

LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA DE OBRA PÚBLICA COMO NUEVA FÓRMULA DE GESTIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS.

Francisco José Villar Rojas,
Catedrático de Derecho Administrativo,
Universidad de La Laguna.

INDICE: 1.- LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA ESTÁ DE MODA. 1.1 Algunos ejemplos; en particular el ámbito sanitario público. 1.2 Caracteres de los contratos de concesión de obra pública sanitaria puestos en marcha. 2.- LAS RAZONES: VIEJOS ARGUMENTOS QUE SE REPITEN COMO NUEVOS. 3.- LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA SANITARIA A LA LUZ DEL MARCO LEGAL DE ESTE CONTRATO ADMINISTRATIVO TÍPICO. 3.1 Marco general. 3.2 El objeto: construcción y explotación de obras públicas. *a) Planteamiento. b) El concepto legal: las dudas que suscita. c) El concepto de obra pública. d) Las obras públicas complementarias. e) Las obras vinculadas con la prestación de servicios públicos o servicios de interés general. f) Construcción y explotación, y ¿sólo explotación?* 3.3 Las condiciones de prestación y régimen económico-financiero. *a) Riesgo y ventura. b) Financiación de las obras: negociación derechos de crédito futuros. c) La retribución del contratista. d) Garantía del equilibrio económico-financiero. e) Duración y extinción del contrato.* 3.4 Valoración de respuesta legal a la tensión entre “riesgo y ventura” y “equilibrio económico-financiero”. 4.- LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA SANITARIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS NORMAS SOBRE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA. 4.1 Modalidades de costear las obras públicas (también, de retribuir al contratista). 4.2 La retribución de las obras públicas desde la perspectiva del “riesgo” (o la tensión con las normas limitadoras del endeudamiento público). 5.- REFLEXIÓN FINAL: UN NUEVO DISFRAZ PARA RELACIONES CONTRACTUALES TRADICIONALES ACCESORIAS.

1.- LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA ESTÁ DE MODA.¹

1.1 Algunos ejemplos; en particular en el ámbito sanitario público.

Las autopistas de peajes están de moda. El régimen tradicional de construcción y financiación de autopistas en España se ha generalizado. La concesión de obras públicas aparece por aquí y por allá. Las Administraciones públicas (estatal, autonómica y local) vienen proyectando y ejecutando obras públicas (infraestructuras) mediante esa fórmula concesional. Se acude a esa modalidad contractual para la construcción y financiación de aparcamientos

públicos (Plaza de la Castellana), la ampliación y construcción de puertos (Barcelona, Gran Canaria), los nuevos palacios de justicia (Comunidad de Madrid), las obras hidráulicas (depuradoras, desaladoras), las nuevas infraestructuras ferroviarias, de tranvías y de metro, la construcción de centros sociosanitarios especializados (Cabildo de Tenerife) y cualquier otra imaginable, entre ellas, por supuesto, la construcción de nuevas carreteras.

Se extiende un modelo de construcción de obras públicas en el que el empresario privado no sólo se encarga de la ejecución y la financiación (como es tradicional, construye y obtiene financiación en el mercado privado de capitales), sino que se le encomienda la “explotación” de la obra para recuperar la inversión y su beneficio (su retribución) mediante el cobro a los usuarios por el uso de la instalación. La nota que mejor caracteriza esta forma de construir obras públicas es la vinculación de la retribución del concesionario con los pagos de quienes la utilicen (así resulta del derecho comunitario: artículo 1.d Directiva

¹ Texto escrito de la ponencia impartida en el XIV CONGRESO DE DERECHO Y SALUD, organizado por la Asociación Juristas de la Salud, celebrado en Zaragoza, del 23 a 25 de noviembre de 2005.

93/37/CEE y artículo 1.3 Directiva 2004/18/CE; en España: artículo 14 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión).

La asistencia sanitaria pública no escapa de esta moda. La Comunidad de Madrid ha promovido la construcción de siete hospitales en régimen de concesión de obra pública (ya adjudicados). Se trata de los nuevos hospitales comarcales de San Sebastián de los Reyes, Coslada, Arganda del Rey, Parla, Aranjuez Vallecas y Puerta de Hierro (éste último con 740 camas). Esta iniciativa es estudiada por otras Comunidades: Castilla y León para el hospital de Burgos, Baleares para el nuevo hospital Son Dureta, Canarias para la construcción de tres nuevos centros de salud. Una manifestación particular de esta iniciativa la constituye la creación de empresas públicas de construcción y explotación de centros sanitarios (el caso de GIS-CARM: empresa gestora para la promoción, construcción y explotación de infraestructuras sanitarias de Murcia).

Esta actuación entronca, siquiera indirectamente, con otra anterior en el tiempo: la utilización del contrato de concesión de servicio público en el caso del Hospital de Alcira (Valencia), que se repite en el caso del nuevo centro hospitalario de Denia en la misma Comunidad y en el octavo hospital promovido por la Comunidad de Madrid: el de Valdemoro. Aun con diferencias que se expondrán, se trata de dos formas de buscar la colaboración financiera privada en la construcción y funcionamiento de nuevos establecimientos sanitarios públicos; la concesión de obra pública hospitalaria es su última manifestación.

1.2 Caracteres de los contratos de concesión de obra pública sanitaria puestos en marcha.

A los efectos de presentar las notas esenciales de estos contratos de obra pública sanitaria se toma como referencia la convocatoria, pliego y adjudicación del hospital de Coslada².

Los aspectos más destacados de esta contratación son los siguientes:

- Contratante: la Administración sanitaria autonómica (Consejería de Sanidad).
- Concesionario: una unión temporal de empresas adjudicatarias, que se debe constituir en sociedad anónima, con objeto social exclusivo este contrato, quedando sujetos los cambios accionariales a control adminis-

trativo previo, incluida la pignoración de acciones como garantía financiera.

- Objeto: la redacción del proyecto, construcción y explotación de la obra del Hospital de Coslada.
- El proyecto de obra y construcción es como un contrato de obra pública sobre suelo público, que concluye con el acta de comprobación (que no de recepción de la obra).
- La "explotación de la obra", consiste en poner a disposición de la Administración sanitaria el inmueble y el equipamiento no sanitario, la prestación de servicios residenciales y complementarios no sanitarios (conservación, mantenimiento, lavandería, catering, limpieza, vigilancia...) y la prestación de los servicios comerciales (cafetería, tiendas, aparcamiento). En ningún caso, la explotación abarca los servicios médico-sanitarios.
- Aspectos económico-financieros:
 - a) Financiación del contrato: 1) captación de recursos en el mercado privado de capitales 2) derecho del concesionario a una retribución se considera activo susceptible de cederse, pignorar, titularse o integrarse en fondos de titulación, previa autorización de la Administración.
 - b) Retribución del concesionario: formada por las cantidades a pagar por la Administración y por los rendimientos procedentes de la explotación zona comercial. Los usuarios de los servicios médicos no pagan.
 - c) En particular, las cantidades a pagar por la Administración tienen la siguiente estructura:
 - Cantidad máxima anual (ofertada por el concesionario).

Se basa en la ocupación media anual de las instalaciones del 85%, medido en camas ocupadas por paciente y día, y la plena disposición de la totalidad de los servicios a utilizar por la Administración medidos de acuerdo con parámetros objetivos de calidad y disponibilidad, fijados en el pliego, para un periodo de 24 horas al día, 365 días al año.
 - Esa cantidad tiene dos apartados: cantidad fija anual y cantidad variable anual.
 - La cantidad fija anual no puede superar el 40% de la cantidad máxima anual ofertada. La cantidad variable

2 Convocatoria del concurso, con síntesis del pliego y remisión al mismo, se publicó en el Boletín Oficial del Estado, 18, de 21 de enero de 2005. La adjudicación se publicó en Boletín Oficial del Estado 151, de 25 de junio de 2005.

anual es la cuantía máxima restante para el supuesto de cumplimiento de todos los estándares de calidad establecidos (los licitadores ofertarán una tarifa anual a tanto alzado para cada uno de los servicios ofertados).

- Régimen de prestación:
- La obra se construye y “explota” a riesgo y ventura del concesionario; si bien moderada en el caso de la obra y de los servicios complementarios. Se aplica la “cláusula de progreso técnico”.
- El riesgo no tiene exclusiones ni genera derecho a compensación en tres casos: la explotación de las zonas comerciales, el nivel de demanda de los usuarios – más o menos consultas e ingresos- y el aumento, supresión, reducción o modificación de los servicios médicos que sirvan la zona.
- Duración y extinción del contrato:
 - La duración del contrato es de 30 años (incluidos 18 meses para la construcción, salvo que el concesionario ofertase un plazo menor).
 - En el momento de extinción se produce la reversión de la obra pública y zonas complementarias a la Administración sanitaria.

Este es el régimen básico. Tres son los aspectos más relevantes a los efectos del análisis que sigue: el primero, que la gestión de los servicios médico-sanitarios queda en manos de la Administración competente, no del concesionario; el segundo, que la financiación de la construcción del hospital admite la negociación con la retribución futura que pueda obtener el contratista; y el tercero, que, una vez en funcionamiento, quien le paga al concesionario no son los usuarios-pacientes, sino la propia Administración sanitaria, bien es cierto que con unos criterios vinculados con la calidad y regularidad de los servicios no sanitarios y de las instalaciones que son utilizadas, en este último aspecto, este contrato se separa del régimen de las autopistas de peaje.

2- LAS RAZONES: VIEJOS ARGUMENTOS QUE SE REPITEN COMO NUEVOS.

La búsqueda de formas de financiación privadas de las obras públicas caracterizó el último tercio del siglo XIX. Las razones entonces eran las siguientes:

- 1) La necesidad de promover la iniciativa económica privada, agobiada por la acción del Estado.
- 2) La incapacidad empresarial de la Administración, que llevó a la figura del concesionario interpuesto (gestión por contrata y por empresa) al limitado ámbito de la gestión directa de obras públicas (por administración).
- 3) La insuficiencia de recursos públicos para abordar proyectos de utilidad pública. La legislación de la época da cuenta de esta realidad.

La Instrucción de 10 de octubre de 1845, sobre obras públicas, diseñó las tres modalidades de ejecución de las mismas: por empresa, por contrata y por administración (artículo 4). En las obras por empresa –decía- *“la Administración contrata con particulares la ejecución de las obras, cediéndoles en pago los productos y rendimientos de las mismas; y cuando estos no sean suficientes, estipulando concesiones en compensación de la industria de los empresarios o del capital que adelanten”* (artículo 5). Bien es cierto que establecía la preferencia de las obras por contrata frente a las obras por empresa siempre que existieran fondos suficientes (artículo 6). La adjudicación podía ser a petición de la empresa o por subasta (artículo 7 y 13). La crítica a la intervención del Estado en la construcción de obras públicas tiene su mejor expresión en la exposición de motivos del Decreto de bases de 14 de noviembre de 1868 –declarado ley por la de 20 de agosto de 1873-. Sus términos son elocuentes: *“El monopolio del Estado en punto a obras públicas era un mal; ya no existe. El Estado constructor era contrario a los sanos principios económicos; ya no construye. El Estado dedicando sus capitales a obras públicas, es todavía un sistema vicioso, y desaparecerá. La asociación libremente constituida y de tal modo organizada que los asociados posean, aun dentro de ella misma, la mayor libertad posible, es la forma perfecta por excelencia y a ella pertenece el porvenir”*.

El modelo se consolida con la Ley de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877. En esta norma se reitera la trilogía: por contrata, por administración por concesión –por empresa-, como modalidades de ejecución de las obras públicas (artículos 24 a 28). Las leyes especiales reproducen este régimen, en particular, el de concesión. Así, la Ley de Carreteras, de 4 de mayo de 1877 (artículos 46 a 49); la

Ley General de Ferrocarriles, de 22 de noviembre de 1877 (artículos 9 y siguientes); la Ley de Puertos, de 7 de mayo de 1880 (artículo 28 y siguientes), reproducido en la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928; Ley de 27 de julio de 1883, seguida por la Ley de 7 de julio de 1911, sobre construcción de obras hidráulicas con destino a riegos, defensa y encauzamiento de corrientes, si bien con mayor énfasis en la gestión por administración; por último, la concesión de obras de urbanización –con recuperación inversión por venta solares- en la Ley de Expropiación Forzosa, de 10 de enero de 1879 (artículos 11 y 53), a la que sigue la Ley de 18 de marzo de 1895, de saneamiento y mejora interior de las grandes poblaciones, antecedente del Estatuto Municipal de 1924³. En todos estos casos, la subasta en la modalidad ordinaria de selección del contratista. Estas referencias se completan con la aportación del Código Civil de 1889: las concesiones administrativas de obras se consideran bienes inmuebles, de dominio público, las concesiones de servicio público se incluyen entre los bienes muebles (artículos 334.10 y 336, respectivamente).

