitaria de la Seguridad Social²³. La efectividad de esta pres-

²² El Acuerdo parlamentario de 18 de diciembre de 1997, sobre racionalización del Sistema Nacional de Salud, propugna (apartado 1.1b) una reforma legal que lleve a cabo “la universalización efectiva del derecho de asistencia sanitaria, extendiéndolo a todos los grupos sociales y desvinculándolo de los regímenes de afiliación a la Seguridad Social.”

²³ El artículo 20.2 de la LGS la enumera entre las prestaciones de salud mental. También lo hace el Real Decreto 63/1995, entre las prestaciones especializadas. Sobre la obligación de la Seguridad Social al respecto, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999 -R. Ar. 827 de 2000-.

tación depende exclusivamente de las CCAA.²⁴ Son de apreciar fuertes desigualdades normativas²⁵ y de medios materiales y humanos.

d) Cirugía de cambio de sexo. Esta prestación, expresamente excluida de la financiación pública por el Real Decreto 63/1995, la incluye Andalucía mediante una proposición no del Ley aprobada por el Parlamento Foral el día 11 de febrero de 1999.

e) Asistencia dental infantil. En este campo son de destacar el mayor nivel de prestaciones reguladas por Navarra y País Vasco mediante Decreto Foral 58/1991, de 7 de febrero y Decreto 118/1990, de 24 de abril, respectivamente.

f) Píldora poscoital. Andalucía ha sido pionera en su incorporación a las prestaciones de financiación pública. El Parlamento Foral de Navarra, con fecha de 10 de octubre de 2001, ha admitido a trámite una proposición de Ley Foral para obligar al Gobierno a financiar la píldora poscoital.

B. Cualitativas.

a) Listas de espera quirúrgicas. Tres han sido las Comunidades Autónomas que han regulado tiempos máximos de espera. Valencia mediante el Decreto 97/1996, de 21 de mayo. Establece un tiempo máximo de 90 días y es el Servicio Valenciano de Salud el que designa el centro. Andalucía mediante la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud. Su artículo 6 remite al reglamento la determinación del tiempo de espera. Por reciente Decreto 209/2001, de 18 de septiembre, se ha fijado en 180 días. Navarra mediante la Ley Foral 12/1999, de 6 de abril, en la que también se remite al reglamento a efectos de la determinación del tiempo de espera. Mediante una Orden Foral de 1998 se había fijado en 180 días.²⁶

b) Derecho a la segunda opinión. Navarra en la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre (artículo 9.2). Anda-

lucía en la Ley 27/1998, de 15 de junio (artículo 6) y Extremadura en la Ley 10/2001, de 28 de junio (artículo 11, que remite su concreta regulación al reglamento).

c) Libertad de elección de médico y centro. Así, en Andalucía Decreto 257/1994, de 6 de septiembre, por el que se regula la libre elección de médico general y pediatra, sustituido por el Decreto 607/1999, de 9 de marzo, y en Navarra, Decreto Foral 244/1994, de 28 de noviembre, por el que se regula la libre elección de médico general y pediatra y Decreto Foral 241/1998, de 3 de agosto, de elección de médico especialista.²⁷

d) Eutanasia. Testamento Vital. Cataluña: Ley 21/2000, de 29 de diciembre (artículo 8). Galicia: Ley 3/2001, de 28 de mayo (artículo 5). Extremadura: Ley 10/2001, de 28 de junio (artículo 11.5).

e) Derecho a conocer toda la información obtenida sobre su propia salud y a que ésta sea veraz. En este campo preciso es citar la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Cataluña, que da un paso importante en la regulación del derecho a la información de los pacientes, reconociéndoles el derecho a acceder a todos los documentos que figuran en la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella, dejando a salvo el derecho de los facultativos que han intervenido en su elaboración a hacer reserva de sus observaciones, apreciaciones o anotaciones subjetivas. La determinación legal de que la información ha de ser completa y veraz permite preguntarse si incluso incluye el reconocimiento de los errores médicos.

IV. DESIGUALDADES TERRITORIALES FÁCTICAS.

Junto a este grupo de desigualdades generadas a nivel normativo, nos encontramos con otras muchas desigualdades fácticas cuantitativas y cualitativas derivadas de las siguientes circunstancias:

a) Históricas desigualdades territoriales en la asignación y distribución de recursos, no corregidas todavía como manda el artículo 81 de la LGS.

b) Diferentes organizaciones y dotaciones de los Servicios de salud autonómicos con un mayor o menor grado de eficacia y eficiencia.

c) La autonomía de gestión de los centros sanitarios.

²⁴ En Cataluña, por parte de los Centros de Salud Mental asociados, muy recientemente se ha propuesto la elaboración de un catálogo de prestaciones sanitarias basado en la evidencia científica y ordenada por grupos de edad (Diario Médico de 12 de octubre de 2001).

²⁵ Navarra tiene normada esta asistencia por los Decretos Forales 246 y 247 de 17 de agosto de 1998.

²⁶ La lista de espera es determinante del acceso a las prestaciones de asistencia sanitaria. Un retraso excesivo puede obligar a renunciar a la pública y acudir a la privada. Garantizar el acceso en un tiempo máximo es, creo, cuestión básica o común a todos los ciudadanos. Por tanto, corresponde al Estado fijar con carácter general ese plazo máximo. Las CCAA podrán introducir normas adicionales mejorando esos plazos y estableciendo el régimen de acceso a otros centros. El informe de 2001 del Defensor del Pueblo pide al Consejo Interterritorial que establezca los tiempos máximos de espera.

²⁷ En el hasta el 31 de diciembre de 2001 territorio del INSALUD, estaba regulado mediante el Real Decreto 1575/1993, de 10 de septiembre, de libre elección de médico en atención primaria, y mediante el Real Decreto 8/1996, de 15 de enero, sobre libre elección de médicos en atención especializada.

d) La libertad de actuación y prescripción de los médicos.

Estas desigualdades fácticas generadas por las circunstancias descritas se plasman fundamentalmente en la utilización de diferentes técnicas y procedimientos clínicos para las mismas prestaciones sanitarias, en dotaciones de alta tecnología²⁸, en urgencias, en transporte sanitario, en asistencia en el medio rural, etc.

De todas ellas, ha de destacarse, sin duda, la relativa a los históricos desequilibrios territoriales en la asignación y distribución de recursos y medios (desequilibrios generados por la Seguridad Social y el Insalud, esto es, por el Estado, no por las Comunidades Autónomas). Creo que, actualmente, sigue siendo la causante de las mayores desigualdades territoriales en el acceso a las prestaciones sanitarias. Estos desequilibrios, a mi juicio, sí implican una cierta y real vulneración de los principios de igualdad o equidad. En modo alguno son subsumibles en el marco de la diversidad autonómica admitida constitucionalmente.

V. A MODO DE REFLEXIONES FINALES.

1. La independización de la asistencia sanitaria pública del Sistema de Seguridad Social.

Por haberlo dispuesto nuevamente así la Ley 24/1997, de 15 de julio, y haberlo ratificado la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud se puede acceder por pertenecer al campo subjetivo del protección del Sistema de Seguridad Social, ya que entre su acción protectora figura la asistencia sanitaria. Ahora bien, reitero que una cosa es dilucidar a través de qué concretos títulos legales se tiene derecho a la prestación sanitaria y otra muy distinta es determinar su naturaleza y quién presta esa asistencia. No tiene ningún sentido, a mi juicio, que una asistencia sanitaria pública que se predica universalista y no contributiva, a la que, por tanto, se tiene derecho por el simple hecho de ser ciudadano, sin necesidad de ningún otro título jurídico, se anude a la Seguridad Social, que sigue siendo un sistema esencialmente contributivo y no universalista. El sistema de financiación de la sanidad finalmente adoptado (desvinculación definitiva de los fondos de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, así como financiación indiferenciada de la sanidad vía LOFCA, esto es, vía corresponsabilidad fiscal autono-

²⁸ Véase el cuadro de desigualdades autonómicas publicado en el *Diario Médico* de 25 de octubre de 2001.

ca) también reclama la independización de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Incluso abunda en esta línea el hecho de que se haya declarado la sanidad, junto con la educación, un servicio público fundamental en la Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, de modificación de la LOFCA.²⁹

Sin embargo, hemos comprobado que tras el cambio de rumbo que se opera a partir del año 1995, ahora no lo entienden así las instancias estatales. Fiel reflejo de la posición estatal al respecto son, en primer lugar, los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE modificados en los años 1997 a 1999, donde literalmente se habla de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y, en segundo lugar, la Ley 21/2001 de medidas fiscales y administrativas de la nueva financiación autonómica, donde se vincula directamente la asistencia sanitaria a la materia Seguridad Social.³⁰

No creo acertado, ni necesario, ni oportuno políticamente tal cambio de rumbo. Dificultará una construcción homogénea y equilibrada del Sistema Nacional de Salud; Sistema que nada tiene que ver con el de la Seguridad Social. Rompe la concepción integral e integrada de la salud pública y la asistencia sanitaria. Desde aquí postulo la definitiva desvinculación de la asistencia sanitaria pública de la materia y título competencial Seguridad Social y su integración en la materia y título competencial Sanidad. La Sanidad debe erigirse como un Servicio Público fundamental, universal, integral, integrado y descentralizado territorialmente.

Desde estos postulados es, pues, conveniente que todas las Comunidades Autónomas (las históricas y asimiladas ya lo vienen haciendo) promulguen normativa legal y reglamentaria reguladora de las prestaciones de asistencia sanitaria pública introduciendo las mejoras y adiciones que estimen convenientes en el catálogo de

²⁹ Véase el artículo tercero, que modifica el artículo 15 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.

³⁰ Las razones que se manejan desde instancias centrales para justificar esta vinculación podemos resumirlas en la siguiente forma: a) la propia conceptualización sistémica de la Seguridad Social cuyo ideal de cobertura exige la incorporación de la asistencia sanitaria como una prestación más de la misma; b) la uniformidad del sistema normativo de la sanidad nacional aludido por el TC y la uniformidad de las condiciones de vida, principio éste que adquiere singular relevancia en el caso de los derechos prestacionales, por lo que -se dice- ha de expresarse a través del artículo 149.1.1 CE garantizando la uniformidad, puesto que la intervención normativa unitaria es la única forma de satisfacer el principio de uniformidad, y un sistema uniforme se alcanza mejor en el marco de la Seguridad Social cuyo régimen económico es competencia exclusiva estatal; c) el hecho de que la Seguridad Social mantiene la mayor parte del patrimonio del Sistema Nacional de Salud; d) el hecho de que de la Seguridad Social sigue dependiendo todo lo relativo a la salud laboral.

prestaciones mínimas y comunes fijado por el Estado, y lo hagan utilizando su título competencial de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado en materia de Sanidad. Recordemos que los acuerdos de traspaso de los servicios del Insalud apuntan precisamente en esta línea (apartados B) 2 de los acuerdos).

En fin, después de todo lo dicho y razonado, quizás deba considerarse erróneo o inexacto titular estas reflexiones como “La frustrada independización de la asistencia sanitaria pública del Sistema de Seguridad Social” pues también disponemos de datos fácticos y razones jurídicas fundadas para considerar que esta independización es algo inevitable y ya prácticamente una realidad, digan lo que digan algunas leyes. La realidad algunas veces se impone a las leyes hasta el punto de que finalmente han de modificarse para adaptarse a esa realidad.

2. La superación de los desequilibrios territoriales.

Como ya he recordado, los históricos y profundos desequilibrios territoriales (generados por la Seguridad Social y el INSALUD, esto es, por el Estado), han llevado a los propios responsables sanitarios autonómicos a manifestar que *la diversidad autonómica pierde su encanto para convertirse en desigualdad*.

Estoy totalmente de acuerdo con tal declaración. El encanto de la diversidad autonómica es admisible a partir de la superación de las profundas desigualdades históricas existentes. Mientras tanto, la diversidad no es tal sino sangrante discriminación. La solución pasa, creo, por una añadida financiación inicial por parte del Estado que permita en un plazo razonable la equiparación en medios técnicos y humanos de las autonomías infradotadas con las mejores dotadas³¹, equiparación que no pretendo sea materialmente idéntica (no todas han de tener los mismos servicios de trasplantes o de alta tecnología, por ejemplo), pero sí unos ágiles y eficaces sistemas de referencia

³¹ *Al respecto, conviene recordar que el artículo 81 de la LGS establece que “La generalización del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria que implica la homologación de las atenciones y prestaciones del sistema sanitario público se efectuará mediante una asignación de recursos financieros que tengan en cuenta tanto la población a atender en cada Comunidad Autónoma como las inversiones sanitarias a realizar para corregir las desigualdades territoriales sanitarias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.” Este artículo, a su vez, remite al 158.1 CE en el que se dice que “En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español.”*

interautonómicos³². A partir de ahí debe permitirse a cada Comunidad Autónoma desarrollar, en el marco básico estatal, su propia política de salud.

3. La futura ordenación de las prestaciones de asistencia sanitaria pública por el Estado y por las Comunidades Autónomas.

La transferencia de los servicios del INSALUD a todas las Comunidades Autónomas del 143 CE es ya una realidad. Y es obvio que con esta transferencia lo que se ha traspasado es precisamente el paquete de prestaciones de asistencia sanitaria pública. La asunción de ese paquete por dichas Comunidades Autónomas, ateniéndonos a la literalidad de sus Estatutos de Autonomía, no lo será en los mismos términos competenciales que las Comunidades históricas y asimiladas. Mientras en estas hay una verdadera descentralización política, en aquellas sólo la hay administrativa. No obstante, cabe, como ya he razonado, una interpretación que las asimile totalmente.

El vigente catálogo de prestaciones sanitarias comunes data, como es bien sabido, de 1995. Se trata de un catálogo de prestaciones abierto y dinámico. Su desarrollo hasta ahora y en los próximos años, tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas, no se ha centrado ni se centrará en su ampliación incorporando nuevas prestaciones -dada la amplitud del catálogo éstas serán muy puntuales-, sino en la mejora cualitativa de las prestaciones sanitarias ya reconocidas introduciendo nuevas técnicas o procedimientos clínicos; ámbito de mejoras que se centrarán en temas como la actualización del contenido de prestaciones, las listas de espera, mayor información, libertades de elección y de decisión, atención sociosanitaria y de salud mental, dotación de mejores medios técnicos, mejor redistribución territorial de recursos, etc. Y ya hemos visto el desarrollo y complementación del vigente catálogo hecho por las Comunidades Autónomas, fundamentalmente en el ámbito de mejoras cualitativas, con las desigualdades jurídicas y efectivas que ha generado; desigualdades compatibles, a mi juicio, con los principios de equidad, igualdad y cohesión social, analizados éstos desde la óptica del Tribunal Constitucional, que, a fin de cuentas, es el auténtico y máximo intérprete de la Constitución.

³² *Se trata del derecho de los pacientes a acceder y recibir a tiempo determinadas prestaciones sanitarias con independencia de que las haya o no en su Comunidad Autónoma. Cuando no las haya el paciente tiene derecho a ser atendido en otra Comunidad Autónoma que disponga de ellas (centros y servicios de referencia). Garantizar convenientemente este derecho prestacional pasa por formalizar los Convenios necesarios entre Comunidades Autónomas.*

Creo que el Gobierno central pretende una mayor uniformidad de la asistencia sanitaria pública tanto en el nivel normativo como en el de gestión. Considera que uniformando garantizará mejor la equidad y la cohesión social. Al logro de este objetivo decide reencuadrar la asistencia sanitaria en el ámbito de la Seguridad Social. Sin embargo, paradójicamente el sistema de financiación adoptado camina en dirección opuesta. En efecto, a pesar de que desde diversas instancias se ha predicado que la financiación de la sanidad siga siendo específica y diferenciada³³, no diluida en la financiación general vía corresponsabilidad fiscal, ya que de ser así ello conllevaría un alto riesgo de quiebra de la equidad, resulta que el sistema de financiación finalmente acordado es el indiferenciado a través de los propios fondos autonómicos; modelo que, al menos teóricamente, propiciará rupturas de la uniformidad y de la equidad.

Estoy de acuerdo en el papel del Estado como garante de un paquete homogéneo de prestaciones sanitarias mínimas y comunes que deberán ser efectivamente accesibles a todos los ciudadanos con independencia del lugar de residencia. A su vez, el papel de garante de la equidad y de la cohesión social lo situó fundamentalmente en el nivel de la financiación del sistema. Deberá garantizar que todas las Comunidades Autónomas dispongan de fondos suficientes para financiar, al menos, ese paquete común de prestaciones con similares contenidos y niveles de calidad.

Posiblemente sea oportuna y conveniente una nueva regulación del catálogo de prestaciones sanitarias mediante norma con rango de Ley. Esa nueva regulación, no obstante, debe moverse en las mismas coordenadas que el Real Decreto de 1995. El Ministerio, además de fijar el paquete de prestaciones común, también debe trabajar técnica y normativamente en hacer realidad una mayor homogeneidad en el contenido de las prestaciones de todo el Sistema Nacional de Salud, lo que, sin duda, redundará en la mayor equidad del sistema. Por ejemplo, el copago de prestaciones farmacéuticas y ortoprotésicas (más aún si el copago se amplía a otras prestaciones) genera un trato discriminatorio en razón de la distinta capacidad de pago de los pacientes. Es función del Estado establecer las oportunas modulaciones tendentes a lograr el máximo grado posible de igualdad efectiva.

En cualquier caso, esa mayor homogeneidad en los contenidos y en los procedimientos de las prestaciones en todo el Sistema Nacional de Salud exige la pronta reali-

³³ Modelo que encaja mejor con la idea de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

zación por el Gobierno central de las siguientes acciones normativas y técnicas:

- Guías de práctica clínica.
- Procedimientos de evaluación.
- Establecimiento de controles y Registros sanitarios de las nuevas ofertas asistenciales que los proveedores pretendan introducir.
- Regulación de un procedimiento general para la actualización del contenido de las prestaciones sanitarias.

4. Coordinación del Sistema Nacional de Salud.

Al objeto de garantizar la coordinación, la igualdad y la cohesión social, el Ministerio está elaborando diversos anteproyectos de leyes: Ley de Coordinación Sanitaria; Decreto-Ley de listas de espera, etc. A la vista de dichos anteproyectos, por los responsables sanitarios de algunas Comunidades Autónomas se le imputa al Ministerio, sobre todo en lo que hace al anteproyecto de Ley de Coordinación, buscar una uniformización excesiva de todas las Comunidades Autónomas con la consiguiente regresión competencial y freno para el desarrollo por las autonomías de sus propias políticas sanitarias. Dicen que coordinar no significa decirle a cada autonomía lo que debe hacer, sino permitir que cada uno aporte sus propuestas y que las demás libremente acepten las experiencias positivas, generándose la coordinación desde las mismas autonomías³⁴, y que la uniformización es buena sólo en lo básico, pero que a partir de ahí cada Comunidad debe desarrollar sus propias políticas. El Ministerio aduce como justificación de esas iniciativas su deber de velar por la cohesión social, por la equidad y por la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos. Dice que, a fin de cuentas, el ciudadano no distingue de fronteras y que lo que quiere es tener los mismos derechos independientemente del Servicio de salud que le atiende³⁵, y que esto exige una garantía de equidad, que no es uniformar.

Creo que en la actual política del Ministerio de Sanidad y Consumo subyace una fuerte y decidida pretensión de uniformidad normativa evitando así cualquier atisbo de desigualdades en este ámbito. Considero que

³⁴ Al respecto, preciso es citar el reciente pacto autonómico de 16 de octubre de 2001, formalizado entre las CCAA de Madrid, Castilla y León, Castilla-La Mancha y Extremadura, sobre coordinación sanitaria (desplazamientos, centros de referencia, etc.).

³⁵ El Ministerio se está refiriendo a los mismos niveles de calidad en la prestación de la asistencia sanitaria.

existe riesgo de que la Ley de Coordinación termine siendo, más bien, una Ley de imposición de criterios normativos que limite las competencias de las Comunidades Autónomas para diseñar su propia política sanitaria, lógicamente dentro del marco básico estatal. Realmente, entiendo que con la regulación que de la coordinación general sanitaria hacen los artículos 70 a 77 de la Ley General de Sanidad y con la interpretación que de los mismos hace el Tribunal Constitucional³⁶, es más que suficiente a nivel normativo, no siendo necesaria una Ley de Coordinación sino a lo sumo algunos retoques de los artículos de la Ley General de Sanidad reguladores del Consejo Interterritorial de Salud.

Insisto en que la igualdad, la equidad y la cohesión social, son compatibles con la diversidad nacida como consecuencia del Estado autonómico. Las divergencias normativas son el resultado inevitable del Estado autonómico, y no malas en sí mismas consideradas, sino en la mayoría de los casos enriquecedoras, incluso en el ámbito del ejercicio de derechos. Si queremos una legislación totalmente uniforme en todo el país tendríamos que reformar la Constitución y volver al Estado centralista y unitario anterior. En fin, considero bueno y necesario que esta idea de compatibilidad presida todas las actuaciones

del Ministerio, tanto en el orden normativo como en el organizativo. Se trata de satisfacer y hacer compatibles tanto la realidad de nuestro Estado autonómico, esto es, descentralizado políticamente, como la del derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud.

Es obvia la responsabilidad del Estado en la coordinación general de la sanidad. El papel que puede desarrollar el Consejo Interterritorial de Salud como órgano de encuentro e información es, sin duda, importantísimo, pero la coordinación entre las autonomías ha de nacer de ellas mismas. No puede ni debe ser impuesta por el Estado. Para procurar un Sistema Nacional de Salud homogéneo, equilibrado y coordinado, una de las medidas que, a mi juicio, es preciso adoptar urgentemente es la modificación de la actual composición paritaria del Consejo Interterritorial de Salud potenciando la presencia de las Comunidades Autónomas. También conviene modificar las reglas de su funcionamiento e, incluso, algunas de sus funciones potenciándolo como instrumento o cauce de información recíproca.

³⁶ *Téngase en cuenta que conforme a la STC 54/1990, de 28 de marzo, la coordinación general de la sanidad que corresponde al Estado debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias. Y dicha coordinación presupone la existencia de competencias de las Comunidades Autónomas, que en su grado mínimo deben ser cuando menos competencias de ejecución a partir de las que el Estado pueda ejercer su competencia de coordinación.*

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 45/1991, de 28 de febrero, resume de manera sistemática su doctrina sobre la competencia estatal de coordinación en la siguiente forma:

- a) Persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente, la realidad misma del sistema.*
- b) La competencia estatal de coordinación presupone, lógicamente, la existencia de competencias autonómicas que deben ser coordinadas, competencias que el Estado debe respetar, evitando que la coordinación llegue a tal grado de desarrollo que deje vacías de contenido las correspondientes competencias de las Comunidades Autónomas.*
- c) Dicha coordinación debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades ... estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema.*
- d) La integración de las partes en un conjunto unitario, perseguida por la actividad de coordinación, exige la adopción de las medidas necesarias y suficientes para lograr tal integración.*
- e) Son posibles medidas estatales de coordinación preventiva que establezcan sistemas de relación entre las diversas Administraciones (Consejo Interterritorial de Salud, por ejemplo).*

LA FINANCIACIÓN SANITARIA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD DESCENTRALIZADO

*Juan M. Cabasés
Departamento de Economía
Universidad Pública de Navarra*

Sumario:

0. Introducción
1. El estado actual de la financiación sanitaria autonómica
2. Las opciones de financiación sanitaria autonómica.
 - 2.1. La integración de la sanidad en el modelo LO-FCA
 - 2.2. El mantenimiento separado de la sanidad en la financiación.
3. La capitación ajustada
4. El nuevo modelo de financiación sanitaria
 - 4.1. Las características del nuevo sistema de financiación sanitaria
 - 4.1.1. Los principios del nuevo sistema de financiación
 - 4.1.2. Las líneas básicas del nuevo sistema
 - 4.1.3. ¿Cómo se establece la financiación del nuevo sistema?
 - 4.2. Otros aspectos del nuevo sistema de financiación sanitaria
 - 4.2.1. Asignaciones de nivelación
 - 4.2.2. Modificaciones de la Ley General de Sanidad y obligaciones presupuestarias de las CCAA
 - 4.2.3. Naturaleza de la prestación sanitaria objeto del nuevo sistema
5. Valoración del nuevo sistema de financiación sanitaria
6. Temas para debate
7. Referencias

Introducción

La financiación sanitaria en España se encuentra en un momento de cambio. Con el año 2001 finaliza el acuerdo de financiación sanitaria vigente aprobado en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera (CPFF) en 1997 y entra en vigor el nuevo acuerdo de financiación autonómica aprobado por el CPFF el 27 de Julio de 2001, en el que se inserta por vez primera la financiación sanitaria en la financiación general, aunque con sus particularidades.

Además, se ha iniciado la fase final del proceso de transferencias de los servicios sanitarios del Insalud a las Comunidades Autónomas que se inició en 1981, estando prevista la transferencia generalizada a lo largo de 2002. Con las transferencias, cambiará también el papel del Ministerio de Sanidad y Consumo, que deja de tener la responsabilidad de la gestión de los servicios del Insalud, para concentrarse en el papel de regulador del sistema, a la luz de los objetivos de equidad de la Ley General de Sanidad. Ello obligará a reforzar los mecanismos de coordinación general del sistema.

La desaparición del Insalud como referente de las necesidades de financiación obliga a mejorar el sistema de información sanitaria y los canales de transmisión de la política de salud hacia las CCAA. La aprobación de nuevas prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que deben ser financiadas adicionalmente a las ya existentes, siguiendo el procedimiento legislativo habitual según se establece en el decreto de ordenación de Prestaciones de 1995, es competencia del gobierno central.

En este trabajo se realizan algunas reflexiones en torno al cambio que se ha de producir como consecuencia del nuevo acuerdo de financiación autonómica. Se revisa la situación de partida de la financiación sanitaria, se

analizan las razones que se esgrimían en defensa de las dos alternativas en liza, integración en el sistema general *versus* financiación separada, y se presenta el nuevo sistema de financiación, en cuanto concierne a la sanidad. Al final, se hacen una valoración del nuevo sistema, planteando algunas cuestiones para el debate.

1.- El estado actual de la financiación sanitaria autonómica

El acuerdo vigente desde 1998 vino a consolidar los criterios establecidos para el cuatrienio anterior, que establecían un referente de crecimiento al presupuesto sanitario público, el incremento cada año del PIB nominal, y un criterio de distribución a las CCAA con Insalud transferido, la población protegida no ajustada como base del reparto. En el acuerdo se incorporó, además, un segundo fondo que, aunque reducido en su cuantía, afectaba directamente a los criterios anteriores, al permitir crecimientos presupuestarios superiores al de referencia y alejarse del criterio capitativo puro al impedir que las CCAA con descensos relativos de la población ajustasen su presupuesto a su nueva población protegida, lo que se denominó ajuste por modulación financiera. Este fondo incluía también asignaciones adicionales para algunas CCAA en función de la formación de especialistas y los desplazamientos de pacientes. Los cálculos para la estimación de estas asignaciones distaban mucho de ser objetivas. Sin embargo, fue probablemente la existencia de este segundo fondo lo que permitió lograr el consenso deseado que dio lugar al acuerdo.

El acuerdo citado no ha conseguido el pretendido control del crecimiento del gasto sanitario público, siendo en todos los años del período el crecimiento del gasto mayor al del PIB. Esto ilustra la tendencia inequívoca del

¹ Las reflexiones que aquí se presentan responden a trabajos en curso desarrollados en el marco del proyecto 2FD1997-1443-C04-01, financiado por la Unión Europea a través de fondos "FEDER", en el que colaboran: el Departamento de Economía Aplicada de la Universidad de Granada (Jiménez Aguilera, Juan de D.; Sánchez Campillo, José; Martín Martín, José J.); el Departamento de Economía de la Universidad Pública de Navarra (Cabasés Hita, Juan (coordinador); Galilea Salvatierra, Pedro J.; Gil Canaleta, Carlos A.; Lera López, Fernando; Pascual Arzo, Pedro); el Departamento de Economía Aplicada (Hacienda Pública) de la Universidad de Málaga (Sánchez Maldonado, José; Gómez Sala, Jesús S.; Ordóñez de Haro, M^a Carmen); el Departamento de Economía Aplicada (Matemáticas) de la Universidad de Málaga (Caballero Fernández, Rafael; Gómez Núñez, Trinidad; Ruiz de la Rúa, Francisco) y la Escuela Andaluza de Salud Pública. El objetivo es profundizar en el estudio de la financiación autonómica de la sanidad en España, así como ayudar a resolver algunos de sus problemas pendientes mediante la construcción de herramientas de decisión que se basan en técnicas matemáticas de programación multicriterio.

gasto sanitario público a crecer por encima del crédito autorizado, aunque en España se mantenga en cifras razonables si se compara con otros países de nuestro entorno. Además, los responsables sanitarios hablan de que ya se han generado déficits en el período, lo que requerirá probablemente una nueva operación de saneamiento financiero como las realizadas con ocasión de los acuerdos anteriores.

En estas condiciones, garantizar un presupuesto sanitario suficiente se convierte en una exigencia para los responsables públicos. Ello supone contemplar el coste del proceso de transferencias pendientes que, dependiendo de las diferentes hipótesis respecto a los criterios de asignación presupuestaria a realizar en la situación de culminación del proceso, oscilará entre unas necesidades financieras adicionales de 47 mil millones de pts (población protegida, nadie pierde) y 318 mil millones de pts (población de derecho, todas las CCAA se ajustan siguiendo a la Comunidad con mayor presupuesto capitativo), lo que obligará a un crecimiento del presupuesto sanitario durante los próximos años, en la hipótesis más extrema, de un 1.5% por encima del PIB previsto en el plan de estabilización presupuestaria (Montero et al.2001).

2.- Las opciones de financiación sanitaria autonómica

Con respecto a las alternativas abiertas a la hora de revisar el acuerdo en vigor, dos son las que se fueron barajando: La integración en el mecanismo de financiación general autonómica, es decir, en el marco de la LOFCA, una vez incorporada una mayor corresponsabilidad fiscal, opción preferida por los responsables económicos del gobierno central, que, al final, es la que se adoptó, o el mantenimiento de una financiación específica para la sanidad. Cada una de ellas muestra ventajas y desventajas y a ellas nos referimos a continuación utilizando, en su caso, la experiencia comparada.

2. 1.- La integración de la sanidad en el modelo LOFCA

La desaparición desde el año 2000 de las cotizaciones sociales como fuente de financiación de la sanidad, que ha pasado a financiarse fundamentalmente mediante impuestos, es la razón que más se aduce para proponer su incorporación al modelo LOFCA. No parece haber justificación para recibir un trato separado del resto de los servicios públicos. Además, la nueva financiación general autonómica venía introduciendo la corresponsabilidad fiscal, reduciendo parcialmente la asimetría de responsa-

bilidad que hacía responsables a las CCAA del gasto pero no de los ingresos.

Este nuevo marco, que ha quedado mucho más reforzado en el nuevo modelo a aplicar a partir del 2002, supone un traslado de riesgos a las CCAA mayor, lo que significa una mayor conciencia del coste por parte de los responsables sanitarios, algo saludable desde la perspectiva financiera para la sanidad.

Por otra parte, para avanzar en la corresponsabilidad fiscal mediante la cesión de nuevos tramos del IRPF y de otros impuestos indirectos, como el IVA, y los impuestos especiales, el camino finalmente escogido, es necesaria una capacidad de gasto amplia por parte de las CCAA. Ello obliga a incorporar la sanidad entre los servicios a financiar con esos nuevos ingresos. En otro caso, algunas CCAA se verían obligadas a devolver las cantidades generadas en el nuevo modelo. La transferencia sanitaria y su financiación vía LOFCA se convierten así en una exigencia del nuevo modelo de financiación autonómica.

Una ventaja de la integración es que permite un tratamiento conjunto de todas las necesidades de servicios públicos de las CCAA a la hora de proponer los ajustes a incorporar a la población para contemplar las diferencias en las necesidades relativas entre comunidades. Estudios recientes (López Casanovas 1999) muestran cómo las necesidades adicionales sanitarias por envejecimiento en algunas CCAA podrían compensarse con las mayores necesidades para educación por parte de otras CCAA con mayor número de jóvenes.

También cabría considerar argumentos extraeconómicos de gran relevancia, como el de la mayor autonomía y capacidad de decisión que resulta del nuevo modelo LOFCA, consistente con la idea constitucional de descentralización que inspira la estructura administrativa española.

2.2 El mantenimiento separado de la sanidad en la financiación

Contra estos argumentos, desde los ámbitos sanitarios se vive como una amenaza esta integración. Se arguyen razones de suficiencia y de equidad. La transferencia sanitaria introduce incertidumbre en los responsables sanitarios autonómicos, que nunca han tenido la responsabilidad de gestionar el presupuesto del Insalud en sus respectivas comunidades. Desconocen las verdaderas necesidades presupuestarias para hacer frente a las necesidades sanitarias de su población. Su única referencia es el denominado coste efectivo, es decir, el gasto actual del

Insalud en su comunidad. En estas condiciones, es muy arriesgado entrar en un modelo cuya única referencia de gasto total es la del año anterior al de su puesta en práctica, y éste ya no servirá de referencia para guiar el crecimiento de futuros presupuestos.

A este argumento de suficiencia se une el temor a que se abra una brecha en equidad, al generarse previsiblemente desigualdades de acceso indeseables entre CCAA. El escaso impacto del decreto vigente sobre ordenación de prestaciones, cuya redacción hace difícil interpretar lo que se considera como paquete asistencial básico a recibir por todos los ciudadanos, algo que, sin embargo, contribuiría a definir las necesidades de gasto en esta materia. Según el mismo, las nuevas prestaciones deben ser reguladas por ley y financiarse adicionalmente siguiendo el proceso presupuestario habitual de aprobación parlamentaria. Esto requeriría dotaciones presupuestarias específicas para las mismas a contemplar en los presupuestos generales. Esta competencia corresponde a la Administración Central, si bien en el supuesto de integración en la LOFCA la carga financiera la soportarían las CCAA.

Además, la sanidad pública es materia perteneciente al régimen económico de la Seguridad Social, que es la encargada de su gestión y titular de su patrimonio, y a través de la cual todavía se adquiere el título de beneficiario del sistema. Este argumento, como veremos más adelante, pasa a ser crucial en el nuevo modelo recientemente aprobado.

No es de extrañar, por tanto, que los responsables sanitarios de las CCAA y del Ministerio de Sanidad y Consumo se mostrasen favorables a la separación de la financiación sanitaria, es decir, a una financiación condicionada, que diera coherencia al Sistema Nacional de Salud desde los postulados de la Ley General de Sanidad de garantizar el acceso a todos los ciudadanos a la asistencia sanitaria pública en condiciones de igualdad efectiva, corrigiendo los desequilibrios territoriales y sociales.

3.- La capitación ajustada

En cualquier sistema de financiación se hace inevitable la necesidad de estimar los requerimientos financieros de las CCAA para hacer frente a la cobertura asistencial. A esto se denomina capitación, es decir, la financiación sanitaria que debe asignarse a cada persona de la región, en función de las características diferenciales que presente en cuanto a necesidad de servicios sanitarios y, en consecuencia, de fondos para hacer frente a las mismas por parte del responsable de garantizarle los servi-

cios sanitarios, durante un período, sujeta a las restricciones presupuestarias.

Para contemplar las diferencias en la necesidad sanitaria de las personas habría que introducir ajustes a la cifra de población, es decir, a modo de una prima aseguradora, en función del riesgo, que cubra con suficiencia las necesidades de todos los ciudadanos de la región, atendiendo al criterio de equidad señalado en la legislación, lo que se denomina capitación ajustada por riesgo. La suficiencia exige unos recursos financieros capaces de hacer frente a las necesidades financieras, algo complicado de estimar en el sector sanitario público, cuya capacidad de controlar el gasto es limitada.

Pero, además, es difícil establecer un consenso sobre las variables de necesidad que habría que considerar, dado el impacto diferente que cada una alcanza sobre las dotaciones a asignar a cada Comunidad Autónoma. No todas ellas gozan de la misma legitimidad. En principio, sólo deberían utilizarse aquéllas que representan influencias materiales demostrables sobre la necesidad de consumir los servicios considerados. Aquellas otras debidas a la influencia de la oferta existente no deberían ser consideradas.

El análisis comparado muestra la utilización de variables de ajuste que explican el gasto actual de manera estadísticamente significativa, es decir, la necesidad sanitaria satisfecha con la oferta existente, dejando fuera la insatisfecha. Frente a las variables socioeconómicas más comunes, como la edad y el género, que explican escasamente las variaciones en el gasto, otras como la utilización sanitaria en los períodos anteriores, ingresos hospitalarios recientes, estado de salud –diagnosticado y percibido–, parecen explicar mucho mejor las diferencias en el gasto y, consiguientemente, en las necesidades financieras para hacerle frente. Pero la información sobre estas variables más precisas suele ser mucho peor.

La opción en España por no utilizar variables de ponderación y establecer la asignación en base al criterio de la población protegida, establecida en la Ley General de Sanidad y corroborada en los acuerdos de financiación sanitaria de 1993 y 1997, contrasta con las fórmulas utilizadas en los demás países de nuestro entorno donde la edad, por ejemplo, es utilizada prácticamente en todos. Como se ha comentado anteriormente, ni siquiera el criterio de la población protegida está siendo aplicado, pese a ser el criterio explícitamente adoptado, en aras de lograr un acuerdo.

Ahora bien, no debe olvidarse la importancia del divisor en el análisis de las fórmulas de asignación. Es

diferente el reparto al nivel de CCAA que a niveles más descentralizados. En Canadá, por ejemplo, país que combina la descentralización financiera con transferencias desde el centro, las transferencias que realiza el gobierno central a las provincias y territorios se establecen según el criterio capitativo, encontrándose las fórmulas de ajuste por riesgo a niveles intraprovinciales.

4.- El nuevo modelo de financiación sanitaria

Por acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera (CPFF) de 27 de Julio de 2001 se ha aprobado por unanimidad de sus miembros un nuevo acuerdo de financiación autonómica que integra todos los servicios públicos descentralizables en el mismo modelo. La opción de integración de la asistencia sanitaria en el modelo general es, por tanto, la elegida. La integración, sin embargo, no conlleva la pérdida de visibilidad de los presupuestos sanitarios, cuyas necesidades se estiman con variables diferentes a las de los servicios comunes y los servicios sociales. El nuevo modelo introduce cambios notables en la corresponsabilidad fiscal, que amplía la lista de tributos estatales susceptibles de cesión a las Comunidades Autónomas, así como la capacidad normativa de las mismas respecto a ellos, con relación a la existente en el modelo aún vigente, para adecuar los recursos necesarios para hacer frente a la financiación de los servicios transferidos a la nueva situación postransferencial.

Caracterizaremos el nuevo modelo para, a continuación, hacer una valoración inicial del mismo.

4.1 Las características del nuevo modelo de financiación autonómica

La vocación de estabilidad del nuevo modelo se manifiesta en los dos proyectos de ley en que se concreta², de reforma de la LOFCA y regulación del sistema de financiación aprobado en el CPFF.

² El proyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de Septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) y el proyecto de Ley por la que se Regulan las Medidas Fiscales y Administrativas del Nuevo Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, que incorpora en su articulado modificaciones de la Ley General de Sanidad y del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social son las referencias básicas de los cambios que introduce el nuevo modelo de financiación autonómica.

4.1.1 Los principios del nuevo sistema de financiación.

Los principios que fundamentan el nuevo modelo son: *generalidad, estabilidad, suficiencia, autonomía, solidaridad, coordinación, participación en la Agencia Estatal de Administración Tributaria y participación en los Tribunales Económico-Administrativos.*

El *principio de generalidad* se refiere a la integración de todos los servicios susceptibles de traspaso, es decir, los servicios comunes, la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y los servicios sociales de la Seguridad Social, así como a la aplicación general del modelo a todas las CCAA (sin perjuicio de lo dispuesto en los regímenes forales). No hay que olvidar que el modelo de 1997 no concitó el consenso unánime y 3 CCAA no aceptaron participar en el mismo³.

El *principio de suficiencia* hace referencia a la cobertura de las necesidades financieras para hacer frente a las responsabilidades de las CCAA, suficiencia tanto estática, es decir, en el momento inicial de aplicación del modelo en el año base, como dinámica, en su evolución temporal. La suficiencia estática se concreta en el cálculo de las necesidades financieras de cada CA para cada uno de los bloques de competencias, servicios comunes, asistencia sanitaria y servicios sociales, con formas de determinación específicas para cada uno, y el de los recursos financieros para satisfacerlas, de manera que quede garantizado que la financiación de las distintas CCAA permite dar cobertura, en términos equivalentes a la financiación de los distintos servicios.

Los recursos financieros del sistema son de dos tipos, los tributos cedidos⁴, que se amplían notablemente con relación a la etapa anterior, y el Fondo de Suficiencia, que es la variable de cierre del sistema, cuya finalidad es cubrir la diferencia

³ Andalucía, Castilla-La Mancha y Extremadura

⁴ Recaudación de tributos cedidos sobre el Patrimonio, Transmisiones Patrimoniales y A.J.D., Sucesiones y Donaciones, y sobre el Juego, y Tasas afectas por servicios transferidos; tarifa autonómica del IRPF; cesión del 35% de la recaudación líquida por IVA; 40% de la recaudación líquida del impuesto sobre la cerveza, de los impuestos sobre Productos Intermedios, sobre alcohol y bebidas derivadas, Hidrocarburos, labores del tabaco; cesión del 100% de la recaudación líquida por el impuesto sobre Electricidad, el impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte; Impuesto sobre el vino y bebidas fermentadas.

entre los recursos tributarios del sistema producidos en las distintas CCAA y sus necesidades de financiación, para hacer efectiva la garantía de suficiencia antes mencionada de prestación equivalente de todos los servicios en todas las CCAA, con independencia de su capacidad de obtención de recursos tributarios. Fuera del sistema, dos fondos adicionales completan el cuadro de los recursos: el Fondo de Compensación Interterritorial y las asignaciones de nivelación a las que nos referiremos más adelante.

Con respecto a la suficiencia dinámica en lo que atañe a la sanidad, se establece la vinculación de todos los recursos del sistema a la financiación de los servicios sanitarios, en el importe que resulte de aplicar al valor en el año base de la financiación de estos servicios, el índice de crecimiento del ITE⁵ en cada año. Además, la revisión temporal del Fondo de Suficiencia procederá cuando se produzcan traspasos de nuevos servicios, ampliaciones o revisiones de valoraciones de traspasos anteriores.

El *principio de autonomía* significa que se amplían las potestades de decisión de las CCAA en materia fiscal.

El *principio de solidaridad* garantiza que las CCAA pueden prestar sus servicios en condiciones equivalentes, con independencia de su capacidad de obtención de recursos, mediante los mecanismos de suficiencia mencionados.

Por el *principio de coordinación* se establecen los mecanismos de atribución de rendimientos de los diferentes tributos y de colaboración entre las diferentes Administraciones para el correcto funcionamiento del sistema.

Los *principios de participación* en la Agencia Estatal de Administración Tributaria y en los Tribunales Económico-Administrativos introducen la colaboración de las CCAA con la Administración Central en la gestión del sistema.

⁵ El ITE se define como la recaudación estatal, excluida la susceptible de cesión, por IRPF, IVA, y los impuestos especiales de fabricación sobre la cerveza, sobre el vino y bebidas fermentadas, sobre productos intermedios, sobre alcoholes y bebidas derivadas, sobre hidrocarburos y sobre labores del tabaco

4.1.2 Las líneas básicas del nuevo sistema

El nuevo sistema tiene como líneas básicas las siguientes:

1. Toma como año base el ejercicio de 1999
2. Integra la actual financiación de competencias comunes, así como las correspondientes a la gestión de los servicios sanitarios de la Seguridad Social de servicios sociales de la Seguridad Social.
3. Se establece la financiación del año base correspondiente a los tres bloques de servicios, que se toma como punto de partida o restricción inicial del sistema.
4. Se estiman las necesidades totales de financiación, en términos de homogeneidad competencial, mediante la aplicación de las variables sociodemográficas y distributivas, y de las ponderaciones y modulaciones financieras que se establecen. Un resultado de esta estimación es que todas las CCAA ven aumentados sus recursos para la financiación de los servicios asumidos o susceptibles de asumir.
5. La necesidad de financiación en el año base es el resultado de la adición a la asignación señalada en el punto anterior, del valor de los servicios asumidos por las CCAA, que se han descontado a efectos del cálculo de la financiación homogénea.
6. Se establecen los recursos que servirán para financiar las necesidades estimadas, que son de dos tipos, dentro y fuera del sistema. Los recursos dentro del sistema son: las tasas afectas a los servicios traspasados, los impuestos que ya habían sido cedidos anteriormente, los impuestos cedidos en este acuerdo, y el Fondo de Suficiencia, que viene a sustituir a la Participación de Ingresos del Estado (PIE) y que sirve de mecanismo de cierre del sistema. Fuera del sistema se encuentran el Fondo de Compensación Interterritorial, que añade un nuevo elemento a su composición al permitir dotar fondos para gastos corrientes que generen las inversiones del propio FCI y las asignaciones de nivelación, creadas para corregir situaciones especiales que puedan desequilibrar la prestación de servicios públicos fundamentales a un nivel adecuado.

En las líneas básicas se incluyen, además, dos de aplicación específica a la sanidad: el principio de afectación y la constitución de un fondo específico.

Principio de afectación: “De todo el conjunto de recursos que reciben la CCAA estarán obligadas a dotar a sanidad, como mínimo, la cantidad que resulte de la aplicación de los índices de necesidad e incrementarla cada año en una cuantía igual a la que se incrementen los Ingresos Tributarios del Estado (ITE)”.

Fondo específico para sanidad: “Se establece una reserva para el cumplimiento de ciertos fines. La necesidad de implantar o implementar determinadas políticas que coadyuven a lograr una mayor eficiencia en el gasto sanitario exige que una pequeña parte del total de la financiación del mismo sea gestionada directamente desde la Administración General del Estado”.

4.1.3 ¿Cómo se establece la financiación sanitaria en el nuevo sistema?

El sistema de financiación parte del cálculo de la restricción inicial en el año base (1999), que es la suma de las restricciones iniciales de los tres bloques competenciales. Se calculan, a continuación las necesidades homogéneas (a igual nivel competencial) de financiación de cada Comunidad Autónoma en el año base según los criterios acordados para cada bloque. Se estiman los recursos financieros del sistema en el año a base según la nueva estructura tributaria propuesta para las CCAA y los fondos complementarios que se acuerdan. Por último, se establecen los mecanismos de evolución temporal del sistema de financiación (suficiencia dinámica).

Aunque el sistema de financiación acordado es integrado y por tanto para su valoración se requiere una consideración global del mismo, la elección de una financiación diferenciada y condicionada para la sanidad permite, a los propósitos de este trabajo, centrarse en las cuestiones específicas de este bloque competencial.

La restricción inicial para la asistencia sanitaria de la Seguridad Social es la suma de la financiación resultante de la liquidación definitiva del año 1999 para las CCAA con competencias asumidas y de la financiación resultante para las res-

tantes CCAA integradas en Insalud Gestión Directa.

Las necesidades financieras para el bloque de asistencia sanitaria prevén tres tipos de fondos: a) *Fondo general*, cuya masa homogénea de financiación se asigna de acuerdo con los siguientes criterios: Población protegida (proporcional a su valor en 1999, con una ponderación del 75%); Población mayor de 65 años (proporcionalmente a la misma en 1999, con ponderación del 24.5%); Insularidad (0.5%). b) *Garantía de mínimos*, por la que el sistema garantiza que la financiación asignada a cada Comunidad Autónoma por el Fondo General sea, al menos, igual a la que cada una de ellas tiene asignada como masa homogénea de financiación en este bloque de competencias (ninguna CA percibirá menos recursos que los resultantes de aplicar el sistema vigente). c) *Fondos Específicos*, el Fondo “Programa de ahorro en incapacidad temporal” y el Fondo de Cohesión Sanitaria. El primero, dotado con 40.000 millones de ptas., financia la adopción de programas y medidas dirigidas al control del gasto relativo a la incapacidad temporal.

El Fondo de Cohesión Sanitaria tiene por objeto garantizar la igualdad de acceso a los servicios sanitarios públicos en todo el territorio español, independientemente de la CA de residencia, y será gestionado por el Ministerio de Sanidad y Consumo. Se trata con este fondo de configurar un mecanismo de facturación de desplazados entre las diferentes CCAA, además de los procedentes de otros países de la UE u otros con convenios de reciprocidad. Se trata además de dotar al Ministerio de un fondo centralizado para facilitar un funcionamiento coherente y armónico del SNS, que garantice la equidad y la coordinación entre los diferentes servicios autonómicos de salud y fomente la cooperación.

Las necesidades totales de financiación en el año base son las que resultan de sumar las necesidades homogéneas según el procedimiento anterior, con el valor en el año base de las competencias no homogéneas.

Los recursos financieros del sistema para financiar las necesidades así estimadas son los provenientes de la recaudación autonómica por tributos ya cedidos anteriormente y por la correspondiente a la nueva cesión de tributos, además de

las tasas afectas a los servicios traspasados y por el *Fondo de Suficiencia*, que viene a cubrir la diferencia, positiva o negativa, entre las necesidades totales de financiación de cada CA y el valor de los recursos mencionados. El Fondo puede, por tanto, ser a favor de las CCAA o del Estado. La revisión de este Fondo se llevará a cabo con el traspaso de nuevos servicios o la revisión de valoraciones de traspasos anteriores.

Cuando se transfiera la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, los recursos financieros por este concepto en el año base serán la cantidad que resulte mayor de estas dos: El coste efectivo o la resultante de aplicar el nuevo sistema.

La suficiencia dinámica incorpora en la sanidad un elemento nuevo: Las CCAA que hayan asumido los servicios sanitarios deberán destinar cada año a la financiación de dichos servicios, como mínimo, el importe que resulte de aplicar el valor en el año base establecido para tales servicios, el índice de crecimiento del ITE. A tal fin quedan vinculados todos los recursos del sistema de financiación.

4.2 Otros aspectos del nuevo sistema de financiación sanitaria

4.2.1 Asignaciones de nivelación.

El nuevo sistema de financiación introduce modificaciones en la LOFCA. De relevancia para la sanidad es la modificación del artículo 15, pendiente de desarrollo desde 1980, que hace referencia a la garantía en todo el territorio español del nivel mínimo de los servicios públicos fundamentales. El nuevo artículo 15 concreta en dos los servicios públicos que se consideran fundamentales, la educación y la sanidad, y prevé asignaciones complementarias para las CCAA que no lleguen a cubrir el nivel mínimo de la prestación. Este nivel mínimo se establece en la ley que regula el nuevo sistema, que lo concreta en lo siguiente: Queda afectado el nivel de prestación sanitaria cuando el incremento de la población ponderada entre un año y el siguiente sea el 3% superior al incremento porcentual que experimente en ese mismo periodo la media nacional.

Para la fijación de la cuantía de las asignaciones se tendrá en cuenta, de forma especial, el

incremento de coste que deriva de la extensión del territorio.

4.2.2 Modificación de la Ley General de Sanidad y obligaciones presupuestarias de las CCAA.

El nuevo sistema de financiación ha obligado a adaptar la Ley General de Sanidad en los artículos de financiación. Concretamente, a las fuentes potenciales de financiación de la sanidad (artículo 79) se añaden los tributos estatales cedidos (y no desaparecen las cotizaciones sociales como fuente). El artículo 82, que establecía la población protegida como criterio de asignación de fondos financieros para las CCAA que hubiesen traspasado los servicios sanitarios de la Seguridad Social, se modifica en el sentido de referir la financiación al sistema vigente en cada momento y obliga a las CCAA a que sus presupuestos de Gastos para la función de asistencia sanitaria de la SS contengan como mínimo la financiación establecida en el sistema de financiación autonómica.

4.2.3 Naturaleza de la prestación sanitaria objeto del nuevo sistema.

El texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social es también objeto de adaptación, para establecer en el artículo 86 que la prestación sanitaria de la SS pasa a ser de naturaleza *no contributiva y universal* en coherencia con la idea de mantener ese servicio dentro del marco del régimen económico de la SS, pero financiado con impuestos generales.

5.- Valoración del nuevo sistema de financiación sanitaria

El acuerdo de 27 de Julio de 2001 ha dado un paso decisivo en la configuración del Estado autonómico al ampliar notablemente el grado de corresponsabilidad fiscal de las CCAA. En 2000, el Estado gestionaba el 60.7% del gasto del Sector Público consolidado, y administraba el 80.7% del total de recursos consolidado y las CCAA gestionaban el 26.6% del gasto y sus ingresos representaban el 9.1%, es decir, su autonomía financiera era del 33%. Con el nuevo sistema, cuando todas las CCAA tengan traspasados los servicios de sanidad de la SS sus recursos autónomos serán el 68% de sus ingresos (Ministerio de Hacienda, 2001).

Además, el acuerdo ha sido unánime, algo que no había ocurrido en el acuerdo anterior todavía vigente,

cuando se introdujo la corresponsabilidad fiscal. La suficiencia financiera garantizada por el acuerdo para poder ofrecer un nivel equivalente de servicios públicos en todas las CCAA independientemente de la capacidad fiscal de cada encontrarse en la base del consenso.

El acuerdo es, además, estable, definiendo un sistema indefinido en el tiempo, que quedará fijado por ley. Se acaba, por tanto, con los acuerdos quinquenales y cuatrienales que se establecían anteriormente para la financiación general autonómica y la sanidad, respectivamente.

La integración de los tres bloques competenciales, servicios comunes, asistencia sanitaria de la SS y servicios sociales de la SS, es otra nota característica que despeja la duda mantenida en todos los debates sanitarios en España en los últimos años.

La integración no es plena en el sentido tradicional de la LOFCA, es decir, con financiación incondicionada de los servicios. La asistencia sanitaria se integra con una financiación diferenciada y condicionada. Las variables y las ponderaciones que se utilizan son diferentes para cada uno de los bloques competenciales que se integran, como lo son los diversos fondos que configuran la financiación de cada bloque.

Una valoración inicial del acuerdo en lo que atañe a la sanidad cuando todavía no ha entrado en vigor y ni siquiera han sido aprobadas las reformas legislativas que lo consolidan es un ejercicio arriesgado. No obstante, podemos comentar elementos de su diseño a la luz de los criterios económicos de eficiencia y equidad.

Desde la perspectiva de la eficiencia en la gestión de los servicios sanitarios, teniendo en cuenta las restricciones técnicas y políticas del sistema sanitario público que hacen difícil el logro de la misma, se observan en el acuerdo abundantes aspectos positivos. El acuerdo amplía la autonomía de decisión de las CCAA, lo que añade valor al sistema. Además, al introducir decididamente la corresponsabilidad fiscal en la financiación sanitaria, traslada riesgos a las CCAA, rompiendo la asimetría existente hasta ahora de responsabilidad en el gasto pero no en los ingresos, una característica del proceso de descentralización sanitaria que operaba como un incentivo perverso para la eficiencia. En su diseño, el acuerdo ajusta la capacidad financiera con las necesidades de gasto, lo que garantiza en principio la suficiencia, si bien este ajuste puede verse o no satisfecho, según la capacidad de gestión de los responsables autonómicos. Se incorporan variables de necesidad relativa en la estimación de las necesidades de financiación. Sin embargo, las

variables escogidas pueden no ser las relevantes para estimar necesidades relativas. Como se ha dicho más arriba, la edad no es una variable suficientemente explicativa de las variaciones de gasto sanitario, lo que hace que el peso relativo notable dado a la población mayor de 65 años no refleje adecuadamente la necesidad relativa.

En materia de equidad, es más difícil hacer una valoración sin conocer la incidencia de la cesta de impuestos llamada a financiar los servicios. El esfuerzo en equidad es más visible en los diferentes fondos que completan el sistema, aunque sus efectos pueden ser inciertos. El Fondo de Suficiencia, el Fondo de Cohesión y las asignaciones de nivelación son instrumentos diseñados para mejorar la equidad. Sin embargo, la necesidad de hacer operativos estos fondos obliga a utilizar variables objetivas simples de necesidad que pudieran no captar las situaciones de necesidad que se proponen corregir. Por ejemplo, la regulación de las asignaciones de nivelación utiliza las desviaciones en el tamaño de la población como única variable.

6.- Temas para debate

La naturaleza de la prestación sanitaria de la SS. La asistencia sanitaria se considera como perteneciente al régimen económico de la SS. En todo momento se hace referencia al artículo 41 de la Constitución y al 149 y en ningún momento al artículo 43. Sin embargo, en palabras de Bardají y Viñas: “Como ha puesto de relieve la doctrina, los mandatos constitucionales permiten o incluso exigen que las prestaciones sanitarias se segreguen del contenido clásico de aseguramiento de la Seguridad Social, para integrarse o refundirse en el Sistema Nacional de Salud” (Bardají y Viñas, 2001). Nos preguntamos en este punto si cabrían otras opciones para descentralizar los servicios sanitarios utilizando la vía del artículo 43 de la Constitución. Las implicaciones son claras. La vía escogida posibilita un grado de centralización elevado, hurtando a los parlamentos autonómicos competencias en el manejo presupuestario, al establecer la obligatoriedad de dotar presupuestariamente unos mínimos y de evolucionar los presupuestos sanitarios al ritmo establecido centralizadamente. Es una situación peculiar que no ocurre en el resto de los servicios públicos. ¿Se justifica un nivel de protección centralizado para los servicios sanitarios?. ¿Es coherente una prestación no contributiva y universal con su mantenimiento en la Seguridad Social?.

Nuestra posición anterior al acuerdo (Cabasés, 2001) era la de integración de la sanidad en el sistema general, asumiendo los argumentos esgrimidos al comienzo de este texto, pero dando visibilidad al presupuesto sanitario de las CCAA durante un cierto tiempo para facilitar el proceso de asunción de los servicios a las CCAA que todavía no han traspasado los servicios de Insalud. Consideramos que dotar de estabilidad a un acuerdo que impide a los Parlamentos autonómicos elegir libremente la composición de los presupuestos puede ser atentatorio contra la autonomía. Y ello independientemente de su relevancia práctica, probablemente escasa, dada la inexorable tendencia al alza del gasto sanitario.

7.- Referencias

BARDAJÍ G Y M. VIÑAS, (2001): “Alcance jurídico del ejercicio de las competencias transferidas”. En : Evaluación de las políticas de servicios sanitarios en el Estado de las Autonomías. López-Casasnovas (dir) y A. Rico Gómez (Coord.). Fundación BBVA. Bilbao.

CABASÉS, 2001: “El nuevo modelo de financiación sanitaria”. En González Fidalgo et al: Coordinación e incentivos en sanidad. Asociación de Economía de la Salud. Oviedo.

GONZÁLEZ LÓPEZ VALCÁRCEL, B y R. URBANOS (2000): “Veinte años de estudios sobre equidad y salud en España”. En: Antoñanzas, Fuster y Castaño (Coords.) “Avances en la Gestión Sanitaria”. XX Jornadas de Economía de la Salud. Islas Baleares, pp. 91-115.

LÓPEZ CASASNOVAS, G. (1999): “La capitación en la financiación territorial de los servicios públicos transferidos: el caso de la sanidad y la educación”. Ministerio de Sanidad y Consumo.

MINISTERIO DE HACIENDA (2001): “Proyecto de presupuestos generales del Estado para 2002”.

MONTERO ET AL.(2001): “Financiación autonómica de la sanidad: Escenarios dinámicos básicos”. En González Fidalgo et al: Coordinación e incentivos en sanidad. Asociación de Economía de la Salud. Oviedo.

ROEMER JE, (1998), “Equality of Opportunity” Harvard University Press

SHELDON TA AND SMITH PC, (2000), “Equity in the allocation of health care resources” *Health Economics* 9, 571-574.

LOS CONCIERTOS DE FARMACIAS. SU GESTIÓN POR LOS SERVICIOS AUTONÓMICOS DE SALUD

*Juan Francisco Mestre Delgado
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia*

1. Consideración introductoria: la ordenación farmacéutica y las prestaciones farmacéuticas comprendidas en la cobertura pública.

A) Puede convenirse en que de forma prácticamente generalizada la atención sobre las condiciones de dispensación por las oficinas de farmacia de los medicamentos integrados en la cobertura pública (financiados, por tanto, total o parcialmente, por los presupuestos públicos) se ha diluido de ordinario, en los últimos años, por la preferente dedicación a resolver cuestiones pendientes en el ámbito de la Sanidad. Han adquirido protagonismo, en efecto, las cuestiones referidas a la determinación del modelo organizativo sanitario, estatal y de las Comunidades Autónomas; la determinación de la competencia sobre servicios sanitarios asistenciales (como prestación del sistema de Seguridad Social), que ha presentado algunas peculiaridades (aunque no obstante, a la fecha, las competencias de gestión y ejecución han sido asumidas por las Comunidades Autónomas "de segundo grado", que ya han modificado sus Estatutos de Autonomía, abriéndose el horizonte a su materialización, que incluso después de la reforma estatutaria se mantuvo en el ámbito competencial del Insalud). De forma muy destacada se han suscitado (destacadamente por S. Muñoz Machado) profundas reflexiones sobre el alcance de los servicios públicos sanitarios (su extensión e intensidad en momentos de crisis). Desde la perspectiva de los medicamentos, las exigencias del Derecho comunitario europeo, por un lado, y las recientes preocupaciones por la limitación del gasto público, por otro, así como las consecuencias que derivan del principio del uso racional de los mismos, son los extremos que han protagonizado posiblemente las reflexiones más destacadas, y que han suscitado relevantes problemas aplicativos.

Desde otra perspectiva, y en buena medida como si se tratara de un ámbito aislado del anterior, los grandes centros de atención que se han suscitado sobre las oficinas de farmacia, al hilo de la determinación del régimen de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, han venido referidos prácticamente a delimitar el ámbito de intervención pública, en referencia a si las reglas de autorización debían ser más o menos severas (elemento poblacional, régimen de distancias), o si las condiciones de desempeño de la actividad (presencia física del farmacéutico, transmisión, régimen de horarios) podían o no ser moduladas.

Ciertamente, ambas materias presentan un punto de conexión inequívoco cuando se trata de determinar el régimen de la dispensación por las oficinas de farmacia de los productos farmacéuticos incluidos en las prestaciones públicas. Su análisis resulta de un inequívoco interés, más aún cuando se ha producido un modelo normativo específico (el que contiene la Ley Foral 12/2000, de atención farmacéutica) que se aparta de manera muy destacable del común de las regulaciones vigentes en punto a los conciertos con las oficinas de farmacia.

B) Pero antes de afrontar el análisis concreto, es preciso formular algunas consideraciones previas sobre algunos de los extremos ya apuntados, en la medida en que permiten establecer algunas de las coordenadas normativas en las que debe desenvolverse la cuestión que nos ocupa.

En primer lugar, porque ésta se mueve en un ámbito en el que se superponen objetos de regulación –y correlativamente títulos competenciales– formalmente distintos, cuyas determinaciones se proyectan sobre ella de forma conjunta. Por un lado, afecta al régimen jurídico de la ordenación farmacéutica, y en especial en lo que hace a las oficinas de farmacia; por otro, al régimen de las prestaciones sanitarias públicas y al de la organización de

los servicios sanitarios. Por ello es conveniente recordar brevemente las reglas aplicables en uno y otro ámbito.

En segundo lugar, porque en la determinación del alcance de las prestaciones sanitarias públicas se proyectan intereses y bienes dignos de protección jurídica eventualmente encontrados. Destacan, por un lado, los mandatos constitucionales sobre la protección de la salud (el artículo 43, tras reconocerlo como derecho, especifica que "competen a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto"); por otro, los diferentes intereses que, en punto a concretar lo que se considera "necesario", asumen las distintas instancias territoriales de poder competentes al efecto; y, en fin, la ya clásica contraposición entre los intereses y aspiraciones de los ciudadanos, en el marco del Estado del Bienestar, de obtener las mejores y más avanzadas prestaciones y servicios, frente a la limitación de los presupuestos públicos (concretada, en lo que nos interesa, en medidas concretas de limitación del gasto público farmacéutico).

En tercer lugar, gravita sobre la cuestión que nos ocupa el análisis de las diferentes técnicas de intervención pública sobre la fijación de los precios de los medicamentos.

C) Parece, por ello, conveniente, afrontar inicialmente una somera descripción de estos extremos, para inmediatamente después detenernos en el régimen de los conciertos farmacéuticos. Con el confesado propósito de describir los regímenes vigentes en la actualidad, y reflexionar sobre los problemas técnico jurídicos que presentan.

2. Breve excursión sobre los principios de la organización de los servicios sanitarios públicos.

A) La Ley General de Sanidad insistió en la necesidad de entender de modo coordinado el entramado de los servicios de salud, atendiendo -según confesó en el Preámbulo- al sistema de distribución territorial del poder que instauró la Constitución. La idea organizativa central en la que se refleja este planteamiento es el establecimiento del Sistema Nacional de Salud, en el que se integran "todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud" (art. 44.1), y que "es el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la presente Ley" (art. 44.2).

Precisamente, porque "las Comunidades Autónomas crearán sus servicios de Salud dentro del marco de esta Ley y de sus respectivos Estatutos de Autonomía" (art. 4.2).

Estos Servicios de Salud, que deben constituirse en cada Comunidad Autónoma (art. 50.1) de acuerdo con los principios básicos de la Ley General de Sanidad (art. 49) integrarán "todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias" (art. 50.1). Aspectos centrales del diseño normativo de estos Servicios de Salud son la planificación y el concepto integrado de la atención de la salud. En lo que se refiere al primero, la Ley especifica que aquellos Servicios "se planificarán con criterios de racionalización de los recursos, de acuerdo con las necesidades sanitarias de cada territorio" (art. 51.1); adquiere una trascendencia destacada la idea de plan, aplicada a nuestro ámbito: "cada Comunidad Autónoma elaborará un plan de salud que comprenderá todas las acciones sanitarias necesarias para cumplir los objetivos de sus Servicios de Salud. El Plan de Salud de cada Comunidad Autónoma, que se ajustará a los criterios generales de coordinación aprobados por el Gobierno, deberá englobar el conjunto de planes de las diferentes Áreas de Salud" (art. 54). Desde la segunda perspectiva indicada, la ordenación territorial de los Servicios "se basará en la aplicación de un concepto integrado de atención a la salud" (art. 51.2).

Pero existen otras determinaciones que respaldan esta misma finalidad en el texto de la Ley: así, la "concepción integral del sistema sanitario" ("tanto el Estado como las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas competentes, organizarán y desarrollarán todas las acciones sanitarias a que se refiere este título dentro de una concepción integral del sistema sanitario": art. 4.1); la posibilidad de establecer, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, planes de salud conjuntos (art. 71). También, mediante la atribución al Estado de las competencias sobre alta inspección (art. 43 de la Ley). De forma destacada, el legislador insistió en el establecimiento de fórmulas de coordinación: por un lado, se especifica que una característica fundamental del SNS es "la coordinación y, en su caso, la integración de todos los recursos sanitarios públicos en un dispositivo único" (art. 46.c); por otro, es muy relevante la creación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que "será el órgano permanente de comunicación e información de los distintos Servicios de Salud, entre ellos y con la Administración estatal, y coordinará, entre

otros aspectos, las líneas básicas de política de adquisiciones, contrataciones de productos farmacéuticos, sanitarios y de otros bienes y servicios, así como los principios básicos de la política de personal" (art. 47.2). En fin, la Ley dedica los arts. 70 y ss. a "la coordinación general sanitaria", que incluye, entre otros extremos, "la determinación de fines u objetivos mínimos comunes en materia de prevención, protección, promoción y asistencia sanitaria" y "el marco de actuaciones y prioridades para alcanzar un sistema sanitario coherente, armónico y solidario" (art. 70.2). Como ha destacado S. Muñoz Machado ("La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos", Madrid 1995), "la cooperación se entiende, por tanto, fundamentalmente como un mecanismo de interrelación, de puesta en común de la información, de las iniciativas y de las necesidades, a los efectos de conseguir que las acciones individualizadas se orienten hacia objetivos definidos en común" (p. 125).

B) Todas las leyes autonómicas que se han producido sobre la materia insisten en estos principios. Así, el Servicio Vasco de Salud "tendrá como finalidad la gestión de los servicios sanitarios de carácter público y la programación y el control de los servicios de índole sanitario de la Comunidad Autónoma del País Vasco, dentro de su competencia", y al que le corresponden, entre otras actividades, la ordenación farmacéutica (Ley 10/83, de 19 de mayo); el Servicio Catalán de la Salud se crea para llevar a cabo una adecuada organización y ordenación del sistema sanitario de Cataluña, con el objetivo de último del mantenimiento y mejora del nivel de salud de la población, mediante el desarrollo de las funciones que le son encomendadas, comprendiendo la actividad de prestación de productos farmacéuticos, terapéuticos, diagnósticos y auxiliares (Ley 15/90, de 9 de julio); la finalidad del Servicio Gallego de Salud es la gestión de los servicios sanitarios de carácter público dependientes de la Comunidad Autónoma y la coordinación integral de todos los recursos sanitarios y asistenciales existentes en su territorio, en el ámbito de su competencia, comprendiendo la gestión de las prestaciones sanitarias, farmacéuticas y complementarias que le correspondan (Ley 1/89, de 2 de enero); en términos semejantes se pronuncian las Leyes 1/92, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias; 8/86, de 6 de mayo, del Servicio Andaluz de Salud; 4/94, de 26 de julio, de Sanidad de la Región de Murcia; 12/89, de 21 de abril, del Servicio Aragonés de Salud; 11/94, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; 10/90, de 23 de noviembre, de Salud de Navarra; 4/92, de 15 de julio, del Servicio balear de la Salud; o la Ley 1/93, de 6 de abril, de ordenación del sistema sanitario de Castilla y León, entre otras.

C) En este entorno, es sumamente relevante la determinación del alcance de las prestaciones públicas, toda vez que vienen coexistiendo varias instancias territoriales de poder con competencias en la materia. Puede indicarse que la regla general es que las prestaciones públicas vienen siendo establecidas por el Estado, sin perjuicio de la posibilidad de que las Comunidades Autónomas establezcan de forma complementaria las que consideren oportunas, en el bien entendido que dicha capacidad se vincula con la financiación propia de las que se acuerden. Resulta ilustrativa al respecto la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de ordenación sanitaria de Castilla La Mancha, que especifica que las prestaciones públicas que garantiza serán, como mínimo, las establecidas en cada caso por el Sistema Nacional de Salud (art. 20.1; en su artículo 28.8 señala que la asistencia sanitaria incluye la prestación de los productos farmacéuticos para la promoción de la salud).

En fin, conviene señalar que en todas las Leyes autonómicas citadas se ha contemplado la inclusión de las actividades privadas, y la posibilidad de celebrar ciertos, convenios o cualesquiera otras modalidades que permitan incorporar tales recursos.

D) El Consejo Económico y Social (en el Informe "Unidad de Mercado y Cohesión Social", Informe 3/2000, aprobado por el Pleno de 28 de junio) puso de manifiesto la necesidad de instrumentar técnicas eficaces de coordinación, al servicio de la cohesión social ("en un modelo de Estado descentralizado, una concepción preferente de la sanidad como elemento de cohesión general llevaría a subrayar los aspectos de coordinación de los servicios, de manera que se mantengan las garantías de cobertura para todos, a la vez que la movilidad territorial (tanto en el sentido de poder desplazarse por el territorio del Estado con la garantía de ser atendido si fuera preciso en cualquier lugar, como en el de que los medios disponibles en cada territorio concreto estén, si es necesario, a disposición de todos los ciudadanos del Estado con independencia de su lugar de residencia) y cierto papel del poder central en el mantenimiento de las formas de cohesión" -p. 93 del Informe-).

Para ello debe destacarse la competencia estatal en materia de "bases y coordinación general de la sanidad" (art. 149.1.16), que tiene por objeto la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando disfunciones o contradicciones que impedirían la existencia propia del sistema (STC 42/83); en los términos de la STC 32/83, sirve para obtener la "fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técni-

ca en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de los actos parciales en la globalización del sistema sanitario".

El CES ha insistido en esta necesidad; ha subrayado que "una vez que se complete el escenario transferencial, el horizonte próximo de diecisiete Servicios de Salud autonómicos con plenas competencias de gestión refuerza la necesidad de que la Administración central ejerza la coordinación de los servicios, conforme al título competencial que le corresponde según la configuración legal vigente de la asistencia sanitaria como prestación del Sistema de Seguridad Social de naturaleza no contributiva" (p. 99). Desde otra perspectiva, ha considerado que la atribución de competencia exclusiva a las CCAA en materia de "salud pública" "ha puesto de manifiesto los riesgos para la unidad de mercado y la cohesión social que surgen de una distribución territorial de las competencias de control sobre una materia difícilmente fraccionable. En efecto, las actividades propias del campo de la salud pública se proyectan sobre sectores y productos caracterizados por su movilidad, de manera que los efectos de las actividades de control tienen habitualmente un ámbito supraterritorial, e incluso supranacional". No obstante, ha recordado que los servicios sanitarios asistenciales son más propicios para confiar su gestión a entidades públicas descentralizadas que los de salud pública, aunque insistiendo en la necesidad de mantener niveles de coordinación de los servicios (p. 103); en particular, por razones de financiación de los servicios (la descentralización "puede plantear problemas de eficiencia y racionalidad en la gestión de los servicios de salud": p. 104; "la búsqueda de la cohesión social en los servicios sanitarios justifica la búsqueda de formas de financiación que expresen la solidaridad entre las distintas comunidades territoriales": p. 106).; también, atendiendo al contenido, la organización y el funcionamiento de los servicios sanitarios (donde se plantea cuestiones sobre el alcance de las prestaciones sanitarias -si hasta ahora se han fijado, en el ámbito del INSALUD, las prestaciones farmacéuticas, alguna Comunidad ha podido ampliarlas, sin que sea posible comprobar si la financiación recae exclusivamente sobre fondos propios: p. 107-; o destaca la importancia de los instrumentos para racionalizar y coordinar las decisiones de compra: p. 108)

3. El régimen de distribución de competencias en materia de ordenación farmacéutica.

La legislación estatal se ha venido moviendo en el marco del criterio competencial sobre las bases, formulando regulaciones sustantivas sobre la materia. Así, la Ley General de Sanidad declaró que se consideran establecimientos sanitarios a los efectos de su Título IV (que se refiere a las actividades sanitarias privadas -art. 103.2-), sujetándolas a la planificación sanitaria, en los términos de la ley de medicamentos y farmacias (art. 103.3); estableció que les corresponde (como a los servicios de farmacia de los Hospitales, de los centros de salud y de las estructuras de atención primaria del Sistema Nacional de Salud para su aplicación dentro de dichas instituciones o para los que se exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinario de atención a la salud) "la custodia, conservación y dispensación de medicamentos" (art. 103.1), exigiendo la figura del farmacéutico como requisito para ser propietario y titular de las oficinas de farmacia (art. 103.4). En la misma línea se ha movido la Ley del Medicamento, que insiste en la planificación farmacéutica para "garantizar la adecuada asistencia farmacéutica" y en la obligación de dispensar los medicamentos.

En cualquier caso, la Ley 16/97, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia, ha declarado que son básicos los preceptos referidos a la necesidad de una planificación para la autorización de oficinas de farmacia (art. 2.1); los criterios de planificación (art. 2.2); el cómputo de habitantes (art. 2.5); la transmisión de oficinas de farmacia (art. 4), la presencia y actuación profesional (art. 5) y a la jornada y horario de los servicios (art. 6).

A partir de las bases fijadas por el Estado, es claro que las Comunidades Autónomas pueden ejercer su competencia de desarrollo normativo, para el que deben facilitarse "opciones diversas". Las diferentes leyes autonómicas producidas en la materia han respetado, en lo sustancial, las determinaciones de la legislación estatal, bien que introduciendo sus respectivas especificidades, como corresponde al ámbito de su propio interés, en el que se cifra la competencia de desarrollo normativo (sobre ello, desde distintas perspectivas, se han detenido F. Villalba y E. Giménez Reina; algunas consideraciones de carácter general formulé yo mismo en mi intervención en estas Jornadas en el año 1997). Bien es cierto que en ninguna de ellas -salvo en la Ley Foral- se ha afrontado de forma directa el régimen de dispensación de los productos farmacéuticos incluidos en las prestaciones públicas.

4. Acerca del alcance de las prestaciones farmacéuticas públicas. Entre el interés por la ampliación de la cobertura de los servicios sanitarios públicos y la limitación de los presupuestos públicos: la política de contención del gasto farmacéutico.

S. Muñoz Machado ("La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos", Madrid 1995) ha llamado entre nosotros la atención acerca de este fenómeno en el ámbito de los servicios sanitarios públicos y en el entorno de la denominada crisis del Estado del Bienestar. Los ciudadanos en las sociedades más desarrolladas reclaman de ordinario mayores prestaciones y más avanzadas, como reivindicación vinculada al mayor interés por la protección de la salud, mientras que los presupuestos públicos difícilmente podrían soportar las consecuencias económicas. La innovación tecnológica y la carestía de los nuevos productos aparecen como elementos enfrentados; el descenso de la natalidad y la atención pública (también desde la perspectiva presupuestaria) a otros sectores de la realidad complican la viabilidad de aquellos planteamientos. Sus consideraciones resultan de particular importancia a nuestros efectos.

En el ámbito de las prestaciones farmacéuticas públicas, no es ajeno a la finalidad de protección de la salud el principio de economía (que marca el régimen de organización y funcionamiento de los servicios sanitarios y de los demás que sean precisos para el funcionamiento del Sistema de Salud: cfr. art. 7 de la Ley General de Sanidad; también, en las diferentes leyes autonómicas citadas); lo ilustra, desde una perspectiva distinta, la previsión del artículo 48 LGS, en cuya virtud "el Estado y las Comunidades Autónomas podrán constituir comisiones y comités técnicos, celebrar convenios y elaborar los programas en común que se requieran para la mayor eficacia y rentabilidad de los Servicios Sanitarios".

En la Ley del Medicamento se especifica el interés por atender a esta finalidad; en los términos de la Exposición de Motivos, la Ley " incluye los preceptos precisos para permitir una política de fomento de la transparencia del mercado: facilita, en sus aspectos técnicos, la celebración de concursos competitivos como métodos de compra por los hospitales, promueve la utilización de denominaciones comunes internacionales para facilitar el empleo de los medicamentos genéricos, regula la facultad del farmacéutico para sustituir, por causa legítima, marcas comerciales que se refieren a productos iguales y el control administrativo de la publicidad que contribuye a la transparencia del mercado. La prestación de medica-

mentos por el Sistema Nacional de Salud a precios razonables y con un gasto público ajustado se posibilita mediante la financiación pública selectiva y no indiscriminada (ya establecida por la Ley General de Sanidad) y una selectiva contribución de los enfermos" (la preocupación por el nivel del gasto farmacéutico es una constante en la actuación pública: lo ilustra el informe de la OCDE, "La reforma de los sistemas de asistencia sanitaria. Estudio de diecisiete países de la OCDE", versión en español de 1998).

A estos efectos, es de particular interés el principio consolidado respecto al uso racional de los medicamentos (Título Sexto de la Ley del Medicamento), cuya regulación se proyecta sobre un triple ámbito: a) en la atención primaria a la salud (arts. 87 y ss) que comprende estrictamente la atención primaria y las oficinas de farmacia (en relación a las cuales destacan tres previsiones del legislador: la obligación de los farmacéuticos de dispensar los medicamentos que demanden tanto los particulares como el Sistema Nacional de Salud, en las condiciones reglamentarias establecidas; la sustitución por el farmacéuticos de las especialidades farmacéuticas de marca prescritas; y la posibilidad de celebrar conciertos (art. 97), a la que me refiero más adelante); b) en la atención hospitalaria y especializada (los servicios o unidades de farmacia hospitalaria asumen, con esta finalidad, funciones de responsabilidad técnica de la adquisición, calidad, correcta conservación y dispensación de los medicamentos precisos para las actividades intrahospitalarias, y para tratamientos extrahospitalarios que requieran una particular vigilancia, supervisión y control); y c) en el Sistema Nacional de Salud. Interesa atender, desde esta perspectiva, a dos previsiones específicas: por una parte, el principio de igualdad territorial (en los términos del art. 93.1, "se reconoce el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional dentro del Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la utilización de medicamentos que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias"); por otra, la posibilidad de establecer procedimientos coordinados (conforme al art. 93.3, "el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud podrá acordar las condiciones generales de planificación, coordinación, contratación, adquisición y suministro de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud").

En fin, la política sobre contención del gasto farmacéutico, instrumentada sobre los precios de referencia y los genéricos, encuentra reflejos sucesivos en el tiempo

(así, el Real Decreto Ley 12/99, de 31 de julio, sobre contención del gasto farmacéutico).