En el entorno de la primera guerra mundial, el modelo concesional entra en crisis. Por una multitud de razones, especialmente en las obras hidráulicas, el concesionario “interpuesto” es denostado: “sistema concesional: concesión, incumplimiento, la concesión incurrida en caducidad, declaración de caducidad, resolución de la concesión; y de nuevo otra concesión, de nuevo otras resoluciones, de nuevo otra caducidad, sin que la cadena se rompa, sin que las obras se realicen”⁴. Lo mismo en las obras hidráulicas que en las concesiones ferroviarias. La gestión directa por el Estado aparece como la solución para superar esta situación. En paralelo, la financiación presupuestaria se impone sobre la financiación patrimonial; el sistema impositivo frente al principio de equivalencia; el contribuyente frente al usuario (bien es cierto, que no lo desplaza por completo).

En la práctica, pese a la vigencia de la Ley de Obras Públicas de 1877, la figura del concesionario de obra pública desapareció. Nada dice del mismo la Ley de Contratos del Estado –Decreto 923/1965, de 8 de abril, de aprobación del Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado-, ni antes, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17 de junio de 1955); aunque ambas disposiciones sí que regulan la concesión de servicio público con ejecución de obra (artículo 68 Ley de Contratos,

artículo 114 Reglamento de Servicios)⁵. Con todo, el concesionario de obra pública subsistió en dos ámbitos sectoriales: las autopistas de peaje (Ley de 26 de febrero de 1953, Ley 55/1960, de 22 de diciembre, y Ley 8/1972, de 10 de mayo, que continúa vigente); y la ejecución de obras de urbanización (el Estatuto-Municipal, aprobado por Decreto-Ley de 8 de marzo de 1924, dio continuidad a la Ley de Expropiación Forzosa de 1879, hasta el cambio del modelo concesional por el de cesiones obligatorias a cargo de los propietarios que implanta la Ley del Suelo de 1956 y refuerza la Ley del Suelo de 1976, dejando la concesión para los programas de actuación urbanística –suelo urbanizable no programado- y la ejecución por expropiación).

El uso de la concesión queda en un segundo plano, pero las razones que lo justifican no desaparecen. Tiene interés recordar la explicación que dió el legislador de la primera norma sobre autopistas de peaje para justificar la medida, por su actualidad. El preámbulo de la Ley de 26 de febrero de 1953, sobre construcción por particulares de carreteras de peaje, decía lo siguiente: “Las insuficiencias de las consignaciones presupuestarias para la construcción de carreteras y la conveniencia de sustituir tramos defectuosos de las existentes por otros de mejores condiciones de vialidad que no pueden incluirse en el Plan de modernización, aconsejan permitir la construcción por particulares de tramos de carreteras, de puentes o túneles y de mejoras de trazado en general, y autorizar el cobro de peaje a los dueños de los vehículos que por ellos transiten, para reintegro de los gastos de construcción, conservación y explotación.(...) Este sistema no supone invención alguna y se practica en diversos países, principalmente en los Estados Unidos de Norteamérica, cuando el gran volumen de circulación permite rentabilidad a la obra”.

El resurgimiento de la concesión de obra pública, como modalidad de colaboración y financiación privada, se produce tímidamente con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 130 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo). Su regulación completa se produce con la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública (artículos 220 a 266). Entre estas fechas, las leyes autonómicas de suelo acogen una nueva figura: el agente empresarial urbanizador, que recuerda a los viejos concesionarios de obras públicas de urbanización⁶.

³ Sobre esta normativa y su impacto, ampliamente, F. Jiménez de Cisneros Cid, *Obras públicas e iniciativa privada*, Montecorvo, Madrid, 1998, 319 págs.

⁴ S. Martín-Retortillo Baquer, *Aguas públicas y obras hidráulicas*, Tecnos, Madrid, 1966, pág. 40.

⁵ La aparición del servicio público y de este contrato típico, con particular atención a su relación con el dominio y la obra pública en A. González Sanfel, *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Montecorvo, Madrid, 2000, págs. 87 y siguientes.

⁶ Sobre la regulación autonómica de estos nuevos “urbanizadores”, por todos, J.M. Merelo Abela, *Régimen jurídico y gestión del suelo urbano y*

El relanzamiento de esta modalidad de ejecución de infraestructuras públicas en nuestros días se basa en las mismas razones esgrimidas en el siglo XIX. La exposición de motivos de la Ley 13/2003 es elocuente: *“el protagonismo de las distintas Administraciones Públicas no debe, ni puede, excluir el papel relevante de la sociedad civil, y, en el plano económico, el empresario privado”, “parece razonable, si no obligado, recuperar los rasgos definidores de la figura centenaria de la concesión de obras públicas –contribución de los recursos privados a la creación de infraestructuras y equitativa retribución del esfuerzo empresarial, figura insustituible en el actuar de los poderes públicos”*. Es fácil reconocer, aun expresado de otro modo, los tres motivos clásicos:

- a) Rechazo implícito a la actuación pública directa –el Estado es mal gestor-.
- b) Vuelta a la iniciativa económica privada –bien es cierto que no en competencia, sino en un régimen de exclusividad-.
- c) Insuficiencia de recursos públicos –dificultad para incrementar la carga tributaria y para renunciar a la ejecución de obras-.

A esas razones se suma ahora la limitación del gasto público por las normas comunitarias (y estatales) sobre control del déficit público, que limitan la capacidad de endeudamiento de las Administraciones Públicas competentes. Esta es la novedad. Y ello trae causa del artículo 104 del Tratado de la Unión Europea dispone que: *“Los Estados evitarán déficits excesivos”* y, en particular, de su desarrollo comunitario (básicamente, los Reglamentos (CEE) 3605/93, 2223/96 y 1466 y 1467/97, del Consejo ⁷), y, en España, la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria. El objetivo perseguido es lograr la estabilidad presupuestaria, entendida como: *“la situación de equilibrio o de superávit, computada en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y en las condiciones fijadas para cada una de las Administraciones Públicas”*. Lo destacable, a los fines de este estudio, es que los artículos 3, 8 y 12 de la citada Ley de Estabilidad Presupuestaria incluyen, en su ámbito de aplicación, todos los contratos y convenios de colaboración que tengan incidencia presupuestaria por comprometer gasto público –en suma, se

urbanizable (legislación estatal y autonómica), CissPraxis, Barcelona, 2000, págs. 417 a 459.

⁷ El Reglamento (CEE) 2223/96, del Consejo, de 25 de junio, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad es conocido como el “Reglamento SEC-95”. En orden a explicar y ejemplificar su contenido, la Oficina Estadística de la Unión Europea publicó el denominado “Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública”, referencia obligada para aproximarse a este régimen jurídico.

proyectan sobre la colaboración privada en la gestión de asuntos públicos, en sentido lato-.

En fin, la búsqueda de formas privadas de construcción y financiación de obras públicas aparece como la única vía para mantener el nivel de construcción de infraestructuras sin vulnerar los límites presupuestarios y de déficit público ⁸. Los motivos de hoy son las razones de hace un siglo. A ellas se suma la tensión entre estabilidad presupuestaria y ejecución de nuevas obras públicas demandadas por los ciudadanos. Conviene, sin embargo, no perder de vista “los males” que aquejaron a los concesionarios de obras públicas en el siglo pasado, que llevaron a su postergación, para evitar incurrir en los mismos errores.

3.- LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA SANITARIA A LA LUZ DEL MARCO LEGAL DE ESTE CONTRATO ADMINISTRATIVO TÍPICO.

3.1 Marco general.

El contrato de concesión de obras públicas es una de las tres modalidades tradicionales de ejecución de obras públicas, junto a la ejecución por la Administración y la ejecución por contrata (contrato de obras). Su régimen jurídico se encuentra en los artículos 5.2.a, 7.2 y 220 a 266 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP).

Como todo contrato administrativo, su regulación responde a la estructura normativa propia de estos negocios jurídico-públicos: formalización de la preparación (estudio de viabilidad –estudio de viabilidad económico-financiera-, proyecto de obras y plan económico-financiero, pliegos de cláusulas administrativas y técnicas, artículos 227 a 233, salvo 232 LCAP), concurrencia en la adjudicación (por concurso, excepcionalmente negociado, artículo 231.1), régimen de derechos y deberes del concesionario (artículos 242 y 243), privilegios de la Administración contratante (artículo 249, a los que se suman el *ius variandi* artículo 250, secuestro artículo 251, penalidades, artículo 252), recepción de obras y causas de extinción (artículos 261 a 266).

No es este lugar para analizar en detalle cada una de las notas que caracterizan a estos contratos. Las líneas que siguen se ciñen a aquellos aspectos que parecen más con-

⁸ También para las autoridades comunitarias. En este sentido, el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, Bruselas, 30 de abril de 2004 (COM 2004, 327 final).

trovertidos cuando se pretende su aplicación en el ámbito de la sanidad pública⁹.

3.2 El objeto: construcción y explotación de obras públicas.

a) Planteamiento.

La pregunta esencial es la siguiente: ¿los servicios sanitarios públicos pueden gestionarse mediante esta modalidad de contrato administrativo? La cuestión trae causa de un dato objetivo: el pliego del Hospital de Coslada dispone que los servicios médico-sanitarios quedan excluidos de la actividad de explotación del concesionario, su prestación corresponde a la Administración sanitaria. La duda es si esto es así por imperativo legal o por mera razón de oportunidad. A su vez, resuelto esto, surge otro interrogante: ¿cuándo cabe esta modalidad contractual y cuándo la concesión de servicio público? La respuesta se encuentra en el objeto de este contrato.

b) El concepto legal: las dudas que suscita.

El contrato de concesión de obras públicas es aquél contrato administrativo típico en virtud del cual: “la Administración concedente otorga a un concesionario, durante un plazo de tiempo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título” (artículo 220.1 LCAP).

La regulación es clara. El objeto de este contrato puede ser de dos tipos: la construcción y explotación de obras públicas, en general de las que sean necesarias para prestar servicios públicos o servicios económicos de interés general; o bien, de modo exclusivo, la explotación de esas mismas obras. Sin embargo, esta definición abre varios interrogantes:

- a) ¿Qué son obras públicas?
- b) ¿Cuáles son las obras necesarias para prestar servicios públicos y servicios económicos de interés general?
- c) ¿Cuándo se aplica este contrato y cuándo el de concesión de servicios públicos?
- d) ¿Es igual el contrato de construcción y explotación de obras, que sólo su explotación?

c) El concepto de obra pública.

Son obras. En concreto, las mismas que constituyen el objeto del contrato administrativo de obras: a) la construcción de bienes inmuebles (carreteras, puertos, presas, cualquier otra de ingeniería civil), b) la realización de trabajos de modificación del terreno o del subsuelo (dragados, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas), y c) la reforma, reparación, conservación o demolición de los anteriores (artículo 120 LCAP, que coincide, sustancialmente, con la definición de la Directiva 93/37/CEE). A este concepto de obra, la regulación del contrato de concesión de obra pública añade la superficie necesaria para zonas complementarias comerciales susceptibles de explotación autónoma (artículo 223 LCAP, sobre el que se volverá más adelante).

Son obras públicas. Como dice la Ley de Obras Públicas de 1877, lo son aquellas obras que sean de general uso y aprovechamiento y las destinadas a servicios a cargo del Estado, las provincias y los municipios; pertenecen al primer grupo las carreteras, los caminos de hierro, los puertos, los faros, los grandes canales de riego y los de navegación, aprovechamientos y policía de aguas, encauzamiento de los ríos, desecación de lagunas y pantanos, saneamiento de terreros (artículo 1). Poco más tarde, en 1889, el Código Civil diferenciará los bienes de dominio público entre los destinados a uso público (coincidentes con los señalados) y los que lo son por estar afectados a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional (artículo 339); una distinción que permanece. Dando un salto en el tiempo, esta es la definición que ofrece la exposición de motivos de la Ley 13/2003: “*la obra pública en sentido estricto debe entenderse como bien inmueble de interés público*”. El derecho local permite hacer otra precisión fundamental. Son obras locales: todas las de nueva planta, reforma, reparación, o entretenimiento, sean ordinarias o sean de urbanización, que se ejecuten con fondos propios o de otras entidades públicas y particulares, para la realización de servicios de su competencia (artículo 88 y 89 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por R.D.Leg. 781/1986, de 18 de abril). La precisión final del artículo 88 mencionado es decisiva: son obras locales

⁹ Para una explicación completa de esta figura contractual: A. Embid Irujo y E. Colom Piazuelo, *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 2004, 491 págs; R. Gómez-Ferrer Morant (Coordinador), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2004, págs. 793 a 820; y A. Menéndez Menéndez (Director), *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, 555 págs.

aquellas necesarias para la realización de servicios de su competencia (la misma vinculación con realización de interés general en la Directiva 93/37/CEE). En suma, la obra es pública por su destino (uso público) y lo es también por cuanto su realización viene justificada por el ejercicio de una competencia administrativa atribuida como propia; sólo entonces, quien es competente puede “conceder” su explotación a un tercero ¹⁰.