5. Intervenciones públicas en materia de medicamentos; en especial, sobre el precio. Consecuencias sobre la financiación pública de los medicamentos.

Una pieza esencial para la protección de la salud es la que conforman los medicamentos. Así, la Ley General de Sanidad especificó que uno de los derechos que todos tienen con respecto a todas las Administraciones sanitarias es el de "obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado" (art. 10.14). También ha dedicado especial atención a su régimen jurídico, tanto la Ley General de Sanidad (al regular los productos farmacéuticos": arts. 95 y ss) como la Ley del Medicamento. Corresponde al Estado la competencia para determinar "la idoneidad sanitaria de los medicamentos", a efectos de su circulación y uso y el control de su calidad (art. 95); la autorización de comercialización, que corresponde a la Agencia Española del Medicamento (art. 9 de la Ley del Medicamento)

Destaca en nuestra regulación el régimen de precios y de financiación de las especialidades farmacéuticas. El precio industrial de las especialidades farmacéuticas puede ser libre, en los casos que determine el Gobierno, cuando exista competencia o concurran otros intereses comerciales y sanitarios que lo aconsejen -aunque se mantenga la intervención administrativa que sea precisa- (art. 100.4 de la Ley del Medicamento). Pero la regla general es que los precios industriales de las especialidades financiadas con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la sanidad son fijados -con carácter de máximo- por el Gobierno, en todo el territorio nacional, para cada especialidad farmacéutica (art. 100.2). De tal forma que el precio de venta al público resulta de la agregación del precio industrial y de los conceptos correspondientes a la comercialización. Los precios son revisables.

La regulación se completa con la intervención pública en la fijación de los márgenes correspondientes a la dispensación al público de especialidades farmacéuticas (cfr. el RD 165/97, de 7 de febrero, que fija el margen profesional por dispensación y venta al público de especialidades farmacéuticas de uso humano en el 27,9% sobre el precio de venta al público sin impuestos).

Sobre ello, se proyecta también la decisión pública de financiar o no con fondos públicos las especialidades farmacéuticas que se autoricen. A tal efecto, la Ley del Medicamento especifica los criterios generales que deben tenerse en cuenta, y entre los que destacan, en mi criterio, los siguientes: "...c) utilidad terapéutica y social del medicamento; d) limitación del gasto público destinado a prestación farmacéutica; e) existencia de medicamentos ya disponibles y otras alternativas mejores o iguales para las mismas afecciones a menor precio o inferior costo de tratamiento" (art. 94.1). En desarrollo de la Ley, se promulgó el RD 83/93, de 22 de enero, por el que se regula la selección de los medicamentos a efectos de su financiación por el SNS (cuyo objeto es regular "la financiación de los medicamentos con cargo a fondos de Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la Sanidad, dentro del Sistema Nacional de Salud, prescritos y dispensados a los pacientes no hospitalizados que tengan derecho a ello"). Ulteriormente, se incorporó la posibilidad de limitar la financiación pública de medicamentos, habilitando la posibilidad de establecer que "de entre las distintas alternativas bioequivalentes disponibles, sólo serán objeto de financiación con cargo al Sistema Nacional de Salud las especialidades farmacéuticas cuyos precios no superen la cuantía que para cada principio activo se establezca reglamentariamente" (art. 94.6). De aquí derivan las dos medidas adoptadas recientemente para limitar el coste farmacéutico, a las que he aludido precedentemente: los precios de referencia y el impulso de los medicamentos genéricos (el farmacéutico debe sustituir las especialidades recetadas por el genérico, o el producto que exceda del precio de referencia por el equivalente, sin perjuicio de que el usuario pueda adquirir la concreta especialidad recetada, pagando la diferencia de precio).

Todo ello, en fin, con independencia de las previsiones sobre la aportación de los usuarios: como es conocido, la participación en el pago del coste de los beneficiarios de la Seguridad Social con derecho a prestación farmacéutica se fija en normas reglamentarias (así, el RD 945/78, de 14 de abril, vino a fijarla en un 30% del precio de venta al público); el ya citado RD 83/93 especifica que "la participación económica de los beneficiarios de la Seguridad Social en la dispensación de las especialidades farmacéuticas clasificadas en los grupos o subgrupos terapéuticos que se incluyen en el anexo II de este Real Decreto será del 10 por 100 del precio de venta al público, sin que el importe total de la aportación pueda exceder de las 400 pesetas" (art. 5; importe que se elevó a las 439 pts. por Orden de 18 de octubre de 1995), aunque esta regla no se aplica a los pensionistas y demás beneficiarios exentos de aportación (como es el caso de los

discapacitados, en los términos de los arts. 2 y 5 del RD 383/1984, de 1 de febrero).

6. Los conciertos farmacéuticos. Los modelos existentes: posibilidades y críticas.

A) El modelo general empleado en el ámbito estatal.

a) Puede convenirse en que, atendiendo a los diferentes intereses, eventualmente contrapuestos, que concurren en la organización de los servicios sanitarios públicos, se viene generalizando en este ámbito el empleo de técnicas de colaboración con los profesionales privados. Constituye una regla repetida en todas las leyes reguladoras de este sector, como criterio general de actuación. Es fácil constatarlo en muy diferentes ámbitos: no sólo en el de los servicios hospitalarios, sino también en el del transporte de pacientes o en algunos otros asistenciales. La finalidad última, de obtener mayores y mejores prestaciones en el sistema ahorrando, en la medida de lo posible, recursos económicos públicos, sirve además para cumplir otras finalidades (fomentar la libertad de empresa en el sector, de forma destacada).

b) Aunque con antecedentes un tanto más remotos, el régimen de concierto se contemplaba ya en la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre bases de la Seguridad Social. Su artículo 27. d) especificaba que "la Seguridad Social concertará con Laboratorios y Farmacias, a través de sus representaciones legales sindicales y corporativas, las condiciones económicas que deberán regir en la adquisición y dispensación de productos y especialidades farmacéuticas a que se refieren los dos párrafos del apartado b" (en cuya virtud "la Seguridad Social realizará la adquisición directa en los centros productores de los medicamentos que hayan de aplicarse en sus instituciones abiertas o cerradas. En todo caso, la dispensación de medicamentos para su aplicación fuera de las mismas deberá llevarse a efecto a través de Oficinas de Farmacia legalmente establecidas"). Si no se alcanzaba el acuerdo, o si una vez celebrado el concierto uno o varios Laboratorios no aceptasen el régimen pactado para el suministro de sus productos a la Seguridad Social, una Comisión (con participación mixta) "fijará de modo imperativo los topes máximos de precio que deban señalarse en ambos supuestos a los Laboratorios titulares de Especialidades para que las mismas puedan ser suministradas a la Seguridad Social".

La Ley General de Sanidad, como ya se ha indicado, estableció que las oficinas de farmacia se consideran establecimientos sanitarios a los efectos de su Título IV. La referencia que contiene el art. 103.2 de la Ley General

de Sanidad es importante, porque su Título IV se refiere a "las actividades sanitarias privadas", cuya regulación protagoniza la figura del concierto. Tras reconocer la libertad de empresa en el sector sanitario (art. 89) se prevé la posibilidad de que las Administraciones Públicas establezcan conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas (art. 90.1). En esta regulación destaca la necesidad de que se establezca "los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a los conciertos.../...Las condiciones económicas se establecerán en base a módulos de coste efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración" (art. 90.4); también, que previamente a la formalización del concierto es preciso que el centro privado sea homologado por la Administración, "de acuerdo con un protocolo definido por la Administración competente, que podrá ser revisado periódicamente" (art. 90.5).

Ulteriormente, la Ley del Medicamento ha contemplado esta posibilidad. Al regular el uso racional de los medicamentos, tras sentar la regla de la colaboración de las farmacias en la consecución de dicho objetivo ("las oficinas de farmacia, como establecimientos sanitarios que son, colaborarán a los fines de esta Ley para garantizar el uso racional de los medicamentos en la atención primaria": art. 97.1) estableció que "con independencia de las obligaciones asumidas en esta ley y las que reglamentariamente se determinen, las oficinas de farmacia podrán ser objeto de concertación con el Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con el Sistema General de Contratación Administrativa y conforme a los criterios generales a que se refiere el artículo 93.3" (art. 97.2)

c) Es claro que en la actividad de dispensación de medicamentos por las oficinas de farmacia es posible diferenciar las adquisiciones privadas de los ciudadanos de aquellas que están incluidas en el ámbito de las prestaciones sanitarias públicas, cuya financiación corre a cargo de los poderes públicos. Es claro, igualmente, que una gran parte de la facturación farmacéutica se encuentra vinculada con esta última modalidad, contando como financiador último a los presupuestos públicos. Como la actividad de dispensación de medicamentos (y otros productos) al público es una función propia de las oficinas de farmacia, es fácil comprender el interés público por instrumentar conciertos, que faciliten en su último eslabón la tarea pública de prestación farmacéutica.

Puede explicarse desde varias perspectivas, o atendiendo a ámbitos de interés diferentes. Por un lado, es claro que el modelo español, tradicional y actual, en la dispensación de especialidades farmacéuticas identifica como protagonista necesario al farmacéutico (frente a

otros modelos, en los que caben otras opciones, incluidas que el propio médico suministre el producto); de tal forma que la intervención del farmacéutico completa la prestación sanitaria pública, que el servicio de sanidad público no afronta, en cuanto a su dispensación al destinatario, de forma directa, sino mediante el empleo del profesional específicamente habilitado. Por otro lado, puede convenirse en que esta intervención concertada contribuye a la tarea de control de los medicamentos dispensados. En fin, desde otra perspectiva, de componente estrictamente económico, puede considerarse que lo relevante del concierto es que el presupuesto público obtenga alguna suerte de ahorro, toda vez que, en atención al volumen de negocio previsto, el farmacéutico podría ofrecer ventajas competitivas al financiador final de las ventas.

d) El concierto con las oficinas de farmacia, de 17 de noviembre de 1998, por el que se regularán las condiciones en que debe efectuarse la prestación farmacéutica de la Seguridad Social en las oficinas de farmacia legalmente autorizadas.

Según se indica en su propio texto, "ha sido elaborado con el criterio de desarrollar plenamente la actividad integral del farmacéutico mediante el establecimiento de unas pautas a seguir en un régimen amplio de colaboración con el INSALUD, más allá de la pura dispensación de los medicamentos y de los efectos y accesorios en el Sistema Nacional de Salud". Entre sus determinaciones, destacan a nuestros efectos las siguientes:

Su objeto es "fijar las condiciones en que las oficinas de farmacia colaborarán profesionalmente con el INSALUD en lo referente a la dispensación de las especialidades farmacéuticas, fórmulas magistrales y preparados oficiales que estén incluidos en la prestación farmacéutica de la Seguridad Social, de acuerdo con la legislación vigente y las especificaciones señaladas en este concierto"; comprende también "los efectos y accesorios dispensados en las oficinas de farmacia para los beneficiarios de la Seguridad Social, incluidos entre las prestaciones del Sistema Nacional de Salud"; con cargo al INSALUD sólo se pueden dispensar aquellos productos farmacéuticos que, formando parte de la prestación farmacéutica, se efectúen en las correspondientes recetas oficiales y se ajusten a los requisitos generales que indica la normativa vigente y los específicamente establecidos en este concierto". Por tanto, no se pueden facturar los productos y especialidades excluidos conforme a lo establecido en el RD 83/93, de 22 de enero (por el que se regula la selección de los medicamentos a efectos de su financiación por el Sistema Nacional de Salud) y en el

RD 1663/98, de 24 de junio (por el que se amplía la relación de medicamentos a efectos de su financiación con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la Sanidad). Por demás, el Insalud adoptará las medidas necesarias para que los facultativos prescriban, preferentemente, especialidades farmacéuticas genéricas.

De esta forma, la dispensación se efectuará "en todas y cada una de las oficinas de farmacia legalmente establecidas, y siempre que no estén sometidas a sanción que les impida la dispensación y, en todo caso, bajo la dirección y responsabilidad de un farmacéutico titulado"

Las determinaciones centrales son de contenido económico. El precio es el autorizado legalmente, o el de referencia -en el caso en que resulte aplicable este régimen-; si se alcanzan convenios específicos ("en la línea de la prevención y promoción de la salud, información, seguridad y educación de la población, dentro del marco de la asistencia sanitaria gestionada por éste -el Insalud- tales como la realización de programas de atención farmacéutica, y programas piloto que estudien la viabilidad de la dispensación por las Oficinas de Farmacia de medicamentos calificados de uso hospitalario") la contraprestación se fijará en ellos. Las recetas se facturan al último precio legalmente establecido; para evitar perjuicios derivados de las revisiones de precios, se fija un plazo de setenta días para la aplicación mecanizada de los nuevos precios. La facturación se efectúa con la intermediación de los Colegios, preferentemente por meses naturales, empleando un sistema de mecanización informática de las recetas. El procedimiento de pago exige descontar de cada factura el importe abonado por el beneficiario en la oficina de farmacia; se cursan órdenes de pago antes del día 20 de cada mes, para el abono efectivo a cada Colegio Provincial.

En fin, se añade que las incidencias que se susciten se resolverán por las Comisiones Provinciales, y en su caso por la Comisión Central, previstas en su propio texto.

Tal vez lo más destacable del acuerdo es que comprende a todos los farmacéuticos, que asumen de ordinario la función de colaboración en la dispensación de las prestaciones farmacéuticas públicas (por ello se celebra el acuerdo con la organización colegial), y que (veremos inmediatamente que lo puso de manifiesto el Tribunal de Defensa de la Competencia) no existe ninguna previsión sobre ventajas económicas al financiador de dichas prestaciones.

e) Una referencia añadida a la celebración de conciertos por las Comunidades Autónomas en el ámbito de su competencia.

El modelo general al que me acabo de referir ha venido siendo aplicado por los servicios de salud autonómicos de ordinario, bien que, en algunos casos, con algunas particularidades (en especial, las referidas a la rebaja en los precios de las prestaciones farmacéuticas; a ello alude la Memoria del ejercicio pasado del Servicio Andaluz de Salud, por ejemplo). En la mayoría de las leyes sobre oficinas de farmacia se contempla, con carácter general, la regla de la colaboración, y la posibilidad de instrumentar convenios con la organización farmacéutica; así, La Ley 3/1997, de 28 de mayo, de ordenación farmacéutica de la Región de Murcia específica (Disposición Adicional Segunda) que "a los efectos de instrumentar la colaboración entre las oficinas de farmacia y la Administración sanitaria prevista en el articulado de esta Ley, podrán suscribirse convenios de colaboración con la corporación farmacéutica" (en un sentido semejante, la Ley 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica de Extremadura; la Ley 11/94, de 17 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco; la Ley 31/91, de 13 de diciembre, de ordenación farmacéutica de Cataluña; la Ley 7/98, de 12 de diciembre, de ordenación farmacéutica de las Islas Baleares; la Ley 5/99, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Galicia, o la Ley 4/99, de 25 de marzo, de ordenación farmacéutica para Aragón).

En cualquier caso, nos puede servir de ejemplo el concierto de 28 de mayo de 1999, por el que se fijan las condiciones para la ejecución de la prestación farmacéutica a través de las oficinas de farmacia en Navarra.

Presenta la misma estructura del concierto del INSALUD, aunque debe destacarse que se incluye en su objeto "la fijación de las condiciones en que las oficinas de farmacia dispensarán a los usuarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea con derecho a prestación farmacéutica de la Seguridad Social las especialidades farmacéuticas del Decreto Foral 258/98, de 1 de septiembre", además de "la fijación de las condiciones en que las oficinas de farmacia dispensarán a los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud las especialidades farmacéuticas, y fórmulas magistrales financiadas por dicho sistema", y la de los efectos y accesorios cuando, estando incluidos en las prestaciones del SNS, fueran dispensados en las oficinas de farmacia.

En la línea indicada, se especifica que "sólo serán dispensables con cargo al Servicio Navarro de Salud-

Osasunbidea las prescripciones de aquéllos productos farmacéuticos que, formando parte de su prestación farmacéutica, se efectúen en las correspondientes recetas oficiales y se ajusten a los requisitos generales que indica la normativa vigente y los específicamente establecidos en este concierto". El Servicio Navarro sólo aceptará, a efectos de la facturación, "aquellas recetas de especialidades farmacéuticas y efectos y accesorios incluidos en el Nomenclator oficial, prescritas en el modelo oficial de receta que se ajuste a la normativa vigente y se encuentren provistas de cupón precinto", excluyendo los productos previstos en el art. 94.2 de la Ley del Medicamento y los que no estén incluidos en el Real Decreto 83/93.

Bien es cierto que se formulan algunas previsiones específicas, tales como la necesidad de comprobar, en el momento de dispensación, los datos de identificación del usuario en la Tarjeta Individual Sanitaria (TIS) expedida por aquél Servicio.

Lo que incorpora es la regulación de las "condiciones para la ejecución del Decreto Foral 258/98, de 1 de septiembre", norma que incluye en el ámbito de las prestaciones del Servicio Navarro algunas especialidades que fueron excluidas del ámbito del SNS. En esos casos, la financiación de las especialidades se efectúa con cargo a los propios recursos económicos.

f) Es conveniente, en fin, apuntar que las formulaciones para instrumentar las relaciones de colaboración (en particular, en el régimen de concierto) vienen encontrando diversas modalidades, que impiden convenir en la existencia de un único modelo. Bien es cierto que tradicionalmente la determinación de su contenido ha quedado en la libre disponibilidad de la Administración prestadora de los servicios, de la que dependía en gran medida la capacidad de diseño de los mecanismos que resultasen de mayor utilidad para los intereses públicos. Aunque debo destacar que este marco teórico comienza a sufrir algunas limitaciones, de forma específica, por motivos concurrenciales; aunque desde otras perspectivas (diferentes a las que han protagonizado su actuación en orden a las oficinas de farmacia, a la que me refiero inmediatamente) el Tribunal de Defensa de la Competencia comienza a conocer de asuntos referidos a estas relaciones, motivo por el cual está comenzando a formular algunas declaraciones que conviene tener en cuenta. Sirva únicamente a título de ejemplo la Resolución de 18 de junio de 2001 –Farmacias de Madrid– en la que se confirma la decisión de archivo de una denuncia formulada por un farmacéutico frente al convenio de colaboración celebrado entre el Servicio Regional de Bienestar Social de la

CAM y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, en relación con el suministro de medicamentos y productos sanitarios a las residencias de la tercera edad dependientes de aquél Servicio, instrumentado mediante la determinación de turnos entre las oficinas de farmacia situadas en cada Zona Básica de Salud, que fijaría el Colegio de forma rotatoria. Aunque se produjo el archivo, por contar con la cobertura legal precisa, y por actuar el Servicio como regulador y no como operador económico, el Tribunal formuló algunas consideraciones sobre los límites aplicables: "la adquisición de insumos productivos, como son los productos farmacéuticos, pero también de todos los elementos necesarios para el buen funcionamiento de las instalaciones (material de limpieza, carburantes para calefacción, electricidad, contratación de personal) sobre una base geográfica constituye una segmentación del mercado contraria a los principios organizativos de la economía tanto nacional como de la Unión Europea". En esta consideración se salva el régimen de prestación de servicios sanitarios sobre una base estrictamente territorial, que se justifica "por el hecho de que el Servicio de Salud es único en el seno de cada Comunidad Autónoma y, por tanto, debe organizarse conforme a criterios racionales (que la ley estipula que sean de índole territorial, pero que podían haber sido otros)".

B) Los criterios del Tribunal de Defensa de la Competencia.

a) En el Informe "La competencia en España: balance y nuevas propuestas. 1995", el TDC afrontó un análisis sobre las oficinas de farmacia. El punto de partida del que arranca consiste en destacar el carácter mercantil de las oficinas de farmacia (que habría dejado en el camino normas anteriores que "calificaron la actividad farmacéutica como profesión sanitaria y confirmaron el monopolio del medicamento por el farmacéutico"), que daría fuerza al argumento según el cual "en el proceso de venta de los medicamentos, deben combinarse las reglas de mercado con la adecuada regulación de la actividad de dispensación". El sistema vigente, añade, garantiza en buena medida la universalización de la dispensación de medicamentos, pero "no se traduce necesariamente en una correcta asistencia farmacéutica y supone un coste elevado, tanto para los ciudadanos como para las finanzas públicas". De ahí que, en su criterio, "no cabe duda de que sistemas alternativos podrían garantizar el servicio de dispensación con un menor coste para las Administraciones Públicas y los contribuyentes, y todo ello sin menoscabo de la defensa de los intereses públicos", que el Informe insiste en proteger.

b) Entre los planteamientos del Informe destacan, con carácter general, las propuestas para restringir la intervención pública: así, por ejemplo, en punto al número de oficinas autorizadas ("es opinión de este Tribunal que tanto el número como la localización de las oficinas de farmacia debería responder, esencialmente y en primer lugar, a la libre decisión de los farmacéuticos, reservándose las administraciones competentes la regulación de aquellas cuestiones relacionadas exclusivamente con los intereses públicos, entre los que se incluyen el estímulo al establecimiento cuando se considere necesario y cuando la libre iniciativa no garantice la dispensación de los medicamentos"); al sistema de competencia en precios (todos los de las especialidades son fijados por el Gobierno, precisen o no receta para su dispensación; sólo los de las especialidades publicitarias son libres. "El Tribunal no discute aquí el actual sistema de fijación de precios, pero considera que la fijación de precios de venta al público de las especialidades farmacéuticas no impide la competencia en precios ante la posibilidad de establecer descuentos. En consecuencia, en las circunstancias actuales, es dicha posibilidad de descuentos la vía que debe ser defendida desde la perspectiva de la defensa de la competencia. Y ello sin menoscabo de la oportuna defensa de los intereses públicos", que considera no prohibidos más que por las normas colegiales).

En conclusión, formuló algunas propuestas para mejorar la competencia: "recomendar a las Comunidades Autónomas que no establezcan nuevas limitaciones legales o reglamentarias a la apertura de oficinas de farmacia ni deleguen nuevas facultades restrictivas de la competencia en los Colegios Oficiales de Farmacéuticos", fomentar los descuentos, considerar que la planificación de las oficinas de farmacia debe tener la consideración de ley de mínimos y no de máximos, liberalizar los horarios (regulando los turnos de guardia y vacaciones sólo cuando el mercado no garantice el servicio) y suprimir en régimen de distancias mínimas y al número de habitantes.

c) Pero, además, dedicó su atención al régimen de los conciertos. Indica que la Seguridad Social, como principal comprador de medicamentos, mantiene un régimen de concertación con las farmacias para la dispensación, que procede del año 1948. Y añade que los que se han venido firmando, por periodos de duración de prácticamente cinco años, han contemplado -hasta el año 1977- descuentos a la Seguridad Social, de cuantía variable. Pero desde 1977 hasta 1994 "las oficinas de farmacia no han abonado ningún descuento a la Seguridad Social, pagando esta última la prestación farmacéutica en las mismas condiciones económicas que los particulares".

Por otro lado, argumenta que las Comunidades Autónomas con competencia han venido celebrando a su vez sus propios conciertos, en los que se han contemplado descuentos, en torno a un dos por ciento (refleja el ejemplo de los absorbentes por incontinencia, respecto de los cuales -dice- en el convenio andaluz se acordó un descuento del 10%; nótese que en el vigente del INSALUD un 11%). El planteamiento actual, en el criterio del TDC, con base en lo establecido en el art. 97 de la Ley del Medicamento, es que "la concertación pasa de tener carácter imperativo (art. 107 de la Ley General de la Seguridad Social) a ser facultativa (art. 97.2 de la Ley del Medicamento).

Una de las propuestas concretas que efectúa (además de las indicadas con anterioridad) es la de fomentar el régimen de conciertos: "el establecimiento por la Seguridad Social de un convenio con las oficinas de farmacia, de libre adhesión, en el que se fijarán los precios y plazos de pago de los medicamentos reembolsables por la Seguridad Social". El planteamiento así formulado arranca de la condición de primer cliente de las oficinas de farmacia que posee la Seguridad Social. La finalidad, generar la competencia y abaratar los costes públicos de los medicamentos. El convenio debería ser "de libre aceptación por las oficinas de farmacia", y en él deben establecerse las condiciones de compra (precio y plazo de pago). Las condiciones pactadas no deberían ser iguales para todos; esta diferenciación permitiría "asegurar la supervivencia de las oficinas de farmacia en aquellos lugares de débil demanda en los que el mercado, por sí mismo, no ofreciera suficientes estímulos para la instalación de establecimientos farmacéuticos (municipios de pequeña dimensión, periferia de las ciudades, por ejemplo)"; también permitiría -añade- negociar en mejores condiciones "en aquellos casos en que la localización de las oficinas de farmacia permite la obtención de rentas significativamente elevadas". De esta forma, se conseguiría la reducción de los gastos de la Seguridad Social, y el estímulo a la eficiencia de las oficinas de farmacia ("el sistema competiría para conseguir las compras de los enfermos y de la Seguridad Social").

El dato de la voluntariedad de la adhesión al concierto es importante, porque quienes no quisieran incorporarse "tendrían libertad para determinar los precios de las especialidades farmacéuticas aplicados a los enfermos que demandaran medicamentos al margen de la Seguridad Social de acuerdo con los precios máximos fijados por la Administración", lo que no mermaría la cobertura de los intereses públicos relacionados con la salud.

C) El régimen de los conciertos de farmacias en la Ley Foral 12/2000, de 16 de febrero, de atención farmacéutica.

a) Aunque, como ya se ha indicado, en la mayoría de los casos los conciertos que se vienen celebrando en los ámbitos autonómicos responden prácticamente a los principios del estatal, algunas normas autonómicas reguladoras de las oficinas de farmacia han establecido alguna previsión que permite alterar la situación indicada. Así, en la Ley 6/1998, de 22 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Valenciana, se subraya la importancia del concierto. Especifica, en este sentido, que "la dispensación de medicamentos deberá realizarse de acuerdo con los criterios básicos de uso racional que se establezcan en la Ley del Medicamento, en los convenios internacionales, así como en el concierto autonómico vigente y demás legislación aplicable" (art. 2.8); por otro lado, impone a los profesionales farmacéuticos la obligación de "colaborar con la Administración sanitaria, facilitando los datos que les solicite, en los términos acordados en el concierto suscrito y cooperando con las actividades de inspección que realice en su establecimiento" (art. 4.2.c); además, especifica como función de las oficinas de farmacia "la atención de las prestaciones farmacéuticas del Sistema Nacional de Salud que, en su caso, hayan sido concertadas según lo establecido en la presente Ley" (art. 8.i); y, en fin, establece que "con independencia de las obligaciones establecidas en esta Ley y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 25/90, de 20 de diciembre, del Medicamento, y artículo 107 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, el Consejo podrá concertar con las oficinas de farmacia y contratará, si procede, con los almacenes de distribución y laboratorios farmacéuticos" (art. 6). Nótese la singularidad de la previsión referida a la concertación con las oficinas de farmacia, y a la posibilidad de hacerlo.

Por su parte, la Ley 19/98, de 25 de noviembre, de ordenación y atención farmacéutica de la Comunidad de Madrid, insiste en garantizar el uso racional del medicamento, a cuyo efecto prevé (desde la Exposición de Motivos) "la posibilidad de concertación de determinadas actividades llegado el momento oportuno". Señala que para instrumentar la colaboración entre las oficinas de farmacia y la Administración sanitaria, podrán suscribirse los convenios de colaboración que se consideren necesarios; y también indica que "una vez asumidas por la Comunidad de Madrid las competencias en materia sanitaria derivadas de la transferencia de las funciones y servicios del INSALUD, las oficinas de farmacia de la Comunidad de Madrid podrán concertar con la Consejería de Sanidad

y Servicios Sociales la realización de actividades dentro de las funciones y servicios de las mismas".

Desde una perspectiva diferente, la Ley 4/1997, de 26 de diciembre, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla La Mancha, contempla, como una de las actuaciones en materia de asistencia farmacéutica de atención primaria, el establecimiento de un sistema de acreditación sanitaria de las oficinas de farmacia en base a los principios de "participación voluntaria de los establecimientos, determinación de los estándares de calidad con participación tanto de la Administración sanitaria como de los profesionales farmacéuticos, revisión periódica de los estándares y de las acreditaciones concedidas, existencia de varios niveles de acreditación".

b) Pero con independencia de estas menciones, por primera vez en nuestro panorama normativo de la regulación de las oficinas de farmacia se ha producido una destacable quiebra en los planteamientos tradicionales, a los que me he venido refiriendo, y que protagoniza la Ley Foral 12/2000. Porque frente a la consideración de la oficina de farmacia como establecimiento privado de interés público (que sigue declarando), sujeto a autorización operativa, una vez obtenida la cual se despliegan todas las tareas habitualmente reconocidas, la Ley Foral efectúa una disociación de las que corresponden como operador estrictamente privado frente a las que se realizan en favor de los titulares de los derechos de prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.

Según indica, viene a seguir algunas propuestas del Tribunal de Defensa de la Competencia, "en el sentido de abordar cambios graduales que tiendan a una mayor flexibilización en la implantación de nuevas oficinas de farmacia". Es, ciertamente, la primera vez que se incorporan a un texto normativo alguno de los planteamientos más incisivos del TDC sobre el modelo tradicional en el que han venido operando las oficinas de farmacia. Conviene, por ello, describir con mayor detalle los principios en los que se asienta esta Ley Foral, en especial en aquellos extremos que afectarán de manera más inmediata a nuestro objeto de análisis.

La Ley sostiene que lo relevante de las oficinas de farmacia es su "carácter privado" (el servicio sanitario que presta "no se concibe ni es realizable sin un simultáneo ejercicio comercial"), que desempeña —mediante un profesional libre— una actividad de interés público, que justifica el sometimiento a licencia previa y a controles diversos. Para garantizar la atención farmacéutica a la población, se exige la planificación, que se instrumenta en esta Ley "con un carácter de mínimos, entendida como

la cuantificación del número mínimo de oficinas de farmacia necesarias en cada Zona Básica de Salud para garantizar con equidad la atención farmacéutica, sin impedir, y ello constituye la mayor novedad, el libre ejercicio profesional de los farmacéuticos, que en función de la demanda y de sus iniciativas empresariales, podrán abrir libremente oficinas de farmacia, lo que redundará en beneficio de los ciudadanos y de la atención farmacéutica". La Comunidad Foral, en conclusión, "abandona un sistema de regulación y opta por un modelo de flexibilización planificada".

De este planteamiento extrae la consecuencia de mayor interés a nuestros efectos: de la "doble condición" de las oficinas de farmacia (establecimientos privados, que realizan actividades de interés público) se hace derivar una distinción central: se aplican a todas las oficinas de farmacia unos requisitos que deben cumplir para obtener la oportuna licencia de apertura; pero se formulan unos requisitos específicos "en relación al modo, manera y condiciones de prestación farmacéutica, y cuya concertación compete al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea como responsable de la gestión de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra". Esto es, que sólo aquellos farmacéuticos que ejerzan su derecho a la concertación (en el ámbito de un Acuerdo-Marco en el que se concreten las condiciones de prestación del servicio farmacéutico a los ciudadanos) podrán ejercer las actividades de prestación farmacéutica propias del Sistema Nacional de Salud. Regla que es novedosa, y que deriva de la consideración del Servicio Navarro de Salud como principal financiador y pagador de aquellas prestaciones.

En efecto: la Ley exige autorización administrativa para la instalación, creación, funcionamiento, modificación, traslado y cierre o supresión de las oficinas de farmacia (arts. 6 y 24). En la línea de la flexibilidad a que se ha aludido, se especifica que es imprescindible para autorizar una nueva oficina de farmacia que todas y cada una de las Zonas Básicas de Salud tengan cubiertas las necesidades fijadas conforme a los criterios establecidos en la propia Ley (arts. 24.3 y 26), que en definitiva sienta un número mínimo de oficinas de farmacia (la planificación farmacéutica es "la previsión del número mínimo de oficinas de farmacia que precisa cada Zona Básica de Salud para conseguir un equitativo acceso a la atención farmacéutica de toda la población de la Comunidad Foral, y sin cuya garantía no podrán instalarse nuevas oficinas de farmacia conforme al libre ejercicio profesional"), cubierto el cual se accede a las nuevas autorizaciones sin limitaciones numéricas o cuantitativas.

De esta forma se adquiere la titularidad de una oficina de farmacia. Que constituye el presupuesto para poder ejercer el derecho –reconocido a favor de todos los titulares de farmacia en el art. 29, una vez aprobadas las condiciones para los conciertos de las oficinas de farmacia, formalizando el concierto con el Servicio Navarro de Salud, como establece el art. 29.4- a la concertación con el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. Porque éste está obligado a concertar la dispensación de medicamentos y productos sanitarios prescritos por los facultativos del Sistema Nacional de Salud con los titulares de farmacia que se hayan adherido, voluntariamente, al Acuerdo Marco sobre condiciones para tal concertación que debe aprobar el Departamento de Salud (siguiendo el procedimiento de propuesta –que contenga los elementos a considerar en el mismo así como aquellos condicionantes cuya inclusión se considere necesaria para una adecuada asistencia farmacéutica-, intervención de la Comisión de Atención Farmacéutica de Navarra, y aprobación, en los términos del art. 29.3 de la Ley).

El régimen de estos conciertos, tal y como lo especifica la Ley Foral, es el siguiente:

Los farmacéuticos pueden instarlo, adhiriéndose voluntariamente al acuerdo marco, siempre que reúnan las condiciones previstas en el art. 78.1 de la Ley Foral 10/90, de 23 de noviembre, de Salud (al que se remite el art. 32), y que básicamente son las de ser titular de la farmacia (el art. 78.1 citado especifica que para celebrar conciertos deben cumplirse tres requisitos: haber obtenido el certificado de acreditación del centro o servicio objeto de concertación, requisito del que nuestra Ley nada indica; cumplir la normativa vigente en materia económico-contable, fiscal, laboral y de Seguridad Social, que le sea de aplicación; y adecuarse a cuantas disposiciones y ordenanzas afecten a las actividades objeto de concierto). Debe hacerse notar que el art. 82 de la Ley Foral de Salud (derogado por esta Ley) establecía que “las prestaciones farmacéuticas a las personas acogidas a los regímenes de la Seguridad Social por parte de las oficinas de farmacia, serán objeto de concierto entre el Servicio Navarro de Salud y la Organización colegial farmacéutica de Navarra”.

El contenido del concierto ha de ser, salvo dos excepciones, el que prevé el artículo 78.2 de la Ley Foral de Salud (al que se remite en tal forma el art. 31 de nuestra Ley): los servicios, recursos y prestaciones objeto del concierto (“señalándose los objetivos cuantificados que se pretenden alcanzar”); la duración, terminación y sistema de renovación; la periodicidad del abono de las prestaciones económicas; el régimen de inspección públi-

co; el sistema de evaluación técnica y administrativa; los plazos de presentación de la memoria anual; las formalidades que deben adoptarse antes de la denuncia o rescisión; la naturaleza jurídica del concierto y jurisdicción a la que quedan sometidas las partes. Y, además (art. 31.2) debe comprender otros aspectos: horario de apertura al público; calidad en la prestación del servicio (número de farmacéuticos), recursos materiales, acreditación para la elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficiales; participación en los programas de uso racional del medicamento y educación sanitaria a la población que establezca la Zona Básica de Salud; condiciones económicas en la atención farmacéutica y de la provisión de medicamentos a los ciudadanos; promover la utilización de medicamentos genéricos; realización de los turnos de guardia que establezca el Departamento de Salud; colaborar con los programas públicos sobre garantía de calidad de la atención farmacéutica y sanitaria en general, promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad y educación sanitaria.

En lo que se refiere a la vigencia del concierto, el art. 79 de la Ley Foral de Salud (al que se remite también nuestra Ley) fija el plazo máximo en cinco años, finalizado el cual se podrá realizar un nuevo concierto. Aunque se añade que el concierto debe ser objeto de revisión al final de cada ejercicio económico “a fin de adecuar las condiciones económicas y las prestaciones asistenciales a las necesidades reales”.

La regulación de las causas de extinción de los conciertos es un tanto especial, porque por un lado se remite a las causas del art. 80 de la Ley Foral de Salud (art. 31), y por otro a las causas previstas en la legislación de contratos y a las que además fija la propia Ley (art. 32.2). Las específicas son carecer de la autorización administrativa precisa para la apertura, modificación o ampliación de las instalaciones; las modificaciones en la titularidad de la oficina de farmacia (también, según se indica dos causas después, “la venta, transmisión total o parcial de la oficina de farmacia”); el incumplimiento de las condiciones de la concertación; las demás previstas en el concierto; haber sido sancionado el farmacéutico por la comisión de una falta muy grave o la reincidencia en la comisión de faltas graves. De las generales previstas en la Ley Foral de Salud, destacan la conclusión o cumplimiento del concierto (de difícil aplicación, al existir un derecho a la concertación); el mutuo acuerdo; prestar la atención sanitaria imputando su coste o parte del mismo al asistido; infringir de forma grave la legislación fiscal, laboral o de Seguridad Social; conculcar los derechos de los ciudadanos reconocidos en aquella Ley.

De esta forma, quienes voluntariamente se adhieran al régimen de concierto podrán efectuar las prestaciones farmacéuticas del Sistema Nacional de Salud. Para los farmacéuticos concertados se trata de una obligación (lo indica el art. 11.2.j de la Ley, al atribuir a los profesionales implicados en la atención farmacéutica la obligación de “atender las recetas oficiales prescritas por los facultativos del Sistema Nacional de Salud, percibiendo en el acto de dispensación únicamente la aportación establecida con cargo al beneficiario en la normativa del Sistema Nacional de Salud o en el concierto acordado con la representación de los titulares-propietarios de las oficinas de farmacia”; o el art. 14.1.g, en el que se especifica que una de las funciones de las oficinas de farmacia es “la atención de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud concertada con el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea”), cuyo incumplimiento es típico a efectos sancionadores (se tipifica en el art. 47.4.s, como infracción grave, “incumplir o alterar en el momento de la dispensación de los medicamentos las condiciones económicas sobre aportación del beneficiario establecidas con carácter general en el Sistema Nacional de Salud por la legislación del Estado u otras condiciones económicas comprendidas en el acuerdo marco de condiciones de concertación de las oficinas de farmacia del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea”, supuesto que habilita, como medida excepcional y urgente, el establecimiento de puntos de dispensación de medicamentos en las Zonas Básicas de Salud, además de las sanciones aplicables, según establece el apartado 3 del mismo artículo).

Pero la concertación produce algún efecto añadido; además del indicado, constituye un elemento relevante para la apertura de nuevas oficinas de farmacia cuando alguna Zona Básica de Salud quedare desprovista del número mínimo fijado en la planificación; en tales casos, “la apertura de nueva oficina de farmacia se resolverá en primer lugar por reordenación de los farmacéuticos a favor del solicitante que acredite mayor experiencia previa de atención farmacéutica en oficina de farmacia concertada con el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea como farmacéutico regente, adjunto, sustituto o como titular único de oficina de farmacia situada en una Zona Básica de Salud que cuente con más número de oficinas de farmacia que las que resulten de la planificación...” (art. 26.2.b); en defecto de estos, se otorgará a favor del licenciado en farmacia sin oficina de farmacia que acredite la mayor nota promedio de la licenciatura). Así se ha empleado ya en la convocatoria efectuada en la Orden Foral 335/2000, de 27 de noviembre, por la que se hacen públicas las Zonas Básicas de Salud y localidades que requieren oficinas de farmacia con arreglo a los criterios

de planificación establecidos en la Ley Foral 12/2000. También en el Decreto Foral 197/2001, de 16 de julio, por el que se dictan normas de desarrollo de la Ley Foral.

D) Reflexiones finales sobre el nuevo modelo de concertación y las críticas que se han formulado.

a) Es claro que la nueva ordenación que incorpora la Ley Foral 12/2000 altera sustancialmente los principios sobre los que, tradicionalmente, se habían venido moviendo los conciertos farmacéuticos en el ámbito estatal y, en buena medida, en los autonómicos. La caracterización del derecho a concertar como voluntaria, y no vinculada automáticamente a la condición de titular de la oficina de farmacia, supone una innovación destacable. Aunque no contraria, en mi criterio, a las bases fijadas por el Estado en materia de farmacias, y que cuenta por otro lado con el respaldo de la propia competencia foral en punto a la ordenación de las prestaciones farmacéuticas públicas cuya gestión le corresponde (en la tramitación parlamentaria de la Ley Foral se suscitó una objeción general, por parte del Grupo Parlamentario Convergencia de Demócratas de Navarra, en punto a que la competencia “limitada” de Navarra no alcanzaba tales posibilidades, por tener que limitarse “al desarrollo de la legislación básica estatal”). Podría suscitarse, por el contrario, alguna objeción al criterio de planificación de mínimos, por resultar aparentemente contradictoria con los criterios fijados en clave de bases por el Estado, aunque la finalidad de la norma –garantizar la prestación farmacéutica– bien pudiera quedar cumplida en tal criterio de planificación.