Son obras. Son públicas. Pero: ¿son dominio público? Se trata de una cuestión no exenta de complejidad. Los bienes que se adquieran por expropiación pasan a ser dominio público (artículo 24 de la Ley 33/2003, de 3 de diciembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y artículo 242.d LCAP). Con esto, una parte queda contestada, pero queda otro aspecto: ¿cuál es la naturaleza de la obra de nueva construcción? El artículo 101 de la citada Ley de Patrimonio dispone que la adquisición de las obras e instalaciones construidas sobre el bien de dominio público se produce con la extinción de la concesión. Por su parte, el artículo 241 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativo a la concesión de obra pública, señala que, concluida la obra, se levantará acta de comprobación –que no de recepción–, que permita el uso público de la misma, dejando la recepción para la terminación de la concesión. La obra parece, entonces, que es privada; si bien, el pliego de cláusulas administrativas será clave para resolver esta cuestión. En todo caso, una vez recibida, la condición de dominio público parece indiscutible con las consecuencias inherentes a su utilización posterior.

¹⁰ La conclusión alcanzada, válida para las obras estatales, las autonómicas y las locales, permite hacer dos precisiones que servirán para acotar el objeto de estudio. Por un lado, las convocatorias de concursos públicos para la construcción y explotación de centros sanitarios hospitalarios realizadas por algunos municipios quedan fuera del régimen legal y financiero propio de las obras públicas, porque esas las entidades locales carecen de competencia en asistencia sanitaria pública (cfr. artículo 25 y 26 Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del Régimen Local). Por otra parte, mientras las obras portuarias, aeroportuarias, ferroviarias de interés general, como la construcción de carreteras, encajan en el concepto de obra pública, en tanto siguen siendo de la competencia estatal o autonómica; no puede decirse lo mismo de las infraestructuras en red, de las obras necesarias para el tendido eléctrico, las redes de telecomunicaciones, los gasoductos y los oleoductos, y sus instalaciones complementarias, que, tras su liberalización, son privadas y quedan fuera del objeto de este análisis. Y ello por más que, en todos los casos, esas instalaciones merezcan la consideración de “interés general” y su construcción pueda llevar consigo el derecho de ocupación y adquisición del dominio privado. Pero, no siendo competencia administrativa, los mecanismos de “gestión y financiación privada” no son aplicables –el mejor ejemplo es la ampliación de la red de transporte de electricidad, también instalaciones de telecomunicaciones y gasoductos–. Como es sabido, la contratación de obras en estos sectores económicos liberalizados se somete a normas especiales (Ley 48/1998, de 30 de diciembre, Directiva 93/38/CEE y Directiva 2004/19/CE). Sobre el régimen de estas infraestructuras privadas: F.J. Villar Rojas, *Las instalaciones esenciales para la competencia*, Comares, Granada, 2004, *passim*.

En resumen, las obras públicas lo son por su destino público y por ser de la competencia de una Administración Pública.

d) Las obras públicas complementarias.

Como se avanzó, el concepto de obra pública incluye las que sean precisas para construir las zonas complementarias susceptibles de explotación comercial y aprovechamiento económico diferenciado (artículo 223 LCAP). La Ley menciona los establecimientos de hostelería, las estaciones de servicio, las zonas de ocio, estacionamiento, locales comerciales y otros susceptibles de explotación, sin pretensión de exhaustividad. Afirma el principio de unidad de gestión y control por la Administración concedentes, pero admite la explotación por el concesionario o por un tercero de acuerdo con lo que disponga el pliego de cláusulas administrativas. Lo que interesa en este caso, a tenor de esta regulación, es qué tipo de equipamientos serían admisibles en un centro sanitario público como complemento comercial.

El tenor de la Ley, amplio y abierto, impide dar una respuesta cerrada. No obstante, en el mismo precepto es posible encontrar los parámetros para establecer el sentido de lo “complementario”. El apartado primero se refiere a: “*actividades complementarias, comerciales o industriales que sean necesarias o convenientes por la utilidad que prestan a los usuarios de las obras y que sean susceptibles de un aprovechamiento económico diferenciado*”. En consecuencia, la complementariedad deriva de su condición de equipamientos necesarios, útiles o convenientes para los usuarios de la obra pública principal, y sólo de éstos. La posibilidad de ejecutar dotaciones complementarias, aun interpretado con amplitud, no es una facultad legal que, por ejemplo, legitime construir en los bajos de un centro sanitario público –si fuera técnicamente viable– un gran centro de ocio con acceso libre, desconectado de los usuarios –profesionales y pacientes–. En esta hipótesis, no se cumpliría la nota de complementariedad y, además, la Administración concedente carecería de competencia para promover esa construcción –es más, probablemente, invadiría las de otras entidades públicas–. El límite es el vínculo con las necesidades de los usuarios de la obra pública principal en cuanto tales. Esta conclusión, a su vez, permite reconocer otro parámetro limitador: el principio de proporcionalidad. No basta con que la zona comercial complementaria sirva las necesidades de los usuarios, además, su dimensión debe ser proporcionada y adecuada a esas necesidades. En este sentido, nuevamente a modo de ejemplo, resultaría injustificado por falta de proporción, la construcción de un hospital de 150 camas, que incorporara un aparcamiento para 3000 coches. En esta hipótesis, la obra complementaria no lo sería, con vulneración del límite legal señalado.

e) Las obras vinculadas con la prestación de servicios públicos o servicios de interés general.

Las obras vinculadas con la prestación de servicios públicos o servicios económicos de interés general –las leyes españolas de liberalización, telecomunicaciones, correos, hidrocarburos, ferrocarriles, emplean el término servicios de interés general- son aquellas que sirvan a varios operadores por haberse producido una separación legal de actividades –infraestructura versus servicios-, como en puentes, en aeropuertos, en ferrocarriles, o en agua –vías ferroviarias versus transporte ferroviario, instalaciones portuarias y aeroportuarias versus transporte marítimo y transporte aéreo-, por supuesto, siendo la obra o instalación competencia administrativa y estando liberalizado la prestación del servicio ¹¹.

Ahora bien, si la separación legal de actividades no se produce, como ocurre con la sanidad pública, el problema de qué contrato debe ser aplicado se convierte en cuestión polémica; y ello porque el régimen jurídico del contrato de concesión de obra es distinto del que corresponde al servicio público y éste también puede incorporar la ejecución de obras ¹².

Para resolver esta cuestión es frecuente acudir al artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: la prestación que tenga más valor desde el punto de vista económico. Pero de poco sirve. En esta modalidad contractual, la gestión debe ser como mínimo de valor equivalente a la obra construida –de otro modo se incurriría en enriquecimiento injusto-, y, si la obra resulta ser accesorio, la prestación del servicio público siempre tendrá más valor, lo que lleva a sus normas especiales. La preferencia del régimen legal del servicio sobre las normas reguladoras de los bienes es indiscutible: la establece el artículo 74 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (*“las normas del reglamento de servicios serán asimismo de preferente aplicación cuando la utilización de bienes de uso público fuere sólo la base necesaria para la pres-*

tación de un servicio público municipal o provincial”), el artículo 87 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (*“La utilización de los bienes y derechos destinados a la prestación de un servicio público se supe- ditará a lo dispuesto en las normas reguladoras del mismo y, subsidiariamente, a lo dispuesto por esta Ley”*), y también el artículo 158.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (exigencia de anteproyecto de ejecución y explotación de obras en los contratos de gestión de servicio público que exijan la ejecución de obras, con sujeción a la normativa de la concesión de obras públicas). En suma, el régimen del bien cede ante el régimen jurídico del servicio público al que se encuentra afecto. La clave radica, entonces, en el concepto de servicio público.

Pues bien, dejando de lado los debates doctrinales sobre esta categoría jurídico-pública, lo cierto es que para hablar de servicio público deben cumplirse dos presupuestos: a) su objeto material debe consistir en un servicio en sentido técnico, esto es, una prestación de dar o hacer a favor de un tercero, en concreto, una obligación de hacer, no solo de permitir la actuación del tercero –uso de un bien- por mucho que ello exija mantener el bien en condiciones de ser usado –no hay servicio en la autopista de peaje-; y b) ese servicio debe ser público, por tanto, competencia de la Administración Pública por mandato legal, sea o no en régimen de exclusividad. En este caso, el régimen jurídico aplicable es el del contrato de concesión de servicio público con ejecución de obra (artículo 157.a LCAP).

Lo dicho permite dudar que la construcción y explotación de un hospital tenga encaje en el objeto propio de esta modalidad concesional. La asistencia sanitaria es una prestación –obligación de hacer- a favor de los pacientes con derecho a ella que obliga a las Administraciones sanitarias ¹³. No basta con el “uso” o mera puesta a disposición del hospital; es más, el inmueble sin medios no merece ese calificativo. El hospital identificado con los servicios médico-sanitarios no es “explotable”; es más, si se quisiera encomendar esos servicios a un contratista, la modalidad contractual sólo podría ser la concesión de servicio público. A lo sumo, en un centro sanitario público lo explotable es la disponibilidad del edificio, en tanto que inmueble –una suerte de arrendamiento-, y los servicios accesorios o complementarios –lavandería, catering, vigilancia, cafetería-, tradicionalmente, contratados mediante contrato de servicios ¹⁴.

¹¹ Sobre el principio de separación de actividades, ampliamente, G. Ariño Ortiz (dir), *Principios de Derecho Público Económico*, 3ª ed, Comares, Granada, 2004, págs. 609 y siguientes.

¹² El contrato de gestión de servicios públicos se regula en los artículos 154 a 170 LCAP. Las diferencias son elocuentes: los procedimientos de adjudicación (el servicio público, ordinariamente por concurso, en concesión de obras públicas siempre por concurso, pero la normativa comunitaria admite la subasta; distintos supuestos de procedimiento negociado), el plazo de duración (el servicio público: máximo 50 años, la concesión de obras: 40 ampliables hasta 60 años), la financiación del contrato (servicio público: las modalidades privadas sólo si aparecen en el pliego de cláusulas administrativas, en la concesión de obras públicas: las modalidades privadas del artículo 224 de la Ley), la retribución del concesionario (las tarifas de servicio público son tasadas, no admiten descuentos, frente a las máximas de la obra pública), el equilibrio económico del concesionario (el servicio público incluye riesgo imprevisible, no sólo revisión de precios, *factum principis*, y fuerza mayor).

¹³ Artículo 2 en relación con el 7 y siguientes (prestaciones) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

¹⁴ Por la misma razón, pero en sentido contrario, la construcción y explotación de un aparcamiento municipal no puede ser el objeto de una concesión de servicio público por mucho que lo reitera el Tribunal Supremo (por todas, STS. 3ª, 6 de mayo de 1993, Ar. 4300, con cita de otras anteriores). El motivo es simple: ¿cuál es la prestación, en qué

La comparación con los contratos de concesión de servicios públicos hospitalarios (Alcira, Denia y Valdemoro) confirma la conclusión alcanzada: los concesionarios no sólo construyen el centro sanitario sino que, además, asumen la prestación de servicios médicos a una población determinada como si de centros concertados se tratasen. No se “explota” el hospital, sino que se gestiona el centro hospitalario (como se dijo, mal puede explotarse un hospital, no lo es sin medios materiales y personales y realizando prestaciones –obligaciones de hacer-) ¹⁵. Como se explicó en otro lugar, esta clase de contrato no podía considerarse concesión de obra pública porque sólo paga la Administración, al menos era así de acuerdo con la primera redacción del artículo 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ¹⁶. Es cierto que, ahora, a tenor del artículo 246.4 de la Ley, la Administración pueda ser “usuaría única”, y, con ello, único pagador, pero este dato no cambia la naturaleza de este contrato: el servicio se impone sobre la obra pública.

En fin, a modo de conclusión parcial, el contrato de concesión de obra pública no sirve para gestionar servicios sanitarios públicos porque no son “explotables”. La gestión con obra previa llama al contrato administrativo de servicios públicos, modalidad concesión.

f) Construcción y explotación, y ¿sólo explotación?

Con la precisión que antecede para el ámbito sanitario, lo cierto es que el contrato consistente en la construcción y explotación de obras públicas a cambio de una remuneración pagada en todo o en parte por los usuarios es lo que es: una concesión de obra pública a los efectos del dere-

consiste el servicio? ¿la obligación que recae sobre la Administración municipal es de hacer? En realidad, el aparcamiento público es una obra pública mientras se construye, y, una vez que se pone a disposición de los ciudadanos, un bien de dominio público por afectación a un uso público. No hay ninguna prestación en favor de los usuarios.

¹⁵ En el caso del hospital de Alcira, esa concesión de servicio público tiene por objeto la construcción de un hospital y la gestión de la asistencia sanitaria especializada en el área 10 del Servicio Valenciano de Salud (en una modificación posterior se incluyó la asistencia primaria); el concesionario es una unión temporal de empresas; la retribución del concesionario se fija en una cantidad máxima anual por paciente protegido (pago capitativo: 34.000 ptas por persona/año), sin aportación directa del ciudadano, que es el ámbito al que se circunscribe el riesgo del contratista (más o menos demanda de servicios); presencia de un funcionario público (equivalente delegado del Gobierno en concesiones de servicio público clásicas); la duración es de 10 años prorrogables otros 5 (la obra y equipamiento 18 meses); con cláusula reversional (Diario Oficial Generalidad Valenciana, 2938, 25 de febrero de 1997). Más reciente, los datos básicos del contrato de gestión de servicios públicos, modalidad concesión, para el Hospital de Valdemoro, se recogen en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, 189, de 10 de agosto de 2005).

¹⁶ 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 Derecho y Salud, 1998, págs. 84 y 85.

cho comunitario (artículo 1 de la Directiva 93/37/CEE, artículo 1.3 Directiva 2004/18/CE). El único debate abierto en España es si se trata de un contrato de obra –por tanto, obligación de resultado–, como deriva del Derecho Comunitario, y de la tradición legislativa española –las leyes del siglo XIX–, o si, por el contrario, se trata de un contrato de actividad –análogo al de servicio público al que habrá de reemplazar–. Como se expondrá en el siguiente epígrafe, la naturaleza de modalidad de contrato de obras justificaría sin dificultad la exclusión del riesgo imprevisible y el régimen de tarifas máximas con descuento; en cambio, la preferencia por la actividad, legitimaría el régimen de equilibrio económico-financiero. El modelo de referencia sigue siendo el de las autopistas de peaje.

Ahora bien, el legislador español ha ampliado el objeto del contrato de concesión de obras públicas también a la mera explotación de la obra, sin construcción, cuando la retribución se percibe de las tarifas que abonen los usuarios –lo mismo hace con la modalidad de conservación de la obra pública no susceptible de explotación, artículo 130 LCAP–. Esta ampliación legal permite preguntarse si pudiera concederse a un particular la “explotación” de un hospital público existente o construido por la Administración. Es una mera hipótesis, pero que se aborda en tanto es admitida por el legislador.

La solución pasa por determinar lo que deba entenderse por explotación. A falta de precisión en la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas puede servir la que formula el legislador en relación con la concesión de obra pública portuaria: la puesta de la obra a disposición de los prestadores de servicios o de los usuarios para su ocupación, utilización o aprovechamiento, a cambio de la correspondiente retribución económica (artículo 126.3, tercer párrafo, Ley 48/2003, de 26 de noviembre; antes en el artículo 27 de la Ley de Autopistas de Peaje de 1972). Pues bien, la puesta a disposición, que implica que la obra esté en condiciones de ser utilizada (conservación, reforma, rehabilitación), constituye uno de los objetos del contrato de servicios en el derecho comunitario, en concreto, por el sistema de retribución, se trata de una “concesión de servicios” (artículo 1.4 Directiva 2004/18/CE). Y, lo que resulta más importante, esta modalidad de contrato tiene su propio régimen jurídico (cfr. artículos 20 a 23 Directiva 2004/18/CE). Esta modalidad es igual a la que corresponde al contrato de concesión de conservación de tramos de autopistas (artículo 59 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1972), y es equivalente al contrato de servicios de gestión de autovías (artículo 60 de la Ley 55/1999, plazo máximo 20 años, modalidades de pago diferidas). En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene dicho que la mera explotación es un contrato público de servicios, no

de obras, y, además, que sólo si la retribución procede de los usuarios, no de la autoridad pública, merece la calificación de concesión (STJUE de 13 de octubre de 2005, C-458/03, apartados 38 a 40).

En realidad, el problema es que esta modalidad de contrato –por su objeto, que incluye no solo la conservación de la obra, sino también la adecuación, reforma y modernización, y actuaciones de reposición y gran reparación, obligación de progreso técnico, y por su necesaria larga duración- es desconocida en la legislación española, salvo el contrato de gestión de autovías. Los artículos 196 y siguientes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ofrecen mala cobertura a esta clase de contratos (duración 4 años). Aun así, lo cierto es que no son concesiones de obras, sino que son concesiones de servicios (siempre que la retribución la abonen los usuarios, de lo contrario, solo serían contratos públicos de servicios). La falta de referente en el ordenamiento español no justifica una ampliación forzada de la concesión de obra pública, que únicamente distorsiona esta modalidad contractual; sino que debiera llevar a una regulación “ad hoc” de esta forma de colaboración privada en la gestión de asuntos públicos, superando los límites tradicionales del contrato administrativo de servicios ¹⁷.

En fin, volviendo a la hipótesis de otorgar a un empresario la explotación de un hospital ya construido, la imposibilidad de utilizar esta clase de contrato trae causa de la combinación de tres razones: la primacía del servicio público –claro está, con respecto a los servicios sanitarios-; la definición comunitaria de contrato de concesión de obra pública, que lo es sólo cuando se utiliza un bien a cambio de una retribución abonada por los usuarios; y, en tercer

¹⁷ Otro problema que suscita esta concesión de servicios –siempre que la retribución económica proceda de los usuarios- es su diferencia con respecto a la concesión de dominio público, en particular, cuando se considera que todas las obras públicas, una vez recibidas, merecen esa calificación bien por su afectación a un uso público, bien por destinarse a un servicio público. Nuevamente, el problema nace del distinto régimen jurídico que resulta de aplicación. Así, el valor de la iniciativa de un particular (en obras públicas, derecho a compensación económica si proyecto no es elegido, en dominio público, derecho de tanteos sobre proyecto aprobado), la naturaleza del vínculo (contrato versus resolución unilateral que es la concesión de dominio público), el equilibrio económico-financiero (desconocido en la concesión de dominio público) y la duración (40 hasta 60 años, versus 75 años, salvo ley especial). La respuesta, en todo caso, no es pacífica; siempre es posible plantear la existencia de obras públicas –de competencia administrativa- que no son dominio público, bien porque no tienen un uso o aprovechamiento general, bien porque se destinan a actividades que son de interés general –esto supone volver al debate sobre el concepto de obras en la Ley de Obras Públicas de 1877-. El tema no es ni mucho menos sencillo, para un análisis más detallado: A. Gallego Anabitarte, “Caso, regulación y sistemática jurídica. Concesión de obra pública y dominio público. Un apunte”, Estudio Preliminar del libro de Bermúdez Sánchez, Javier, *Obra pública y medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2002, págs. 11 a 47.

lugar, el que la concesión de la explotación de un hospital a un particular no es sino un supuesto de concesión de dominio público, puesto que esta y no otra es la naturaleza de los centros sanitarios públicos. Nuevamente, la única opción para viabilizar la hipótesis considerada sería acudir a la fórmula de la concesión de servicios públicos.

3.3 Las condiciones de prestación y régimen económico-financiero.

a) Riesgo y ventura.

El principio rector del contrato de concesión de obra pública –por tanto también de su utilización en el ámbito de la sanidad- es el de “riesgo y ventura”.

La Ley es diáfana: “La construcción y explotación de las obras públicas se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación, en los términos y con el alcance establecidos en esta Ley, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración” (artículo 220.2, 224, 225 y 239 LCAP). No sólo la construcción y explotación corren de cuenta del concesionario, también la financiación de las obras públicas. Nuevamente, la Ley es clara: “Las obras públicas objeto de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario, que, en todo caso, asumirá el riesgo en función de la inversión realizada” (artículo 224.1 LCAP). El cuadro del “riesgo” del concesionario se completa con la cláusula de progreso impuesta por el legislador: “el concesionario deberá mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y de eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios, que resulte de aplicación” (artículo 244.4 LCAP).

Pues bien, de acuerdo con una constante jurisprudencia, “el riesgo y ventura del contratista significa que este asume el riesgo de obtener una ganancia mayor o menor e incluso de perder cuando sus cálculos están mal hechos o no respondan a las circunstancias sobrevenidas en ejecución del contrato, rigiendo el principio de *pacta sunt servanda*” (SS.TS. 14 de mayo de 1976 y 20 de enero de 1984). En otras palabras, el contratista asume el riesgo de sus decisiones empresariales: del cálculo de costes realizado al presentar la oferta, de las incidencias ordinarias de la ejecución del contrato (más o menos bajas laborales, rechazo de unidades de obras por mala ejecución, mayor consumo de combustibles, reparaciones de maquinarias defectuosas) y, paralelamente, asume la ventaja de una mayor ganancia si sus cálculos fueron acertados y si las

incidencias tienen un impacto mínimo en sus costes. El contratista asume el “aleas” normal del contrato (STS. 25 de abril de 1986). Como excepción, la garantía pública de la estabilidad económico-financiera era, lo sigue siendo, característica del contrato de concesión de servicio público, en el que la obligación de asegurar una prestación positiva a favor de los ciudadanos –continuidad y regularidad- se traducía en el aseguramiento de la viabilidad del gestor tanto ante cambios ordinarios (revisión de precios) como ante extraordinarios (riesgo imprevisible); por supuesto, en todos los casos, fuerza mayor (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, 1955).

A la vista de los preceptos transcritos, el concesionario de obra pública parece asumir todos los riesgos inherentes a la construcción, explotación, financiación y retribución, dejando para la Administración concedente sólo la fuerza mayor. La misma rotundidad se encuentra en el pliego de cláusulas que rige la concesión de obra pública del Hospital de Coslada, según fue destacado. Lo cierto, pese a todo esto, es que otros preceptos legales diluyen la fuerza de este principio básico –se volverá sobre esto más adelante-.

b) Financiación de las obras: negociación derechos de crédito futuros.

La financiación del contrato hace referencia a los mecanismos de los que dispone el contratista para captar recursos con los que hacer la obra antes de su explotación (y del pago por la Administración). La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se refiere a los siguientes para el concesionario de obras públicas:

- a) Financiación obtenida mediante la contratación de préstamos o créditos con entidades crediticias (entidades bancarias). Los contratos deben ser comunicados a la Administración (artículo 224.2 LCAP).
- b) Los medios de financiación privados relacionados en los artículos 253 a 259 LCAP:
 - Emisión de obligaciones y otros títulos, con o sin el aval del Estado.
 - Préstamo hipotecario –concesión inscribible, equivalente derechos y obligaciones del propietario sobre dominio útil, ofrecimiento a acreedor subrogación, compensación económica según ley, caducidad y rescate, también artículo 97 Ley Patrimonio-.
 - Emisión de valores sobre los derechos de crédito del concesionario –titulización derechos de cobro de tarifas, de ingresos por ex-

plotación zonas comerciales vinculadas con concesión-.

- Créditos participativos (con comunicación previa).

En todos los casos, con autorización previa de la Administración contratante; intervención que es reglada puesto que esta financiación es un derecho del concesionario (artículo 242.e y f LCAP).

La relación no es exhaustiva, a través de los pliegos son admisibles otras modalidades de financiación (artículo 224.2, in fine LCAP).

- c) Excepcionalmente, subvenciones de la Administración (artículo 224.4).

La aportación más significativa de esta regulación es la posibilidad de captar recursos económicos privados sobre la garantía o compromiso de los ingresos que pueda obtener el concesionario: derechos de crédito sobre las tarifas o peajes que pueda cobrar o sobre los ingresos por explotación exclusiva de servicios, y su puesta en valor en el mercado de capitales mediante su titulización. Los restantes medios, como el aval o la hipoteca, se generalizan, pero ya se encontraban en la legislación sectorial previa. Como se expuso, en el caso del pliego del Hospital de Coslada, se conjugan dos de estos medios: la suscripción de préstamos y créditos bancarios con la posibilidad de emitir títulos valores sobre la retribución futura a la que tiene derecho ¹⁸.

c) La retribución del contratista.

La retribución del contratista equivale al precio de las obras y demás costes de mantenimiento –como en cualquier contrato administrativo de acuerdo con el artículo 99 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas-. Es un concepto que alude a los medios que permiten al concesionario percibir el precio pactado con la Administración –lo que incluye recuperar la inversión-. En el caso del concesionario de obra pública, este régimen se basa en las siguientes reglas básicas:

- La retribución del concesionario consiste en el precio o tarifa pagado por los usuarios (las tarifas son máximas, admiten descuentos, y operan como precios privados, artículo 246.2), los rendimientos de las zonas comerciales, y la aportación (subvención) que pueda efectuar la Administración (artículo 225, 246 y 247 LCAP).

18 Sobre cada una de esas modalidades privadas, por todos, R. Parejo Gamir, “Financiación privada de la concesión de obra pública”, en R. Gómez Ferrer-Morant (coor), Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ob. cit. , págs. 1289 a 1342

- La retribución puede ser abonada exclusivamente por la Administración (artículo 246.4 LCAP).
- No se afirma el principio de remuneración suficiente (como se recoge en el artículo 129.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales: amortización, coste de establecimiento y prestación, beneficio industrial normal).

Las anotadas son las generales. No obstante, la retribución puede consistir, además, en el otorgamiento de una concesión de dominio público (artículos 130 a 134 LCAP); el ejemplo las obras portuarias (playa) a cambio de los derechos de prestación de los servicios de temporada (artículo 54 de la Ley de Costas, 1988). Y, por otra parte, es posible que la retribución quede circunscrita a la explotación de determinadas obras, pese a que el contrato incluya otras relacionadas, que serán objeto de aprovechamiento gratuito (artículo 226 LCAP)¹⁹.

d) Garantía del equilibrio económico-financiero.

La retribución del concesionario queda protegida con el mandato de garantía pública del equilibrio económico-financiero, que el legislador estima procedente en los casos siguientes:

- 1) Revisión de precios (artículo 230.e LCAP).
- 2) Ejercicio del “*ius variandi*” (artículo 248.2.a en relación con artículo 250).
- 3) Fuerza mayor (artículo 248.2.b en relación con artículo 144).
- 4) *Factum principis* (artículo 248.2.b in fine).
- 5) Revisión pactada según pliego y proposición del concesionario (básicamente, ruptura del umbral mínimo y máximo de ingresos por tarifas fijado en el plan económico-financiero, artículos 233.1.d, 246.3 y 248.2).