Lo que refleja, en definitiva, esta nueva ordenación es el interés público en obtener mejores condiciones (económicas y, eventualmente, de otro orden) en el último eslabón de la prestación farmacéutica pública; conforme a los criterios del TDC, se trata de un efecto que derivará de forma inmediata de la introducción de la competencia en esta zona de la actividad farmacéutica. Lo que plantea, no obstante, algunos interrogantes de interés.

Así, y me limito únicamente a enumerarlos, la articulación de la intervención pública (bien que estatal) en la fijación de los precios de los productos farmacéuticos (incluso el margen comercial) con la supeditación de la incorporación al concierto al establecimiento de rebajas sobre aquél precio; también, desde esta misma perspectiva, atendiendo a la circunstancia de que al acordar la inclusión de la especialidad farmacéutica se maneja el criterio del precio del producto (puede excluirse, como ya se ha indicado, si resulta desproporcionadamente caro o

si existen otros productos semejantes de menor precio), además de la obligación que pesa sobre el farmacéutico de sustituir la especialidad de marca por un genérico (aunque el usuario pueda adquirir aquella pagando la diferencia de precio); o la significación –también en términos del Derecho de la Competencia– de la fijación de las condiciones de concertación por parte del único financiador de las prestaciones, mediante el acuerdo marco al que los farmacéuticos interesados deberán adherirse. Desde otra perspectiva, en la tramitación parlamentaria el Grupo Parlamentario Socialistas del Parlamento de Navarra consideró conveniente establecer un criterio de igualdad para todas las farmacias en su relación con la Administración (sosteniendo que la concertación debería tener carácter universal para todas las oficinas de farmacia, y que el concierto debería efectuarse en condiciones de igualdad para con todas ellas), suprimiendo en definitiva la diferenciación entre oficinas concertadas y no concertadas; en el mismo sentido, el Grupo Parlamentario Eusko Alkartasuna sostuvo la obligación de concertación de todas las oficinas de farmacia abiertas.

En el modelo empleado, posiblemente es imprescindible reconocer la particularidad en las condiciones de cada concierto con la respectiva oficina de farmacia, para dar cabida en términos útiles a la mejora de las condiciones de la colaboración; y para evitar eventuales objeciones concurrenciales que podrían derivarse de la formulación unilateral de unas condiciones uniformes por parte del financiador de las prestaciones.

b) Tal vez los motivos de oposición más insistentemente suscitados en la tramitación parlamentaria se referían a las consecuencias que el nuevo modelo podría producir sobre los ciudadanos beneficiarios de las prestaciones farmacéuticas. Así, el Grupo Parlamentario Convergencia de Demócratas de Navarra objetó que no se tomaba en cuenta “el tratamiento discriminatorio que para los usuarios se deriva de la limitación de sus posibilidades de adquisición de medicamentos, así como de las repercusiones de todo orden que implica la limitación del despacho de los mismos”. El Grupo Parlamentario Izquierda Unida de Navarra consideró que todas las oficinas debían estar concertadas, porque “ir hacia un sistema de farmacias concertadas y no concertadas crea desconcierto a la población, merma la accesibilidad, coarta el derecho del ciudadano a la libre elección de farmacia y conlleva una ruptura en la equidad social”.

Sin ninguna duda, la protección de los intereses de los ciudadanos constituye un elemento central para calibrar la corrección jurídica de las determinaciones que se adopten. Las objeciones citadas, en la medida en que se refieran a meros inconvenientes (que no determinen ni la severa dificultad ni la imposibilidad de encontrar, cerca del domicilio del beneficiario de la prestación, una oficina de farmacia concertada) posiblemente no resultan eficaces para enmendar la validez de la nueva regulación. Sí lo serían, en mi criterio, si el resultado (por la adhesión minoritaria al acuerdo marco de la concertación) produjese dificultades a los ciudadanos a la hora de adquirir la prestación farmacéutica.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNA VEZ TRANSFERIDO EL INSALUD

Alicia Sánchez Cordero
Directora General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid

1. INTRODUCCION. 2. COMPETENCIAS SANITARIAS 2.1 Reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas A) La asistencia pública sanitaria B) Seguridad Social 2.2 Transferencia de competencias 2.2.1 Materias transferidas 2.2.2. Responsabilidad patrimonial del Estado y de la CCAA en las materias transferidas 3. FORMAS DE GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA 3.1 INSALUD. 3.2 Servicios de Salud autonómicos. 3.3 Otras formas de gestión. 3.3.1 Clasificación de entidades. 3.3.2 Responsabilidad patrimonial de estas entidades 4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION SANITARIA 4.1 Responsabilidad de las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia de sanidad, pero a las que aún no han sido transferidas las competencias en materia de Seguridad Social. 4.2 Sistema de responsabilidad patrimonial objetivo. 4.2.1 Actuación en el ejercicio o con ocasión de las funciones sanitarias 4.2.2 Conocimiento de la técnica o de la ciencia 4.2.3 Fuerza mayor y caso fortuito 4.2.4 El consentimiento informado 4.2.5 Concurrencia de culpas 5. SEGUROS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. INTRODUCCION

El estudio de la responsabilidad de la Administración como consecuencia de los daños producidos en el ámbito de la actividad sanitaria, debe partir de la referencia constitucional de los artículos 43 y 106 CE.

El primero de ellos, entre los derechos y deberes fundamentales del Título I de la Constitución¹, reconoce el derecho a la protección de la salud y establece los deberes que competen a los poderes públicos en esta

¹ Sobre la diferencia entre los derechos subjetivos constitucionales o derechos fundamentales en sentido estricto, que garantiza directamente la Constitución, con los llamados derechos sociales que exigen su establecimiento por ley y en la normativa de desarrollo, y en concreto con el derecho a la protección de la salud, puede verse FERNANDEZ PASTRANA, José María, El servicio público de la Sanidad: El marco constitucional, Madrid, Civitas, 1984, pág.55 y ss.

materia: organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios; establecer por ley los derechos y deberes de todos al respecto; fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte; y facilitar la adecuada utilización del ocio. La ubicación sistemática de este artículo dentro de los principios rectores de la política social y económica, supone, de conformidad con el artículo 53.1 CE, la obligación de los poderes públicos - legislativo, ejecutivo y judicial- de reconocer el derecho a la protección de la salud de los ciudadanos, respetar los derechos del paciente y proteger la salud pública organizando el sistema sanitario como servicio público.²

El artículo 106 de la Constitución consagra el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Dicho artículo, encuadrado en el Título VI "Del Gobierno y la Administración" garantiza la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos en la gestión administrativa general, en palabras de la STS, Sala 3ª, de 18 de mayo de 1999 "*consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, entendidos éstos en el más amplio sentido como gestión pública*".

Dicho precepto constitucional remite a *los términos establecidos en la ley*, ley que conforme al artículo

² FERNANDEZ PASTRANA, José María, en la obra citada, pag. 30-31, señala: "De todo lo cual cabe concluir que si bien el artículo 43.2 implica que la sanidad es, por directo imperativo de la Constitución un servicio público, ello significa solamente que, a partir de ahora, el Estado goza de un título jurídico para intervenir reglamentando y controlando la actividad, pero en modo alguno se está prejuzgando si la gestión va a ser desarrollada en exclusiva o monopolio por el Estado, directa o indirectamente, o si por el contrario, será concurrente con la actividad privada, bien que sometida a la particular disciplina a que nos venimos refiriendo..." Lo que de la Constitución se deduce es, por consiguiente, un Servicio Público de Salud, que no hay que confundir con un Servicio Nacional de Salud monopolizado..."

149.1.18º de la Constitución ha de ser estatal al ser competencia exclusiva del Estado la legislación básica sobre el *sistema* de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas, debiendo, por tanto, las Comunidades Autónomas sujetarse a la legislación general³.

En la actualidad la regulación se encuentra en la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en los artículos 139 y ss, objeto de reforma parcial por la Ley 4/1999, de 13 de enero, desarrollados por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo de 1993, que aprueba el Reglamento de procedimientos administrativos en materia de Responsabilidad Patrimonial.

Dicha Ley 4/1999, en su artículo 2, apartado 3, añade una Disposición Adicional Duodécima a la Ley 30/1992 sobre responsabilidad en materia de asistencia sanitaria :

"La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al or-

den contencioso-administrativo en todo caso."

Esta disposición pone de manifiesto varios temas en orden a la responsabilidad de la Administración sanitaria:

- distinción entre las entidades gestoras de la Seguridad Social y las entidades que integran el Sistema Nacional de Salud
- la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria a consecuencia o con ocasión de la prestación de asistencia sanitaria
- acciones de reclamación de responsabilidad patrimonial en vía administrativa
- unificación del fuero en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Debe partirse de que en el actual sistema organizativo de la sanidad pública española, la Ley 14/1986, General de Sanidad sigue un modelo sanitario integral creando el Sistema Nacional de Salud, que define como "el conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas convenientemente coordinados", sistema separado de la Seguridad Social encargado de las prestaciones estrictamente económicas. La diferencia competencial de las distintas Comunidades Autónomas en materia sanitaria y en materia de Seguridad Social, las reservas de competencias estatales en una y otra y la intervención de los Ayuntamientos, en las limitadas competencias en materia sanitaria establecidas en la legislación de régimen local, exige, a efectos de atribución de responsabilidad patrimonial, determinar quién gestiona la Administración sanitaria, qué materias se incluyen en la misma, qué entes se integran en ella y cuál es el alcance de su responsabilidad.

2. COMPETENCIAS SANITARIAS

2.1 Reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas

A) La asistencia pública sanitaria

Como hemos visto, el artículo 43 de la Constitución reconoce el derecho a **la protección de la salud** de los ciudadanos, ordenando en su apartado segundo que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, estableciendo por Ley los derechos y deberes de todos al respecto. Este derecho se encuadra dentro de los principios rectores de la política social y económica del Estado, que conforme al artículo

³ La STC 61/1997 razona que el art. 149.1.18 CE no puede excluir que, además de esa normativa común que representa el sistema de responsabilidad para todo el territorio, las Comunidades Autónomas puedan establecer otros supuestos indemnizatorios en concepto de responsabilidad administrativa, siempre que, naturalmente, respeten aquellas normas estatales con las que en todo caso habrán de cohererse y sirvan al desarrollo de una política sectorial determinada. En ese sentido, la eventual regulación de nuevos supuestos indemnizatorios en el ámbito de las competencias exclusivas autonómicas constituye una garantía indemnizatoria que se superpone a la garantía indemnizatoria general que al Estado compete establecer.

GARCIA GOMEZ DE MERCADO, Francisco, "La responsabilidad patrimonial de la Administración tras la Ley 4/1999", en Actualidad Administrativa, LIII, 1999, mantiene que al ser competencia exclusiva [del Estado] el ejercicio de la potestad legislativa sobre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas, es errónea la declaración del artículo 55.1 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (redactado por Ley de 9 de abril de 1999), conforme al cual "la responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por los daños ocasionados a los ciudadanos en cualesquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos se regirá por la legislación básica del Estado en la materia y por las disposiciones que la Comunidad de Madrid dicte en el ejercicio de sus propias competencias".

53.3 informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos y sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

En los artículos 148, apartados 20^a y 21^a - asistencia social, sanidad e higiene -, y artículo 149.1.16^a - sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos - se establecen las previsiones constitucionales sobre el reparto de competencias en materia de sanidad.

Del juego de ambos preceptos resulta que las materias que son de la **exclusiva competencia estatal**, son las siguientes:

- Sanidad exterior.

El artículo 38.2 de la Ley General de Sanidad incluye en la sanidad exterior todas aquellas actividades que se realicen en materia de vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros. La STC 329/1994 define el contenido de dicha competencia estatal.

- Las bases y coordinación general de la sanidad, entendida como sanidad interior, esto es, la sanidad dentro del territorio nacional.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el artículo 149.1.16 señalando que el concepto de "*bases*" hace referencia al marco de directrices, principios o criterios básicos que aseguren una regulación uniforme en todo el territorio nacional, a partir del cual las CCAA que tengan asumidas competencias en la materia puedan ejercerlas⁴. La competencia de "*coordinación general*" persigue "la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema"...debiendo "ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario"⁵

⁴ STC 1/1982, de 28 de enero, 32/1983 de 28 de abril y 42/1983 de 20 de mayo.

⁵ STC 32/1983, de 28 de abril.

La doctrina constitucional añade dos ideas clave: que el establecimiento por parte del Estado de las bases de ordenación no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacía de contenido la correlativa competencia de la Comunidad Autónoma, y que las competencias estatales no se agotan en las puramente legislativas, sino que puede también comprender la normativa de desarrollo.

- La alta inspección

Consiste en la vigilancia que corresponde al Estado de fiscalización si la Comunidad Autónoma cumple con la Constitución y con las leyes en virtud del principio general de control que le otorga el artículo 155, "pero no un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto de la Administración del Estado" (STC 32/1983). Aunque no aparece expresamente determinada en el artículo 149.1 CE, ha de considerarse implícita en el apartado 1º dentro de la competencia exclusiva del Estado sobre "*la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*".

- Legislación sobre productos farmacéuticos

La competencia no se reduce a la legislación básica, abarcando no sólo las leyes en sentido formal, sino las normas reglamentarias. Así la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, considera de competencia exclusiva estatal algunas actuaciones de ejecución, como la autorización y registro de medicamentos, productos y artículos sanitarios y las de los laboratorios o establecimientos que los produzcan, elaboren o importe. La Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencias de Competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, amplía las competencias de ejecución de la legislación de productos farmacéuticos a las CCAA que no la tenían, aunque únicamente afectan a las fases del medicamento posteriores a la autorización para su producción.

Y las competencias que pueden asumir las **Comunidades Autónomas**, son las siguientes:

- Las competencias sobre las materias relacionadas en el artículo 148.20 y 21.
- Las competencias sobre materias que el art.149.1 no reserva a la competencia exclusiva estatal
- Las competencias no contempladas en el artículo 149.1

- La competencia legislativa sobre materias de competencia estatal que una Ley Marco les atribuya
- Las facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por Ley Orgánica se les transfiera o delegue

El Estado, al amparo del artículo 149.1.16° CE dictó la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que según su Exposición de Motivos quiere "*establecer los principios y criterios substantivos que permitan conferir al nuevo sistema sanitario unas características generales y comunes, que sean fundamento de los servicios sanitarios en todo el territorio del Estado*", pero poniendo a disposición de las Comunidades Autónomas "*a través de los procesos de transferencias de servicios, un dispositivo sanitario suficiente como para atender las necesidades sanitarias de la población residente en sus respectivas jurisdicciones*". Dicha Ley garantiza, por tanto, las competencias autonómicas reconocidas constitucionalmente en el artículo 148 y las que se pueden asumir estatutariamente conforme a la cláusula residual del artículo 149.3.

Los Estatutos de Autonomía han atribuido, en general, a las Comunidades Autónomas, el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior. Se constituye así un Servicio de Salud en cada Comunidad Autónoma integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de las Administraciones territoriales intracomunitarias - Municipios, Diputaciones, islas, Cabildos -. El conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas constituye el Sistema Nacional de Salud. De este modo, los servicios sanitarios se gestionan bajo la responsabilidad de las Comunidades Autónomas reservándose el Estado los poderes de dirección, en lo básico, y la coordinación del sistema.

B) Seguridad Social

El **artículo 41** del texto constitucional dispone que los poderes públicos mantendrán un **régimen público de Seguridad Social** para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. El artículo 149.1.17° de la CE reserva al estado la competencia exclusiva sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas. En su desarrollo, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, es de

aplicación general en todo el territorio, salvo los aspectos relativos al modo de ejercicio de las competencias y a la organización de los servicios en las Comunidades Autónomas que, de acuerdo con lo establecido en sus Estatutos de Autonomía, hayan asumido competencias de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

Además, la Ley 14/1986, General de Sanidad, en su disposición adicional sexta, 1, establece que "*los Centros sanitarios de la Seguridad Social quedarán integrados en el Servicio de Salud sólo en los casos en que la Comunidad Autónoma haya asumido competencias en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social de acuerdo con su Estatuto*". Por ello, la disposición transitoria tercera de la citada Ley añade que "*el Instituto Nacional de la Salud continuará subsistiendo y ejerciendo las funciones que tiene atribuidas, en tanto no se haya culminado el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.*"

Encontramos pues, dos títulos distintos competenciales de administración sanitaria, la asistencia sanitaria pública descentralizada y la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, lo que ha dado lugar a un doble modelo territorial sanitario. Por un lado, el de las Comunidades Autónomas que siguieron la vía de constitución del artículo 151 CE y cuyos Estatutos asumieron la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social - además de la vía especial de Navarra-, y por otro, las Comunidades Autónomas que se constituyeron por la vía del artículo 143, las de la vía lenta, en las que inicialmente sus Estatutos no asumieron competencias de gestión de la Seguridad Social sino sólo de asistencia sanitaria, y que abarca el actual territorio INSALUD.

En los Estatutos de Autonomía del País Vasco (art.18), Cataluña (art.17), Galicia (art.33), Andalucía (art. 20), Navarra (art.53), Valencia (art. 38) y Canarias (art.34), con una redacción parecida, se establece la competencia de la Comunidad Autónoma:

- el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior
- en materia de Seguridad Social, corresponderá a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma

- la gestión del régimen económico de la Seguridad Social en su territorio, sin perjuicio de la Caja Unica
- la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos
- podrá organizar y administrar a tales fines y dentro de su territorio todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas
- ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de Sanidad y Seguridad Social

El Estado, como se ha señalado, se reserva la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias señaladas.

Las demás CCAA han recibido en los últimos cinco años la competencia necesaria para la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, aunque aún no se han aprobado los necesarios Decretos de traspaso. Por Ley Orgánica⁶ se han modificado los respectivos Estatutos de Autonomía al amparo de la previsión del artículo 148.2 de la CE para asumir nuevas competencias, entre ellas, en una redacción repetida, se atribuye, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, la competencia de desarrollo legislativo y la ejecución en las materias siguientes:

- sanidad e higiene
- coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social
- ordenación farmacéutica

Y la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias:

- gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección
- gestión de las prestaciones y servicios sociales del sistema de Seguridad Social: In-serso. La determinación de las prestaciones del sistema, los requisitos para establecer la condición de beneficiario

⁶ L.O 5/1996, de 30 de diciembre, Aragón; L.O. 3/1997, de 3 de julio, Castilla-La Mancha; L.O. 1/1998, de 15 de junio, Murcia; LO 5/1998, de 7 de julio, Madrid; L.O. 11/1998, de 30 de diciembre, Cantabria; L.O. 2/1999, de 8 de enero, La Rioja; L.O. 3/1999, de 8 de enero, Islas Baleares; 4/1999, de 8 de enero, Castilla-León; L.O. 5/1999, de 8 de enero, Asturias; y L.O. 12/1999, de 6 de mayo, Extremadura.

y la financiación se efectuará de acuerdo con las normas establecidas por el Estado en el ejercicio de sus competencias, de conformidad con lo dispuesto en el número 17 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución.

En estas Comunidades Autónomas existe una coordinación de las redes de Seguridad Social y la del Servicio de la Salud a través de las Comisiones de Coordinación para la Asistencia Sanitaria al no haberse producido la integración de los centros de Seguridad Social en el Servicio de Salud respectivo, si bien en Cantabria y Extremadura aún no se han constituido los Servicios autonómicos de Salud

2.2 Transferencia de competencias

Las Comunidades Autónomas han asumido las competencias constitucionales en materia de sanidad, en una primera fase, a través de una triple vía:

- Entes preautonómicos. Se transfirieron algunas competencias sanitarias por el Estado con anterioridad a la aprobación de los Estatutos de Autonomía, a Cataluña, País Vasco, Galicia, Andalucía, Valencia y Canarias.
- Al aprobarse el correspondiente Estatuto de Autonomía- competencias en materia de sanidad y Seguridad Social: las anteriores y Navarra (Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra).
- Con posterioridad al Estatuto
 - mediante la reforma del mismo: Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla-León
 - por el sistema diseñado en el artículo 150 CE - Leyes Orgánicas de transferencias - Valencia y Canarias.

Una vez que la Comunidad Autónoma ha recibido las correspondientes competencias estatutarias, tiene lugar la segunda fase, la reglamentaria, mediante los Reales Decretos que aprueban los Acuerdos de las Comisiones Mixtas de traspasos de servicios, funciones y dotaciones. Si bien todas las CCAA han asumido plenas competencias sanitarias, sólo se han transferido los servicios y funciones del INSALUD a siete CCAA⁷, previéndose que el proceso culmine en el próximo año.

⁷ Cataluña, Real Decreto 1517/81, de 8 de julio - Por R.D. 46/1993, de 15 de enero, se amplian los medios patrimoniales; Andalucía, R.D.

2.2.1 Materias transferidas

Corresponde a las CCAA, en el marco de la legislación básica del Estado, y, en su caso, en los términos que la misma establezca, el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de sanidad e higiene y la ejecución de los servicios de la Seguridad Social. Debe señalarse que la disposición transitoria cuarta de la Ley General de Sanidad establece que *«las posibles transferencias a realizar en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a favor de las Comunidades Autónomas, que puedan asumir dicha gestión, deberán acomodarse a los principios establecidos en esta Ley»*.

• En una fórmula similar, se traspasan a las CCAA:

a) Los servicios y funciones correspondientes a los centros y establecimientos sanitarios, asistenciales y administrativos de la Seguridad Social, gestionados por el Instituto Nacional de la Salud en la Comunidad Autónoma.

b) Los servicios y funciones encomendados por la legislación vigente a las Direcciones Provinciales de la expresada Entidad Gestora de la Seguridad Social en la Comunidad Autónoma, así como las funciones y servicios correspondientes al Ministerio de Sanidad y Consumo respecto a dichas Direcciones Provinciales.

c) La elaboración y la ejecución de los planes de inversión que se aprueben en materia sanitaria en la Comunidad Autónoma

d) La contratación, gestión, actualización y resolución de los conciertos con entidades e instituciones sanitarias o asistenciales que presten servicios en la Comunidad Autónoma, dentro de los límites presupuestarios. A partir de la efectividad del traspaso de estas funciones, la Comunidad Autónoma se subrogará en los conciertos en vigor entre el Instituto Nacional de la Salud y otros Organismos y Entidades, hasta que se extingan dichos conciertos.

e) La creación, transformación y ampliación, dentro de los límites presupuestarios, así como la clasificación y supresión de los centros y establecimientos sanitarios en régimen ordinario o experimental, y de los centros asistenciales y administrativos del INSALUD en la Comunidad Autónoma, de acuerdo con la legislación básica del Estado.

400/84, de 22 de febrero; País Vasco, R.D. 1536/87, de 6 de noviembre; Valencia, R.D. 1612/87, de 27 de noviembre; Galicia, R.D. 1679/90, de 28 de diciembre; Navarra, R.D. 1680/90, de 28 de diciembre; Canarias, R.D. 446/1994, de 11 de marzo.

f) Las funciones de gestión que realiza el Instituto Nacional de la Salud a través de sus Servicios Centrales, en cuanto se refiere al territorio de la Comunidad Autónoma y, entre ellas, la inspección de servicios y la gestión de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social.

g) La planificación de programas y medidas de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en el ámbito de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con la legislación básica del Estado.

h) El análisis y evaluación del desarrollo y resultados de la acción sanitaria de la Seguridad Social en la Comunidad Autónoma.

i) La organización y régimen de funcionamiento de los centros y servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en así como la definición de criterios generales para la evaluación de la eficacia y rendimiento de los programas, Centros o Servicios Sanitarios en la Comunidad, todo ello de acuerdo con la normativa básica del Estado y la normativa reguladora del Régimen económico de la Seguridad Social.

La gestión de los Centros, establecimientos y servicios, así como de las funciones que se traspasan, se realizará de acuerdo con la legislación básica del Estado. Igualmente, la Comunidad Autónoma se sujetará a la normativa general de la Seguridad Social en lo relativo a la determinación de los beneficiarios, requisitos e intensidad de la acción protectora y regímenes económico-financiero y económico-administrativo.

• Competencias, servicios y funciones que se reserva la Administración del Estado .

a) Las actuaciones que se establecen en el artículo 40 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, sin menoscabo de las competencias de las Comunidades Autónomas.

b) El ejercicio de la alta inspección, en los términos previstos en el artículo 43 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución.

c) La coordinación general sanitaria, en los términos establecidos en el capítulo IV, del título III de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución.

d) Las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales.

• Se desarrollarán coordinadamente entre el INSALUD y la Comunidad Autónoma, las siguientes funciones:

a) El intercambio de información en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, así como el asesoramiento y cooperación con carácter permanente.

b) La elaboración de estudios y proyectos conjuntos, así como la realización de propuestas tendentes al perfeccionamiento de la acción sanitaria de la Seguridad Social y la colaboración en acciones programadas de interés general.

c) El desarrollo de los programas de informática de proyección estatal y el acceso a la información derivada de los mismos.

d) El intercambio de información sobre los conflictos laborales que puedan producirse en los centros y servicios sanitarios de la Seguridad Social.

e) La participación, cuando la Comunidad Autónoma lo solicitara de la Oficina Técnica del Instituto Nacional de la Salud en los aspectos geológicos, arquitectónicos, de ingeniería y mantenimiento de los centros sanitarios.

f) La coordinación entre el Consejo General del Instituto Nacional de la Salud y el órgano de participación que se derive de lo previsto en la Ley que regule el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma.

g) Cualquiera otra que pueda contribuir a la mejor relación y coordinación entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Canarias.

También se traspasan los bienes, derechos y obligaciones del Instituto Nacional de la Salud que corresponden a los servicios transferidos y el personal y vacantes adscritos a los servicios e instituciones que se traspasan.

2.2.2 Responsabilidad patrimonial del Estado y/o de la CCAA en las materias transferidas. Situaciones transitorias.

El problema se plantea en los supuestos de hechos acaecidos con anterioridad al traspaso, cuando el ejercicio de la acción o la sentencia condenatoria son posteriores a la fecha de efectividad del traspaso.

El Tribunal Constitucional ha mantenido que los Reales Decretos de transferencias «no atribuyen ni reconocen competencias, según hemos declarado de forma reiterada, sino que se refieren a los medios necesarios para ejercerlas». El carácter que haya de atribuirse a la

⁸ STC 88/1983, de 27 de octubre y ATC de 14 de marzo de 1989

cesión de bienes del Estado a las Comunidades Autónomas como consecuencia de las correspondientes transferencias de servicios, no constituye en rigor una cesión, sino "una sucesión parcial en el ejercicio de las funciones públicas entre dos entes de esta naturaleza"; porque "las Comunidades Autónomas no son entes preexistentes a los que el Estado ceda bienes propios, sino entes de nueva creación que sólo alcanzan existencia real en la medida en que el Estado se reestructura sustrayendo a sus instituciones centrales parte de sus competencias para atribuir las a estos entes territoriales y les transfiere, con ellas, los medios personales y reales necesarios para ejercerlas."

La jurisprudencia de la **Sala de lo Social** se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la legitimación pasiva del INSALUD o del Servicio autonómico de Salud en reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios derivadas de defectuosa atención sanitaria, atendiendo a la fecha de efectividad de las transferencias de funciones y servicios del INSALUD a la Comunidad Autónoma¹⁰.

La doctrina que se mantiene es que el gasto que supone para la Seguridad Social el pago de las cantidades reclamadas al estimarse la demanda por sentencia, es una obligación de la Seguridad Social nacida después de la transferencia a la Comunidad Autónoma, aunque el gasto reclamado derive de una defectuosa atención sanitaria anterior a la fecha de efectividad del traspaso. Se apoya en los Decretos de Transferencias que establecen el traspaso de las funciones y servicios, así como de los bienes, derechos y obligaciones, personal y créditos presupuestarios a partir de una fecha concreta, y en el apartado del Anexo al Decreto relativo al régimen financiero y presupuestario que establece que a partir de la fecha de efectividad del traspaso, los compromisos de gastos no reconocidos por los servicios centrales del INSALUD serán contraídos con cargo a los créditos de la CCAA por considerar que los mismos se encuentran financiados por el mecanismo de participación en las desviaciones que haya podido experimentar la ejecución del Presupuesto del Instituto Nacional de la Salud no transferido, respecto de su correspondiente presupuesto inicial, que se aplica al presupuesto inicial de gastos asignado a la Comunidad Autónoma para financiar los servicios transferidos del INSALUD.

⁹ STC 58/1982, de 27 de julio y 85/1984, de 26 de julio

¹⁰ STS, Sala 4ª, de 12 diciembre de 1996, 7 de marzo y 8 de mayo de 1997, referidas a la CCAA de Galicia, Sª de 11 de noviembre de 1998, respecto a Canarias, y STS de 23 enero de 1995 y TSJ Valencia de 31 de marzo de 1998 y 11 de julio de 2000, respecto a esta Comunidad Autónoma.

De este régimen general debe excepcionarse a la Comunidad Foral de Navarra, al establecerse en el Decreto de Transferencias expresamente que las obligaciones que correspondan a ejercicios anteriores al de 1991 - la fecha de efectividad del traspaso es el 1 de enero de 1991- serán a cargo del INSALUD.¹¹

La **Sala Primera** del Tribunal Supremo mantiene soluciones dispares. En sentencia de 23 de abril de 1999, se condena al INSALUD a abonar la indemnización por responsabilidad civil extracontractual al haberse producido los hechos con anterioridad al traspaso de competencias en materia de Seguridad Social a la Generalidad de Cataluña, basándose en los artículos 1089 y 1902 del Código Civil de los cuales se desprende que la obligación de indemnizar nace en el mismo momento en que la actitud negligente causa el daño y no en el tiempo posterior de pronunciarse la sentencia¹².

En sentencia de 3 de diciembre de 1999 se condena al Servicio Gallego de Salud razonando que las cesiones del INSALUD de los correspondientes servicios sanitarios a las Comunidades Autónomas, por lo general, operan transfiriendo no sólo los derechos sino también obligaciones, y de esta manera lo que realmente resulta transmitido no es la culpa, sino la responsabilidades derivadas de la misma, que si cabe ceder y traspasar.

Una solución singular se da en la STS de 12 de diciembre de 1998 en la que se desestima el recurso de casación interpuesto por el INSALUD contra sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que había absuelto al Servicio Valenciano de Salud (SERVASA) y condenado al INSALUD por fallecimiento ocurrido con anterioridad a las transferencias. Se razona: "un demandado que ha sido condenado carece de legitimación para pretender que se condene también a otros codemandados, a quienes absuelve la sentencia recurrida y cuyo pronunciamiento absolutorio ha sido consentido (no recurrido) por los únicos legitimados para impugnarlo (los demandantes perjudicados), lo cual se entiende sin perjuicio de las reclamaciones

¹¹ En el punto 7.10 del Anexo se dispone que "No obstante lo dispuesto en el párrafo precedente, dichas obligaciones, previa conformidad del INSALUD, se reconocerán y harán efectivas por la Comunidad Foral de Navarra, y en contrapartida ésta participará en las desviaciones del presupuesto inicial del INSALUD-Gestión Directa que se produzcan para la cobertura de las citadas obligaciones, en la forma prevista en los números 6 y 7 de este apartado - participación de las ampliaciones e incorporaciones de créditos aprobados, en el ejercicio corriente, en el presupuesto del INSALUD-Gestión Directa.

¹² También la STS de 9-6-1997 mantiene el criterio de responsabilidad del INSALUD por tratarse de hechos anteriores al traspaso

que contra aquéllos pueda formular en el juicio correspondiente, si estimare asistirle algún derecho para ello... porque la transferencia no puede perjudicar a quien ha sufrido el daño, como tampoco las interpretaciones contradictorias de SERVASA e INSALUD, ni la confusión de las normas político-administrativas [se refiere al Decreto de Transferencias], ... procede desestimar el recurso, sin perjuicio de las reclamaciones internas, por la solidaridad impropia frente a la víctima, problema aquel «ad intra» que no ha de resolver esta Sala"

La jurisprudencia **contencioso-administrativa**, que es la que se ha ocupado del tema de la responsabilidad patrimonial después de los procesos de transferencias en todos los ámbitos, ha señalado reiteradamente que las dudas que puedan surgir entre dos Administraciones Públicas en orden a cuál de ellas es la responsable de un supuesto de subrogación - técnica a la que, en definitiva, responden los Decretos de Transferencias- no pueden perjudicar a quien con ellas ha contratado, al cual, en todo caso, le basta con interesar el cumplimiento de la obligación contraída a quien, en ese momento, ostenta la titularidad de la competencia, y ello sin perjuicio de las compensaciones económicas que, en su caso, puedan establecerse entre las Administraciones afectadas, cuestión ajena a quien contrata con la Administración¹³. En definitiva, deriva la responsabilidad patrimonial a la Administración a la que se le haya transferido el servicio originariamente causante del daño o perjuicio, aún cuando tal traspaso hubiera tenido lugar después de acaecido el hecho determinante de dicha responsabilidad patrimonial¹⁴.

Ante la clara interpretación jurisprudencial sobre la asunción de las obligaciones sobre materias transferidas por la Administración que deviene competente, la única forma de no asumir dichas obligaciones es establecer en los Decretos de Transferencias que el INSALUD será responsable de las obligaciones de pago que se reconozcan en sentencias judiciales firmes por hechos ocurridos con anterioridad a la transferencia, con las salvaguardas que precise para que pueda personarse en los procedimientos judiciales, salvo que los mecanismos de compen-

¹³ STS de 23-7-1996 y de 5-2-1998; STSJ Galicia, sec. 3ª, de 25-2-2000

¹⁴ Se pueden citar las STS de 4 de noviembre de 1993, 20 de junio de 1995, 27 de septiembre de 1996, 6 de mayo de 1997 - en esta Sª, que se remite a las de 10 de octubre de 1988 y 4 de noviembre de 1993, se examina la transferencia de servicios operadas por Decretos de 5 de marzo de 1985, en materia de sanidad, del Territorio Histórico de Vizcaya a las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma del País Vasco - y 28 de abril de 1998, entre otras.

sación a la Comunidad Autónoma por hacerse cargo de los pagos estén satisfactoriamente convenidos. La solución, por lo demás, es la que se adoptó en los Decretos de transferencias de sanidad¹⁵

3. FORMAS DE GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA

Este doble modelo de ordenación de la sanidad INSALUD-Servicios de Salud autonómicos, exige examinar cada uno de los entes prestadores de asistencia sanitaria pública, pues a efectos de responsabilidad patrimonial, ya se trate de entes gestores de la Seguridad Social, ya de entes gestores de servicios y centros de asistencia sanitaria, es preciso determinar si tienen la naturaleza de Administración pública en el sentido del artículo 139 de la Ley 30/1992: "*Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.*"

3.1 INSALUD

Es una entidad gestora de la Seguridad Social, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, a través de la Secretaría General de Gestión y Cooperación Sanitaria¹⁶ al que corresponde la gestión de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas que no hayan asumido dichas competencias, así como en Ceuta y Melilla.

Su naturaleza jurídica es la de Entidad de Derecho Público, en el sentido del artículo 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Admi-

¹⁵ Como ejemplo, el Real Decreto 1359/1984, de transferencia de competencias en materia de sanidad a la Comunidad de Madrid dispone: "*será de cargo de la Administración del Estado el coste derivado del cumplimiento y ejecución por la Comunidad de Madrid de las sentencias judiciales que se pronuncien en los procesos iniciados con anterioridad a la fecha de efectividad del traspaso, o en los que iniciados después de dicha fecha tengan por objeto el reconocimiento de derechos o situaciones jurídicas perfeccionadas con anterioridad a la misma, cuando tales sentencias así las declaren, y siempre que se notifique a la Administración del Estado en tiempo y forma a efectos de que en tiempo hábil pueda personarse debidamente.*"

¹⁶ Se crea por Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, afectado por el Real Decreto-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y Ley 14/1986 General de Sanidad. Se regula por R.D. 702/1998, de 24 de abril de Organización de los Servicios Territoriales y modificación de la composición de los órganos de participación en el control y vigilancia de la gestión del INSALUD, y R.D. 1450/2000, de 28 de julio, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo

nistraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: personalidad jurídica propia vinculada o dependiente de cualquiera de las Administraciones Públicas. La Disposición Adicional 6ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), equipara a las entidades gestoras de la Seguridad Social a los organismos autónomos.

En cuanto a su régimen de responsabilidad, al regirse los organismos autónomos por el Derecho administrativo, artículo 45 de la LOFAGE, queda sometido al sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992. Ya señalamos que la Ley 4/1999 añadió una disposición adicional duodécima que sujeta la responsabilidad patrimonial de las entidades gestoras de la Seguridad Social a la tramitación administrativa prevista en la Ley 30/1992 y su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo, en todo caso.

3.2 Servicios de Salud autonómicos

Por su naturaleza jurídica se distinguen:

1. Organismos autónomos. Tal es el caso de Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, Castilla-León, Galicia, La Rioja, Madrid, Navarra y Castilla-La Mancha¹⁷
2. Entidades de derecho público sometidas al Derecho privado. Se clasifican así los Servicios de Salud de Asturias, Cataluña, Murcia y País Vasco¹⁸.

¹⁷ Respecto al Servicio Balear de Salud y Gerencia Regional de Salud, para Miriam PEREZ CUETO, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Valencia, Tiranc lo Blanch, 1997, tienen naturaleza de entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado; para Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, Organización, imputación y causalidad*, Madrid, Civitas, 2000, ambos son organismos autónomos.

En Madrid, la Ley 9/1984, de 30 de mayo, de creación de los Servicios Regionales de Salud y Bienestar Social y del Instituto Regional de Estudios de Salud y Bienestar Social, los califica de organismos autónomos. El proyecto de Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid suprime dichos organismos creando el Servicio Madrileño de Salud - comprador de los servicios sanitarios- y el Instituto Madrileño de Salud -proveedor de los servicios sanitarios- con naturaleza de entes de Derecho público sometidos al Derecho privado. En Castilla-La Mancha se crea el Servicio de Salud por la reciente Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria.

¹⁸ La Ley 15/1990 de Ordenación Sanitaria en Cataluña, crea el Servicio Catalán de la Salud como Ente público de naturaleza institucional, que se rige por el Derecho privado en sus relaciones externas. La nueva redacción dada al artículo 4 por la Ley 11/1995, de 29 de septiembre permite configurarlo como ente de Derecho público sometido al Derecho privado.

Los Servicios de Salud murciano y vasco han cambiado su naturaleza jurídica de organismo autónomo de carácter administrativo a entes de

Hay dos Comunidades Autónomas que no han creado aún sus Servicios Autonómicos de Salud: Cantabria y Extremadura. En Valencia, la Ley 6/1993, de 31 de diciembre, de Presupuestos Generales de 1994, suprimió el Servicio Valenciano de Salud, organismo autónomo de carácter administrativo, encomendando sus funciones a la Consejería de Sanidad y Consumo.

El régimen de responsabilidad extracontractual al que se someten los Servicios de Salud autonómicos, ya se configuren como organismos autónomos ya como entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado, es el de responsabilidad patrimonial objetiva regulada en la Ley 30/1992. Normativa y jurisprudencialmente esta solución se apoya en los siguientes preceptos:

- El artículo 106.2 de la Constitución se refiere a "los servicios públicos" comprensivo de toda la actividad desarrollada por las Administraciones Públicas.
- El artículo 2.2 de la Ley 30/1992, en su segundo inciso señala que estas Entidades - las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas - sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan actividades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación. En un sentido amplio, según es interpretado por la doctrina mayoritaria, el concepto de "actividad" engloba también la responsabilidad patrimonial.
- El artículo 144 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/99, pasa a someter la responsabilidad de las Administraciones públicas cuando actúen en relaciones de Derecho privado al régimen de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y ss de la Ley.
- La Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/92, introducida por la Ley 4/99, da rango legal a la previsión establecida en la disposición adicional primera del Reglamento de procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial, sometiendo la responsabilidad de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, y las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados, por los daños causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, a la tramitación administrativa de la Ley 30/1992, unifi-

cando el fuero en la jurisdicción contencioso-administrativa.