En estos casos, la Administración contratante queda facultada para adoptar alguna de las siguientes medidas (artículo 248.3 LCAP):

- 1) Ampliar o reducir las tarifas.

- 2) Ampliar o reducir el plazo concesional –dentro del límite legal máximo–.
- 3) Conceder una subvención compensatoria.

Esta garantía no cubre los ingresos de zonas comerciales complementarias, tampoco el llamado “*riesgo imprevisible*” (del artículo 127.2.2º.b Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales). No obstante, en este caso, la cobertura podría venir de la aplicación de la doctrina “*rebus sic stantibus*”, admitida por el Tribunal Supremo para toda clase de contratos administrativos, no solo de servicio público, que sean de larga duración y de tracto sucesivo (por todas, STS. 14 de mayo de 1999, Ar. 5200).

No acaba aquí esta regulación. A diferencia de la concesión de servicio público, la legislación del contrato de concesión de obra pública incorpora, de modo expreso, el reequilibrio a la baja, cuando el cambio de circunstancias perjudica a la Administración y representa un caso de enriquecimiento injusto. La Ley es clara: “*La Administración deberá reestablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda...*” (artículo 248.1 LCAP).

En fin, como quedó expuesto, en el caso del Hospital de Coslada, el pliego excluye expresamente de esta garantía el mayor o menor número de usuarios y, además, el incremento o disminución de los servicios médicos prestados como su ampliación a otros centros sanitarios.

e) Duración y extinción del contrato.

La duración del contrato de concesión es la siguiente: si se trata de construcción y explotación: 40 años, prorrogables hasta 60; si es solo la explotación: 15 años, ampliables a 20, prorrogables a 25. En los dos supuestos, los plazos también son reducibles (artículo 263 LCAP). Como en la concesión de servicio público, el plazo depende la amortización (de lo contrario se incurriría en enriquecimiento injusto).

La extinción puede serlo por cumplimiento o por resolución (artículo 261 LCAP), con cláusula de reversión imperativa (artículo 262.2 y 266 LCAP)²⁰.

¹⁹ En materia de retribución del concesionario, la diferencia con la concesión de servicio público es patente. Como es sabido, la retribución del contratista de servicios públicos –modalidad concesión– puede ser el cobro de tarifas a los usuarios, tarifas más una subvención, sólo subvención o canon abonado por la Administración titular del servicio público – que se corresponde con los servicios públicos “gratuitos”-. La diferencia es que no cabe que el concesionario practique “descuentos” libremente; las tarifas son fijas, los “descuentos o bonificaciones” deben formar parte del régimen tarifario aprobado por la Administración pública (artículo 129 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, artículo 158 LCAP).

²⁰ Existen algunas obras con especialidades: la concesión de obras hidráulicas (artículos 125, 133 a 135 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, duración de 75 años), de autopistas de peaje (artículo 30 de la Ley de Autopistas de Peaje, máximo 75 años), de obras portuarias (artículo 126 Ley 48/2003, 40 años prorrogables hasta 60 años) y de obras ferroviarias (artículo 22.5 Ley 39/2003).

3.4 Valoración de la respuesta legal a la tensión entre el “riesgo y ventura” y el “equilibrio económico-financiero”.

En línea con la evolución restrictiva del alcance del riesgo y ventura en la contratación administrativa ²¹, la regulación del contrato de concesión de obra pública hace suyas buena parte de las garantías económico-financieras que, históricamente, caracterizaron al contrato de gestión de servicio público (con la discutida excepción del riesgo imprevisible). Y ello pese a la afirmación repetida por el legislador del principio de riesgo y ventura como rector de este negocio jurídico.

La explicación de esta moderación se ofrece en la exposición de motivos: *“Reviste importancia capital para que la concesión de la obra pública conserve sus señas de identidad que el concesionario asuma el riesgo de la construcción, conservación y explotación. Evidentemente, en un contrato de larga duración por naturaleza, la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error el futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio, por lo que se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo, si se quieren atraer la participación del capital y la iniciativa privada en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y privado”*. Se toman las garantías del contrato de servicio público –contrato de actividad- y se dejan de lado los riesgos del contrato de obras –contrato de resultado-.

En suma, riesgo sí, pero no tanto, siempre con garantía financiera pública; de otro modo quizás no hubiera inversor ni obras públicas (Ariño Ortiz ha hablado del mito, que no realidad, del riesgo y ventura, en la contratación española ²²).

²¹ El modelo decimonónico de ejecución de obras por empresa (concesionario) se caracterizaba por la traslación estricta del riesgo y ventura de la ejecución y explotación al contratista; sólo, de modo excepcional, la Administración contribuía a la financiación (Instrucción de 1845 y Ley Obras Públicas de 1877).

²² G. Ariño Ortiz, “Contrato de obra, concesión de obra, contrato de gestión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables?”, Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, 22, 2005, págs. 57 a 84.

4.- LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA SANITARIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS NORMAS SOBRE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA.

4.1 Modalidades de costear las obras públicas (también, de retribuir al contratista).

Según el origen de los fondos, la retribución del contratista público puede responder a las siguientes modalidades ²³:

- 1) Retribución pública presupuestaria –con base en el sistema contributivo o impositivo-:
 - Directa: certificación de obras.
 - Diferida:
 1. Abono total de precio a la entrega de las “llaves” -artículo 147 Ley 13/1996-.
 2. Abono aplazado a partir de la entrega de las llaves –modelo alemán-.
 3. Precio incierto vinculado con prestaciones –contratos mantenimiento de auto-vías, 20 años de duración-.
 4. Peaje en sombra –la Administración paga en función del número usuarios, disponibilidad y demanda; aplicado en nuevas carreteras-.
 5. Concesión de servicio público con ejecución de obras –Hospital de Alcira, Valencia, cantidad fija anual por población cubierta-.
 - Indirecta: transferencias a entes públicos instrumentales y sociedades mercantiles de capital público que son las que contratan –“medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración”, con un doble objetivo, escapar de la publicidad y concurrencia en la contratación –hasta la reforma ámbito subjetivo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por Ley 62/2003 y por R.D.-Ley 5/2005- y, en segundo término, huir del cálculo déficit público, Mintra (obras metro de Madrid), Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (el viejo GIF)-.

²³ Se toma como referencia el cuadro formulado por J.L. Villar Ezcurra, “La construcción y financiación de las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos”, Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, 10, 2001, en concreto, págs. 102 a 111.

2) Retribución pública no presupuestaria –sistema equivalencia, conmutativo, o paga usuario-:

Percepción de tarifas de los usuarios que quedan afectadas a la financiación servicio, como en los puertos y en los aeropuertos de interés general. Se trata de ingresos públicos, no presupuestarios; por supuesto, se parte de la naturaleza pública, tributaria, de estos recursos (tasas).

3) Retribución privada:

Construcción y explotación de la obra o del servicio público con recuperación costes de las tarifas que abonan los usuarios de esas obras y servicios -el mejor ejemplo sigue siendo el de las autopistas de peaje, se excluye el peaje en sombra-.

4) Retribución mixta:

Con cláusula de interesamiento –reparto de riesgos y beneficios-. El modelo es el contrato de gestión interesada (artículo 156.b LCAP). Recientemente, los contratos de suministro de riesgo compartido entre los servicios sanitarios públicos y la industria farmacéutica en orden al control del gasto farmacéutico²⁴.

La concesión de obra pública tiene un doble encaje en el cuadro expuesto. La retribución del concesionario puede ser pública presupuestaria diferida (el caso del peaje en sombra en las nuevas autovías) y también puede ser privada, en tanto la recupere de las tarifas que abonan los usuarios (no puede ser pública no presupuestaria por la prohibición legal de que los sujetos privados ejerzan funciones de autoridad, y la recaudación de esos ingresos lo es). En el caso analizado en estas páginas, la retribución de los futuros concesionarios de los hospitales de la Comunidad de Madrid será, esencialmente, pública, presupuestaria, diferida (las cantidades abonadas por la Administración, que son un precio, canon o subvención, por mucho que se “denominen” tarifas), junto con los recursos privados no administrativos procedentes de las actividades comerciales, que en todo caso, no son determinantes. El modelo de retribución de estos hospitales es equiparable con el “*peaje en sombra*” de las nuevas carreteras. No hay retribución privada típica de las autopistas de peaje, el precio lo paga la Administración como usuaria única.

4.2 La retribución de las obras públicas desde la perspectiva del “riesgo” (o la tensión con las normas limitadoras del endeudamiento público).

La valoración presupuestaria (y contable) de la concesión de obras públicas tiene otra vertiente, la relativa a su inclusión o no en las cuentas de la Administración concesionaria lo cual depende, en última instancia, de quién asume el riesgo sobre la inversión (obra), la disponibilidad del inmueble y frecuentación o uso del mismo, y, en su caso, en que grado. No se trata de una cuestión retórica, esta aproximación es clave a la luz de las normas comunitarias que disciplinan el gasto y el endeudamiento público. La referencia normativa es la citada más atrás, básicamente el Reglamento (CEE) 2223/96 (“*Reglamento SEC-95*”) y, en orden a su interpretación, el Manual SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública.

A los limitados efectos de estas líneas interesa destacar que esa normativa (y manual de interpretación) diferencia dos situaciones en cuanto a la colaboración privada mediante contrato en la ejecución de obras y servicios:

- La primera es aquella en la que el coste de la obra se financia íntegramente con cargo a tarifas pagadas por los usuarios (sea por el uso, sea por la explotación de los servicios comerciales). Se trata de la concesión de obra pública en su sentido más tradicional (artículo 1.d Directiva 93/37/CEE, artículo 1.3 Directiva 2004/18/CE, y Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02). En este caso, la obra no tiene que computarse en el balance de la Administración porque no tiene impacto ni en el déficit ni en el endeudamiento. Y ello, aunque pueda haber un compromiso, incluso una obligación, de aquella de hacerse con el bien al concluir el contrato (la cláusula reversional), siempre que lo sea de modo gratuito o a precio de mercado (retribuir la amortización pendiente).
- La segunda es aquella en la que el concesionario construye y explota el bien y, a cambio, recibe pagos de la Administración concesionaria (el ejemplo del peaje en sombra); incluso cuando aquella presta los servicios fundamentales (sanitarios) y el empresario se encarga de los complementarios y comerciales (construcción de hospitales). En este caso, la valoración depende de quien asuma el riesgo derivado del bien y en qué grado. Si lo asume el concesionario, no se genera déficit a la Administración, siempre que los pagos no sean fijos, ni estén garantizados a priori, de modo que el “riesgo y ventura” recaiga sobre el empresario, mientras la Administración

24 Para una aproximación no jurídica a esta modalidad contractual: J. Puig-Junoy y Ricard Meneu, “Aplicación de los contratos de riesgo compartido a la financiación de nuevos medicamentos”, *Gestión Clínica y Sanitaria*, vol. 7, nº 3, 2005, págs. 88 a 94.

sólo paga por lo que efectivamente recibe en las condiciones convencionales (se trataría de un arrendamiento operativo). De lo contrario, si el riesgo lo asume la Administración, el importe de la obra debe computarse como deuda de la misma –incluirse en su balance- y por tanto genera déficit público (se trataría de un arrendamiento financiero). El elemento que determina la inclinación de la balanza es el riesgo.

En el caso de los hospitales promovidos por la Comunidad de Madrid, se trata de una iniciativa que encaja en el segundo de los supuestos puesto que los usuarios no pagan cantidades significativas, más allá de los servicios comerciales y de los complementarios con tarifa como los aparcamientos, si no fueran gratuitos. El pagador principal es la Administración sanitaria. Esto obliga a enjuiciar el reparto de riesgos.

Según la misma normativa y criterio interpretativo, es posible identificar tres clases de riesgo:

- Riesgo de construcción –inversión en la obra-, que incluiría retrasos en la entrega, existencia o no de cláusulas penales por demora.
- Riesgo de disponibilidad –calidad del servicio-, que abarcaría la no entrega de las instalaciones o de la calidad contratada, el incumplimiento de los parámetros de calidad establecidos.
- Riesgo de demanda o frecuentación –variabilidad de la demanda-, que hace recaer sobre el concesionario el mayor o menor número de usuarios, de uso de los servicios contratados.

Pues bien, en el caso analizado, el riesgo de inversión es escaso en tanto que el suelo es aportado por la Administración, la obra revierte, en caso anticipado con pago de indemnización, y, además, el bien queda afectado al servicio público, aun siendo todavía privado (hasta el acta de recepción formal). En cuanto al riesgo de disponibilidad, las cláusulas penales, ciertamente, trasladan una parte de riesgo al concesionario, por más que es inimaginable que la Administración “abandone” la obra pública en caso de incumplimiento de los estándares de calidad (antes al contrario, acudiría al secuestro para asegurar un bien afecto al servicio público sanitario). Por último, el riesgo demanda (frecuentación), el pliego lo excluye como causa de responsabilidad de la Administración, con ello atiende el parámetro hoy vigente: la dependencia del número de usuarios (como el peaje en sombra), que permite computarlo como gasto no como deuda. Bien es cierto que no puede olvidarse que el 40% de la cantidad máxima anual está garantizada como cantidad fija. Con todo, más allá del criterio contable, no puede olvidarse que los hospitales se incorporan a una planificación territorial de los servi-

cios que asegura un “mercado cautivo” de pacientes y con él un notable grado de estabilidad en la ocupación y, además, que el pagador es la Administración con fondos públicos presupuestarios por el uso de un bien afecto a un servicio público, al que, a diferencia de los conciertos, revertirá al terminar el contrato.

5.- REFLEXIÓN FINAL: UN NUEVO DISFRAZ PARA RELACIONES CONTRACTUALES TRADICIONALES ACCESORIAS.

La concesión de obra pública no sirve para gestionar servicios sanitarios públicos; en su caso, la fórmula sería la concesión como modalidad del contrato administrativo de gestión de servicios públicos. El ámbito de aplicación de ese contrato en la sanidad pública se circunscribe a aspectos complementarios, sin incidencia en la prestación de servicios médico-sanitarios.

Como resulta de lo expuesto, la concesión de obra pública sanitaria es una forma nueva de contratar lo mismo. En cualquier hospital público, los servicios no sanitarios, los complementarios, incluso los comerciales, se prestan, cuando no de forma directa, mediante contratos administrativos de servicios –limpieza, catering, vigilancia-, concesiones de bienes de dominio público –cafeterías y locales comerciales-, incluso, en algún caso, concesión de obra pública –aparcamientos-. Los servicios sanitarios, incluso las pruebas diagnósticas, se realizan normalmente por personal y medios públicos (sin perjuicio de conciertos y convenios singulares). La fórmula contractual estudiada reduce a un único contrato la prestación de todos esos servicios complementarios y comerciales, que concede a un único empresario, otorgándole un largo tiempo de explotación, para que pueda compensar la inversión previa de construir un inmueble de uso sanitario con recursos propios –aunque con garantía pública-. Las prestaciones sanitarias quedan excluidas. Más aún, como en la fórmula clásica, la mayor parte de los ingresos proceden del erario público –todos los contratos de servicios-, la excepción sigue siendo lo comercial –cafetería, televisión en las habitaciones-. Por otra parte, vincular el pago con la calidad de la prestación se reconoce en los conciertos sanitarios y, en general, en el contrato administrativo de suministros. Lo que cambia es el plazo de duración del contrato –que excede del contrato de servicios- y, con él, en alguna medida, las condiciones económico-financieras. Este es el sentido de la concesión de obra pública sanitaria.

El valor de la concesión de obra pública, aun con el limitado alcance descrito, radica en si sirve para imputar suficiente riesgo al concesionario de forma que la Administración logre conciliar las limitaciones presupuestarias con la atención a la demanda de nuevos establecimientos públicos sanitarias. Lo cierto es que, en el supuesto estudiado, la financiación de las obras lo es con recursos públicos presupuestarios, sólo que diferidos en cuanto al momento de pago, que son abonados por la Administración concedente como pagador único; y si bien es cierto que su cuantía exacta depende de determinados parámetros, cuyo incumplimiento puede dar lugar a su minoración, lo cierto es que ese nivel de riesgo es mínimo cuando se trata de

servicios vinculados con el funcionamiento de un hospital y, por tanto, con un servicio público esencial que parece difícil imaginar pueda ser clausurado. La experiencia muestra que la validez de esta clase de iniciativas en las que el riesgo es más formal que real, se encuentra a expensas del modo en que sea calificada por las autoridades comunitarias competentes²⁵. El riesgo real se produce cuando la retribución del contratista depende de los pagos de los usuarios, y no es el caso, tampoco podría serlo con el estatuto actual de la sanidad pública.

25 El caso de MINTRA es un buen referente de lo que se dice. Se trata de la empresa pública que se encarga de la ampliación de la infraestructura del metro de Madrid. Eurostat la calificó de empresa pública, no mercantil, con la consecuencia de su inclusión en el cálculo del déficit de la Comunidad de Madrid, por tres motivos fundamentales: tener un único cliente, que es su casi exclusiva fuente de ingresos –el Metro de Madrid–, carecer de ingresos comerciales o de mercado en cantidad significativa, proceder la financiación del Metro de una subvención concedida por el Consorcio de Transportes de Madrid, que son fondos públicos presupuestarios (Expansión, 9 de febrero de 2005). Su análisis en detalle: J. Martínez Calvo, “Hacia la construcción de un Derecho Administrativo Financiable. Crónica del caso Mintra”, Revista de Administración Pública, 167, 2005, págs. 369 a 402.

LA FINANCIACIÓN DE LA SANIDAD PÚBLICA

Juan M Cabasés Hita

Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Pública de Navarra

Introducción¹

En este trabajo se presentan algunas reflexiones sobre la situación actual del sistema de financiación territorial sanitaria, uno de los temas más relevantes del quehacer público en nuestro país en los últimos tiempos. Estamos convencidos de que no es un problema que pueda encontrar una solución definitiva, sino que está llamado a ser un continuo en la agenda pública, pero que admite encontrar un camino estable, probablemente en un marco como el establecido en el modelo de financiación vigente desde enero de 2002.

Tomamos como punto de partida la implantación del nuevo modelo, para hacer una valoración de su evolución durante los 3 primeros años de vigencia. Se describe y valora, a continuación, el acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera (CPFF) de septiembre de 2005, que ha introducido algunos ajustes coyunturales al modelo para aumentar la dotación financiera a las Comunidades Autónomas (CCAA) y ha dispuesto una agenda para la revisión del modelo en 2007. Se realizan, finalmente, algunas consideraciones basadas en las predicciones de crecimiento futuro del gasto sanitario para enmarcar la agenda de investigación. No se hace referencia al contenido de las propuestas, aún en curso, con motivo de la redacción del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, que parecen estar sentado las bases de la reforma anunciada para 2007. En un marco descentralizado, el problema de la financiación sanitaria consiste en conciliar los objetivos de suficiencia, es decir, la adecuación de la capacidad finan-

ciera de cada región con las necesidades que debe atender, de equidad, definida en nuestra legislación como garantía universal de acceso a la atención sanitaria pública y corrección de las desigualdades sociales y geográficas, y de autonomía, o respeto a la libertad de elección de las Comunidades Autónomas sobre la asignación de recursos y la forma de gestionarlos. Todo ello sustentado en un soporte ético adecuado que, en nuestro país, aunque sin ser fruto de un debate explícito, bien podría ser el principio de igualdad de oportunidades para lograr similares niveles de salud.

I.- El modelo de financiación sanitaria autonómica

Suficiencia, equidad y autonomía son los 3 objetivos básicos del modelo de financiación territorial vigente desde 2002, que integra por primera vez en un solo sistema los subsistemas de servicios comunes, sanitarios y de servicios sociales. Sin duda, constituyó un paso muy importante en la configuración de un sistema de financiación estable para todas las funciones en manos de las CCAA. En primer lugar, estima la necesidad normativa, aplicando una fórmula que ajusta la población según necesidad relativa, a partir de la restricción inicial medida por la liquidación presupuestaria última. Segundo, garantiza una financiación suficiente mediante un mecanismo de corresponsabilidad fiscal que pone en manos de las CCAA los impuestos y la capacidad normativa para una gestión autónoma de gastos e ingresos. Por último, contempla la equidad creando un fondo de cohesión y regulando las asignaciones de nivelación.

Estamos pues ante un nuevo modelo cuya arquitectura añade elementos para lograr una mayor eficiencia, puesto que amplía la autonomía de decisión de las CCAA, lo que añade valor en sí mismo, introduce decididamente la corresponsabilidad fiscal en la financiación sanitaria, traslada riesgos a las CCAA rompiendo la asimetría anterior de responsabilidad en el gasto pero no en los ingresos, ajusta la capacidad financiera con las necesidades de gasto, ga-

¹ Este trabajo forma parte del estudio "Análisis y valoración del impacto del nuevo modelo de financiación autonómica del subsistema sanitario" coordinado por el autor, con ayuda no restringida de la Fundación BBVA en la primera convocatoria de ayudas a la investigación de 2002 en Ciencias Sociales. Se ha beneficiado de los comentarios a una versión anterior presentada en el XIV Congreso Derecho y Salud celebrado en Zaragoza en noviembre de 2005. Las ideas aquí expuestas constituyen una extensión actualizada del trabajo "La financiación sanitaria en el sistema nacional de salud descentralizado" publicada por el autor en esta revista en 2002 (Cabasés, 2002).

rantizando así en principio la suficiencia, e incorpora variables de necesidad relativa (Cabasés, 2002).

Del análisis del nuevo modelo, sin embargo, destaca la rapidez con la que se ha visto superado por la aparente insuficiencia financiera y la aparición de déficit, que ha obligado a reabrir el debate. El modelo plantea problemas en su diseño y en su aplicación. Las variables de necesidad escogidas (población general, población mayor de 65 años, e insularidad) y sus ponderaciones (75%, 24.5%, y 0.5%, respectivamente), no responden a análisis previos de necesidad sanitaria sino, más bien, al intento de hacer mínimo el presupuesto adicional necesario para cerrar el modelo.

Pero, además, tampoco se aplicaron los criterios aprobados, que se vieron modificados por mecanismos de garantía de mínimos. Por ejemplo, la vinculación de los presupuestos sanitarios autonómicos a la evolución del PIB los 3 primeros años del sistema fue de aplicación a 11 CCAA cuyos recursos regionales crecieron por debajo del PIB, con un coste global de 200 millones de euros. Igualmente, requirieron cantidades adicionales los acuerdos entre el gobierno central y las CCAA con ocasión de las transferencias de servicios a las 10 CCAA que las tenían pendientes.

El resultado es que, finalmente, las CCAA están financiando la sanidad de manera heterogénea (cuadro A 1), sin que los criterios de ponderación de las variables de necesidad utilizados respondan a una base que los justifique.

El modelo tampoco previó la posibilidad de revisar la estimación de necesidades de la restricción inicial, definiendo un escenario continuista de la situación a finales de la década, hoy superado por la evolución de la población, que se ha visto incrementada en un 8% entre 1999 y 2004 (cuadro A 2).

El Fondo de Cohesión Sanitaria, una reserva del sistema para ser gestionada directamente desde la Administración Central del Estado para el cumplimiento de ciertos fines relacionados con la mejora de la eficiencia o la equidad, no cumple su cometido, por dedicarse a la compensación de pacientes de hospitalización desplazados. Por último, las asignaciones de nivelación, previstas en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) desde 1980 para garantizar a todos los ciudadanos el acceso a un nivel similar de servicios públicos fundamentales, educación y sanidad, sólo serán de aplicación cuando haya variaciones regionales en la población que excedan en un 3% a las que se produzcan en el conjunto del país, supuesto muy improbable.

1.1.- Valoración del modelo vigente

En el marco de la estabilidad presupuestaria establecido en nuestro país, ¿garantiza el modelo la suficiencia y la equidad en términos dinámicos? La suficiencia vendrá determinada por la evolución de las necesidades de gasto, vinculadas a la evolución demográfica y a la cantidad y la calidad de las prestaciones sanitarias, y por la evolución de los recursos financieros, vinculados a las fuentes tributarias propias de las CCAA, y a la evolución de los índices de consumo, relacionados con la evolución económica regional.

Comenzando por los recursos, las CCAA, según el principio de afectación, vienen 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 nacional). El análisis de la evolución de la financiación total del sistema entre el año de referencia 1999 y 2002 muestra un incremento de las cantidades canalizadas a través del modelo de financiación de un 23%, algo superior al ITE nacional (21,29%) y algo menor al crecimiento del PIB (23,13%), que era la referencia de crecimiento del gasto sanitario en el modelo anterior. Según el nuevo modelo, la suficiencia financiera parece haber estado garantizada desde la perspectiva de los ingresos obtenidos durante el período considerado.

La evolución del gasto sanitario público en dicho período (24,42%), sin embargo, ha sido algo superior al crecimiento del PIB y, por tanto, la suficiencia no ha estado garantizada con los ingresos previstos. Los presupuestos sanitarios aprobados por las CCAA para los años siguientes confirman esta tendencia.

Las simulaciones realizadas por nuestro grupo de trabajo sobre los ingresos tributarios derivados del actual sistema de financiación para cada una de las CCAA para los próximos años hasta 2008, muestran un horizonte de estabilidad y suficiencia financiera, que puede verse solamente afectado por la tendencia al aumento del gasto sanitario. Más que un problema de financiación sanitaria, podría hablarse de un problema de tendencia incesante al alza del gasto sanitario (Cabasés, coord. 2006).

Esta tendencia también se ha constatado en los países de la OCDE (cuadro A 3). Bajo el efecto conjunto de la aceleración del ritmo de crecimiento de los gastos sanitarios y del menor crecimiento de la actividad económica, el peso del gasto sanitario se ha intensificado, pasando del 7,8 % al 8,5% del PIB, como media, entre 1997 y 2002. Una situación muy diferente a la del período 1992-1997, en el que el peso del gasto sanitario con relación al PIB permaneció prácticamente estable (OECD Health Data 2005). En España, en esa década, el gasto sanitario se ha ajustado a la pauta presupuestaria de la Administración en conjunto

y no ha sido un componente de tensión del gasto público (se ha mantenido prácticamente inalterado a lo largo de la década en el 5,4% del PIB). La política salarial de moderación y la escasa participación del gasto en inversión han sido la clave del control del gasto.