- La Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, al examinar los conflictos de jurisdicción entre los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/92, viene sosteniendo¹⁹, en relación con el régimen jurídico aplicable en materia de responsabilidad patrimonial por la prestación de asistencia sanitaria, que conforme al alcance general y unitario que ostenta el principio de responsabilidad patrimonial directa y objetiva de la Administración Pública (arts 106.2 y 149.1.18° CE), es indiferente que la actividad administrativa haya tenido lugar en estricto ejercicio de una potestad administrativa o en forma de una mera actividad material o en omisión de una obligación legal, como también es indiferente que la naturaleza de la relación de que la responsabilidad proceda sea pública o privada, entendiéndose que las instituciones correspondientes en materia de relaciones propias de la Seguridad Social y prestaciones sanitarias, son entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a la Administración, y por tanto, Administraciones Públicas en el sentido del artículo 2.2. de la Ley 30/92.

3.3 Otras formas de gestión

Su regulación normativa, en el ámbito estatal, aparece en el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, que desarrolla la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud - resultado de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio - y del art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, sobre Fundaciones Públicas Sanitarias.²⁰

Las Comunidades Autónomas, antes que el INSALUD, regularon legislativamente diferentes formas de gestión directa e indirecta de la asistencia prestada por

¹⁹ Autos de 25 octubre y 10 diciembre de 1996, 18 de marzo, 4 de julio, 17 de julio y 18 de diciembre de 1997, 26 y 29 de junio y 3 de noviembre de 1998, 25 de marzo y 16 y 22 de junio de 1999.

²⁰ Sobre el tema puede verse SANCHEZ-CARO, Javier "Régimen Jurídico de las nuevas formas de gestión de la sanidad española (la perspectiva del Instituto Nacional de la Salud)", *Revista de Administración sanitaria*, Volumen IV, nº 14, abril/junio 2000; y FERRANDIZ MANJAVACAS, Francisco Alfonso, "Comentarios y reflexiones en torno al Real Decreto 29/2000, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud", en la misma publicación.

Derecho público sometidos al Derecho privado, por leyes, respectivamente, 4/1994, de 26 de julio y 8/1997, de 26 de junio.

sus Servicios de Salud: sociedades, acuerdos, convenios, conciertos, consorcios, fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades públicas y privadas o de participación en cualesquiera entidades admitidas en derecho²¹.

3.3.1 Clasificación de entidades:

1. *Fundaciones privadas de iniciativa pública sometidas a la Ley 30/1994, de Fundaciones.*

Se definen como organizaciones sanitarias sin ánimo de lucro constituidas por el INSALUD, que destinen y afecten un patrimonio a la realización de fines sanitarios de interés general y que tengan por objeto la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria.

Estas fundaciones se registrarán por sus estatutos, por el Real Decreto y, en todo caso, por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, y por las demás disposiciones estatales o autonómicas que les sean de aplicación.

Ejemplos de estas fundaciones sanitarias son la Fundación Hospital Manacor y la Fundación Hospital Alcorcón.

2. *Consortios*

Son las organizaciones comunes, dotadas de personalidad jurídica propia y suficiente para el cumplimiento de sus fines, que se constituyan a consecuencia de los convenios, cuyo objeto sea la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria, que celebre el Instituto Nacional de la Salud con las Comunidades Autónomas, las entidades que integran la Administración local, con entidades privadas sin ánimo de lucro, que persigan fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones públicas, o con todas ellas conjuntamente.

Se rigen por el convenio regulador y por sus correspondientes estatutos; por el presente Real Decreto; por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; por el Real Decreto legislativo

781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, y por el resto de las disposiciones que les sean de aplicación.

3. *Sociedades estatales*

Sociedades en cuyo capital sea mayoritaria o única la participación del Instituto Nacional de la Salud y que se constituyan para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria. Se rigen por el Real Decreto, por sus estatutos sociales y, en todo caso, por lo establecido en el art. 6 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.

4. *Las fundaciones públicas sanitarias*

Son organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de la Salud con personalidad jurídica propia que se rigen por lo dispuesto en el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, por el Real Decreto 29/2000, por sus estatutos, y por lo dispuesto para las entidades públicas empresariales en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en lo no previsto en aquéllos.²² No les es de aplicación la Ley de Fundaciones.

3.3.2 Responsabilidad patrimonial de estas entidades

En cuanto al régimen de responsabilidad por los daños y perjuicios que puedan causarse por la prestación de asistencia sanitaria por estos entes, el artículo 35 del Real Decreto 29/2000 establece que se rige por el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, siguiendo así lo dispuesto en la Disposición adicional duodécima de la Ley 30/92, aunque dichos entes tengan personalidad de Derecho privado y por tanto no sean Administración en el sentido del art.2.2 de la Ley 30/1992. En realidad, quien responde de los daños y perjuicios que puedan ocasionarse es la Administración sanitaria que los crea - el INSALUD- no el ente que tiene responsabilidad de Derecho privado, puesto que como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto, "*la finalidad de impulsar la autonomía en la gestión sanitaria, potenciando la separación de las funciones de plani-*

²¹ A título de ejemplo pueden citarse algunos de estos entes: la Fundación Hospital Verín en Galicia, Fundación Centro de Transfusión de Galicia, la sociedad catalana "Sistema de emergencias médicas S.A.", la vasca "Alta Tecnología Sanitaria S.A.", y las empresas públicas andaluzas para la gestión de los Servicios de Emergencias Sanitarias y del Hospital de la Costa del Sol.

²² Sobre la evolución de las fundaciones sanitarias de iniciativa pública puede verse BERMEJO LATRE, José Luis y MIR PUIGPELAT, Oriol, "Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública", REDA, n° 104, oct-dic 1999.

ficación, financiación, compra y provisión de servicios, configurando los centros asistenciales como organizaciones autónomas, con facultades de decisión efectivas y responsables,... lo es sin merma del carácter de servicio público, el cual se preserva y garantiza a lo largo de todo su articulado",... por ello " regula la sujeción de estas entidades a los criterios generales de planificación del Instituto Nacional de la Salud, reforzándose los principios de coordinación y de cooperación entre los distintos centros sanitarios y niveles asistenciales, de modo que se asegure plenamente el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud."

La doctrina se había mostrado partidaria de imputar a la Administración matriz los daños ocasionados por los entes instrumentales, la doctrina del "levantamiento del velo" al no estar justificada la exoneración de responsabilidad de la Administración que los crea cuando por meras razones organizativas, de eficacia o de operatividad crea personas jurídico-privadas para la gestión directa o indirecta de los servicios públicos²³.

Dispone el artículo 35 del R.D. 29/2000:

"1. Las reclamaciones que formulen los ciudadanos encaminadas al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada a través de las entidades recogidas en el art. 3 del presente Real Decreto, se regirán por lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

2. Tales reclamaciones, conforme a lo previsto en el Título X de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se dirigirán por los interesados al Instituto Nacional de la Salud, contra cuya resolución cabe recurso contencioso-administrativo, pudiendo actuar los centros sanitarios, en virtud de su personalidad jurídica, como codemandados. En tal caso, se considerarán parte demandada las personas legitimadas, conforme se establece en el art. 21.1 de la

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa."

El régimen de responsabilidad a que se someten los entes sanitarios autonómicos, en cuanto entidades del Sistema Nacional de Salud, es igualmente el establecido en la Ley 30/92.

Mayores dificultades en cuanto al régimen de responsabilidad extracontractual lo encontramos en los "convenios singulares" - en virtud de los cuales los hospitales privados se vinculan a la red hospitalaria pública - y el "concierto sanitario" - con los hospitales privados previamente homologados que prestan servicios sanitarios en las condiciones pactadas en el concierto, pero sin que su actividad se convierta en pública - ambos previstos en la Ley General de Sanidad. La Ley 4/99, al añadir la disposición adicional duodécima a la Ley 30/92, expresamente somete al régimen administrativo y atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa las acciones de reclamación por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, de los "centros sanitarios concertados", por lo que quedan sometidos a responsabilidad de tipo objetivo.

4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION SANITARIA

4.1 Responsabilidad de las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia de sanidad, pero a las que aún no han sido transferidas las competencias en materia de Seguridad Social.

Sentada la distinta distribución competencial en la Constitución en materia de asistencia sanitaria y Seguridad Social, el panorama actual del estado de traspaso de los servicios y funciones de la Seguridad Social correspondientes al INSALUD, y las diferentes formas de gestión de la asistencia sanitaria, antes de examinar algunos de los aspectos regulados en la Ley 30/92 para que se dé la responsabilidad de las Administraciones públicas, un primer tema que se plantea es la incidencia que tiene en esta materia la transferencia de la gestión de la Seguridad Social. Es decir, se trata de determinar cuál es el ámbito de responsabilidad patrimonial de las Comunidades Autónomas en materia de prestación de asistencia sanitaria, antes y después de asumir las competencias transferidas del INSALUD.

Todas las Comunidades Autónomas, como hemos visto, han asumido competencias en materia de sanidad, funciones de organización, estructura, dirección, resolu-

²³ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián "Las empresas públicas: reflexiones del momento presente", RAP, n° 126, sep-dic. 1991; BORRAJO INIESTA, Ignacio, "La huida hacia fórmulas de gestión del Derecho Privado en la prestación de Servicios Sanitarios: la supuesta crisis del Derecho Administrativo", en AA.VV., La Gestión de los Servicios Sanitarios: Modelos Alternativos, Pamplona, Gobierno de Navarra/Departamento de Salud, 1995, citados por MIR PUIGPELAT, Oriol, en la obra citada nota 16

ción, control, vigilancia y tutela (información sanitaria, publicidad médico sanitaria, epidemiología, control sanitario de las aguas y de la contaminación atmosférica, política sanitaria mortuoria, programas sanitarios, etc), así como la competencia de intervención de las actividades y servicios de la Administración Sanitaria del Estado y el traspaso de centros hospitalarios. En este sentido, las Comunidades Autónomas quedan sometidas al régimen de responsabilidad patrimonial en cuanto Administración sanitaria.

En las Comunidades en que aún no se han transferido la gestión de la Seguridad Social, el INSALUD ha celebrado convenios de colaboración con la Comunidad Autónoma para la prestación de la asistencia sanitaria de todos aquellos beneficiarios de la Seguridad Social que son remitidos por indicación del INSALUD al Hospital propiedad de la Comunidad Autónoma. En los supuestos de reclamaciones de daños y perjuicios por la asistencia sanitaria prestada en dichos hospitales, se plantea el tema de la **legitimación pasiva** del INSALUD, que tiene la competencia exclusiva dentro del sistema de la Seguridad Social de la prestación de asistencia sanitaria y de la ordenación de los servicios médicos, o de la Comunidad Autónoma, que tiene competencia en materia de sanidad y la titularidad del centro hospitalario.

La Ley 30/92, en la Disposición adicional Duodécima, unifica el procedimiento de reclamación por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y el fuero jurisdiccional, tanto por responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas. El problema es delimitar, ante una prestación de asistencia hospitalaria defectuosa de un beneficiario de la Seguridad Social, si debe reclamarse ante la entidad estatal gestora de la Seguridad Social o ante la Comunidad autónoma propietaria del hospital.

En la jurisprudencia vemos ejemplos de soluciones dispares

- *condena solidaria al INSALUD y a la Comunidad Autónoma* al abono de los daños y perjuicios ocasionados por el mal funcionamiento de los servicios médicos y de la defectuosa asistencia sanitaria prestada en el Hospital, propiedad de la Comunidad Autónoma y concertado con el INSALUD para la prestación de la asistencia sanitaria de beneficiarios de la Seguridad Social. STSJ de La Rioja, Sala de lo So-

cial, de 21 de noviembre de 1996; STS, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 1992, respecto a un Hospital propiedad del Principado de Asturias.

- *condena a la entidad gestora de la Seguridad Social* al apreciar la falta de legitimación pasiva de la Comunidad Autónoma en una reclamación de responsabilidad patrimonial por una intervención de un enfermo del INSALUD en un Hospital que pertenece a aquélla. Así se resuelve en la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 9ª, de 2 de noviembre de 1999, que añade, "sin perjuicio de que el INSALUD pueda repetir contra la Comunidad, en su caso, sobre la base del concierto firmado entre ellos". También la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, Sª de 26 de abril de 1995 y 9 de febrero de 1996, admite la falta de legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid en reclamaciones por la deficiente prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en el mismo Hospital Gregorio Marañón, al ser el INSALUD la Entidad que administra y gestiona los servicios sanitarios y la consiguiente prestación sanitaria de los sujetos protegidos.
- *condena a la Comunidad Autónoma y absolución del INSALUD*. Se desestima la falta de legitimación pasiva de la Comunidad en una reclamación de daños y perjuicios por culpa del personal de un Centro Hospitalario cuya titularidad estaba transferida a la Comunidad, pero cuya gestión y administración se realizará por el Instituto Nacional de la Salud hasta el momento en que dicha entidad sea asumida por la Comunidad, según resulta del Decreto de transferencias del hospital. STS, Sala Primera, de 27 de enero de 1997, cuyo sorprendente razonamiento es el siguiente: " Pretende la recurrente [la Comunidad de Madrid] que se consideren separadamente dos centros de imputación de responsabilidad, con una división entre titularidad y gestión que, sean cuales sean las relaciones "ad intra" entre los titulares y los encargados de la Administración, no es admisible "ad extra" mas allá de la pura funcionalidad para fundar, precisamente, una exclusión de responsabilidad de la entidad que figura como titular, y, por ello, ostenta frente a los terceros y administrados en general, la responsabilidad necesaria que se supone insita en aquella calidad o condición".
- apreciación de *responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria* a raíz de *actos de profesionales encuadrados en el sistema de salud dependiente de la Comunidad Autónoma* por el funciona-

miento de los servicios públicos hospitalarios, sin examinar si se trataba o no de un beneficiario de la Seguridad Social. STSJ de Baleares, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 25 de junio de 1999; STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso, de 28 de abril de 1999 (transfusión del virus de la hepatitis C); STSJ de La Rioja, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 9 octubre de 1999

Depende, por tanto, caso por caso, de contra qué ente se dirija la demanda, de las excepciones procesales formuladas por las partes y del orden jurisdiccional que dicte la demanda. Si bien, una vez que ha sido unificado el régimen de responsabilidad patrimonial en la jurisdicción contencioso-administrativa, ya sin ninguna duda, por el artículo 2 apartado e) de Ley 29/1998, de 13 de julio, que dispone que la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá: «*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social*», y artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/1998, de la misma fecha 13 de julio, criterio reiteradamente mantenido por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo²⁴, será a los Tribunales de este orden a los que compete decidir.

4.2 Sistema de responsabilidad patrimonial objetivo

El sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas españolas es, como se ha dicho, de carácter objetivo. Configurada por primera vez en 1954, en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, se mantiene en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, en los artículos 40 y 41. Como señala la STS de 10 de febrero de 1998 "*la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado adquiere relevancia constitucional en los artículos 9 y 106.2 de la Constitución como garantía fundamental de la seguridad jurídica, con entronque en el valor de la justicia, pilar del Estado de Derecho social y democrático (artículo 1 de la Constitución) y se desarrolla en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (Título X) y en el RD 429/1993, de 26 marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Adminis-*

²⁴ Autos de 22 y 18 de junio de 1999, 18 de diciembre (tres conflictos), 10 diciembre, 29 de junio (tres conflictos), 26 de junio (siete conflictos), 27 de marzo (cuatro conflictos) de 1998, 18 de diciembre (siete conflictos) y 4 de julio (cinco conflictos) de 1997, entre otros.

traciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial".

El artículo 139.1, que se ha mantenido en su primitiva redacción tras la reforma operada por Ley 4/1999, continúa el sistema de responsabilidad objetiva, ajeno a la idea de culpa o negligencia, al señalar que:

"1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas".

Según constante jurisprudencia, precisa la concurrencia de una serie de requisitos, que resumidamente expuestos son:

a) **Lesión patrimonial** equivalente a daño o perjuicio, lesión definida como daño ilegítimo, en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente

Para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable

El daño ha de ser **real** y efectivo, nunca potencial o futuro, además de **evaluable** económicamente e **individualizado** en relación con una persona o grupo de personas.

b) El daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante ha de ser consecuencia del **funcionamiento normal o anormal** de los servicios públicos, esto es, actuación del poder público en uso de potestades públicas

c) Existencia de relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervenciones extrañas que alteren el **nexo causal** entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

d) Que **no** se haya producido **fuerza mayor**

El artículo 141.1 de la Ley 30/92 añade un nuevo requisito: que el daño no se derive de hechos o circunstancias **imprevisibles o inevitables** según el estado de los **conocimientos científicos o técnicos**, requisito que es especialmente aplicable en los supuestos de responsabilidad derivados de asistencia médica.

En el ámbito de la Administración sanitaria debe tenerse en cuenta que la prestación de asistencia comprende los tratamientos médicos - pronóstico, diagnóstico y procedimiento terapéutico- que por sí llevan aparejado un riesgo al actuar sobre la salud del paciente, las medidas preventivas (revisiones, prevención de ciertas enfermedades, vigilancia epidemiológica, vacunaciones), y la asistencia sociosanitaria (personas mayores con enfermedades crónicas, personas con enfermedades terminales o crónicas, toxicomanías, rehabilitación...). El constante incremento de las reclamaciones individuales, derivadas por un lado del mayor número de intervenciones por los avances médicos y por otro del reconocimiento normativo de los derechos de los pacientes, así como del aumento de las cuantías de las indemnizaciones solicitadas y reconocidas, ha hecho que la doctrina comience una línea crítica sobre el fundamento y los límites de la responsabilidad objetiva.²⁵

No voy a detenerme en el estudio pormenorizado de todos y cada uno de los requisitos señalados, pues están en cualquier manual sobre responsabilidad patrimonial y en la práctica totalidad de las sentencias contencioso-administrativas, en primera y segunda instancia procesal, pero si quiero examinar, aunque sea someramente, algunos de los temas más actuales de análisis doctrinal y jurisprudencial en su incidencia en el ámbito sanitario en cuanto pueden suponer una exclusión de la responsabilidad patrimonial o una disminución de la cuantía indemnizatoria.

- Actuación en el ejercicio o con ocasión de las funciones sanitarias
- Conocimiento de la técnica o la ciencia
- El consentimiento informado
- Fuerza mayor y caso fortuito

²⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago "Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria (algunas reflexiones de las funciones actuales de la responsabilidad civil)", Responsabilidad del personal sanitario, CGPJ-Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, pág 191, señala que el incremento de acciones judiciales que exigen responsabilidad a los médicos da lugar a un modo de practicar la medicina conservador y limitado excluyendo decisiones que impliquen riesgos, tratando de avalar su opinión reclamando informes, solicitando análisis y contrastes que ofrezcan la máxima seguridad de diagnóstico, lo que denomina "medicina defensiva".

- Concurrencia de culpas

4.2.1 Actuación en el ejercicio o con ocasión de las funciones sanitarias

En el sistema español de responsabilidad patrimonial (ya desde la Ley de Expropiación Forzosa) basta que la lesión sea consecuencia del funcionamiento *normal* o *anormal* de los servicios públicos. Debe partirse, por tanto, de la imputación a la Administración sanitaria de la conducta que ha producido el daño, entendiendo "funcionamiento de los servicios públicos" en sentido amplio comprensivo de toda la actividad administrativa, del giro o tráfico administrativo, que suponga actividad realizada por una Administración pública²⁶. Y, conforme al artículo 144 de la Ley 30/1992, ya sea de Derecho público o de Derecho privado²⁷.

Para Oriol MIR PUIGPELAT²⁸ es necesario que concurren, acumulativamente, dos circunstancias distintas: que la persona física de que se trate esté integrada en la organización administrativa, y que actúe en el ejercicio o con ocasión de sus funciones. Añade que los artículos 144 y 145 de la Ley 30/1992, sólo se refieren al primer título de imputación - que denomina de primer nivel- a la inserción en la organización administrativa, mientras que el artículo 121 del Código Penal, al establecer la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, y el art. 1903.4 del Código Civil, que regula la responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes y es aplicado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en condenas a la Administración sanitaria, exigen los dos requisitos de relación de dependencia y la actuación en el ejercicio o con ocasión de sus funciones.

²⁶ STS, Sala 3ª, Sección 4ª, de 22 noviembre de 1991: "Por lo que se refiere a la imputación a la Administración pública hay que partir de la interpretación de cómo debe entenderse el funcionamiento del servicio según ha sido efectuada, entre otras, por la S 5 junio 1989 de este tribunal. A tenor de la doctrina que en ella se contiene debe atribuirse a los conceptos de servicio público y de su funcionamiento el sentido más amplio que su abstracta acepción merece, lo que supone identificar el servicio público con toda actuación, gestión o actividad propias de la función administrativa ejercida, incluso con la omisión o pasividad cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado".

²⁷ Como razona la STS, Sala 3ª, sec. 6ª, de 8 de febrero de 2001, "que la actividad administrativa haya tenido lugar en el estricto ejercicio de una potestad administrativa o en forma de una mera actividad material o en omisión de una obligación legal, del propio modo que también es indiferente -art. 142.6 [de la Ley 30/92]- la naturaleza, pública o privada, de la relación de que la responsabilidad derive"

²⁸ En, La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, Organización, imputación y causalidad, Madrid, Civitas, 2000, pag.144 y ss.

Es la jurisprudencia penal la que principalmente ha examinado la expresión "en ejercicio o con ocasión de sus funciones" recogida en el antiguo artículo 22 del Código Penal y actual 121.

La jurisprudencia contencioso-administrativa se centra en el examen de que el daño sufrido sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa de causa a efecto, sin intervención extraña que pudiera influir en el nexo causal²⁹. Pero también encontramos pronunciamientos que examinan el título de imputación de la integración del servicio público en la organización administrativa, como en la STS de 25 de febrero de 1998, que señala: *"de forma que solo cuando el agente dañoso aparezca obrando dentro de la propia estructura organizativa administrativa, podrá ser posible atribuir a aquélla el resultado dañoso y en consecuencia, hay que considerar como idea rectora en esta materia la de que en toda clase de daños producidos por servicios y obras públicas en sentido estricto, cualquiera que sea la modalidad de la prestación (directamente, o a través de entes filiales sometidos al derecho privado o por contratistas o concesionarios), la posición del sujeto dañado no tiene por qué ser recortado en su esfera garantizadora frente a aquellas actuaciones de titularidad administrativa en función de cual sea la forma en que son llevadas a cabo y sin perjuicio, naturalmente, que el contratista y el concesionario puedan resultar también sujetos imputables"*

Por supuesto, ese funcionamiento de los servicios públicos se da cuando actúan médicos y el resto de personal sanitario público (personal auxiliar facultativo y no facultativo), independientemente de la relación de empleo que les una con la Administración (funcionarial, de carrera o de empleo, laboral o estatutario), integrados en entidades, servicios y organismos de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas. Su responsabilidad frente a terceros es objetiva por el

²⁹ Como reconoce la STS, Sala 3ª, sec. 6ª, de 10 de febrero de 1998 *"Es reiterada la doctrina de esta Sala que considera esencial para que se estime la responsabilidad patrimonial de la Administración la existencia de un nexo causal directo e inmediato entre el acto imputable a la Administración y la lesión causal que para ser resarcible, ha de consistir en un daño real, habiendo precisado la jurisprudencia (en sentencias de 20 de octubre de 1980, 10 de junio de 1981 y 6 de febrero de 1996, entre otras), que el nexo causal ha de ser exclusivo sin interferencias extrañas procedentes de tercero o del lesionado, (...) pero para que esa responsabilidad se haga efectiva, se exige la prueba de una causa concreta que determine el daño, en consecuencia, la conexión entre la actuación administrativa y el daño real ocasionado, como han puesto de manifiesto sentencias como las de 24 de octubre y 5 de diciembre de 1995."*

hecho de haber realizado la conducta productora del daño, aunque la Administración podrá repetir contra los responsables, cuando hubiera hecho efectiva la indemnización a los lesionados, si hubieran actuado con dolo, culpa o negligencia graves. El artículo 145 de la Ley 30/92 dispone que los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las *autoridades y personal a su servicio*, pudiendo la Administración, de oficio, exigir de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, ponderando una serie de criterios como el resultado dañoso producido, la intencionalidad, la responsabilidad profesional y su relación con la producción del resultado dañoso. La dificultad de esta acción de repetición será mayor en los supuestos de trabajo médico en equipo al hacerse más difícil la individualización de la responsabilidad.

También se considera la existencia de funcionamiento de los servicios públicos responsable en el supuesto de daños causados por pacientes, si se encuentran custodiados por la Administración, derivando la responsabilidad de la "culpa in vigilando" de los encargados de su cuidado. Es el supuesto de los enfermos mentales internados en los hospitales psiquiátricos³⁰ o de daños ocasionados por los pacientes a personal sanitario³¹.

Por último, la jurisprudencia también considera gestión de un servicio público del que es titular la Administración, los daños ocasionados por las instalaciones de las sedes o edificios en que se prestan los servicios públicos al integrarse en el significado propio de éstos y corresponder a la Administración las facultades de vigilancia e inspección de las mismas.³²

³⁰ Como ejemplo, STS, Sala 3ª, de 17-10-2000 y 4-10-1999.

³¹ STS 14-12-2000, "En un sentido amplio y omnicompreensivo acorde con una tradición normativa muy consolidada, que utiliza la expresión "los particulares" como sujeto pasivo y receptor de los daños -art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, 133 de su Reglamento de ejecución de 26 de abril de 1957 y 106.2 de la Constitución-, comprende e incluye en el mismo, según declaró esta Sala y Sección en sentencia de 24 de febrero de 1994, siguiendo el criterio de otra anterior, del lejano año de 1964, de 8 de febrero, no sólo a los sujetos privados, sino también a los sujetos públicos, cuando éstos se consideren lesionados por la actividad de otra Administración pública; pues, en realidad, no sólo "los particulares" tendrán este derecho, sino cualquier persona, sea física o jurídica, pública o privada es decir, cualquier sujeto de derecho que hubiese sufrido la lesión que reúna los requisitos que el citado precepto establece."

³² Ejemplos los encontramos en las STS de 24 de junio de 1995, que estimó la caída de un ventilador en dependencias municipales como determinante de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento; de 12 de febrero de 1996, que declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración por el deficiente mantenimiento y reparación de la cerca metálica de la zona deportiva de un Centro Público escolar; de

4.2.2 Conocimiento de la técnica o de la ciencia

Se viene empleando el término "lex artis" para referirlo a las reglas técnicas de conocimiento y actuación de una determinada profesión. En la materia objeto de nuestro estudio no se refiere a los conocimientos generales de Medicina, sino a la concreta actuación médica sobre la base de las circunstancias concurrentes. Se denomina "lex artis ad hoc" la actuación profesional correcta en un caso determinado, dada la situación del paciente, según los estándares técnicos del ejercicio del acto médico. Según entiende el Tribunal Supremo, es el patrón o modelo de actuación profesional, criterio valorativo de un concreto acto médico en el que se produce la intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional.³³ Desde un punto de vista legal supone la frontera entre la adecuada actividad del profesional médico, según el estado de la ciencia, en un determinado tratamiento y la actuación negligente, imprudente o errónea, fundamento de la responsabilidad civil.

Al no suponer un criterio general reglado, la práctica judicial debe ponderar, caso por caso, si la actuación del profesional médico se ajusta o no a la "lex artis ad hoc", principalmente a través de la prueba pericial e informes médicos aportados por las partes. No obstante, su ámbito de aplicación, como determinante de resoluciones condenatorias o absolutorias, es la jurisdicción penal - imprudencia profesional e imprudencia grave o leve - y civil-ilícito civil del artículo 1902 del Código Civil -. En materia de responsabilidad patrimonial, el médico, se atempera o no a las exigencias de la "lex artis", está actuando en el ejercicio de sus funciones por lo que siempre habrá un funcionamiento del servicio público determinante de dicha responsabilidad.

La Ley 4/99 ha introducido una modificación del artículo 141.1 de la Ley 30/92. El segundo inciso dice así: " *No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido*

18 de octubre de 1996, que condenó como responsable al Instituto Catalán de la Salud por el mal estado de conservación y mantenimiento del local, perteneciente a otro organismo, en el que aquél prestaba su servicio; y de 28 de noviembre de 1998, en la que se establece la responsabilidad patrimonial de la Administración por las filtraciones de gasóleo, procedentes de los tanques o conducciones de un Instituto de Formación Profesional, que contaminaron las aguas del pozo de un huerto colindante; y de 22 de marzo de 1999, que condenó al Instituto Nacional de Empleo por las humedades causadas en el apartamento de la demandante por condensación, como consecuencia de la deficiente conservación del sistema de aislamiento térmico del aire acondicionado de sus oficinas.

³³ STS, Sala Primera, de 11 de marzo de 1991, 24 de mayo de 1995 y 31 de julio de 1996, entre otras.

prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos".

Existe por tanto un límite - al margen del contenido en el primer inciso: que el particular tenga el deber jurídico de soportar el daño de acuerdo con la ley - o una excepción a la aplicación de la regla de responsabilidad objetiva: *que los daños se deriven de hechos imprevisibles o inevitables según el estado de la ciencia o de la técnica.* En el ámbito sanitario es precisamente donde va a ser de mayor aplicación, si bien los parámetros irán cambiando a medida que lo hagan los avances científicos y técnicos de la Medicina.

La primera sentencia que analizó este precepto fue la de 31 de mayo de 1999, Sección Sexta, ponente González Navarro³⁴, al que han seguido otras como las de 19 y 30 de octubre de 2000, ambas recaídas en recursos de casación en unificación de doctrina. Aborda el tema del contagio de la hepatitis tipo C causado por una transfusión de sangre practicada durante una intervención quirúrgica en un hospital del INSALUD. De su fundamentación, en la que se hace un detenido estudio de los conceptos de "técnica" y "ciencia", se destacan los siguientes párrafos:

" Y debe advertirse, además, que "estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes" no es estado de la legislación, pues es sabido que ésta - la legislación, el derecho positivo- va siempre detrás de los hechos, hasta el punto de que no es infrecuente que se modifique un texto legal para adaptarlo al progreso técnico (cf. por ejemplo, la Directiva 94/15/CE, de la Comisión, por la que se adapta al progreso técnico por primera vez (sic) la Directiva 90 /220/CE, del Consejo, sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente; una norma sumamente previsoras, como se ve, pues da por supuesto que el progreso técnico obligará a hacer nuevas "adaptaciones") De aquí que para probar el estado de los conocimientos de la ciencia en un determinado momento no bastará normalmente con argumentar sobre la existencia o no de una regulación legal aplica-

³⁴ Ver el examen que realiza PEREZ GALVEZ, Juan Francisco "Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la "ciencia" o de la "técnica"", REDA n° 104, oct-dic 1999, Civitas, Madrid.

ble al caso. Y conviene tomar nota de que el artículo 141, LRJPA, en su nueva redacción, habla de la ciencia y de la técnica, que son cosas distintas aunque relacionadas.

La técnica es, por lo pronto, un conjunto de actos específicos del hombre mediante los que éste consigue imponerse a la naturaleza, modificándola, vencéndola o anulándola; la técnica es a modo de un camino establecido por el hombre para alcanzar determinado fin, como puede ser vencer la enfermedad, en el caso que nos ocupa; y en este sentido podríamos decir que la técnica es un método para la aplicación de la ciencia [cuando ésta ha sido ya hecha] o para la práctica de una actividad artística; en el bien entendido - conviene advertirlo- de que la técnica unas veces sigue a la ciencia y otras veces la precede: lo primero cuando la ciencia existe ya, lo segundo cuando la ciencia está aún por hacer, situación ésta que puede darse, por ejemplo, cuando el hombre conoce sólo los efectos de un fenómeno pero no sus causas; pese a ello, el hombre tendrá que enfrentarse con esos hechos, aunque - precisamente porque no posee la ciencia- deberá hacerlo a través de meros tanteos y de intuiciones más o menos certeras; y la técnica es también, y por último, equipamiento instrumental con que se cuenta para esa aplicación. Uno de los resultados que se obtiene del empleo de ese camino o método y de la utilización de ese equipamiento es el saber experimental, el saber práctico. La ciencia es otra cosa, la ciencia es saber teórico, conocimiento de los principios y reglas conforme a los que se organizan los hechos y éstos llegan a ser inteligibles. Se hace ciencia cuando, pasando de la anécdota a la categoría, se elabora una teoría que permite entender los hechos haciendo posible el tratamiento de los mismos.

Y nótese, también que el precepto habla de "estado" de esa ciencia y de "estado" de esa técnica. Y es que, una y otra, en cuanto productos humanos que son, se hallan sujetos a un proceso inexorable - imperceptible la mayoría de las veces, pero real- de cambio. Un proceso que suele verse como avance, y por eso se habla de "adelanto" de la ciencia, porque se piensa que ese proceso implica siempre una "ganancia", aunque los hechos, en ocasiones, ven-

gan a desmentir esa creencia. En consecuencia, lo mismo la ciencia que la técnica, en su "avance" constante, pasan por diversos "estados" cuyo conocimiento puede obtenerse de una manera diacrónica - analizando la serie completa de esos distintos "estados"- o sincrónica - estudiando un "estado" determinado, la situación de la ciencia, o de la técnica, en un momento dado. En cualquier caso, hay que tener presente siempre que en el saber teórico - que es lo distintivo de la ciencia respecto de la técnica- hay distintos niveles, porque las teorías están ordenadas jerárquicamente, de manera que hay teorías que dirigen -y engendran- otras teorías. Una teoría de teorías es lo que, utilizando un lenguaje filosófico, se llama "paradigma", que es tanto como decir teoría matriz, teoría capaz de generar otras teorías. Y tan cierto es esto que el descubrimiento de un nuevo paradigma - el "código genético", en biología -, o la sustitución de un paradigma por otro - abandono de la teoría geocéntrica y subsiguiente conversión a la teoría heliocéntrica, en astronomía- produce una verdadera revolución "científica", obligando a reescribir los manuales al uso.

Como se ve, no son pocos ni fáciles los problemas que tendrán que abordar los tribunales de justicia a la hora de afrontar la interpretación del nuevo sintagma que aparece en el número artículo 141.1, inciso segundo, LRJPA, haciendo patente algo que antes sólo estaba sobreentendido."

Considera la sentencia además que la carga de la prueba sobre el estado de los conocimientos científicos sobre hemodonación y hemoterapia en la fecha de la transfusión recaía sobre la Administración "y no habiendo aportado la Administración prueba alguna acerca del estado de la ciencia en el momento de los hechos, de cuya valoración pueda obtenerse una convicción razonable de que los daños derivan de hechos o circunstancias que no se pudieron prever o evitar, estamos ante un daño que se produjo con ocasión y como consecuencia de la relación del paciente con la organización sanitaria, y que, en el mejor de los casos, se originó por caso fortuito lo que no excluye la responsabilidad de la Administración"

4.2.3 Fuerza mayor y caso fortuito

Conectado con el anterior, el artículo 139.1 de la Ley 30/92 excluye la responsabilidad patrimonial cuando el daño derive de fuerza mayor. Se caracteriza por las notas de inevitabilidad y ajenidad del servicio; en palabras de la STS, Sala 3ª, de 19 de abril de 1997 "aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado"³⁵

Como ejemplo, la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 22 de diciembre de 1997, 3 de diciembre de 1999, 5 de abril de 2000 y 9 de octubre de 2000, considera supuestos de *fuerza mayor* que no generan responsabilidad patrimonial para la Administración institucional sanitaria, la inoculación del virus C de la hepatitis mediante transfusiones ocurridas con anterioridad al año 1989 porque se ignoraba la existencia del virus descubierto con posterioridad al acto médico, de manera que la prevención del mal era imposible y externa a la actuación de la institución sanitaria, pues no se conocía el medio de detectar la posible infección, cuya investigación correspondía a otras instituciones, e incluso conociéndose la existencia del virus, pero no la forma de protegerse de sus efectos al desconocerse la manera de detectarlo, no se le podía exigir a dicha institución sanitaria que suspendiera todas las transfusiones que en aquel momento practicaba.

La Sala Tercera, en sentencia de 25 de noviembre de 2000, atajando la contradicción existente entre dicha doctrina y las sentencias de la Sala Tercera de 31 de mayo de 1999 y 19 y 30 de octubre de 2000 - antes citadas- deriva la no responsabilidad de la Administración en la exigencia del nuevo artículo 141.1 de la Ley 30/92, al servir de orientación y pauta interpretativa, aunque no sea aplicable al tiempo en que ocurrieron los hechos. Razona que "tanto si se considera, como hace la Sala Cuarta, un hecho externo a la Administración sanitaria o si se estima como un caso fortuito por no concurrir el elemento de ajenidad al servicio, que esta Sala ha requerido para apreciar la fuerza mayor, lo cierto es que resultaba imposible, según el estado de la *ciencia y de la técnica*, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el virus C de la hepatitis, de manera que su posible contagio era un *riesgo que debía soportar* el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, razón por la

³⁵ Sobre la exigencia del origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente, pueden citarse, entre otras, las sentencias de 11 de mayo, 16 y 13 de febrero de 1999, 10 de octubre y 26 de febrero de 1998, 6 de febrero de 1996, 18 de diciembre, 30 y 11 de septiembre y 11 de julio de 1995, 3 de noviembre de 1988, 10 de noviembre de 1987 y 4 de marzo de 1983.

que ese contagio no fue un daño antijurídico y, por consiguiente, no viene obligada la Administración a repararlo al no concurrir el indicado requisito exigible por la doctrina jurisprudencial"³⁶

4.2.4 El consentimiento informado

El artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad establece que "*todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:...*

5. *A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento*

6. *A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:*

a) *Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.*

b) *Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.*

c) *Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. ...*

11. *A que quede constancia por escrito de todo su proceso".*

La Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica, regula detenidamente el derecho a la información asistencial y el consentimiento informado. Igualmente la Ley 5/2001, de 4 de junio, de Galicia, regula el consentimiento informado y la historia clínica.

Ambos derechos, el de la información y el del consentimiento configuran el llamado "consentimiento informado", que cuando cumple los requisitos señalados - información completa, continuada, comprensible, verbal y escrita sobre el tratamiento o la intervención, consenti-

³⁶ La cursiva es mía. La propia sentencia cita la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso sobre el requisito de no tener el perjudicado el deber jurídico de soportar el riesgo: Sentencias de 22 de abril y 26 de septiembre de 1994, 1 de julio y 21 de noviembre de 1995, 5 de febrero de 1996, 18 de octubre de 1997, 13 de junio de 1998, 24 de julio de 1999 y 3 de octubre de 2000.

miento previo y escrito del paciente, excepto en los casos de riesgo para la salud pública, incapacidad o urgencia-excluye la responsabilidad de la Administración al faltar el elemento de la antijuridicidad del daño³⁷ y porque el usuario asume el riesgo que la actividad médica conlleva.

No obstante, la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada. La inadecuación de la prestación médica realizada puede producirse no sólo por la inexistencia de consentimiento informado, sino también por incumplimiento de la "lex artis ad hoc" o por defecto, insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio³⁸.

La carga de la prueba sobre el cumplimiento del deber de información se hace recaer sobre el facultativo, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, y aunque no existiera en la época de la intervención requisito formal alguno³⁹ produciéndose una inversión de la regla general sobre la carga de la prueba (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración).

4.2.5 Concurrencia de culpas

A) de varias Administraciones públicas.

En los supuestos de concurrencia de varias Administraciones a la producción del daño, de conformidad con el artículo 140 de la Ley 30/92, se pueden distinguir dos supuestos:

³⁷ Véanse las STS, Sala 3ª, Sección de 4 de abril y 3 de octubre de 2000 sobre definición del consentimiento informado y su relación con el derecho de autodeterminación del paciente; y STS 27 noviembre de 2000, Sala 3ª, sobre la no información a los parientes del paciente: "...En estos casos es claro que, a efectos de entender otorgada la autorización, la presencia de un familiar o allegado y la consignación de la firma de éste no puede considerarse un requisito exigido por la ley como expresión de la existencia de una voluntad que concurre a la perfección del acto de autorización. Entenderlo de otro modo sería tanto como ir contra la naturaleza de las cosas."

³⁸ STS 3ª, sec. 6ª, de 10 de octubre de 2000

Sobre la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el deber de información en la responsabilidad civil médica y "lex artis ad hoc", ver MANRIQUE DE LARA MORALES, Julio "El deber de información y la responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (I) y (II). A propósito de la sentencia de 11 de mayo de 2001", *Diario La Ley*, nº 5406 y 5407 (29 y 30 de octubre de 2001), Ed. La Ley, Madrid.