Respecto a la equidad, la comparación interterritorial es probablemente insuficiente, debiendo también abordarse las desigualdades intraterritoriales en la salud y en el acceso a los servicios sanitarios. El análisis de la evolución de la esperanza de vida al nacer y la tasa de mortalidad infantil a nivel provincial entre 1975-2000, lejos de haber alcanzado una convergencia, muestra una mayor dispersión al final del período. Cuando se analizan áreas pequeñas en España se observan claras desigualdades en la esperanza de vida y en el riesgo de mortalidad. A este respecto, existen ejemplos recientes de políticas de equidad que persiguen corregir desigualdades de salud evitables, como el Reino Unido, que ha reorientado su política en este sentido tras constatar la persistencia de las mismas después de más de 25 años de aplicar fórmulas de reparto financiero con ajustes poblacionales según necesidad relativa. El Fondo creado con este fin (*the Health Inequalities Adjustment*) utiliza como base de reparto una variable tan sencilla de calcular como el Índice de Años de Vida Perdidos por determinadas causas de mortalidad consideradas prioritarias en su plan estratégico.

También se observan diferencias provinciales en la utilización de los servicios sanitarios, más influidas por la oferta existente que por diferencias en el estado de salud

(Benach et al, 2004). A este fin, existen también ejemplos de política de financiación condicionada a la satisfacción de objetivos específicos, como la canadiense, donde se ha creado en 2004 una nueva transferencia específica (*Health Reform Transfer*), que durante 5 años ofrecerá apoyo financiero a las provincias para llevar a cabo reformas en el ámbito de la atención primaria, atención domiciliaria y otras áreas (Health Canada, 2005). Una posible propuesta para España sería la creación de un Fondo de Igualdad del Sistema Nacional de Salud gestionado centralmente con participación de las CCAA, de financiación condicionada para mejorar la equidad y la cohesión del sistema.

II.- El acuerdo de revisión del modelo en septiembre de 2005

Con la intención de paliar los problemas financieros más acuciantes y de sentar las bases para la revisión en 2007 del modelo vigente, el Consejo de Política Fiscal y Financiera, en su reunión celebrada el 13 de Septiembre de 2005, aprobó las medidas de mejora de la financiación sanitaria consensuadas en la II Conferencia de Presidentes, y que supondrán una mejora de los recursos que reciben las CCAA con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, de 1.677 millones de euros cada año, más otros 1.365 millones de euros que recibirán, con dos años de antelación, de la liquidación del Sistema de Financiación, ya a partir de 2005.

Cuadro 1

Nueva financiación sanitaria	
(acuerdo del CPFF de 13 de septiembre de 2005)	
	Millones de euros.
Transferencia a las CCAA	500,0
Plan de Calidad e Igualdad del SNS	50,0
Fondo de Cohesión Sanitaria	45,0
Insularidad	55,0
Fondo de Garantía	500,0
Convenios de asistencia a pacientes extranjeros	200,0
Atención de accidentes laborales no cubiertos por mutuas	100,0
Incremento imposición indirecta en tributos sobre alcohol y tabaco	227,0
TOTAL APORTACIÓN DEL ESTADO SIN ANTICIPOS	1.677,0

Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda (2005)

Eso supone, en la práctica, que las CCAA tendrán casi 4.400 millones de euros adicionales en los 15 meses siguientes al acuerdo: 1.677 millones con cargo a los PGE en 2006; 1.365 millones de anticipos en 2005 y otros 1.365 millones en 2006.

Este aumento de recursos procedentes del Estado, podría incrementarse hasta un 40%, si las CCAA hiciesen uso de su capacidad normativa, que, de nuevo, se ve ampliada en los siguientes términos:

- Posibilidad de duplicar la capacidad normativa de las CCAA en el Impuesto sobre ventas minoristas de determinados hidrocarburos, de los 24€ por mil litros actuales hasta los 48€ por mil litros.

- Posibilidad de establecer un recargo de hasta 2 puntos en el Impuesto sobre la Electricidad, cuyo tipo pasaría del 4,864% al 6,864 %.

Los criterios de reparto de cada uno de los fondos estatales, así como, en los casos en los que es posible su territorialización son los siguientes:

- La transferencia a las CCAA de 500 millones de euros en 2006 y de 600 millones en 2007 se repartirá siguiendo los criterios establecidos en la Ley de Financiación autonómica de 2001: población protegida (75 %), población mayor de 65 años (24,5%) e insularidad (0,5%), actualizando los datos de población al año 2004. La aportación a Ceuta y Melilla se realizará con criterios idénticos a los aplicados al resto de CCAA. Los resultados de este reparto pueden observarse en el cuadro nº 4

Cuadro 2

Reparto de la transferencia directa a las CCAA	
	Millones de euros.
Andalucía	91,1
Aragón	16,2
Asturias	14,5
Baleares	12,0
Canarias	24,0
Cantabria	7,1
C. León	33,0
C. Mancha	23,7
Cataluña	85,8
C. Valenciana	56,1
Extremadura	13,6
Galicia	36,1
Madrid	68,0
Murcia	15,2
La Rioja	3,7

Fuente: Ministerio de Economía (2005)

- La aportación a Baleares y Canarias por insularidad se realizará teniendo en cuenta el incremento de la población experimentado entre 1999 y 2003; el aumento de financiación experimentado entre 1999 y 2002, y la población protegida en 2003.

- La mejora en el sistema de entregas a cuenta en 2005 y 2006, que pasarán del 98 al 100%, se repartirá con los mismos criterios que según la ley vigente se han venido aplicando para el pago de los anticipos. (Ver cuadro nº 5).

Cuadro 3

Anticipos a cuenta		
	Millones de euros.	
	2005	2006
Andalucía	274,7	274,7
Aragón	46,6	46,6
Asturias	41,2	41,2
Baleares	30,7	30,7
Canarias	66,2	66,2
Cantabria	23,5	23,5
C. León	100,2	100,2
C. Mancha	69,8	69,8
Cataluña	214,2	214,2
C. Valenciana	131,7	131,7
Extremadura	47,5	47,5
Galicia	109,6	109,6
Madrid	157,4	157,4
Murcia	40,0	40,0
La Rioja	12,3	12,3

Fuente: Ministerio de Economía (2005)

- El Fondo específico de garantía sanitaria dotado con 500 millones de euros, que se distribuirá con el criterio establecido por la Ley de 2001 para la garantía de financiación sanitaria y que se destinará a garantizar a las CCAA que sus recursos para financiación sanitaria crecerán al mismo ritmo que el PIB nominal nacional.

- El Fondo de 200 millones para compensar la asistencia a residentes extranjeros se repartirá en función de los documentos E-21 que acredite cada comunidad autónoma (documento acreditativo en la UE del derecho a la asistencia sanitaria en otro Estado miembro).

- El Fondo de 100 millones para compensar por la atención por accidentes de trabajo no cubiertos por las mutuas se instrumentará mediante una disposición adicional en los Presupuestos de 2006, según la cual la Tesorería de la Seguridad Social abonará a las CCAA, con cuyos servicios públicos de salud tenga suscritos convenios, las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a los afiliados a la Seguridad Social.

- En cuanto al Plan de Calidad dotado con 50 millones de euros, será gestionado por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

- Para el reparto de los 45 millones adicionales destinados al Fondo de Cohesión Sanitaria, que también gestiona el Ministerio de Sanidad y Consumo, se modificará el Decreto 1247/2002 ampliando considerablemente los supuestos que actualmente cubre este fondo.
- Por último, para el reparto de los 227 millones derivados de la subida de los impuestos indirectos sobre el alcohol y el tabaco se utilizarán los criterios de la Ley de 2001 que prevé la aplicación de los índices de consumo de estos productos en cada Comunidad Autónoma para determinar la recaudación atribuible a cada comunidad y transferirle el 40%.

El acuerdo también ha indicado un conjunto de medidas orientadas al control y racionalización del gasto, así como a la cohesión del Sistema Nacional de Salud (SNS), entre las que destacan:

- Definir la Cartera Básica de Servicios prestados por el Sistema Nacional de Sanidad (SNS). Actualmente, ya se ha elaborado una propuesta.
- Desarrollar la atención primaria y la atención domiciliaria
- Mejorar los sistemas de compras de productos sanitarios y la eficiencia en la prestación farmacéutica.
- Mejorar de forma sustancial los canales y sistemas de información a los pacientes.

II. 1.- Valoración del Acuerdo²

El primer rasgo destacable del nuevo Acuerdo aprobado en el Consejo de Política Fiscal y Financiera el 13 de septiembre de 2005, es que se trata de un acuerdo estrictamente financiero, en el que se ha aprobado y aceptado la aportación con la que el Estado va a contribuir a la financiación de la asistencia sanitaria. Sería recomendable que en el mismo se hubiesen acordado, con el consenso necesario del Estado y de las CCAA, determinadas medidas destinadas a la racionalización del gasto sanitario.

Un segundo rasgo a destacar es que el peso del mismo es exclusivo del Estado. La asistencia sanitaria es una competencia asumida por la totalidad de CCAA que, en este sentido, se han limitado a aceptar las cantidades propuestas por el Estado. No se ha derivado ningún compromiso por parte de las regiones.

El ejercicio de la corresponsabilidad fiscal por parte de las CCAA ha sido, y parece seguir siendo, muy limitado hasta

este momento, centrándose el ejercicio de las competencias normativas en la concesión de deducciones.

Un tercer rasgo significativo del Acuerdo es la estructura del mismo en distintas aportaciones finalistas que pretenden resolver algunos de los problemas concretos de la financiación de la asistencia sanitaria:

- En primer lugar, destaca la aportación de un fondo finalista que se distribuirá con el criterio establecido por la Ley 21/2001 para la garantía de financiación sanitaria y que se destinará a garantizar a las CCAA que sus recursos para financiación sanitaria crecerán al mismo ritmo que el PIB nominal nacional. Mantener esta garantía es un rasgo positivo para la suficiencia del modelo, dado que el importe de la garantía a percibir por cada CCAA varía sustancialmente dependiendo de que se tenga en consideración lo establecido en la Ley 21/2001 o el procedimiento reglado en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

- En segundo lugar, destacan las aportaciones del fondo para compensar la asistencia sanitaria a residentes extranjeros, el Plan de Calidad y las aportaciones del fondo destinado a la compensación económica por la atención sanitaria por accidentes de trabajo no cubiertos por las mutuas. Este último fondo supone una inyección adicional de recursos, puesto que cuando el riesgo era cubierto directamente por el INSS, al no disponer éste de medios propios para la asistencia sanitaria, el servicio se prestaba por los correspondientes Servicios de Salud de las CCAA, sin contraprestación alguna.

- En tercer lugar, destaca la dotación del Fondo de Cohesión Sanitaria, ya que uno de los objetivos de este Fondo es la compensación económica por la asistencia sanitaria a pacientes desplazados, que ha adolecido de los problemas ya enumerados.

El cuarto rasgo significativo del Acuerdo, es la aprobación del cumplimiento íntegro del sistema de entregas a cuenta. Una de las características evidentes del gasto sanitario es el abrumador predominio que dentro del mismo tienen los gastos de naturaleza corriente, cuyos pagos han de atenderse en un plazo temporal muy corto.

Esta característica es poco compatible con un sistema de entregas a cuenta del 98 % de los fondos previstos para cada ejercicio, y en el que la liquidación definitiva se percibe por las CCAA con una demora de entre 22 y 34 meses desde el momento en que se realizaron los gastos.

Por último, un quinto rasgo significativo del Acuerdo, es la propuesta de revisión completa del sistema de financiación de la sanidad para el año 2007. La búsqueda estabilidad de los modelos de financiación sanitaria parece no encontrarse, por la propia dinámica del sistema y por la ausencia, en los que han existido, de mecanismos efecti-

² Este apartado ha sido elaborado en colaboración con José Sánchez Maldonado

vos de ajuste ante cambios en las variables determinantes de las necesidades.

Por lo tanto, estamos ante un acuerdo cuya característica esencial es que supone una inyección de recursos necesarios para el sistema. La responsabilidad del mismo ha recaído en exclusiva en el Estado, siendo deseable que las CCAA avanzasen, en el futuro, en un mayor cumplimiento del principio de corresponsabilidad fiscal. Esto contribuiría a rebajar los problemas de suficiencia del sistema.

III.- Evolución futura de las necesidades de gasto sanitario

Para que el sistema de financiación pueda abordar los problemas de suficiencia, es importante conocer los factores de crecimiento actual del gasto sanitario regional distinguiendo los exógenos, principalmente los relacionados con la demografía y la salud y los precios de los productos farmacéuticos, de los endógenos, resultado de las decisiones de las CCAA, como la revisión de las líneas retributivas o la introducción de nuevas prestaciones. No hay que olvidar que el sistema de financiación opera como un acuerdo ex – ante que no garantiza iguales resultados ex – post, una vez adoptadas las decisiones descentralizadas de los agentes. Al riesgo financiero que asumen las CCAA por la corresponsabilidad fiscal se une también la incertidumbre en los resultados de la gestión. Con ser importante el problema de la financiación, éste parece ser secundario al del gasto sanitario. Lograr la eficiencia en la asignación de recursos sanitarios es quizá la tarea más importante a la que se enfrentan las CCAA.