³⁹ STS, Sala de lo Civil, de 28 de diciembre de 1998; Sª AN, Sección 4ª, de 14 de febrero de 2001

En sentencia de 3 de octubre de 2000, el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, considera que la normativa contenida en la Ley General de Sanidad debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento la información no realizada por escrito.

- Actuación de diversas Administraciones de forma conjunta. Es el supuesto de los consorcios, Mancomunidades, convenios de colaboración, conferencias sectoriales, asistencia a que se refiere el art. 4.1 d) de la Ley 30/92 o la encomienda de gestión. La regla es la de la solidaridad, salvo que en el instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta se haya estipulado la distribución de responsabilidad entre las Administraciones.

- Actuación concurrente de diversas Administraciones. La regla general es la inversa: la responsabilidad de cada Administración se determina por los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención; si no es posible determinarla de ese modo se aplica la solidaridad.

B) de la víctima

Cuando concurre culpa de la víctima, la jurisprudencia unas veces ha considerado que se rompe el nexo causal, exonerando a la Administración de su responsabilidad⁴⁰, y otras, que no supone ruptura del nexo causal, pero se disminuye la cuantía de la indemnización⁴¹

C) de sujetos privados distintos de la víctima que no forman parte de la Administración pública.

- Existencia de contrato de gestión de servicios públicos. La Administración responde de las conductas lesivas imputadas a los contratistas derivadas de órdenes impuestas por la Administración contratante

El artículo 1.3 del RPRP. dispone: "Se seguirán los procedimientos previstos en los capítulos II y III de este Reglamento para determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios."⁴² Este precepto

⁴⁰ Como ejemplo, SSTS, Sala 3ª, de 10 de diciembre de 1992, 21 de diciembre de 1990 y AN de 30 de junio de 1999

⁴¹ STS 27 noviembre 1993, 19 de noviembre de 1994, 25 de febrero y 11 de julio de 1995 y AN de 13 de julio de 1999

⁴² Ver, STJ Murcia de 22 de marzo de 2000

concuera con el artículo 97.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos que establece la responsabilidad de la Administración, dentro de los límites señalados en las leyes, cuando los daños y perjuicios hayan sido ocasionados a terceros como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, y de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

- En los supuestos en que junto a la Administración, también hayan concurrido a la producción del daño sujetos privados, sean personas físicas o jurídicas, el artículo 9.4 de la LOPJ, en su segundo apartado, introducido por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, exige que el demandante exija también frente a ellos su pretensión ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La dificultad de este artículo estriba en que al unificar las reclamaciones en el orden contencioso-administrativo, que anteriormente al precepto podían ejercitarse simultánea o independientemente ante el orden jurisdiccional civil -contra los sujetos privados - y contencioso-administrativo - contra la Administración-, se establece un litisconsorcio pasivo en el que los intereses de ambos demandados puede ser concurrentes o contrapuestos, además de poder intervenir como codemandados, conforme al artículo 21.1.b) de la LJCA " *las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante*", distintas del causante del daño. Indudablemente se trata de un supuesto en el que cada uno de los demandados responde en la parte correspondiente al daño causado, es decir, no hay solidaridad de tal modo que la condena a la Administración lo será por la parte de responsabilidad que le corresponda y si no se demanda también al sujeto privado se entiende renunciada la acción contra el mismo.

GARBERI LLOBREGAT⁴³ mantiene que se trata de un litisconsorcio pasivo voluntario puesto que si lo que impide el precepto es que las acciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración y contra el sujeto privado puedan ser ejercitadas separadamente, no es por razones de derecho material, que hagan inviable un pronunciamiento judicial sobre el fondo sin que intervengan todos los titulares del derecho material discutido, sino por salvaguardar la exclusividad del orden jurisdiccional administrativo en todos los casos en que se promueva una

⁴³ GARBERÍ LLOBREGAT, José "Acciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración y contra sujetos privados que hubieran concurrido a la producción del daño", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 485, mayo 2001.

acción de este tipo contra la Administración. El demandante puede demandar únicamente al sujeto privado en vía civil, o únicamente a la Administración en vía contenciosa, pero si quiere demandar a ambos, imperativamente tendrá que hacerlo conjuntamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

5. SEGURO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, prevé la posibilidad que las Administraciones Públicas suscriban contratos de seguros. El artículo 5 los considera contratos privados - se clasifican en el art. 206.6 dentro de la categoría de contratos de servicios- si bien su preparación y adjudicación se rigen por la Ley de Contratos, siéndoles de aplicación expresamente los preceptos reguladores de las actuaciones administrativas preparatorias, publicidad y procedimiento de adjudicación de los contratos de asistencia y de consultoría y los de servicios. Así, los conflictos que puedan surgir respecto a la preparación y adjudicación se impugnan ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, mientras que los efectos y la extinción se someten al orden jurisdiccional civil - artículo 9.

Si bien el aseguramiento de la responsabilidad extracontractual encuentra encaje en el artículo 73 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, regulador del contrato de seguro de responsabilidad civil, la responsabilidad administrativa extracontractual o patrimonial presenta mayores dificultades de aseguramiento. Por un lado, normativamente no aparece previsto como tal clase de seguro, aunque nada impide que las partes puedan concertarlo en virtud del principio de la libertad de pactos aplicando, por analogía, las normas del contrato de seguro de responsabilidad civil. Por otro, el carácter objetivo de la responsabilidad incluyendo el funcionamiento normal de los servicios públicos hace que el importe de las primas por las pólizas de seguro sean muy elevadas y, dado que las compañías de seguros son entidades con ánimo de lucro, se fija un monto máximo de indemnizaciones a pagar anualmente por la aseguradora y una cifra límite por siniestro, superados los cuales será la Administración asegurada la que haga frente a los pagos.

Se puede hablar, no obstante, de una generalización del aseguramiento privado de los daños derivados de la actividad administrativa tanto de los entes territoriales como del resto de organismos públicos, principalmente

de los entes locales⁴⁴. En la Administración sanitaria, tanto el INSALUD como los Servicios autonómicos de salud tienen suscritas pólizas de seguro entre cuyos riesgos quedan cubiertos los derivados de la responsabilidad extracontractual y la de los profesionales sanitarios y no sanitarios frente a terceros, contratos que suelen realizarse a través de una correduría de seguros.

Dejando al margen el examen sobre la virtualidad de este tipo de seguros en materia de asistencia sanitaria, y sobre si es la mejor fórmula, desde el punto de vista presupuestario, para la Administración, dado el sobre coste que el aseguramiento supone en relación con el montante real de las indemnizaciones que finalmente se abonan, el principal problema que plantea la reclamación de responsabilidad patrimonial, en su aspecto procesal, es la intervención de la compañía aseguradora tanto en la fase administrativa previa, como en el posterior proceso contencioso-administrativo y la posibilidad de acción directa civil del perjudicado frente a la compañía aseguradora.

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción⁴⁵ se ha pronunciado a favor de la Administración requirente frente a los Juzgados de lo civil, declarando que corresponde a aquélla conocer de la reclamaciones en que se solicita indemnización de daños y perjuicios por cualquier título frente a la Administración, y se demanda asimismo a la compañía aseguradora que tiene contrato suscrito para responder por responsabilidad patrimonial y a sujetos privados responsables del daño. Se razona que la reclamación tiene que formularse directamente al Ayuntamiento de acuerdo a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en el procedimiento administrativo, debiendo decidir la Administración sobre su propia responsabilidad, sin perjuicio de que la resolución administrativa sea recurrida ante los Juzgados y Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, que habrán de conocer también cuando existan corresponsables del daño y codemandados privados, y, en relación con la responsabilidad administrativa, la posible imputación de responsabilidad a aquéllos, pudiendo intervenir la compañía aseguradora como demandada. Solo si el órgano jurisdiccional estimara que no concurre responsabilidad administrativa alguna, la cuestión podría ser objeto de conocimiento del orden jurisdiccional civil, al existir

entonces como únicos demandados y posibles responsables unas personas privadas.

Tras la generalización de las reglas establecidas en los arts. 139 y ss de la Ley 30/1992 a toda responsabilidad de la Administración, incluso cuando actúa en régimen de Derecho privado, la reforma del art. 144 la Ley 30/1992 llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, unifica el régimen jurídico de la responsabilidad de la Administración pero no afecta solo al procedimiento y a la jurisdicción competente, sino también al régimen jurídico sustantivo. Se completa con los artículos 2 e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que reconoce la competencia de la misma para conocer de "*la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive*", añadiendo que las Administraciones Públicas no pueden ser demandadas "*por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social*", y la nueva redacción del art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, operada por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, que, como hemos visto, exige demandar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a los sujetos privados que hayan concurrido a la producción del daño.

No es que a las compañías aseguradoras les sea aplicable este último precepto puesto que no se les puede imputar la producción del daño, sino que lo que se quiere significar es ya no hay ninguna vía para demandar a la Administración por responsabilidad patrimonial ante la jurisdicción civil, dejando de tener apoyo legal el mantenimiento de la doctrina sobre la "vis atractiva" de la jurisdicción civil en los casos de pluralidad de sujetos demandados, públicos y privados, como mantenía la Sala Primera del Tribunal Supremo.

El perjudicado debe, por tanto, reclamar ante la Administración en el plazo de un año la responsabilidad por los daños en que haya podido incurrir, acudiendo en caso de discrepancia ante los tribunales del orden contencioso-administrativo, pudiendo actuar la compañía aseguradora como codemandado, al haber desaparecido la situación procesal del coadyuvante. En dicho proceso se va a ventilar si existe responsabilidad o no de la Administración, quedando al margen del mismo el tema de si procede o no abonar la cuantía de la indemnización a la compañía aseguradora, cuestión que pertenece a la relación interna entre la Administración y la aseguradora conforme a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que tengan suscritas. En materia de responsabilidad sanitaria la Disposición

⁴⁴ GAMERO CASADO, Eduardo, "*Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas*", REDA, n° 103, julio-sep. 1999, Civitas, Madrid, afirma "*El fenómeno presenta una especial intensidad en el ámbito local, hasta un punto en que cada vez resulta más difícil encontrar un municipio sin asegurar*".

⁴⁵ Sentencias de 17 y 22 de marzo de 1999

Adicional Duodécima de la Ley 30/1992 apoya esta solución.

ANÁLISIS DE LA COOPERACIÓN EN UN SECTOR DETERMINADO: LA SANIDAD PÚBLICA

*Ponencia presentada en el Seminario "La cooperación en el Estado compuesto",
Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 23 y 24 de abril de 2001*

*José Manuel Sala Arquer,
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Burgos
Francisco Villar Rojas,
Prof. Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna*

1.- La necesidad de cooperación en la sanidad pública.
1.1 Justificación del enfoque elegido. 1.2 La sanidad pública: factores de descentralización y factores de centralización. 1.3 El ejemplo de las listas de espera. 1.4 Las exigencias técnicas y económicas, como elemento de centralización. 2.- Los instrumentos diseñados por las leyes sanitarias al servicio de la cooperación. 2.1 Las previsiones sobre cooperación y coordinación de la Ley General de Sanidad: cuadro. 2.2 El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. A) Su configuración en la Ley General de Sanidad. B) Funciones fuera de la Ley General de Sanidad: informes preceptivos y acuerdos-marco. 2.3 Los convenios interadministrativos y otras figuras próximas. 2.4 Los criterios generales de coordinación y la planificación integrada. A) Su diseño en la Ley General de Sanidad. B) Ni criterios de coordinación, ni plan integrado de salud. 2.5 Otros medios de cooperación y coordinación en las leyes sanitarias. A) La organización nacional de trasplantes. B) La red de vigilancia epidemiológica y el sistema de farmacovigilancia. 3.- Algunos problemas pendientes. 3.1 El derecho a utilizar los servicios sanitarios: las fronteras autonómicas. 3.2 El embargo de las cuentas del Servicio Canario de Salud por la Comunidad de Madrid. 3.3 El problema de información tras las transferencias. 4.- Balance final.

1.- La necesidad de cooperación en la sanidad pública.

1.1 Justificación del enfoque elegido.

Cuando los organizadores de este Seminario nos ofrecieron amablemente la posibilidad de colaborar en él, nos pareció interesante incluir una Ponencia dedicada específicamente al análisis de la cooperación en un concreto sector de actividad. Con frecuencia este es un tema que se trata desde un plano general. Pero a veces se echa en falta el estudio sectorial: ¿Cómo funciona la cooperación en la agricultura, la sanidad, el medio ambiente, etc.? ¿Cuál es el balance real, después de todos estos años? ¿Y cuáles son los problemas pendientes, las cuestiones concretas que la cooperación no ha podido resolver?

Aceptada la conveniencia de este estudio sectorial, quedaba por decidir qué materia concreta debía ser analizada. La elección recayó en la sanidad pública, y no estará de más justificar las razones de esta decisión.

Pensamos, los coautores de esta Ponencia, que el de la sanidad es un caso paradigmático, que permite visualizar con toda claridad la necesidad de la cooperación. En un sistema de distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA -y esta consideración valdría lo mismo para un modelo federal- hay cierto número de cuestiones que se resisten a amoldarse al esquema, inevitablemente rígido, del reparto competencial. Para esas materias, la cooperación actúa como una especie de muelle, válvula o como quieran llamarla, que introduce flexibilidad, y

amortigua los roces en esas zonas fronterizas entre Estado y Comunidades Autónomas.

Pues bien, la sanidad pública es una de esas materias: quizás aquella en la que esto se percibe con mayor claridad. Porque en ella están presentes, sin duda, dos elementos aparentemente contradictorios: por una parte, el mandato constitucional de descentralización de la gestión, con lo que conlleva en cuanto a capacidad autonómica para diseñar una política sanitaria propia; por otra, una organización uniforme en todo el territorio nacional, el llamado Sistema Nacional de Salud. La combinación de ambos factores -uno centrífugo, otro centrípeto- inevitablemente determina tensiones en cuanto a la coherencia del sistema sanitario público y explica la importancia de las técnicas de cooperación para superarlas.

Antes de seguir adelante, recordemos brevemente como se regulan en nuestro ordenamiento jurídico, esos dos factores.

1.2 La sanidad pública: factores de descentralización y factores de centralización.

En materia de sanidad, las reglas de distribución de competencias quedaron asentadas desde los primeros años de andadura de la Constitución. La STC 32/1983 acotó con precisión el alcance del artículo 149.1.16 del texto constitucional¹. En su virtud, es competencia del Estado: la sanidad exterior, la legislación sobre productos farmacéuticos, las bases de la sanidad interior -el mínimo común normativo que asegure la igualdad en el derecho a la protección de la salud, de vigencia en toda la Nación-, la coordinación sanitaria general -que persigue la integración de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones- y la alta inspección -competencia de vigilancia, no de control genérico, de cumplimiento de las normas² estatales, instrumento de comprobación y verificación-.

¹ Sobre esta sentencia y su impacto sobre los R.D. 2824 y 2825/1981, de 27 de noviembre, sobre coordinación y planificación sanitaria y sobre registro sanitario de alimentos, respectivamente, el trabajo de J.M. Fernández Pastrana, *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Civitas, 1984, págs. 103 al final. Esta sentencia y el R.D. 2824/1981 condicionaron, en gran medida, el marco competencial que se recoge en la Ley General de Sanidad, de 1986.

² Se hace en el texto una síntesis del reparto constitucional de competencias en la materia. Para un estudio más detallado pueden consultarse, entre otros, los trabajos J. Pemán Gavín, *Derecho a la Salud y Administración Sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, y las aportaciones de J. Tornos Mas, "Aspectos constitucionales y distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas" y S. Muñoz Machado, "La organización de los sistemas de salud (la integración, la reforma y la crisis de los servicios

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, se limitó casi a reproducir los pronunciamientos constitucionales: los artículos 38 y 39 regulan las competencias en materia de sanidad exterior, el artículo 40 las materias que constituyen las bases sobre sanidad interior (aunque no es exhaustivo), el artículo 43 ordena la Alta Inspección, y el artículo 73 delimita la coordinación sanitaria general³. En la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento se desarrolla la legislación sobre productos farmacéuticos y se formulan las bases estatales sobre ordenación farmacéutica, incluidas las oficinas de farmacia (de las que se ocupa, más tarde, la Ley 16/1997, de 25 de abril).

Queda, por tanto, para las Comunidades Autónomas, un margen de acción amplísimo, siempre que se recoja en sus Estatutos: el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de sanidad interior.

Este cuadro quedaría incompleto sin hacer referencia al reparto de competencias en materia de seguridad social. Desde 1963, con la aprobación de la Ley de Bases de Seguridad Social, la mayor parte de la asistencia sanitaria pública se configura como una prestación de la Seguridad Social. Su reflejo actual es patente: el catálogo de prestaciones sanitarias y farmacéuticas lo es de la Seguridad Social (R.D. 63/1995, de 20 de enero, y R.D. 83/1993, de 22 de enero), el acceso a los servicios sanitarios se sigue reconociendo sobre la condición de beneficiario de la seguridad social, aun ampliada (R.D. 1088/1989, de 8 de septiembre, de universalización de la asistencia sanitaria y el citado R.D. 63/1995). Bien es cierto, también, que se vienen dando pasos hacia la separación entre asistencia sanitaria pública y seguridad social, como evidencia la decisión, aun reciente, de financiar la sanidad exclusivamente⁴ con recursos presupuestarios, no con cuotas sociales.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 149.1.17 de la Constitución, es competencia del Estado la legislación básica sobre Seguridad Social (lo que incluye la definición de las prestaciones sanitarias y farmacéuticas mini-

sanitarios públicos", en las Actas del Primer Congreso Derecho y Salud, celebrado en Barcelona en 1992, publicadas por la Comunidad de Madrid, 1993.

³ Para una aproximación a la Ley General de Sanidad, los trabajos de J. Pemán Gavín, *Derecho a la Salud y Administración Sanitaria*, Publicaciones Real Colegio de España, Bolonia, 1989, y M. Beato Espejo, "El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad", *Revista de Administración Pública*, nº 119, 1989.

⁴ Así lo dispuso la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, haciéndose efectivo con el art. 12 de la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999.

mas y comunes) y el régimen económico de la seguridad social (imposición y delimitación de las cuotas sociales y su gestión por la Tesorería de la Seguridad Social, STC 124/1981). A las Comunidades queda la potestad de desarrollo legislativo y, sobre todo, la gestión de las prestaciones y ejecución de los servicios de la Seguridad Social (salvo su régimen económico).

Como es bien sabido, la ejecución de este reparto constitucional de competencias y, por ende, la descentralización en materia sanitaria, no está cerrada. Todas las Comunidades Autónomas ejercen competencias en materia de salud pública: sin embargo, la asistencia sanitaria de la Seguridad Social sólo ha sido transferida a Cataluña, el País Vasco, Navarra, Andalucía, Galicia, Valencia y Canarias. El resto de las Comunidades Autónomas sigue siendo atendido, de forma transitoria, por el Instituto Nacional de la Salud; es lo que, de manera gráfica, se llama el "territorio INSALUD".⁵ Esta materia fue excluida del pacto autonómico de 1992⁵; si bien, las previsiones del actual Gobierno van en la línea de culminar este proceso de transferencias dentro de la presente Legislatura.

Sobre este esquema inciden, decíamos, factores de centralización.

La Ley General de Sanidad ordenó el servicio público de la sanidad bajo dos principios: 1) el primero, la integración de todos los recursos, servicios y medios en un dispositivo único: el Sistema Nacional de Salud, que es la suma de los servicios de salud, estatal y autonómicos, (art 44.2), con el fin de asegurar el uso eficiente de los recursos; y 2) el segundo, la planificación de esos medios, a través de su distribución territorial según la población cubierta (un médico por tantos pacientes, un centro de salud por cada zona primaria de salud, un hospital de referencia para cada área de salud, un servicio de salud por Comunidad Autónoma), y, paralelamente, mediante la organización piramidal de esos servicios (se accede por la atención primaria -centros de salud y consultorios locales- y de ahí se pasa, sucesivamente, a la asistencia especializada -ambulatorios y hospital de área de salud-, a los centros regionales de referencia -caso de los trasplantes de riñón- y finalmente, a los centros nacionales de referencia -caso de las unidades de quema-

⁵ La Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencias de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 de la Constitución, únicamente se refiere a la gestión de las prestaciones y servicios sociales de la Seguridad Social -INSERSO- (art. 4.c).

dos-. Los artículos 50, 56, 63 y 67 de la citada Ley se refieren a cada uno de esos principios⁶.

Esta forma de organizar la sanidad pública es una decisión legislativa, coherente con todas las reformas sanitarias anteriores -siempre sobre lo organizativo y siempre a través de la planificación territorial de los centros y servicios sanitarios, desde la Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad 1942, pasando por la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 1944, hasta las Leyes de Seguridad Social, 1963, 1966 y 1974⁷-, pero en modo alguno algo inherente a lo sanitario. La garantía de la asistencia sanitaria pública a los ciudadanos, sobre la base de los principios de universalidad y financiación pública, admite otras formas de regulación distintas de las recogidas en la Ley General de Sanidad; es preciso destacarlo aunque no sea este el lugar para desarrollar esta cuestión⁸.

El objetivo declarado de esta forma de organización de los servicios sanitarios es asegurar la igualdad efectiva entre todos los usuarios, con independencia de su lugar de residencia y de su capacidad económica. La lectura de la Ley General de Sanidad es la mejor prueba. El art. 3 de la Ley dispone: "*El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva*". El apartado tercero del mismo artículo, en relación con el 12, formula el siguiente principio de actuación: "*La política de salud estará orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales*". El art. 16.1 afirma: "*Las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos*". Con el fin de lograr estos objetivos, la Ley no sólo diseña una organización sanitaria, sino que, en su mayor parte (art. 2.1), se declara básica. Este entendimiento se resume en la siguiente afirmación: "*en sanidad, lo organizativo es elemento esencial de lo básico*".

Estas exigencias del principio de igualdad son un primer elemento que empuja hacia la uniformidad y la

⁶ Para un análisis detallado del contenido de la Ley General de Sanidad, los trabajos de Pemán Gavín, Derecho a la Salud y Administración Sanitaria, ob. cit. pássim, y M. Beato Espejo, "El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad", *Revista de Administración Pública*, 119, 1989.

⁷ Lo resaltó, en su día, L. Morell Ocaña, "La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria", *Revista de Administración Pública*, 63, 1970, págs. 161 y 162; el paso de los años no ha alterado esta aproximación.

⁸ Uno de nosotros abordó antes esta cuestión: F.J. Villar Rojas, "La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud: ¿hacia la desregulación de la sanidad pública?", *Revista de Derecho y Salud*, 6/2, 1998.

centralización. Un ejemplo, de bastante actualidad, puede servir para ilustrar esta afirmación: el caso de las listas de espera en los centros hospitalarios.

1.3 El ejemplo de las listas de espera.

En los últimos meses, las listas de espera son uno de los problemas que más debate y discusión han suscitado en la sanidad pública. La condena al INSALUD por la muerte de un paciente que se encontraba a la espera de una intervención quirúrgica cardiaca fue el momento álgido⁹. Pasada la tormenta, quedó sobre la mesa la cuestión de fondo: las listas de espera en la sanidad pública existen, sin que nunca hayan sido objeto de reglamentación, de siempre son los gerentes y los médicos quienes establecen el orden en que los pacientes pueden ser atendidos, sea para realizar pruebas diagnósticas, sea para pruebas quirúrgicas, según criterios y protocolos internos¹⁰.

Las listas de espera no son algo nuevo. El artículo 16.3 de la Ley General de Sanidad, impone la "lista de espera única" en los centros hospitalarios. Tampoco son algo singular: con esa expresión se identifica el clásico "régimen de cola" en el acceso a los servicios públicos del que hablara Jordana de Pozas. Su peculiaridad reside en que el acceso no puede resolverse sólo por el orden de llegada, sino que es necesario tener en cuenta el estado del paciente, la perentoriedad de su diagnóstico o tratamiento, eventual empeoramiento por el transcurso del tiempo, así como los casos de urgencia y los medios disponibles.

Esta falta de reglamentación da lugar a que los criterios de las listas de espera, además de no ser públicos y transparentes, puedan ser distintos de unos centros a otros o de unas Comunidades Autónomas a otras. Si realmente se quieren lograr esas "condiciones de igualdad efectiva de que habla la Ley General de Sanidad, la reglamentación uniforme viene exigida.

En este punto se abren tres posibilidades: 1) que cada Comunidad Autónoma con competencias legislativas en materia sanitaria aborde una regulación de "sus listas

⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional, sala de lo contencioso-administrativo, sección cuarta, de 31 de mayo de 2000. Paciente bien diagnosticado, bien situado en la lista de espera para intervención cardiaca de acuerdo con los protocolos del hospital donde era atendido, que fallece antes de ser intervenido. El Tribunal declaró la responsabilidad patrimonial del INSALUD.

¹⁰ Llamó la atención sobre la ausencia de regulación de las listas de espera, J.L. Beltrán Aguirre, "Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos", *Revista Derecho y Salud*, 2/2, 1994.

de espera", sobre la base de considerar esa materia desarrollo legislativo del derecho de asistencia o, incluso, algo propio de la potestad de organización; 2) que el Ministerio de Sanidad y Consumo impulse una ordenación de carácter básico; o bien 3) que se busquen directrices y criterios comunes que sean asumidas por todas las Administraciones competentes. Pues bien, en el caso de las listas de espera la vía utilizada ha sido la tercera: la constitución de un grupo de trabajo en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud que habrá de proponer criterios y reglas comunes para ordenar el acceso a los servicios.

1.4 Las exigencias técnicas y económicas, como elemento de centralización.

Desde otro punto de vista, la necesidad de una cooperación que asegure una cierta centralización, viene determinada por razones técnicas y económicas, específicas de la asistencia sanitaria.

Así, el coste de determinadas prestaciones y técnicas sanitarias hace inviable su implantación en cualquier hospital, y aun si su coste fuera abordable, la adecuada praxis sanitaria precisa la realización de un número mínimo de actos médicos que sólo es posible mediante la concentración en un centro o unidad: es el caso de la organización nacional de trasplantes, a la que luego nos referiremos "in extenso", o el de las unidades de quemados. En definitiva, esta es la razón de ser de los centros de referencia autonómicos (que no tienen por qué estar en todas las CC.AA.) o nacionales.

También las exigencias de la formación profesional sanitaria reclaman una cierta uniformidad. La "lex artis" de los profesionales sanitarios debe ser la misma en Andalucía que en Galicia (en realidad, igual en España que en Inglaterra). Esa formación, especialización y experiencia profesional son las que determinan que, en la práctica, pueda garantizarse la igualdad en la asistencia recibida. Esa misma igualdad exige, asimismo, la homogeneidad de medios y técnicas; ningún sentido tiene que la actividad sanitaria se someta a diferentes condiciones y requisitos en uno u otro lugar del país, como no lo tendría que en unas Comunidades Autónomas sólo se emplearan "rayos X" y en cambio, en otras, se pudieran emplear los "scanner" o la "resonancia magnética" como pruebas diagnósticas.

En definitiva, los virus, las bacterias o los "priones" circulan y actúan libremente por todo el territorio nacional, mostrando un lamentable desconocimiento del sistema competencial establecido por la Constitución. De ahí

que existan, cuando de epidemias se trata, instituciones férreamente centralizadas, como es la red nacional de vigilancia epidemiológica. Y esto mismo ocurre en el caso de la sanidad animal, como ha puesto de relieve el mal de las "vacas locas", que tampoco parece respetar las fronteras entre Estados, ni menos aún entre Comunidades Autónomas. La coordinación y cooperación son imprescindibles para hacer frente a esa clase de epidemias -ya lo fue para controlar la peste porcina en los meses anteriores a los Juegos Olímpicos de Barcelona, en 1992, con la división en dos del territorio peninsular, prohibiendo el tráfico de ganado porcino-. Las opciones son aquí las mismas que en el caso de la asistencia sanitaria: iniciativa autonómica, regulación básica estatal, o cooperación a través del acuerdo. El calendario vacunal ejemplifica lo que ocurre cuando no existe coordinación. Mientras la Unión Europea fomenta programas de vacunación de ámbito comunitario, en España cada Comunidad Autónoma aprueba su calendario vacunal que, poco a poco, se va diferenciando, produciéndose una situación absurda desde la perspectiva médica.

Ante este panorama, parece plenamente justificada la necesidad de la cooperación. Algo se ha hecho, en este sentido, en el ámbito de la sanidad pública (ahora nos referiremos a ello). Pero también es cierto que existe una tendencia, por parte de algunas Comunidades Autónomas, a llevar la delantera al Estado, también en materia de sanidad (aunque quizás sea éste el que se demora en exceso en la regulación básica). Es el caso de las nuevas formas de gestión, de las que existen antecedentes en los servicios autonómicos de salud desde principios de los noventa, mientras que la norma estatal fue aprobada como Ley 15/1997, de 25 de abril, de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. Lo mismo puede decirse de las listas de espera, como prueba la Ley Foral 12/1999, de 6 de abril, que reguló el programa de evaluación sobre las listas de espera quirúrgicas programadas; o de la Ley Catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente y la documentación clínica, que completa y da contenido preciso a alguno de los derechos de los pacientes, reconocidos por el artículo 10 de la Ley General de Sanidad.

Sin negar la legitimidad constitucional y estatutaria de estas iniciativas, lo cierto es que la integridad y coherencia del sistema sanitario público demanda más un esfuerzo conjunto y cooperativo, que decisiones parciales y limitadas territorialmente. Dicho lo cual, conviene ya examinar los instrumentos de cooperación utilizados en

la práctica en el sector de la sanidad pública, y la forma en que éstos han funcionado¹¹.

2.- Los instrumentos diseñados por las leyes sanitarias al servicio de la cooperación.

2.1 Las previsiones sobre cooperación y coordinación de la Ley General de Sanidad: cuadro.

En la Ley General de Sanidad se encuentran los mecanismos de cooperación y de coordinación de carácter general, en buena parte herencia de la organización tradicional de la sanidad española. Esos mecanismos son los siguientes: a) el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con participación de representantes de todos los servicios de salud, estatal y autonómicos, como órgano de debate, consulta y cooperación; b) los convenios interadministrativos, multilaterales y bilaterales, como instrumento para formalizar acuerdos en asistencia sanitaria y en salud pública; c) los Planes de Salud, como instrumento para ordenar y programar las actividades sanitarias; y d) los "criterios generales de coordinación", como directrices para conseguir¹² la unidad y coherencia de un sistema descentralizado.

Casi quince años después de su entrada en vigor, la explicación de cada uno de estos instrumentos resultaría incompleta si nos limitáramos a exponer su régimen jurídico; de modo que, en las páginas que siguen, se combina la descripción del modelo legal con lo que ha sido su evolución real. Como se verá, en el sector sanitario, buena parte de la cooperación ha sido informal, al margen de los mecanismos legales. De ello da cuenta un reciente documento interno del Ministerio de Sanidad en el que se describe lo ocurrido a lo largo de estos años con las siguientes palabras: "*La Ley preveía una coordinación planificada y lo que ha existido ha sido una coordinación consensuada en el seno del Consejo Interterritorial. El Ministerio ha hecho dejación de su capacidad de*

¹¹ En las páginas que siguen se exponen las distintas técnicas de cooperación en el orden en que se regulan por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se toma como referencia para las líneas que siguen el estudio que realizara uno de los coautores de esta ponencia, J.M. Sala Arquer, en obra colectiva Comentarios a la reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Estudio de la Ley 4/1999, de 13 de enero, Aranzadi, Pamplona, 1999.

¹² Explicaron las técnicas de cooperación y coordinación en la Ley General de Sanidad, en los años siguientes a su aprobación: Pemán Gavín, Derecho a la Salud y Administración Sanitaria, ob. cit. págs. 218 y ss., y, más tarde, E. Cobreros Mendazona, "La coordinación sanitaria estatal y las Comunidades Autónomas", Documentación Administrativa, 230-231, 1992, págs. 313 y ss.

regular para buscar la vía del consenso". Por ello, si se pretende entender la cooperación en este sector, es imprescindible conocer en que ha consistido esa cooperación consensuada.

2.2 El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

a) Su configuración en la Ley General de Sanidad.

El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud es un órgano integrado por un representante de cada Comunidad Autónoma y por igual número de miembros de la Administración del Estado (art. 47.1). Su Presidente es el Ministro de Sanidad y Consumo (art. 47.4), siendo Vicepresidente es uno de los representantes autonómicos de acuerdo con el reglamento de régimen interior de este órgano.

Las funciones del Consejo son las siguientes: 1) ser órgano permanente de comunicación e información de los distintos servicios de salud, entre ellos y con el Ministerio de Sanidad, 2) coordinar las líneas básicas de la política de adquisiciones, contrataciones de productos farmacéuticos, sanitarios y otros bienes y servicios, así como los principios básicos de la política de personal, 3) ejercer funciones en materia de planificación (los planes de salud conjuntos Estado-CC.AA deben producirse en su ámbito de acuerdo con el art. 71 de la Ley General de Sanidad) y 4) ejercer las funciones que el Estado le encomiende para asegurar la coordinación de los servicios sanitarios (art. 47.2 y 3)¹³.

Cuenta con un órgano de participación, el Comité Consultivo del Sistema Nacional de Salud, integrado por representantes de las organizaciones empresariales, sindicales y administraciones públicas sanitarias (art. 47.5 Ley General de Sanidad y R.D. 1515/1992, de 11 de diciembre).

Con este escaso bagaje legal, cualquier conclusión sobre la naturaleza jurídica de este órgano del Sistema Nacional de Salud resulta arriesgada; la duda es si se trata de un ejemplo particular de Conferencia Sectorial o si es un órgano colegiado estatal con representantes autonómicos. Los datos que hacen del Consejo Interterritorial una organización singular los son siguientes:

-Su creación se produjo "*ope legis*", no por acuerdo interadministrativo, como ocurre con las Conferencias

¹³ Estas funciones fueron desarrolladas en el art. 7 del Reglamento de Régimen Interior del Consejo. Este reglamento orgánico fue aprobado en la sesión constitutiva del Consejo, celebrada el 7 de abril de 1987, sin que, hasta la fecha, haya sido publicado en diario oficial alguno.

Sectoriales (art. 5.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Pero también fue creada por Ley la Conferencia Sectorial para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas (Ley 2/1997, de 13 de marzo).

-No es un órgano de la Administración General del Estado, sino que lo es del Sistema Nacional de Salud – que, a su vez, es la suma de los servicios de salud-, sin que tenga adscripción a Administración alguna. No obstante, la Secretaría Permanente del Consejo, que le sirve de soporte administrativo y de vehículo de comunicación entre sus miembros, sí que es un órgano integrado en el Ministerio de Sanidad (art. 11 del R.D. 1450/2000, de 28 de julio, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad).

-En cuanto a su funcionamiento, los acuerdos que adopta no vinculan las competencias autonómicas ni estatales, salvo que las asuman como propias, igual que ocurre con cualquier Conferencia Sectorial (art. 5.5 y 8.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común). Sin embargo, el modo de llegar a esos acuerdos es peculiar: se aprueban por asentimiento de los miembros, siempre que ninguno exprese su parecer contrario¹⁴. No existe un mecanismo ni de formalización, ni de publicación de esos acuerdos.

-Pese a que, de acuerdo con la Ley, el Consejo Interterritorial se presenta como un órgano que puede ejercer competencias de coordinación y planificación, a lo largo de estos años ha desempeñado una función análoga a las Conferencias Sectoriales.

Este papel, más de amigable componedor que de órgano coordinador, queda bien reflejado en los avatares de dos normas estatales, claves en la sanidad pública:

El catálogo de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de la Salud, luego R.D. 63/1995, de 20 de enero, que supuso la congelación de las prestaciones financieras con recursos de la Seguridad Social, fue debatido y aprobado sin oposición. Ninguna Comunidad Autónoma se separó de su contenido; aunque Andalucía se planteó incluir la cirugía de cambio de sexo.

En cambio, el llamado "segundo medicamentazo", luego R.D. 1663/1998, de 24 de julio, que también paso por el Consejo Interterritorial, mereció otra reacción. Las Comunidades Autónomas de Navarra, con el Decreto Foral 258/1998, de 1 de septiembre, y Andalucía, con el

¹⁴ Así se explica en las memorias del Consejo Interterritorial de Salud, que publica el Ministerio de Sanidad.

*Decreto 159/1998, de 28 de julio, mantuvieron dentro de su propia financiación sanitaria los medicamentos excluidos de la financiación de la Seguridad Social por aquel reglamento estatal*¹⁵. En este sentido, la intervención del Consejo Interterritorial resultó inútil.

En fin, con estos datos, bien puede afirmarse que el Consejo Interterritorial cumple, esencialmente, el papel de órgano consultivo de las autoridades sanitarias estatales, con la participación de las Comunidades Autónomas. Es la legislación estatal la que se debate. En algún momento, más que una Conferencia Sectorial, recuerda a un órgano colegiado estatal con participación autonómica (art. 5.1, segundo párrafo, de la Ley de Procedimiento Administrativo Común). Estas dudas, sin embargo, no deben llevar a equívoco. Ni la dificultad para encasillar a este órgano, ni su insuficiente régimen jurídico, pueden ocultar una realidad indiscutible: desde su constitución, el Consejo Interterritorial ha cumplido sobradamente su función como lugar de intercambio y debate entre los responsables de los distintos servicios de salud, autonómicos y estatal.

b) Funciones fuera de la Ley General de Sanidad: informes preceptivos y acuerdos-marco.

Dos de los estudios más amplios realizados hasta ahora sobre la sanidad pública española, han coincidido en que, cuando se cierre el proceso de transferencias y desaparezca el INSALUD, el papel del Consejo Interterritorial de Salud debería ser potenciado.

En el Informe emitido por la *Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud*, que presidió D. Fernando Abril Martorell, presentado en julio de 1991, se defendió la potenciación de sus funciones de coordinación y comunicación, aunque sin mayor precisión. Se apuntó en ese documento que el Consejo debería asumir la *“Dirección Estratégica de Política de Salud”*.

Más tarde, el *“Informe de la Subcomisión para avanzar en la consolidación del Sistema Nacional de Salud mediante el estudio de las medidas necesarias para garantizar un marco financiero estable y modernizar el sistema sanitario manteniendo los principios de universalidad y equidad en el acceso”*, aprobado por el Pleno del Congreso el 18 de diciembre de 1997, también propuso la ampliación de las tareas del Consejo.

¹⁵ *La legitimidad, en términos competenciales, de esas decisiones es poco discutible. Las prestaciones financiadas con recursos estatales son lo básico, el mínimo común denominador (art. 149.1.17 de la Constitución), nada impide que una Comunidad pueda, con recursos propios, ampliar esas prestaciones (por todas, las S.S.T.C. 203/1993 y 103/1997). Pero no parece que el problema fuera estrictamente competencial, también lo era de control del gasto farmacéutico.*

En síntesis, en el apartado 12 de ese informe se proponía que el Ministerio de Sanidad potenciara sus funciones de coordinación a través del Consejo Interterritorial *“más por la vía de generación de valor como unidad central y arbitral del sistema, que a través del ejercicio unilateral de su posición jerárquica o de sus competencias privativas”*. El objetivo era asegurar unos elementos básicos comunes: financiación, planificación integrada e información recíproca. Entre otras medidas, en ese apartado se propone que, en el seno del Consejo, se pongan en marcha instrumentos de coordinación normativa para el desarrollo jurídico armónico de los aspectos fundamentales del Sistema Nacional de la Salud. De modo más singular, en el apartado 13 se apunta la necesidad de revisar su naturaleza jurídica, de servir de instrumento para formalizar las bases –sin perjuicio de su formal establecimiento por Ley–, de encomendarle la coordinación general sanitaria y los criterios de la Alta Inspección, de modificar su composición –suprimiendo su carácter paritario–, de permitir la participación directa de los agentes sociales sanitarios, y de incrementar los medios de que dispone para el cumplimiento de todas esas tareas.

A buen seguro, esta valoración positiva está detrás de las nuevas funciones que el Consejo Interterritorial de Salud ha asumido a lo largo de los años noventa, en concreto la emisión de informes preceptivos y la coordinación de la normativa autonómica.

En efecto, varias disposiciones generales han establecido la necesidad de recabar con carácter preceptivo el informe del Consejo en orden a su propia modificación. Es el caso de la disposición adicional segunda del R.D. 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud; en la que se establece que: *“la incorporación de nuevas prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la sanidad, se realizará mediante Real Decreto previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y dictamen del Consejo de Estado”*. La disposición final primera del R.D. 2210/1995, de 28 de diciembre, de creación de la red nacional de vigilancia epidemiológica, prevé el informe del Consejo en relación con cualquier modificación de la relación de enfermedades de declaración obligatoria. Lo mismo que la disposición final tercera del R.D. 2070/1999, de 30 de diciembre, sobre obtención y utilización clínica de órganos humanos, que impone su informe previo para la modificación de los protocolos de diagnóstico y certificación de la muerte contenidos en el anexo de ese reglamento. Esta función parece

apoyar la consideración del Consejo Interterritorial como órgano colegiado estatal con participación autonómica en su composición. Ninguna Comunidad Autónoma ha reconocido igual competencia a este órgano del Sistema Nacional de Salud.

En segundo lugar, en línea con las conferencias sectoriales, el Consejo ha impulsado acuerdos que, en unos casos, dan lugar a convenios de conferencia sectorial, y, en otros, operan como directrices para que cada Comunidad Autónoma dicte la norma correspondiente.

Ejemplo de la primera es el convenio de conferencia sectorial, de 15 de diciembre de 1997, firmado para suscribir el acuerdo del Consejo Interterritorial sobre Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias, cuyo objeto fundamental es establecer un sistema voluntario de acreditación de los profesionales que sea válido para todo el Sistema Nacional de Salud¹⁶. En otros términos, ese acuerdo y convenio persiguen evitar la disparidad que, en la formación continuada de los profesionales sanitarios, produciría la exigencia de condiciones y requisitos distintos en cada servicio autonómico de salud.

En cuanto a la fijación de criterios comunes, sirve el acuerdo del Consejo Interterritorial, de 14 de diciembre de 1987, de aprobación del conjunto mínimo básico de datos del informe de alta para el conjunto de los hospitales del Sistema Nacional de Salud. Su contenido fue reglamentado por varias Comunidades Autónomas; es el caso del Decreto 34/1999, de 26 de mayo, de Murcia, de creación del Registro Regional del Conjunto Mínimo de Datos de Alta Hospitalaria¹⁷. También, en sesión celebrada el 15 de diciembre de 1997, el Consejo Interterritorial fijó los criterios básicos que regulan la actividad sanitaria de los servicios de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Este acuerdo dio lugar a distintas normas autonómicas, por ejemplo el Decreto 306/1999, de 27 de julio, del País Vasco, de regulación de las actuaciones sanitarias de los servicios de prevención de riesgos laborales¹⁸.

Con respecto a esta iniciativa, es preciso señalar que, en algún caso, la materia regulada por las Comunidades Autónomas es básica a tenor de la Ley General de Sanidad. El derecho al informe de alta es uno de los que

integran el catálogo de derechos de los pacientes del art. 10 de esa Ley, apartado 11, y constituye parte esencial del estatuto jurídico de aquéllos. En consecuencia, esta fórmula pudiera considerarse una suerte de delegación a favor de las Comunidades Autónomas.

Esta forma de actuar, en la que un órgano controlado por la Administración General del Estado fija las condiciones mínimas, los requisitos básicos, incluso los objetivos a conseguir, mediante acuerdo con los representantes autonómicos, puede considerarse el germen de lo que la doctrina ha denominado “directrices” como fórmula de cooperación¹⁹, que supondría incorporar a la ordenación sanitaria el sistema normativo que forman las directivas europeas y las normas estatales de trasposición. Con todo, de acuerdo con el régimen expuesto, quedan muchos pasos por dar para alcanzar ese objetivo: a) los acuerdos del Consejo Interterritorial no vinculan a las Comunidades Autónomas, que pueden no ejecutarlos, b) esos acuerdos no tienen fuerza normativa ni se publican, c) en fin, esa clase de disposiciones encaja mal con el concepto de legislación básica delimitado, hasta ahora, por el Tribunal Constitucional.

2.3 Los convenios interadministrativos y otras figuras próximas.

El art. 48 de la Ley General de Sanidad dispone: “*el Estado y las Comunidades Autónomas podrán constituir comisiones y comités técnicos, celebrar convenios y elaborar programas en común que se requieran para la mayor eficacia y rentabilidad de los servicios sanitarios*”. Pues bien, los tres mecanismos apuntados, las comisiones y comités técnicos, los convenios interadministrativos y los programas de actuación común, han sido utilizados con profusión.

La creación de comisiones y comités técnicos es algo habitual en cualquier servicio público sanitario. El sistema sanitario español no es una excepción. Desde que fue aprobada la Ley, se han creado numerosas comisiones y comités técnicos, en unos casos como órganos colegiados adscritos al Ministerio de Sanidad²⁰, en otros

¹⁶ Su contenido fue publicado, entre otros, en el Boletín Oficial de Canarias n° 57, de 8 de mayo de 1999.

¹⁷ Publicado en el Boletín Oficial de la Región de Murcia n° 124, de 1 de junio de 1999.

¹⁸ Publicado en el Boletín Oficial del País Vasco, n° 159, de 20 de agosto de 1999.

¹⁹ S. Muñoz Machado, La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos., Alianza Editorial, Madrid, 1995, pág. 112.

²⁰ Cabe mencionar la Comisión Nacional de Especialidades Médicas, la Comisión Nacional de Uso Racional de los Medicamentos, el Comité Asesor de Cosmetología, el Comité Técnico Asesor de Prestación Ortoprotésica, la Comisión Nacional de Coordinación y Seguimiento de los Programas de Prevención del SIDA, la Comisión Nacional de Hemoterapia, todos ellos adscritos al Ministerio de Sanidad y Consumo como dispone el R.D. 1450/2000, de 28 de julio.

como órganos integrados en el Consejo Interterritorial de la Salud²¹.

En cuanto a los convenios, su utilización ha sido abundante, normalmente de carácter bilateral, no multilateral aunque se trate de acuerdos conjuntos adoptados en el Consejo Interterritorial. Sirven de ejemplo los convenios de colaboración suscritos por el Ministerio de Sanidad con cada una de las Comunidades Autónomas (Balears, Cataluña, Canarias, Galicia, Andalucía, entre otras), para el desarrollo de actividades de prevención del SIDA dirigidas a la implantación de programas de intercambio de jeringuillas en usuarios de drogas por vía parenteral; si bien su fundamento jurídico no se encuentra en la Ley General de Sanidad sino que se remiten a los arts. 6 y 8²² de la Ley de Procedimiento Administrativo Común.

En la propia Ley General de Sanidad se encuentran convenios preceptivos:

-En los casos en que la red sanitaria de la Seguridad Social subsista, sin que sea transferida a las Comunidades Autónomas, el legislador ordena la creación de una Comisión integrada por representantes del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuya misión es coordinar la actividad de los centros sanitarios de la Seguridad Social con el Servicio de Salud Autonómico (disposición adicional 6ª); presupuesto de esta comisión es la suscripción de un convenio de colaboración²³.

-El traspaso de la red sanitaria local –los centros hospitalarios y asistenciales de los municipios, Diputaciones y Cabildos- hacia el Servicio de Salud correspondiente debe establecerse por mutuo acuerdo de las partes, que, obviamente, se viene realizando mediante convenio de integración o de adscripción (disposición transitoria 1ª). El problema, en este último caso, es si las entidades locales pueden negarse a la integración de sus centros sanitarios, oponiendo a esta transferencia forzosa su autonomía constitucional, en la medida que, si bien la

²¹ De acuerdo con la página web del Ministerio de Sanidad y Consumo (msc.es), en el seno del Consejo Interterritorial de Salud existen comités sobre el conjunto mínimo básico de datos, sobre trasplantes de órganos y tejidos, sobre salud pública (sanidad ambiental, coordinación y cooperación en salud alimentaria, protección radiológica, entre otras), sobre ordenación de las prestaciones sanitarias, sobre formación y acreditación de profesiones sanitarias, sobre personal (estatuto-marco), planificación, reforma psiquiátrica, entre otros.

²² Fueron publicados en el B.O.E. n° 17, de 19 de enero de 1996.

²³ Por ejemplo, el convenio de colaboración y coordinación sanitaria entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y el Principado de Asturias, de 24 de octubre de 1994, del que se da cuenta en Boletín Oficial del Principado de Asturias, n° 15, de 20 de enero de 1998.

Ley dispone la integración, su eficacia queda a lo que pacten las partes.

-El tercer ejemplo se recoge en la disposición adicional segunda. El Gobierno adoptará los criterios básicos mínimos y comunes en materia de información sanitaria, con el fin de hacerlos efectivos: “*al objeto de desarrollar lo anterior podrán establecerse convenios con las Comunidades Autónomas*”.

A falta de otra referencia en la legislación sanitaria, tan sólo su mención, debe concluirse que estos convenios de colaboración quedan sujetos a las previsiones de la Ley de Procedimiento Administrativo Común y, en lo que sea aplicable, las que resultan del art. 3.c) de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

Por último, el convenio es el instrumento, propuesto por las Comunidades Autónomas que aun no han recibido transferencias en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, para articular el acceso de los usuarios de esas Comunidades a los hospitales de referencia nacionales, bien con la Comunidad de Madrid si le son transferidos, bien con el INSALUD si subsiste para gestionar esos centros acreditados como referencia nacional.

En cuanto a la suscripción de planes y programas conjuntos, el tercero de los mecanismos mencionados por el art. 48 de la Ley General de Sanidad, se ha canalizado a través de convenios de colaboración o mediante acuerdos del Consejo Interterritorial, siempre vinculado a la afectación o aportación de fondos estatales. No obstante, pueden reseñarse los planes de trabajo conjuntos entre las autoridades estatales y las autonómicas para actuaciones en materia de prevención del virus del SIDA, en los que se acuerdan las áreas prioritarias de actuación y los fondos estatales que se aportan a su realización en cada Comunidad Autónoma²⁴.

2.4 Los criterios generales de coordinación y la planificación integrada.

a) Su diseño en la Ley General de Sanidad.

Como se adelantó, una de las competencias estatales es la coordinación sanitaria. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 1983 condicionó fuertemente su regulación legal. El art. 73 de la Ley General de Sanidad casi reproduce el fundamento jurídico de aquella

²⁴ Entre otros ejemplos, el “Plan de trabajo conjunto con la Secretaría del Plan Nacional sobre SIDA del Ministerio de Sanidad y Consumo y la Comunidad Autónoma de Castilla y León para desarrollar acciones relativas a la prevención de la infección por el VIH/SIDA en 1999”, del que se da cuenta en el Boletín Oficial de esa Comunidad, n° 252, de 31 de diciembre de 1999.

sentencia cuando dispuso: “la coordinación general sanitaria se ejercerá por el Estado, fijando medios y sistemas de relación para facilitar la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las Administraciones Públicas sanitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del Sistema Nacional de Salud”²⁵ En este marco deben encuadrarse tanto las normas sobre planificación sanitaria, como los criterios sobre coordinación vinculantes para las Comunidades Autónomas.

En cuanto al primero, quedó dicho que uno de los principios de ordenación de la Ley General de Sanidad es la planificación. Este mecanismo se traduce en la distribución territorial de los centros y servicios sanitarios, según una relación de población-localización, y en la programación de la política sanitaria mediante los Planes de Salud, en los que se definen objetivos y se determinan los medios para alcanzarlos. Pues bien, en desarrollo de estos principios, el art. 70.1 de la Ley dispone:

“El Estado y las Comunidades Autónomas aprobarán planes de salud en su ámbito de competencias en los que se preverán las inversiones y acciones sanitarias a desarrollar, anual o plurianuales”.

La Ley admite, además, la posibilidad de que el Estado y las Comunidades acuerden planes de salud conjuntos que, si implican a todas las Comunidades, se formularán en el seno del Consejo Interterritorial de Salud (art. 71) y, en el caso de planes autonómicos, admite que contengan una propuesta de contribución financiera del Estado (art. 72).

Paralelamente, la Ley se refiere a los criterios generales de coordinación. En su virtud, la coordinación general sanitaria incluirá (art. 70.2):

a) El establecimiento con carácter general de índices o criterios mínimos básicos y comunes para evaluar las necesidades de personal, centros o servicios sanitarios, el inventario definitivo de recursos institucionales y de personal sanitario y los mapas sanitarios nacionales.

b) La determinación de fines u objetivos mínimos comunes en materia de prevención, protección, promoción y asistencia sanitaria.

c) El marco de actuaciones y prioridades para alcanzar un sistema sanitario coherente, armónico y solidario.

*d) El establecimiento con carácter general de criterios mínimos básicos y comunes de evaluación de la eficacia y rendimiento de los programas, centros o servicios sanitarios”*²⁶.

Los criterios generales de coordinación se establecerán a partir de las previsiones que las Comunidades Autónomas suministren y el asesoramiento de las organizaciones sindicales y empresariales del sector sanitario.

Pues bien, la función de coordinación que se atribuye a la planificación resulta de la obligación, tanto de las autoridades autonómicas como de los gestores estatales, de elaborar sus respectivos planes teniendo en cuenta los criterios generales de coordinación (art. 70.4 de la Ley).

Con el fin de integrar todos los planes territoriales, la Ley prevé la figura del “Plan Integrado de Salud”, que deberá tener en cuenta los criterios de coordinación general sanitaria y que recogerá en un documento único todos los planes de salud estatales y autonómicos. Su plazo de vigencia será el que el mismo determine (art. 74). En orden a su elaboración, las Comunidades remitirán sus planes de salud para comprobar que se adecuan a los criterios de coordinación general, como paso previo a su incorporación al Plan Integrado de Salud (art. 75). Parece claro que, en caso de discrepancia, el Plan de Salud podrá ser impugnado por la Administración General del Estado por las vías constitucionales existentes, sin que, pese a la amplitud de los términos empleados, pueda entenderse que el Estado está autorizado para impedir su vigencia, ni siquiera para ordenar su revisión.

La aprobación definitiva del Plan Integrado de Salud no se producirá hasta que tenga conocimiento del mismo el Consejo Interterritorial de Salud (art. 76). Por R.D. 938/1989, de 21 de julio, se reguló el procedimiento para la formación de los planes integrados de salud.

b) Ni criterios de coordinación, ni plan integrado de salud.

Como en otros aspectos, las previsiones de la Ley General de Sanidad o no se han cumplido, o se ha reali-

²⁵ Cfr. F.j. 2º, apartado d) del párrafo dedicado a la coordinación de la STC. 32/1983.

²⁶ Lo que se denomina “coordinación general sanitaria” coincide la “planificación general sanitaria” del art. 2.15 R.D. 2824/1981, de 27 de noviembre, de coordinación y planificación sanitarias, que el Tribunal Constitucional anuló por falta de rango adecuado, pero consideró, por su contenido, norma básica estatal (STC. 32/1983, f.j. 3º). Pese a la calificación de la Ley General de Sanidad es importante recordar que esos contenidos son expresión de la competencia para fijar las bases que corresponde al Estado.

zado de forma distinta a la inicialmente articulada. Es lo que ha ocurrido con los criterios de coordinación y la planificación sanitaria.

Los criterios de coordinación general no han sido aprobados por el Estado. Es cierto que, en sesiones celebradas el 5 de julio de 1988 y el 19 de julio de 1989, el Pleno del Consejo Interterritorial de Salud aprobó, como un documento de mínimos, genérico en su contenido, y abierto a las aportaciones de cualquier Comunidad Autónoma, los “criterios generales de coordinación sanitaria”. Pero no lo es menos que, a la luz de la jurisprudencia constitucional que equipara la coordinación con las bases en cuanto a su formalización, la existencia y exigibilidad de esos criterios precisaría su aprobación por órgano competente y su ulterior publicación en diario oficial; algo que sigue sin producirse. Tan es así que sólo en la exposición de motivos del Plan de Salud de Castilla León se mencionan esos acuerdos y esos criterios.

En cuanto a la planificación integrada, en julio de 1991 fue discutido en el Consejo Interterritorial un documento denominado “Plan Integrado de Salud”, pero no llegó a más. No existe ese Plan Integrado ni, por tanto, tampoco se han cumplido las previsiones legales sobre el mismo. La dificultad de aprobar un documento de planificación sanitaria estatal recuerda al nunca aprobado Plan Nacional de Urbanismo; pese a la evidente diferencia material, los problemas que enfrenta su aprobación son comunes.

La planificación territorial o autonómica se ha desenvuelto por otros derroteros. Todas las Comunidades Autónomas, con o sin competencias en materia de asistencia sanitaria de la seguridad social, han elaborado, discutido y aprobado planes de salud; por supuesto sin ajustarse a criterios estatales de coordinación. Es el caso, a título de ejemplo, de los dos Planes de salud del País Vasco (1989 y 1994), del Plan de Salud de Cataluña (1994), del Plan de Salud de Andalucía (1993), de los dos Planes de Salud de Castilla-León (1991, 1998) o del Plan de Salud de Canarias (1997). El propio INSALUD lo aprobó en 1995.

La evolución de esta competencia no puede cerrarse sin hacer mención a la técnica de los “criterios de ordenación de los recursos”. Se trata de la aprobación por las autoridades sanitarias estatales de criterios, parámetros o reglas, de carácter técnico, que no se publican sino que se comunican a las Comunidades Autónomas para que sean tenidas en cuenta en el ejercicio de sus competencias de reglamentación y autorización. Un buen ejemplo de esta fórmula, por estar publicado, es la disposición adicional

cuarta del R.D. 1976/1999, de 23 de diciembre, por el que se establecen los criterios de calidad en radiodiagnóstico. El texto de esa disposición es el siguiente:

“Con el fin de evitar una multiplicación innecesaria de las instalaciones de radiodiagnóstico, radioterapia y medicina nuclear, las autoridades sanitarias competentes en la autorización previa para la creación, ampliación o modificación de centros o establecimientos sanitarios, aplicarán los criterios de ordenación de recursos aprobados por la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Sanidad y Consumo, los cuáles serán notificados a las diversas Comunidades Autónomas. Dichos criterios podrán ser objeto de actualización y revisión periódica por la citada Dirección General, oído el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud”

En la planificación de los equipos radiológicos se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

a) Número mínimo de pacientes y/o habitantes por equipo.

b) Distancia al equipo más próximo disponible que garantice la accesibilidad geográfica.

c) Disponibilidad de otros equipos que sirvan el mismo fin”.

No es este el lugar de analizar en detalle esta norma, baste con resaltar que, con ella, se pretende que una serie de criterios, no publicados sino notificados, condicionen la planificación autonómica en materia de equipos radiológicos. En este punto, debe recordarse lo que se apuntó más atrás: tanto si se trata de bases de la sanidad, como si es ejercicio de coordinación, las garantías constitucionales están en entredicho. Si, además, se entendiera que esos criterios son motivo suficiente para denegar solicitudes de autorización de instalación de equipos radiológicos privados, la nulidad sería la única sanción.

A modo de balance, los datos expuestos permiten sostener que el Estado o bien ha renunciado, o bien no ha podido ejercer, las competencias que le corresponden en materia de coordinación sanitaria general; al menos según las previsiones recogidas en la Ley General de Sanidad. Con todo, es innegable que por la vía de acordar criterios, índices y reglas comunes en el Consejo Interterritorial de Salud –los cuales, como se expuso, hacen suyas las Comunidades Autónomas– sí que, materialmente, se ha actuado la competencia de coordinación.

2.5 Otros medios de cooperación y coordinación en las leyes sanitarias.

a) La organización nacional de trasplantes.

En la legislación sanitaria especial se encuentran algunos ejemplos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas de interés por la fluidez de su funcionamiento. El mejor ejemplo es la organización nacional de trasplantes.

En tanto que materia sanitaria, los trasplantes se rigen por las reglas de distribución de competencias que quedaron expuestas: el Estado debe fijar las bases mientras corresponde a las Comunidades Autónomas dictar normas de desarrollo legislativo y, en todo caso, proceder a su ejecución. Esas bases se recogen en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos, y en el R.D. 2070/1999, de 30 de diciembre –que derogó al R.D. 426/1980, de 22 de febrero-. De acuerdo con ello, corresponde al Estado reglamentar la acreditación, homologación, autorización y registro de centros o servicios en los que se extraigan o se trasplanten órganos, y a las Comunidades Autónomas conceder la autorización en cada caso y controlar su actividad.

Lo cierto, sin embargo, es que la realidad de la donación de órganos y de los trasplantes pugna, en cierta medida, con este reparto competencial. El aprovechamiento de los recursos disponibles, el fomento de las donaciones y la realización de los trasplantes a las personas con mejores condiciones de compatibilidad, requiere de una organización de ámbito nacional –incluso internacional- que funcione como una red unitaria, con dirección única de los de centros y de los profesionales sanitarios dedicados a esta actividad médica. Esta es la razón fundamental de la existencia de la Organización Nacional de Trasplantes y de la limitada intervención autonómica –al menos por vía normativa- en esta materia²⁷.

El vigente R.D. 2070/1999 equilibra aquél reparto competencial con esta necesidad de organización estatal del modo siguiente:

-La Organización Nacional de Trasplantes es una unidad técnica encargada de coordinar las actividades de donación, extracción, preservación, distribución, intercambio y trasplante de órganos en el conjunto del sistema sanitario español.

En tanto que órgano administrativo, forma parte de la Administración General del Estado, y se adscribe al Ministerio de Sanidad, siendo su director el Coordinador Nacional, designado por el Ministro. El Ministerio asignará a esta Organización los medios y estructuras precisos para el cumplimiento de sus tareas.

De entre sus funciones reglamentarias destacan las de: coordinar la distribución e intercambio de órganos y tejidos para su trasplante, actualizar y gestionar las listas de espera de ámbito nacional para trasplante de órganos y tejidos, coordinar la logística de los equipos de transporte, y promover los estudios e investigaciones sobre tecnologías relacionadas con la obtención de órganos y su trasplante.

-En cada Comunidad Autónoma existirán unidades de coordinación autonómica de trasplantes, dirigidas por un Coordinador Autonómico, cuya misión es colaborar en el cumplimiento de los objetivos generales que fije la Comisión Permanente de Trasplantes del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

-La dirección colegiada de esta organización descansa en la citada Comisión Permanente, que integran el coordinador nacional de trasplantes y los coordinadores autonómicos de trasplantes, de modo que se rompe la paridad que caracteriza al Consejo Interterritorial de Salud.

El resultado es que la Administración General del Estado, por la vía de los títulos “bases de la sanidad” y “coordinación”, organiza, coordina y dirige la actividad de donación y trasplante de órganos, dando juego a las Comunidades Autónomas sin que ni siquiera precise controlar el órgano colegiado de dirección. Y, pese a todo, el sistema de trasplantes funciona.

b) La red de vigilancia epidemiológica y el sistema de farmacovigilancia.

En el caso de la salud pública, el título coordinación general sanitaria ha servido para articular mecanismos de información recíproca que permitan, en su caso, adoptar medidas frente a epidemias o a reacciones adversas de medicamentos. El fundamento jurídico se encuentra en el art. 73 de la Ley General de Sanidad, que fue transcrito más atrás. Tanto la red de vigilancia epidemiológica como el sistema español de farmacovigilancia son esos medios y sistemas que permiten disponer de la información precisa para hacer frente a eventuales problemas de salud pública que, normalmente, no respetan las “fronteras” entre Comunidades Autónomas.

²⁷ El ejemplo del Decreto 91/1992, de 26 de mayo, de Andalucía, sobre esta materia, es elocuente. Esta disposición establece que la organización autonómica de trasplantes funcionará de acuerdo con los protocolos de actuación de la Organización Nacional de Trasplantes.

La red nacional de vigilancia epidemiológica, constituida de acuerdo con el R.D. 2210/1995, de 28 de diciembre, es el instrumento que permite la recogida y el análisis de la información epidemiológica con el fin de poder detectar los problemas, valorar los cambios en el tiempo y en el espacio, contribuir a la aplicación de mecanismos de control individual o colectivo que supongan un riesgo para la salud colectiva.

La red está constituida por el sistema básico de vigilancia integrado por la notificación obligatoria de enfermedades, la información de situaciones epidémicas y brotes y la información microbiológica y, además, por los sistemas específicos de vigilancia basados en sistemas de registros de casos, encuestas de seroprevalencia, sistemas centinelas y otros (art. 4 R.D. 2210/1995).

La red se vincula al Sistema Nacional de Salud (sic) bajo la cobertura del Ministerio de Sanidad y Consumo (art. 6). Ningún otro dato permite establecer su naturaleza jurídica. Esta red parece una unidad técnica, sin personalidad jurídica, dirigida por las autoridades sanitarias estatales. El elemento clave de su funcionamiento es la obligación de informar que se impone a los profesionales sanitarios y laboratorios que tienen conocimiento de las enfermedades de declaración obligatoria (al menos, desde el Decreto de 26 de julio de 1945, de lucha contra las enfermedades infecciosas).

Por su parte, el sistema español de farmacovigilancia, de naturaleza igualmente incierta, se encuentra regulado en el art. 58 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. Su objetivo es recoger y elaborar la información sobre reacciones adversas a los medicamentos. La información que recoge no tendrá carácter global y definitivo mientras no sea evaluada por la Comisión Nacional de Farmacovigilancia, órgano integrado por representantes de todas las Administraciones Sanitarias y por expertos.

Esta unidad, que coordina el Ministerio de Sanidad, integra la actividad de farmacovigilancia de todas las Administraciones Sanitarias. A tal efecto, con el fin de asegurar esta integración, el Consejo Interterritorial de Salud, en julio de 1988, estableció que las Comunidades Autónomas y el Ministerio suscribirían convenios de colaboración en esta materia, de acuerdo con el art. 48 de la Ley General de Sanidad –del que más atrás se dio cuenta-. Desde entonces, las Comunidades Autónomas

han suscrito los correspondientes convenios para formar parte de este sistema²⁸.

Como en la red de vigilancia epidemiológica, la clave del funcionamiento de esta organización es el deber de colaborar que se impone, primero, a las Comunidades Autónomas, pero sobre todo a médicos, veterinarios, farmacéuticos, enfermeros y demás profesionales sanitarios. En un segundo plano queda la cuestión jurídica de la naturaleza de este sistema.

3.- Algunos problemas pendientes.

3.1 El derecho a utilizar los servicios sanitarios: las fronteras autonómicas.

La descentralización territorial de la gestión de la sanidad pública hacia las Comunidades Autónomas, junto a la planificación territorial de los centros y servicios sanitarios, limita casi hasta eliminarlo el derecho de los usuarios a elegir profesional y centro sanitario. La Ley General de Sanidad es concluyente: “*Las Administraciones Públicas obligadas a atender sanitariamente a los ciudadanos, no abonarán a éstos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios sanitarios distintos de aquellos que les correspondan, en virtud de lo dispuesto en esta ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y de las que dicten las comunidades autónomas*” (art. 17). Los usuarios serán atendidos por los profesionales y centros que les correspondan según la organización territorial de cada servicio de salud. La libertad de elección se reduce al área de salud, a determinadas especialidades médicas y, en todo caso, se ejercerá en las condiciones y con las limitaciones que establezcan las normas que lo desarrollen (basta la lectura del R.D. 1575/1993, de 10 de septiembre, y el R.D. 8/1996, de 15 de enero, sobre la libre elección en atención primaria y en asistencia especializada, respectivamente).

Esta asignación de médico y centro sanitario, dentro del servicio autonómico que corresponda, explica uno de los problemas candentes de la sanidad pública: el de los desplazados, el de aquellos ciudadanos que, residiendo en una Comunidad solicitan asistencia en otra Comunidad (por razones laborales o por vacaciones) y, más grave aún, quienes residen en la “frontera” de su Comunidad

²⁸ A modo de ejemplo, el convenio en materia de farmacovigilancia suscrito entre el Ministerio de Sanidad y la Consejería de Servicios Sociales del Principado de Asturias, el 13 de octubre de 1998, del que se da cuenta en el Boletín Oficial del Estado nº 41, de 17 de febrero de 1998.

Autónoma y están más cerca de los centros y hospitales de la Comunidad colindante, que de los que, según las normas citadas, les corresponden. Otra vertiente del mismo problema es la asistencia prestada a los ciudadanos comunitarios, que residen temporalmente en Comunidades como Canarias, e, incluso, a los extranjeros (asistencia sanitaria a inmigrantes).

El problema puede, incluso, ejemplificarse. En enero de 1999, la prensa se hizo eco de la decisión de las autoridades sanitarias del País Vasco de cerrar el acceso a sus centros y servicios, el Hospital de Cruces en Bilbao, a los residentes en poblaciones limítrofes, de Burgos y Cantabria (Castro Urdiales), habida cuenta el coste de su atención. La medida consistió en cambiar la consideración de esos pacientes, de “agregados” a la categoría de “desplazados” a los efectos de que, con posterioridad, el Servicio Vasco de Salud pudiera reclamar el coste de la asistencia prestada al Servicio de Salud que correspondiera ²⁹.

Con todo, el ejemplo es sólo eso: una referencia. La cuestión controvertida es la realidad que trasluce: los ciudadanos tienen derecho a la asistencia en todo el territorio nacional, pero la descentralización de la gestión, la distribución territorial de los servicios y la financiación basada en la población protegida, dan lugar a situaciones en las que el derecho queda territorialmente acotado.

La solución de esta clase de problemas, que afectan directamente al estatuto jurídico del paciente, demanda fórmulas de cooperación que permitan compensar esta asistencia sin que trascienda para los ciudadanos, sea mediante una caja de compensación, sea modificando los criterios de financiación ³⁰. Cabe pensar también en la reforma del actual sistema haciendo efectivo el derecho de los pacientes a elegir centro y profesional y, lo que es más importante, dependiendo de ellos directamente, a través de su cartilla o certificación, la posibilidad de que

²⁹ *El País*, 3 de enero de 1999, pág. 30.

³⁰ *El mecanismo de compensación por asistencia a pacientes desplazados no existe. En el Acuerdo del Sistema de Financiación de los Servicios Sanitarios, periodo 1998-2001, entre las finalidades que debe cumplir el “Fondo de Atenciones Específicas”, se incluyen “los gastos producidos por asistencia sanitaria hospitalaria a pacientes de otros territorios” (apartado VI.2.2º.2º del Acuerdo 1/1997, de 27 de noviembre, del Pleno del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, publicado en el B.O.E. 275, de 17 de noviembre de 1998). Se trata de un paso mínimo en el sentido que se apunta. Mínimo, en primer lugar, porque se limita a la asistencia hospitalaria, no a la extrahospitalaria (asistencia primaria), ni al consumo de medicamentos, y, en segundo término, porque no se establece un mecanismo que compense el gasto cuando se produce, sino que se limita a repartir una cantidad global desconectada de la asistencia realmente prestada.*

el servicio autonómico pueda reintegrar el coste de la asistencia prestada.

En cualquier caso, sea cual sea la solución, ésta es imprescindible porque las trabas administrativas derivadas de la planificación territorial y de la descentralización de la gestión no pueden convertirse en un límite del derecho a recibir asistencia sanitaria.

3.2 El embargo de las cuentas del Servicio Canario de Salud por la Comunidad de Madrid.

La necesidad de un mecanismo de compensación se pone de manifiesto en otro supuesto: el uso por los beneficiarios de un Servicio de Salud de centros o hospitales de referencia, donde se ofrecen prestaciones sanitarias a las que tienen derecho, pero que forman parte de la red hospitalaria de otro servicio autonómico de salud.

El ejemplo es aun reciente. En 1999, la Comunidad de Madrid ordenó el embargo de las cuentas del Servicio Canario de Salud por impago de la asistencia prestada en el Hospital “Gregorio Marañón” y en la Fundación Jiménez Díaz a residentes canarios enviados por ese Servicio.

Con independencia de la imposibilidad de “embargar” bienes de dominio público, y los dineros depositados en cuentas bancarias lo son (SS.TC. 166/1998, f.j. 9º y 228/1998, f.j. 3º), este conflicto pone de relieve la necesidad de buscar una fórmula que permita superar esta clase de situaciones, sin transformarlos en una controversia judicial que niega los deberes de cooperación y de lealtad institucional que deben regir las relaciones interadministrativas. Sea a través de una caja de compensación, sea mediante un arbitraje, lo cierto es que esta clase de problemas precisa de fórmulas de cooperación y, por sí sólo, llama a las competencias de coordinación del Estado y a su función de árbitro entre los Servicios Regionales de Salud, y entre éstos y los usuarios.

De lo contrario bien podría producirse un intercambio de reclamaciones entre servicios de salud, incluso en la negativa a prestar asistencia no vital ³¹. Igualmente, cabría pensar en la demanda por los servicios de salud “dependientes” de medios económicos para instalar en su territorio los centros y servicios que, en la actualidad, son de referencia estatal. Esta hipótesis, aun si fuera viable

³¹ *A instancia del Gobierno de Canarias, con motivo del “embargo” mencionado, la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Comunidad Autónoma de Canarias se reunió con el fin de encontrar una solución al problema de los desplazados. La representación autonómica llamó la atención sobre la posibilidad de reclamar la deuda generada por la asistencia sanitaria y farmacéutica prestada por el servicio autonómico de salud a los visitantes peninsulares, normalmente en periodo vacacional, en el caso de que no se adoptara una solución definitiva. La cuestión sigue pendiente.*

técnicamente (es preciso recordar que la razón de ser de estos servicios es la necesidad de realizar un número mínimo de actos médicos para su adecuado funcionamiento), sería la manifestación del fracaso de la cooperación y de la solidaridad que deben regir las relaciones en este servicio público; al tiempo, que su coste resultaría injustificado.

Como en el caso de los desplazados, la solución pasa por la cooperación y, en su defecto, por la ordenación básica estatal, con el fin de salvar, de una vez por todas, la “laguna” existente.

3.3 El problema de información tras las transferencias.

El futuro cierre del proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas y consiguiente desaparición del INSALUD –del instrumento estatal de gestión de la asistencia sanitaria–, pone ya sobre el tapete un problema fundamental: la Administración General del Estado verá reducido su conocimiento de lo que ocurre y la evolución de la asistencia sanitaria –primaria y especializada– a la información que le suministren las Comunidades Autónomas.

La obligación de información existe. Pero para obtenerla es preciso conocer lo que se quiere y eso sólo es posible mediante el acceso directo a las fuentes o mediante fórmulas que aseguren la solvencia de los datos recibidos. Ocurre ya en materia de autorización de centros y servicios sanitarios. El Ministerio de Sanidad no autoriza a los centros y servicios sanitarios, públicos o privados, de modo que poco puede aportar al debate para unificar los requisitos mínimos a seguir por todas las Comunidades en la autorización de esas actividades, limitándose a actuar como un amigable componedor que trata de articular las posiciones de las Comunidades Autónomas.

El título competencial para establecer cauces de información existe: la coordinación general sanitaria. La solución al problema se encuentra en fijar medios y sistemas de relación que aseguren la información precisa para el adecuado ejercicio de las competencias. El modelo puede ser las redes de vigilancia en el campo de la salud pública; si bien, su traslación es inviable por cuanto su finalidad es distinta y su base, la obligación personal de informar de los profesionales, resultaría de compleja implantación, sin más, en la asistencia sanitaria (deber de confidencialidad del médico). No obstante, la obligación de informar y la delimitación de la información requerida bien puede imponerse y regularse por la norma adecuada

como esos ejemplos evidencian. Se trata de una decisión que es responsabilidad del Gobierno; al él corresponde adoptar los criterios básicos mínimos y comunes en materia de información sanitaria, sin que exista diferencia entre salud pública y asistencia sanitaria.

4.- Balance final.

Tras todo lo expuesto puede concluirse como se comenzó: la sanidad es un servicio público en el que la cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como la coordinación, en términos de superioridad, del Estado para imponer condiciones, requisitos o criterios mínimos, son imprescindibles si que quiere asegurar la igualdad efectiva de todos en el derecho a la protección de la salud.

Esa necesidad subyace a los distintos mecanismos de coordinación y cooperación recogidos en la Ley General de Sanidad, pero también los que aparecen en otras normas y, lo que es tanto o más importante, explica la aparición de medios de relación, información e intercambio, más o menos informales.

En este campo, como en casi todos cuando de sanidad pública se trata, la reglamentación es insuficiente (¿el Consejo Interterritorial de Salud funciona con un reglamento sin publicar y adopta acuerdos por asentimiento?), en ocasiones incoherente (¿no existen criterios generales de coordinación, pero se coordina mediante redes de vigilancia?, y se apoya en instituciones de difícil caracterización (¿qué es el sistema español de farmacovigilancia?). Pero estas lagunas, que ciertamente existen, no deben llevar a ignorar la valiosa experiencia obtenida en este sector público.

Los mecanismos institucionales han funcionado de manera distinta a la ideada por el legislador, pero ha existido cooperación. El Consejo Interterritorial de Salud funciona como un órgano de comunicación, de estudio y de propuesta, que ha contribuido a la unidad del sistema sanitario español. La coordinación a través de la planificación integrada no ha funcionado; sin embargo, sí que existen medios de coordinación, tanto normativos como ejecutivos, que vienen desempeñando esa función. Igualmente, los quince años de vigencia de estos mecanismos permiten detectar problemas que demandan soluciones específicas: la información para el ejercicio de las competencias estatales o la necesidad de evitar conflictos entre Comunidades mediante mecanismos formalizados

de compensación económica o de arbitraje estatal que reduzcan la conflictividad³² ..

Con lo expuesto, a juicio de los autores, el objetivo de este estudio queda cumplido. El modo y manera en que la cooperación ha venido funcionando en la sanidad pública, según ha sido explicado, es un caudal de experiencia que, junto con el estudio de lo ocurrido en otros

sectores, debe ser un referente para una regulación general de la cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas y para conseguir su finalidad última: la igualdad efectiva de todos los ciudadanos, con independencia de su lugar de residencia, en el ejercicio de los derechos básicos.

³² *La necesidad de cooperación en la sanidad pública es una constante. En la fase de revisión final de este trabajo, se producen las demandas de los profesionales sanitarios de aplicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de octubre de 2000. Este fallo afirma la aplicación directa en España de las Directivas 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas de la seguridad y de la salud de los trabajadores, y 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. En síntesis, este pronunciamiento supone un cambio drástico en las condiciones de trabajo de los médicos, en la medida que altera sustancialmente el régimen básico diseñado en el R.D. 137/1984, de 11 de enero (tanto la duración de la jornada, en la que sólo se diferencia ordinaria y extraordinaria, ya no atención continuada, como en la correspondiente retribución). La solución de este problema, antes que una negociación territorial o que una sucesión de reclamaciones contra el Estado por no haber efectuado la trasposición de esas directivas, pasa la negociación en el seno del Consejo Interterritorial y por una fórmula que implique el acuerdo y el compromiso de todas las Administraciones afectada. En última instancia, la responsabilidad recae sobre el Estado y sobre su competencia para establecer la legislación básica.*

GENOMA HUMANO, DIGNIDAD Y DERECHO

Conferencia impartida en el Seminario «Nuevas fronteras de los derechos humanos», celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander, 9-13 de julio de 2001

Ángela Aparisi Miralles
Directora del Instituto de Derechos Humanos
Universidad de Navarra

1. Introducción

Durante los últimos años, los avances que se han producido en el ámbito de la genética han sido espectaculares. Parece que nunca la ciencia había presentado a la humanidad, al menos desde la fisión nuclear, oportunidades y dilemas de tal magnitud y complejidad. Buena prueba de ello son, por ejemplo, las posibilidades que ofrece la ingeniería genética. Pero, frente a las innegables ventajas que reportan estos descubrimientos, también se plantean situaciones en las que se encuentran en juego derechos humanos básicos. Ello pone de manifiesto la necesidad de que el jurista profundice, desde un conocimiento científico serio, en las consecuencias que estas nuevas técnicas van a tener para el ser humano y su entorno. Se impone así la necesidad de una reflexión serena que aborde, entre otros, aspectos científicos, éticos y jurídicos.

La problemática que plantea al Derecho la denominada nueva genética es muy compleja. En términos generales, podríamos referirnos a dos grandes grupos de cuestiones:

1. Los aspectos relacionados con la información genética
2. Los problemas relativos a la manipulación genética.

En el primer caso, nos hallamos ante la problemática jurídica derivada del acceso, uso y necesaria protección de una información muy peculiar, la genética, hasta hace poco tiempo desconocida para las personas. Hay que partir del hecho de que en los últimos años, y como consecuencia de los avances que se han producido en el “descifrado” del genoma humano, ha sido posible acceder a un tipo de datos sobre los seres humanos cualitati-

vamente diferentes a los ya existentes. Ello está teniendo ya consecuencias trascendentales en el ámbito de la medicina. En este sentido, refiriéndose al genoma humano, señalaba hace unos años el premio Nobel Watson:

“nunca se encontrará un conjunto de libros de instrucción más importante. Cuando sean finalmente interpretados, los mensajes genéticos codificados dentro de nuestro ADN nos proporcionarán las últimas respuestas a los cimientos químicos de la existencia humana. No solamente nos ayudarán a comprender como funcionamos como seres humanos sanos, sino que también nos explicarán, a nivel químico, el papel de los factores genéticos en una multitud de enfermedades - como el cáncer, la enfermedad de Alzheimer y la esquizofrenia- que disminuyen la vida individual de millones de personas” .

Pero, como tendremos ocasión de comprobar en los próximos años, las consecuencias del “descifrado” del genoma humano no serán sólo médicas. Tendrá una gran trascendencia social, económica, ética y jurídica. Incluso influirá decisivamente en el modo de entendernos a nosotros mismos. Por ello, en la actualidad, en EEUU se destina un porcentaje muy elevado del presupuesto del Proyecto Genoma Humano al estudio de las implicaciones éticas, legales y sociales del mismo. Con este objetivo se creó en esta país el *Working Group on Ethical, Legal and Social Issues* (ELSI).

Dentro de este primer bloque de cuestiones, relacionadas con la información genética, podrían incluirse un gran número de temas que poseen implicaciones jurídicas. Tan sólo voy a mencionarlos porque no dispongo de espacio para tratarlos con la profundidad que requieren.

¹ Watson, J.D., "The Human Genome Project: past, present and future", *Science*, 248, 1990, pág. 49.

Así, por ejemplo, el problema de la regulación del acceso y utilización de la información genética de sujetos determinados, ya sea en el ámbito laboral o ante la posibilidad de suscribir pólizas de seguros. De hecho, en los EEUU la exigencia de aportar cierta información genética, antes de ser contratado o suscribir una póliza de seguros, está bastante extendida. Por ello, hace ya más de un año, el Presidente Clinton aprobó un Decreto en el que se prohibía que, en la Administración pública, los contratos, ascensos o despidos se hicieran depender de pruebas genéticas. Sin embargo, en el ámbito de la empresa privada no existe actualmente, en EEUU, ningún tipo de control legal. Por ello, y ante las dimensiones que está alcanzando el problema en este país, el actual presidente George Bush ha anunciado que se propone elaborar una legislación mucho más específica para evitar la discriminación genética. El 23 de junio de este año, hace menos de un mes, afirmó en una comparecencia pública, que:

“Los empleadores podrían estar tentados a negar un trabajo en base al perfil genético de una persona. Las Compañías de Seguros podrían utilizar esta información para negar una solicitud de cobertura o para cobrar primas excesivas”².

En Inglaterra se ha autorizado a las Compañías de Seguros a requerir una serie de pruebas genéticas a sus posibles clientes. Esta cuestión no es algo baladí. Por el contrario, si no se toman las medidas oportunas, tendrá consecuencias sociales especialmente graves, fundamentalmente en países que carecen de cobertura pública de sanidad.

Otra cuestión, que puede ser incluida en este primer bloque de problemas, es la necesaria configuración de un derecho a la intimidad genética, incluyendo, explícitamente, un derecho a “no saber”, a ignorar la propia información genética. No podemos desconocer la relevancia que puede tener para una persona acceder a los datos que revela su genoma. De hecho, recientes estudios realizados en países europeos han demostrado el fuerte impacto personal y familiar que supone conocer la predisposición a padecer un cierto número de enfermedades, sobre todo si no existe terapia conocida. Por ello, esta información puede querer ser ignorada por los propios sujetos. El problema es garantizar que de la decisión de “no saber” no se deriven consecuencias negativas para los individuos, tanto a nivel laboral, al solicitar un préstamo bancario, suscribir una póliza de seguro o, incluso, adoptar un niño.

Otro problema que posee implicaciones jurídicas es la cuestión relativa a la propiedad del material genético y a la admisibilidad de su patente. De hecho, en la actualidad se ha denunciado reiteradamente que ciertos laboratorios occidentales han obtenido, a partir de un mero consentimiento formal, muestras de material genético muy valioso de etnias indígenas y, posteriormente, lo han patentado. También, con respecto al Proyecto Genoma Humano, uno de los grandes conflictos que ha dividido a la investigación pública y a la privada ha sido la posibilidad de patentar los fragmentos de ADN humano. El problema central se podría formular en los siguientes términos: ¿son los genes humanos un bien susceptible de ser patentado? ¿de quien es la propiedad de los genes, algunos altamente valiosos para la investigación? Con respecto a los genes de etnias específicas nos podemos preguntar: ¿es admisible que con el consentimiento de un solo individuo, el primer laboratorio que extraiga las muestras pueda patentar fragmentos de ADN común al propio grupo indígena?

La realidad es que en la actualidad existe una verdadera “batalla” sobre la protección y propiedad de ese material. No sólo *Célera*, la empresa de biotecnología liderada por el famoso Craig Venter, sino muchas otras compañías, como *Millenium Pharmaceutical*, *Human Genoma Sciences* e *Incyte*, han solicitado ya más de 10.000 patentes de secuencias de ADN humano. Frente a ello, considero que, desde un punto de vista ético y jurídico, es muy difícil aceptar que los laboratorios puedan patentar fragmentos del ADN humano. No concurre un requisito tradicional del Derecho de patentes, como es el que nos hallemos, no ante un descubrimiento, sino ante una “invención”. Asimismo entiendo que la necesidad de rentabilizar inversiones no puede ser el único criterio en la toma de decisiones en estos temas, ignorando la función social de la investigación. No hay que olvidar que las patentes de genes van a restringir enormemente el número de posibles beneficiados por los futuros medicamentos genéticos. El problema del acceso a los medicamentos en el tercer mundo es ya muy grave y, de seguir esta línea de liberalización sin límites de patentes, va a alcanzar una magnitud dramática en un futuro.

Por último, también podemos referirnos, dentro de este primer grupo de cuestiones, a lo que se viene denominado “nueva eugenesia” o, lo que es lo mismo, al problema del uso indiscriminado de la información genética para seleccionar a los embriones que van a ser implantados en las técnicas de fecundación *in vitro*. A esta cuestión, por la polémica que actualmente está suscitando

² Comparecencia pública del 23 de junio de 2001.

do, y por su estrecha relación con la noción de dignidad humana, me referiré con detalle más adelante.

Un segundo grupo de temas incluiría las cuestiones relativas a la manipulación genética. No se trata, como en el caso anterior, de problemas derivados del acceso, uso y protección de la información genética, sino del trabajo directo con genes. Ciertamente, en la actualidad, gracias a las nuevas técnicas moleculares, es posible trabajar directamente con el ADN. En el campo de la ingeniería genética, tanto en el mundo animal como en el vegetal, alterando el patrimonio genético del organismo, los avances han sido espectaculares. De hecho, podemos advertir que posibilidades que hace algunos años se consideraban como de "ciencia ficción", aparecen hoy ante nuestros ojos como una realidad. Así, por ejemplo, en la clonación de mamíferos por transferencia de núcleos podemos distinguir ya dos fases:

a) Una primera en la que se clonaban aquellos animales con características más deseables. De este modo, se puede conseguir un alto rendimiento de los mismos.

b) Pero, en este momento, nos hallamos en una segunda fase, en la que la técnica de clonación se combina con la ingeniería genética a nivel germinal. Así, no sólo se están consiguiendo animales clónicos sino que, además, éstos son transgénicos. De hecho, los investigadores del Instituto *Roslin* de Escocia ya han conseguido clonar cinco cerdos transgénicos. El principal objetivo es conseguir que sus órganos sean aptos para ser trasplantados a los seres humanos.

Estas posibilidades plantean importantes dilemas ético-jurídicos. Con respecto a la ingeniería genética aplicada a mamíferos nos podemos preguntar si esta experimentación es ajena a todo límite. O lo que es lo mismo: ¿cualquier beneficio económico justifica someter a los animales a técnicas y ensayos que van a modificar radicalmente su estructura genética y les van a ocasionar graves perjuicios? ¿puede la naturaleza ser considerada como una mera fuente de materias primas, manipulables a discreción, incluso hasta sus más profundas raíces químicas? ¿podemos intervenir sobre seres vivos, alterando las especies con las que se van a encontrar las futuras generaciones?

Un capítulo cualitativamente distinto es el de la manipulación del genoma humano. Estas intervenciones se pueden realizar tanto a nivel somático como a nivel germinal. Un ejemplo de esto último es el caso de la clonación por transferencia de núcleos. Ciertamente, nos enfrentamos ante intervenciones en las últimas raíces químicas del ser

humano, que permiten diseñar, como si de un plano se tratara, la misma vida. ¿Es admisible llegar a esta cosificación de la vida humana? Sobre ello volveré más adelante.

Todas las cuestiones a las que me he referido tienen, directa o indirectamente, un mismo telón de fondo: ¿qué es un ser humano? ¿qué lugar debe ocupar frente a la nueva revolución biotecnológica? ¿es posible reconocerle una dignidad inherente? ¿qué consecuencias podrían derivarse de ello?

Hasta ahora me he referido a algunas cuestiones que plantea la nueva genética a la ética y al Derecho. Al exponerlas, quizás lo primero que llama poderosamente la atención es el hecho de que, mientras que los avances en el plano de la investigación científica son, como hemos visto, muy importantes, los problemas éticos, antropológicos y jurídicos que generan se han afrontado, hasta la fecha, muy superficialmente. Incluso, es fácil de advertir que gran parte del debate actual sobre cuestiones que implican cambios trascendentales para el misma noción de ser humano y su relación con la técnica, se desenvuelve, en gran medida, a golpe de noticias sensacionalistas y, mayoritariamente, en los medios de comunicación. Tal es el caso de la clonación humana, en la que, quizás sin que nos hallamos dado mucha cuenta, el ser humano ha pasado de ser sujeto a mero objeto de la técnica.

Por otro lado, en un mundo en el que la violencia política está siendo sustituida, progresiva y silenciosamente, por una violencia económica, es importante ser conscientes de que, en muchos casos, las soluciones que se aportan a estos problemas se encuentran fuertemente hipotecadas por los intereses económicos en juego. Tal sería el caso, por ejemplo, de lo que está ocurriendo con la denominada "clonación terapéutica" y el uso experimental de las "células madre", o el supuesto, ya referido, de las patentes de genes. Por ello, en mi opinión, resulta muy necesario hacer el esfuerzo de volver a preguntarnos por nuestro lugar en la nueva sociedad biotecnológica. En mi opinión, una de las cuestiones que actualmente resulta más inevitable es: ¿que significado y consecuencias tiene reconocer al ser humano una dignidad intrínseca frente a las posibilidades actuales de la biotecnología?

Ciertamente, todos los documentos que, hasta la fecha, han pretendido abordar las distintas cuestiones que plantea el genoma humano al Derecho, han reconocido un lugar preeminente a la noción de dignidad humana. De este modo, han tratado de enfatizar la idea de que sólo partiendo del reconocimiento de una dignidad inherente a cada miembro de la especie humana, será posible afrontar los problemas de carácter ético y jurídico que plantea la

nueva genética. Por ello, en esta exposición haré, seguidamente, una breve referencia a la noción de dignidad humana. En un segundo momento abordaré, desde una perspectiva crítica, dos problemas que ya he mencionado y que, en la actualidad, son objeto de un intenso debate: la denominada “nueva eugenesia” y la clonación de embriones humanos por transferencia de núcleos, entendida como una forma de manipular el genoma humano.

2. Genoma y dignidad

Como he señalado, los recientes avances de la nueva genética urgen a dirigir, nuevamente, la mirada a la tradicional noción de dignidad humana. Así, por ejemplo, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la XXIX Conferencia de la Unesco, y ratificada por la Asamblea General de Naciones Unidas, comienza con un capítulo titulado “La dignidad humana y el genoma humano”. Asimismo, los artículos 1 y 2 de dicho texto se refieren explícitamente a la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana.

En el mismo sentido, el Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa, sólo en su Preámbulo se refiere a la dignidad humana tres veces, y su artículo 1 comienza destacando que “Las partes en este Convenio protegerán la dignidad e identidad de todo ser humano...”. También la Declaración Ibero-Latinoamericana sobre ética y genética, aprobada en Argentina en 1998, sostiene que “la reflexión sobre las diversas implicaciones del desarrollo científico y tecnológico en el campo de la genética humana debe hacerse atendiendo al respeto a la dignidad, a la identidad y a la integridad humanas y a los derechos humanos recogidos en los instrumentos jurídicos internacionales”. En definitiva, es claro que estos documentos tratan de enfatizar la idea de que sólo partiendo del reconocimiento de la dignidad inherente a cada miembro de la especie humana, dignidad que se apoya en el genoma pero que no se reduce a él, será posible afrontar todos los problemas de carácter ético y jurídico que se plantean.

Ciertamente, podría señalarse que el recurso a la idea de dignidad no es una novedad. Así, por ejemplo, nuestra Constitución, en su artículo 10.1, sostiene que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes...son fundamento del orden político y de la paz social”. Sin embargo, es interesante hacer notar que, en un momento en el que la misma idea de dignidad humana es discutida, e incluso rechazada, desde diversos

sectores doctrinales, estos documentos insisten, de una manera rotunda, en su radical importancia.

¿Qué significa, pues, la noción de dignidad humana aplicada a las posibilidades de la nueva genética? Para aproximarnos a su significado, y poder comprender sus exigencias actuales, puede resultar interesante remontarnos hasta los orígenes de la misma noción. Esta hunde sus raíces más profundas en el siglo V antes de Cristo. Es deudora de la noción de *humanitas* griega. En el pensamiento griego, en concreto en el estoicismo medio, encontramos una visión universalista del ser humano, cuyo valor radica, en gran medida, en mostrar claramente la exigencia ética de respeto universal al otro, a cualquier otro, al que se considera *otro yo*. En este sentido dirá Cicerón (106-43 a. C.):

“Nada hay tan semejante a otra cosa como un hombre a otro. Cualquier definición del hombre vale para otro. Ello sólo resulta oscurecido en la medida en que el hombre se deja llevar por la corrupción de costumbres, y por la variabilidad del ánimo”³.

Esta idea fue desarrollada y enriquecida por el cristianismo. La noción judía del hombre a imagen de Dios se universaliza. Se entiende así que todo miembro de la especie humana tiene un valor absoluto, porque posee una participación en la dignidad absoluta propia del Ser subsistente.

Para el pensamiento clásico, el principio tradicional de la dignidad de la persona significa que el ser humano posee una excelencia o eminencia ontológica, una superioridad en el ser frente al resto de lo creado. Podemos decir que ello lo sitúa en *otro orden del ser*. En este sentido, como ya he señalado, la dignidad implica algo absoluto y no meramente relativo, ya que la diferencia con los otros seres no sería cuantitativa, sino cualitativa. Desde esta perspectiva podría sostenerse, siguiendo a Hervada, que la dignidad es “la perfección o intensidad del ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona, en cuanto ésta es la realización existencial de la naturaleza humana”⁴.

³ Cicerón, *De legibus*, I, 10.

⁴ Hervada, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 2000, pág. 449. Por otro lado, conviene recordar que la posibilidad de aproximarnos al concepto de dignidad dependerá estrechamente de la teoría del conocimiento de la que partamos. Es evidente que el empirismo, al reducir todo el conocimiento a la experiencia sensible, no podrá llegar a admitir la idea de dignidad, al tratarse de un universal. Los universales son ideas, conceptos y enunciados que elabora nuestra mente, a partir de datos parciales, pero que no por ello carecen de cierta concordancia con la realidad. El universal es una construcción de la razón, pero, al mismo tiempo, es un reflejo de la realidad.

Posteriormente Kant también entendió que la dignidad significa que los seres humanos “no son meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, cosas cuya existencia es en si misma un fin, y un fin tal que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir como medios”⁵. Y en otro fragmento de su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* sostuvo: “aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente, en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite equivalentes, eso tiene una dignidad”.

Pero, frente a las actuales interpretaciones del pensamiento Kantiano, efectuadas por autores como Engelhardt, quiero destacar que la dignidad no radica en la posesión de conciencia y autonomía moral, ni su contenido se traduce en un derecho general a la libertad. La dignidad, como ha señalado con mucho énfasis Ballesteros⁶, radica en el *ser*, no en el *tener*. La dignidad concurre antes de poseer los indicadores humanos (conciencia, capacidad de sufrimiento, autonomía, etc.), porque tales cualidades afectan al *tener* del hombre y no a su *ser*, y por lo tanto no son notas universales. La dignidad, por ello, radica en aquello que todos los seres humanos tenemos en común, la naturaleza humana, y se encuentra en conexión con lo más intrínseco a ella, sus fines. Así, se puede sostener que todo poseedor de una naturaleza humana es titular de una dignidad ontológica. Por ello, debe ser tratado de un modo coherente con esta máxima dignidad, y él mismo está llamado a encauzar su vida de acuerdo con su excelencia radical. Frente a las posibles críticas de heteronomía que algunos puedan achacar a esta visión señalaría, siguiendo a Gabriel Marcel, que “La mayor parte de las insuficiencias del Kantismo se deben esencialmente al hecho de no haber visto que el sí mismo puede y debe ser trascendido, sin que por eso la autonomía ceda a la heteronomía”⁷. No puedo extenderme más en este tema. Sólo quiero señalar que, en mi opinión, de esta visión ontológica de la dignidad es posible extraer, entre otras, las siguientes consecuencias para nuestro tema:

⁵ Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. M. García Morente, Real Sociedad Económica Matritense de amigos del País, 1992, pág. 64.

⁶ Ballesteros, J., “Sobre la fundamentación antropológica de la universalidad de los derechos humanos”, *Discurso leído en su recepción como Académico de número de la Real Academia de Cultura Valenciana*, Valencia, 1999, pág. 24.

⁷ Marcel, G., *Etre et Avoir*, Paris, Aubier, 1935, pág. 254.

1º. La dignidad, como he señalado, será una condición propia e inherente a todo ser humano. En consecuencia, debe ser reconocida a cualquier miembro de la categoría *homo sapiens*, con independencia de su estado de desarrollo o características genéticas. El valor de un ser humano no puede depender, por ello, de la calidad de su genoma, sino del mero hecho de ser un miembro de la especie humana. En este sentido, el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa establece “la necesidad de respetar al ser humano, no sólo como individuo sino también en su pertenencia a la especie humana”, reconociendo la importancia de garantizar su dignidad. Y en su artículo primero se refiere, también, a la protección de la dignidad de todo ser humano.

2º. De esta dignidad se derivan ciertos derechos y deberes. El primer derecho fundamental es el derecho a la vida, ya que su lesión implica la negación radical de la misma dignidad inherente al ser. Todo ataque a una vida humana se traduce en la destrucción misma de la dignidad que en ella radica. De este modo, la posesión de un genoma defectuoso no podrá entenderse como razón justificatoria de menosprecio a la vida de un individuo humano. En este sentido, el artículo 2, apartado a) de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, mantiene que “Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas”. Y en su punto b) afirma que “Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete su carácter único y su diversidad”. Sin embargo, esta exigencia, como intentaré mostrar más adelante, es radicalmente negada en la actualidad por la denominada “nueva eugenesia”.

Otros derechos, que también se encuentran recogidos en los distintos documentos, serían: el derecho a no ser analizado genéticamente sin prestar un consentimiento libre e informado, el derecho a negarse a conocer la propia información genética sin que de ello se deriven consecuencias negativas para el propio sujeto, o el derecho a no ser discriminado por razones genéticas. En este sentido, la Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa establece, en su artículo 5, que “No podrá llevarse a cabo intervención alguna sobre una persona en materia de salud sin su consentimiento informado y libre”. Por su parte, el artículo 11 sostiene que “Está prohibida toda forma de discriminación hacia una persona en razón de su patrimonio genético”.

3ª. La dignidad del ser humano conlleva la exigencia ética de no instrumentalización del mismo y de no comercialización de sus partes. Por ello, debe entenderse como un principio fundamental la primacía del ser humano frente a cualquier tipo de interés social o económico. En relación al principio de no instrumentalización del ser humano, el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina afirma que “El interés y el bienestar del ser humano prevalecerán frente al exclusivo interés de la sociedad o de la ciencia”. Como veremos, este solemne principio es ampliamente discutido en relación a la comúnmente denominada “clonación terapéutica”.

Por su parte, la exigencia ética de no comercialización del ser humano y de sus partes debe entenderse en el sentido de que el genoma humano, y la información que el mismo revela, no debe valorarse sólo en términos patrimoniales y comerciales. En esta línea, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, mantiene que “El genoma humano, en su estado natural, no puede dar lugar a beneficios pecuniarios”. El problema se plantea, como ya he señalado, en relación a las demandas de patentes y comercialización de genes o de procesos básicos para la creación de la vida. Un ejemplo de ello lo encontramos en las demandas de patentes presentadas ante la Oficina Europea de Patentes, relativas a secuencias de ADN humano, e incluso de técnicas de clonación de seres humanos.

3. Problemática de la “nueva eugenesia”

Paso ahora a abordar dos problemas, estrechamente relacionados con la noción de dignidad humana, que, en la actualidad, son objeto de un intenso debate a distintos niveles: la denominada “nueva eugenesia” y la clonación por transferencia de núcleos, entendida como una forma de manipular el genoma humano.

Realmente, el descubrimiento de las claves genéticas de la vida humana ha tenido un importante papel en el nacimiento, y auge, de un nuevo determinismo, el genético. Este nuevo determinismo intenta justificar que el comportamiento humano en su conjunto, el carácter y orientación de los seres humanos, son expresión y resultado de factores genéticos preexistentes⁸. La conducta humana sería así no susceptible de reproche negativo, ni

⁸ Vid. McKusick, "The Human Genome Project: plans, Status, and Applications in Biology and Medicine", Beauchamp, T.L.; Walters, L. (edit.), Contemporary Issues in Bioethics, Kennedy Institute of Ethics and Department of Philosophy Georgetown University, California, 1994, pág. 628-629.

incluso de valoración positiva. En definitiva, el hombre estaría determinado genéticamente. En este sentido, por ejemplo, la actualmente denominada Sociobiología, cuyo principal representante es el zoólogo Edward Wilson⁹, intenta explicar la variedad y la evolución de los comportamientos socioculturales mediante la herencia genética. Se trata de una forma de reduccionismo biológico que atribuye a los genes toda la riqueza sociocultural del comportamiento humano. Contrariamente a los principios que antes he sostenido, esta corriente mantiene la reducción de los individuos a sus características genéticas. El ser humano no es más que un genoma, no más valioso que el de cualquier otro ser vivo. La consecuencia práctica de este planteamiento es que su valor dependerá de la calidad del mismo¹⁰.

Esta visión reduccionista del ser humano puede encontrar cierto apoyo en Darwin, ya que éste no admitía una distinción cualitativa, sino sólo de grado, entre el ser humano y el animal. Sin embargo, el verdadero eugenismo comenzó con Francis Galton (1822-1911)¹¹. Este autor no solo exponía la transformabilidad de las especies merced a mecanismos naturales de selección, sino que también advertía sobre las posibilidades de influir en ese proceso por medios artificiales.

Cuando se habla de eugenesia conviene distinguir claramente dos supuestos: por un lado, los intentos, éticamente loables, de extirpar enfermedades. La lucha contra las enfermedades humanas no puede ser considerada, en sentido propio, una modalidad de eugenesia. Por el contrario, la ideología eugenésica, propiamente dicha, parte de unos concretos presupuestos antropológicos: el valor intrínseco de un ser humano depende, fundamentalmente, de sus características genotípicas¹². En su más radical manifestación, la eugenesia defiende, o bien la esterilización de los individuos portadores de genes defectuosos, o su eliminación. En cualquier caso, el rechazo a la patología o al “defecto genético” se hace extensivo al portador del mismo. Partiendo de estos presupuestos, es

⁹ Aunque Wilson no inventó la Sociobiología, fue el primero en emplear este término para designar a esta nueva disciplina científica, que defiende que entre los seres humanos y otros organismos conocidos no existe, básicamente, ninguna diferencia en lo que a las bases del comportamiento se refiere. Este siempre está determinado genéticamente. En 1975 publicó su libro Sociobiología. La nueva síntesis, en el que expone esta teoría.

¹⁰ Vid. Sanmartín, Los nuevos redentores, *Anthropos*, Madrid, 1987, pág. 123.

¹¹ Vid Galton, F., Herencia y eugenesia, Madrid, Alianza, 1988.

¹² Del Amo, A., "Eugenesia", en López Moratalla, N. (edit.), Deontología Biológica, Facultad de Ciencias de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1987.

claro que la ideología eugenésica implica un reduccionismo antropológico radical, al tiempo que conlleva una gran carga discriminatoria y lesiva de la dignidad humana.

En este sentido, la Sociobiología puede ser considerada como una continuación del eugenismo de Galton, al reducir toda la riqueza de la especie humana a los genes. Como he señalado, para Wilson el ser humano, incluido su cerebro, está determinado enteramente por la genética.

En definitiva, como advirtieron desde un principio los científicos, uno de los más graves peligros que conlleva el acceso a la información genética es la posibilidad de una progresiva exacerbación de esta mentalidad eugenésica. Por ello, Watson, premio Nobel y una de las figuras más prestigiosas de la genética moderna, propuso que, al menos el 3% de los fondos atribuidos a financiar el Proyecto Genoma Humano, se destinaran, entre otras cosas, al estudio y prevención del peligro de eugenesia. Sin embargo, la previsible posibilidad de acceder y de manipular los genes, puede estimular, de un modo alarmante, posturas eugenésicas. Ya en 1989, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 16 de marzo sobre *Problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y de la fecundación artificial humana* advertía, en el punto 25, sobre el grave peligro de eugenesia.

La progresiva implantación de esta nueva eugenesia, tal y como afirmaba la citada Resolución, aparece especialmente clara en el ámbito prenatal. En la actualidad está teniendo un desarrollo espectacular gracias a la procreación artificial, con el diagnóstico preimplantatorio y la selección de donantes de gametos. Se está generalizando la práctica de realización de análisis genéticos para detectar posibles anomalías en el embrión. De este modo, mediante el diagnóstico preimplantatorio en las técnicas de fecundación in vitro se puede llegar a seleccionar aquel embrión que reúne el mayor número de características deseables. Jacques Testard, uno de los pioneros de estas técnicas en Francia, mantiene que éste tipo de diagnósticos "permite a los padres y a los médicos rechazar los defectos de menor importancia que antes se toleraban en el diagnóstico prenatal y realizar la correspondiente selección"¹³. De este modo, el diagnóstico preimplantatorio conduce a la exclusión indolora de posibles niños gracias al examen de concebidos, decenas de veces más numerosos que el de los fetos sometidos al diagnóstico prenatal. Ello ha llevado a evitar el nacimiento de niños con características genéticas que no justifican oficial-

mente el aborto. Asimismo, ha empezado a ser aplicado, aparte de a las enfermedades monogénicas, a afecciones poligénicas, es decir, a simples factores de riesgo. Para este investigador, es importante subrayar que actualmente en el diagnóstico preimplantatorio no existe ningún tipo de freno. Los "controles de calidad genética" de embriones son una realidad y se han convertido en una práctica potencialmente ilimitada. En este sentido Michael Kirby, miembro del Comité Internacional de Bioética de la Unesco se pregunta: ¿donde comienza y donde acaba este proceso de eliminación de la vida humana? ¿Puede admitirse este intento de erradicación de cualquier mínimo defecto genético eliminando al mismo ser humano?

El tema ha cobrado una gran actualidad en los últimos meses. De hecho, el 31 de mayo de 2001, tuvo lugar un duro debate en el Parlamento alemán en el que se enfrentaron el canciller Gerhard Schröder y el presidente del país, Johannes Rau, sobre la posibilidad, entre otras cosas, de legalizar el diagnóstico preimplantatorio. Frente a la postura favorable del canciller, Johannes Rau criticó duramente la legalización de la selección de embriones afirmando, entre otras cosas, que "La eugenesia, la eutanasia y la selección son conceptos que están relacionados con la mala memoria de Alemania". Y añadió: "¿Quién garantiza que el diagnóstico preimplantatorio no abrirá, de par en par, las puertas a la selección?"¹⁴.

En la práctica, con la selección genética preimplantatoria, poseer un genoma correcto se eleva a condición indispensable para poder llegar a vivir. Esa es la razón por la que algunos científicos, como el ya referido Jacques Testard, han manifestado públicamente su oposición a cualquier forma de diagnóstico genético preimplantatorio.

Pero el problema se va a agravar en un futuro no muy lejano. Algunos investigadores han afirmado que dentro de pocos años se habrán podido crear técnicas de análisis de ADN que permitan examinar toda la dotación cromosómica de un embrión y detectar así cualquier defecto o fragilidad hereditaria inimaginable, e incluso cualquier tipo de dato constitutivo de origen genético (color de los ojos, pelo, base genética de la estatura, etc). Por ello, la información genética obtenible desde el instante de la fusión del óvulo con el espermatozoide, dando lugar a un nuevo ser humano, será de un calibre insospechado. En EEUU, Capron ha destacado que este tipo de pruebas serán sistemáticamente realizadas a los concebidos. Para este autor, incluso la continuación de los Seguros de salud podrá hacerse depender de la decisión de

¹³ J. Testard, J., The new eugenics, en Bernhard, H.P.; Cookson, C. (eds.), *Genethics*, op. cit., 18.

¹⁴ Palabras pronunciadas por Johannes Rau en el Parlamento Federal alemán, el 31 de mayo de 2001.

abortar, ya que las Compañías no van a querer hacerse cargo de los gastos generados por una descendencia enferma o con probabilidades de enfermar. Aunque esta práctica aún no se ha extendido, para este autor es de esperar que en una sociedad tan competitiva y economista como la americana tal exigencia se convierta en algo rutinario¹⁵.

Frente a ello cabría señalar que basta el genoma humano para ser considerado persona y por ello, portador de una dignidad radical. Pero, como he señalado, el valor de un ser humano no puede quedar reducido a la calidad o características de sus genes¹⁶. Ello implicaría un reduccionismo radical. Como destacó Juan Pablo II, en su discurso a la Academia Pontificia de la Vida, el 24 de febrero de 1998, “el genoma humano no sólo tiene un significado biológico; es portador de una dignidad antropológica, que tiene su fundamento en el alma espiritual que lo impregna y vivifica”. La persona existe desde que existe el genoma, pero el ser humano está inacabado. El medioambiente y su propia libertad interaccionan con el genoma. El ser humano es así una misteriosa unidad entre aspectos biológicos y biográficos, entre dimensión empírica y trascendental, entre naturaleza y cultura, entre libertad y conciencia de finitud¹⁷.

Ya he señalado que el segundo tema, directamente relacionado con la noción de dignidad humana, es la problemática derivada de obtener seres humanos mediante la técnica de la clonación. Desde que en 1997 se constató científicamente la posibilidad de clonar mamíferos a partir de células somáticas de individuos adultos, se inició un debate social que aún no ha acabado. En un principio, se insistió, desde diversas instancias e instituciones, en la gravedad ética y jurídica que reviste el hecho de instrumentalizar a los seres humanos mediante esta técnica. La presión social fue tan fuerte que, incluso, se aprobaron, con inusitada rapidez, mecanismos jurídicos para impedir tal tipo de conductas. Las reacciones se produjeron tanto a nivel de Organismos internacionales como en el Derecho interno de diversos países. Así, el 18 de marzo de 1997, la OMS emitió una Declaración en la que se manifestaba en contra de la clonación humana. También, en el ámbito internacional, merecen destacarse la Resolución del Parlamento Europeo, de marzo de

1997, o las iniciativas del Consejo de Europa. En todas ellas, apelando a la noción de dignidad humana, se condena tajantemente la clonación de seres humanos.

En la actualidad, sin embargo, el debate social y científico ha seguido una orientación diferente. Frente a los referidos planteamientos de tipo ontológico, enraizados en la noción de dignidad humana, recientemente han proliferado otras líneas argumentales. Ya no se cuestiona si clonar seres humanos es o no respetuoso con la dignidad humana. Básicamente, se plantea su utilidad para el resto de la población. De este modo, habría que calibrar su conveniencia mediante un proceso de ponderación de tipo beneficio/costo. Consecuencia de este nuevo enfoque es la actual distinción entre “clonación reproductiva” y la mal llamada “clonación terapéutica”. Y digo mal llamada porque no implica ningún beneficio terapéutico para el nuevo ser humano, sino su necesaria destrucción.

La “clonación reproductiva” permitiría conseguir, entre otros, los siguientes objetivos: replicar individuos de gran genio o belleza, reproducir a un ser querido, o simplemente obtener hijos en una pareja estéril. Asimismo, se podría incrementar el número de embriones que, posteriormente, se podrían transferir en las técnicas de fecundación *in vitro*. Existe, por otro lado, la posibilidad de creación de embriones para congelar en previsión de posibles problemas para la obtención de gametos en el futuro.

Por su parte, con la denominada “clonación terapéutica” o experimental se perseguiría la creación de embriones humanos con el objetivo de extraerles sus células madre o totipotentes, capaces, en teoría, de generar toda clase de tejidos. Dada la gran confusión social reinante sobre este tema, creo importante destacar lo siguiente:

1. La denominada clonación “terapéutica” es una verdadera clonación humana, ya que implica la creación de seres humanos con un patrimonio genético igual al de otro ser humano ya existente. No existen, como algunos han señalado, dos modalidades de clonación, con distintas implicaciones éticas y jurídicas, sino una misma técnica con dos finalidades distintas: la experimental y la reproductiva.

2. A diferencia de la clonación reproductiva, la clonación “terapéutica” o experimental implica la destrucción del embrión clonado, con el fin de satisfacer un interés ajeno al del propio embrión. Por ello, considero que esta modalidad de clonación reviste una gran gravedad desde el punto de vista de su ataque a la dignidad humana.

¹⁵ Capron, A.M., “Which Ills to Bear?: Reevaluating the Threat of Modern Genetics”, en Beauchamp, T.L.; Walters, L. (edit.), *Contemporary Issues in Bioethics*, op. cit., pág. 633.

¹⁶ Ballesteros, J., “Sobre la fundamentación antropológica de la universalidad de los derechos humanos”, op. cit., pág. 22.

¹⁷ Vid. Jaspers, Origen y meta de la historia, Madrid, Alianza, 1965, pág. 59; La fe filosófica, Buenos Aires, Losada, 1968, pág. 56 y 62.

3. En la actualidad, está científicamente demostrada la posibilidad de obtener células *madre* de tejidos somáticos, sin necesidad de crear y destruir embriones. Por ello, considero que el recurso a la clonación para la obtención de los mismos tiene cada vez menos sentido científico. Ya se ha demostrado la capacidad de las células de la médula ósea, e incluso de la grasa humana, de transformarse en otro tipo de tejidos. Sin embargo, no hay que olvidar que existen fuertes intereses económicos comprometidos en la obtención de células *madre* embrionarias.

Ya he mencionado anteriormente que el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina afirma que “El interés y el bienestar del ser humano prevalecerán frente al exclusivo interés de la sociedad o de la ciencia”. También he mantenido que la dignidad del ser humano conlleva la exigencia de no instrumentalización del mismo y de no comercialización de sus partes. Sin embargo, considero que este principio se conculca directamente en la denominada “clonación terapéutica”. Esta técnica invierte completamente el planteamiento, al considerar que vidas humanas pueden ser tratadas como medios para satisfacer fines ajenos. En concreto, considero que estas técnicas no sólo instrumentalizan radicalmente a un embrión humano, sino que además atentan a su unicidad biológica y conducen, necesariamente, a una exacerbación eugenésica. A la vida humana se le aplica radicalmente el estatuto ontológico de cosa. En este sentido, la presidenta del Grupo Europeo de Consejeros sobre las Implicaciones Éticas de la Biotecnología (GECIEB), Noëlle Lenoir, ha manifestado que la instrumentalización comienza en el momento en que se utiliza la técnica de la clonación para satisfacer una necesidad de orden personal o utilitario

Ya he mencionado anteriormente que, ante el problema de la clonación humana, el Derecho fue inusualmente rápido en reaccionar. Así, el 12 de marzo de 1997, un mes después de la obtención de la oveja *Dolly*, el Parlamento Europeo aprobó una *Resolución sobre la clonación*. En ella se tiene en cuenta la anterior *Resolución sobre los problemas éticos y jurídicos de la ingeniería genética y de la inseminación artificial* del año 1989, y la de clonación humana de 1993. En el documento de 1997 se afirma textualmente que la clonación de seres humanos “no puede ser justificada o tolerada en la sociedad por representar una grave violación de los derechos humanos fundamentales, contraria al principio de igualdad entre los seres humanos por permitir una selección eugenésica y racista de la especie humana, y ofender a la dignidad del ser humano”. En la Resolución se aboga por

la adopción, a nivel internacional, de normas éticas sobre la biotecnología, y por la no financiación de ensayos sobre clonación en seres humanos. También se destaca que la tutela directa de los derechos de los individuos está por encima de cualquier interés social o de terceros.

También merece destacarse el Protocolo sobre Clonación Humana elaborado por el Consejo de Europa. Se trata de un texto adicional a la ya mencionada Convención sobre Bioética. El documento prohíbe cualquier intervención científica encaminada a la creación de seres humanos idénticos. Entiende que tal conducta implica una instrumentalización de la dignidad inherente a todo miembro de la especie humana, negando el derecho a su identidad genética.

El último documento internacional aprobado sobre este tema es la Resolución del Parlamento Europeo de septiembre del año 2000. Se puede afirmar que éste texto es el que, hasta la fecha, más rotundamente se ha manifestado sobre esta cuestión. La Resolución se aprobó como respuesta ante la presentación, y posterior aprobación, por el Parlamento inglés, de un Proyecto de reforma de la Ley sobre fertilización y embriología humana de 1990. La nueva regulación inglesa permite la creación de embriones humanos por clonación para obtener células *madre*. Frente a ello, la Resolución del Parlamento europeo señala textualmente:

“Considerando que la dignidad humana y el consiguiente valor de todo ser humano son los principales objetivos de los Estados miembros, tal como se proclama en numerosas Constituciones modernas (...) Considerando que existen formas de curar enfermedades graves sin recurrir a la clonación de embriones, como los métodos consistentes en obtener células madre a partir de personas adultas o del cordón umbilical de recién nacidos (...) Considerando que nos encontramos ante una nueva estrategia semántica que intenta debilitar el significado moral de la clonación humana (...) Considerando que no existe ninguna diferencia entre la clonación con fines terapéuticos y la clonación con fines reproductivos, y que cualquier flexibilización de la prohibición vigente originará presiones para poder seguir desarrollando la producción y la utilización de embriones (...) Considera que los derechos humanos y el respeto de la dignidad humana y de la vida humana deben ser el objetivo constante de la actividad política legislativa (...) Considera que la clonación terapéutica, que conlleva la creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación, plantea un profundo dilema moral, supone traspasar de forma irreversible una frontera en las normas de investigación y es contraria a la política pública aprobada por la Unión

Europea (...) Reitera su llamamiento a cada uno de los Estados miembros para que promulguen normas jurídicas vinculantes que prohíban la investigación sobre cualquier tipo de clonación de seres humanos en su territorio y establezcan sanciones penales para toda violación de las mismas (...) Pide que se haga el mayor esfuerzo posible a nivel político, legislativo, científico y económico para fomentar terapias que utilicen células madre obtenidas a partir de personas adultas(...)"

En resumen, podemos afirmar que la nueva genética, las prácticas a que dará lugar, y la información que aportará sobre las raíces químicas de la vida humana, harán cambiar numerosas instituciones, normas jurídicas, e incluso nuestra visión del ser humano y la vida. Son tan importantes los intereses en juego, y la creciente vinculación existente entre conocimiento, economía y poder, que es necesario afrontar a gran escala el problema. Se trata de desafíos a la misma idea de dignidad humana que, a comienzos del siglo XXI, parece ser el único antídoto ante un economicismo que sólo atiende al valor de mercado. El problema, en definitiva, es que, aunque somos

capaces de conseguir lo inimaginable, no sabemos bien quienes somos ni hacia donde vamos. A menos que consigamos responder a estas cuestiones, el hombre de la era de la biotecnología está condenado a ser su criatura, cuando no su esclavo. Aunque es necesario poner límites, aprobar normas jurídicas con el fin de evitar o disminuir daños causados, lo que importa es comprender la verdadera naturaleza de lo que está ocurriendo y el lugar que debe ocupar el ser humano, individualmente considerado, en todo este vertiginoso proceso. Sólo siendo conscientes de ello, seremos capaces de comprender los cada vez más asediados fundamentos de la dignidad humana, sin minusvalorar los considerables beneficios que la tecnología genética, inevitablemente, proporcionará a la humanidad¹⁸.

¹⁸ Vid. Kass, L.R., "The Moral Meaning of Genetic Technology", *Commentary*, septiembre, 1999.