El actual modelo de financiación autonómica de la sanidad, incluso con los cambios derivados del acuerdo del CFFF sigue presentado al menos tres problemas fundamentales: una definición arbitraria del criterio de necesidad, insuficiencia de los mecanismos de nivelación de servicios que garanticen un mínimo de igualdad, e insuficiencia de los mecanismos diseñados para una coordinación efectiva de políticas sanitarias en el Sistema Nacional de Salud.

Cualquier planteamiento financiero a largo plazo para la sanidad pública en España ha de tener en consideración la situación de partida del sistema sanitario y las perspectivas futuras de crecimiento.

Algunas notas caracterizadoras de la evolución reciente del gasto sanitario en España en la última década: El gasto sanitario se ha ajustado a la pauta presupuestaria de la Administración en conjunto y no ha sido un componente de tensión del gasto público. La política salarial de moderación ha sido una pieza clave del control del gasto. Esa política a largo plazo puede generar problemas de des-

contento y desincentivación de la mano de obra, principal factor de la producción de servicios sanitarios. En general, el mantenimiento de una política de austeridad en el conjunto del gasto público en función de la ortodoxia presupuestaria durante un número prolongado de años pudiera estar pesando como una losa en el gasto sanitario. La inversión pierde participación en el gasto de manera progresiva y notable.

Estas características permiten prever una época de tensiones notables en el sistema que sugieren un abordaje integral de los problemas de personal y de obsolescencia física del equipo capital, atendiendo a su vez a las presiones de la demanda y a los factores que harán plantear la incorporación de nuevos recursos financieros a la sanidad pública.

¿Cuáles serán los factores que harán crecer el gasto en las próximas 2 décadas? Las influencias sobre la necesidad de nuevos recursos pueden provenir de (Wanless, 2002): Exigencias impuestas por la mejora de la *calidad* (tiempos de espera, tratamientos específicos garantizados, seguridad de las intervenciones...); *Expectativas* cambiantes (capacidad de elección, mayor utilización de los servicios); *Avances tecnológicos* (genética, medicamentos, maquinaria), ámbito de elevada incertidumbre; *Precios*, incluidos los costes de personal especializado con posibles novedades de dedicación (exclusividad, nuevos horarios), compromisos de calidad y carrera profesional; Mejoras en la *productividad*: Tecnologías de información y comunicación, mejoras en la gestión, cambios en la utilización de recursos hospitalarios por pacientes crónicos; Renovación de las *infraestructuras* sanitarias, de acuerdo con las exigencias de la demanda (habitación individual, nuevos edificios); Mayor implicación de los *individuos* con su salud; Aumento de la esperanza de vida; Mayor *utilización* de servicios sanitarios que son capaces de dar respuesta con tecnología avanzada a necesidades, de manera más eficiente.

En este contexto, las previsiones de crecimiento del sector sanitario pueden ajustarse a escenarios diversos. Podrían resumirse en tres los escenarios para la sanidad española.

- Escenario *continuista*. Un escenario consistente en mantener un crecimiento reducido pero constante, de acuerdo con el crecimiento del gasto total del presupuesto público y, en última instancia, con el crecimiento de la economía española. Es el escenario del sistema de financiación actual vigente desde 2002.
- Escenario *revisado*. Un escenario más dinámico que incorpora al escenario continuista los nuevos compromisos de la reflexión estratégica, concretada en los planes de Salud, Planes Estratégicos,

Planes de Calidad, Acuerdos Socio sanitarios, y Atención a la Dependencia.

- Escenario *de convergencia europea*. Un escenario que contempla una relevante expansión del gasto sanitario dirigido a asegurar unos niveles de protección social cercanos a la media europea. Un escenario expansivo como éste requiere estimar un crecimiento del sector en términos reales notablemente superior al previsto en los acuerdos vigentes de financiación sanitaria.

La elección del escenario es importante para definir un modelo estable de financiación. Pero, además, la financiación sanitaria ha de encontrar un marco fiscal y presupuestario coherente, compatible con el programa económico a medio y largo plazo del Estado, hoy definido por el programa de estabilidad a medio plazo entre ingresos y gastos públicos para el conjunto de las Administraciones Públicas. Esto puede suponer una restricción notable al crecimiento del gasto sanitario.

IV.- Conclusión

En nuestra opinión, la revisión del sistema de financiación debería mantener sus líneas básicas e introducir mejoras en la estimación del gasto normativo de referencia mediante una más precisa estimación de la necesidad relativa. Esta no es una cuestión menor, y no existen referencias comparadas claras, tratándose de juicios de valor sobre las variables que mejor expresan la necesidad sanitaria. Nuestros modelos concluyen que la población no ajustada pudiera ser la variable de necesidad. En todo caso, las estimaciones deberían tomar como referencia el gasto real. Habría que introducir algunas transferencias condicionadas instrumentadas a través del Fondo de Cohesión Sanitaria y considerar la creación de un Fondo de Igualdad del Sistema Nacional de Salud, de carácter estatal, cuyos recursos se utilizarían para financiar políticas de salud orientadas a la corrección de desigualdades mediante programas definidos y evaluables. Por último, habría que establecer, además, garantías de evolución dinámica del

sistema. Estas ideas podrían desarrollarse para nutrir la propuesta de revisión completa del sistema de financiación de la sanidad prevista para el año 2007.

Abordar estas cuestiones, sin embargo, no es tarea exclusiva del sistema de financiación. Las reformas del marco institucional y las reformas en la gestión han de acompañar a los cambios en el sistema de financiación. En un entorno descentralizado, corresponde tanto a las CCAA como a la Administración Central del Estado garantizar la suficiencia y la equidad y lograr la cohesión del Sistema Nacional de Salud.

Referencias

Benach J, Y Yasui, J M Martínez, C Borrell, MI Pasarín, A Daponte. The geography of the highest mortality areas in Spain: a striking cluster in the southwestern region of the country. *Occup Environ Med* 2004;61:280–281.

Cabasés JM (2002). La financiación sanitaria en el sistema nacional de salud descentralizado. *Derecho y Salud*, Vol. 10, Núm. 1, Enero-Junio 2002, pp 29 – 37.

Cabasés JM (coord.) (2006). Análisis y valoración del impacto del nuevo modelo de financiación autonómica del subsistema sanitario. Fundación BBVA. Madrid

Hauck K, R Shaw and PC Smith (2002). Reducing avoidable inequalities in health: a new criterion for setting health care capitation payments, *Health Economics*, 11, nº 8, p. 667-677.

Health Canada (2005): Health Care Renewal. <http://www.fin.gc.ca/FEDPROV/chte.html>

OECD Health Data 2005: Statistics and Indicators for 30 Countries. <http://www.oecd.org>

Sheldon TA and PC Smith (2000): Equity in the allocation of health care resources, *Health Economics*, 9, p. 571-574.

Wanless D (2002). *Securing our future health: taking a long-term view*. Final Report. April 2002. HM Treasury. London.

Anexo

Cuadro A 1

Gasto sanitario por persona protegida					
	Euros				
	1999	2000	2001	2002	2003
Andalucía	680	766	791	837	903
Aragón	776	824	899	955	1.069
Asturias	757	810	872	946	1.061
Baleares	614	637	677	800	908
Canarias	770	820	840	910	999
Cantabria	773	833	921	1.014	1.073
C. León	726	787	840	898	1.029
C. Mancha	675	721	774	879	936
Cataluña	722	777	817	869	958
C. Valenciana	689	750	790	846	934
Extremadura	725	786	826	949	1.026
Galicia	754	797	864	902	980
Madrid	725	752	788	815	863
Murcia	709	768	806	861	951
La Rioja	720	791	834	910	994

Fuente: Informe Grupo de Trabajo sobre Gasto sanitario. IGAE.

Cuadro A 2

Evolución de la población			
Población CCAA	1999	2004	% Variación
Andalucía	7.305.117	7.687.518	5,23
Aragón	1.186.849	1.249.584	5,29
Asturias	1.084.314	1.073.761	-0,97
Baleares	821.820	955.045	16,21
Canarias	1.672.689	1.915.540	14,52
Cantabria	528.478	554.784	4,98
C. León	2.488.062	2.493.918	0,24
C. Mancha	1.726.199	1.848.881	7,11
Cataluña	6.207.533	6.813.319	9,76
C. Valenciana	4.066.474	4.543.304	11,73
Extremadura	1.073.574	1.075.286	0,16
Galicia	2.730.337	2.750.985	0,76
Madrid	5.145.325	5.804.829	12,82
Murcia	1.131.128	1.294.694	14,46
La Rioja	265.178	293.553	10,70
CCAA régimen común	37.433.077	40.355.001	7,80

Fuente: INE.

Cuadro A 3

Gasto sanitario comparado. Año 2002			
Países	Gasto sanitario per cápita (1)	Gasto sanitario como % PIB	Gasto sanitario público como % PIB
UE-15			
Alemania	2.817	10,9	8,6
Austria	2.220	7,7	5,4
Bélgica	2.515	9,1	6,5
Dinamarca	2.580	8,8	7,3
España	1.646	7,6	5,4
Finlandia	1.943	7,3	5,5
Francia	2.736	9,7	7,4
Grecia	1.814	9,5	5
Irlanda	2.367	7,3	5,5
Italia	2.166	8,5	6,4
Luxemburgo	3.065	6,2	5,3
Países Bajos	2.643	9,1	n.d.
Portugal	1.702	9,3	6,5
Reino Unido	2.160	7,7	6,4
Suecia	2.517	9,2	7,9
EE. UU.	5.267	14,6	6,6

(1) Gasto sanitario per cápita en paridades de poder de compra (PPC EE UU \$)
 Fuente: *OECD Health Data 2004*.

EL MODELO SOCIAL INSTAURADO POR LA CONSTITUCIÓN EUROPEA: UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA¹

Dr. iur. Werner Miguel Kühn
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tabla de contenido. I. Introducción. II. La dimensión social de la integración. 1. La integración y los desafíos en materia de salud pública. 2. La integración y el concepto clásico del Estado de bienestar. III. Aspectos sociales en la Constitución Europea. 1. Los valores y objetivos de la Unión Europea. 2. Los derechos fundamentales en la Unión Europea. 3. Las competencias de la Unión Europea en materia de salud pública. a) Las bases jurídicas de la Unión Europea. b) La base jurídica central y la evolución de la política sanitaria comunitaria. aa) Tratado de Maastricht. bb) Tratado de Amsterdam/Niza. cc) el tratado de la Constitución Europea. c) La incorporación al tratado del método abierto de coordinación. d) Las cláusulas horizontales. 4. El derecho a la protección de la salud. a) Las dificultades para su realización. b) La legislación comunitaria. c) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia. aa) Las sentencias *Kohll* y *Decker*. bb) La sentencia *Smits* y *Peerbooms*, cc) La sentencia *Vanbraekel*. dd) La sentencia *Leichtle*. IV. Conclusiones

I. Introducción

Más de cincuenta años después de su inicio, el proceso de integración europeo acaba de ingresar posiblemente a la fase más decisiva de su historia, al hallarse la Unión Europea ante el interrogante de como definirse a sí misma no solamente ante el mundo y a sus Estados miembros, sino igualmente ante sus ciudadanos. La Unión Europea ha optado por hacer frente a este desafío mediante la adopción de la llamada Constitución Europea, según la cuál se regirán en primer lugar las competencias de una Unión Europea ampliada, compuesta hoy en día de veinticinco Estados miembros.

El proceso de ratificación del "Tratado por el que se instituye una Constitución Europea" actualmente en marcha someterá a la aprobación de los pueblos de Europa un documento en el que se declara de manera solemne en nombre de los 457 millones de ciudadanos la voluntad de

forjar un destino común, en unidad, compartiendo valores y objetivos comunes. Dejando de lado las diferencias evidentes que puedan existir desde un punto de vista formal entre la constitución de un Estado y este Tratado², se puede constatar que la Constitución Europea se basa al igual que en la teoría general del Estado³ de un concepto de comunidad de destino para legitimar la creación de una corporación territorial dotada de poderes soberanos⁴.

El proceso de ratificación tiene como objetivo dotar a la construcción europea de un cierto grado de legitimación

² V. CONSTANTINESCO, "Valeurs et contenu de la Constitution Européenne", en: *Uma Constituição para a Europa*, Coimbra 2004, p. 161 y ss.

³ R. ZIPPELIUS, *Allgemeine Staatslehre / Politikwissenschaft*, 14. edición, Munich 2003, p. 84.

⁴ En su discurso dado en Bruselas el 23 de julio de 2002 con motivo de la conmemoración del Tratado CECA, el antiguo Presidente de la Comisión Europea *Romano Prodi* calificó las diferentes etapas de la integración europea como manifestaciones de la voluntad de los Estados miembros de la Unión Europea de orientar hacia "un destino compartido en adelante" haciendo para esto referencia al preámbulo del Tratado CECA que fijaba precisamente esto como objetivo del proceso de integración. El término de "comunidad de paz y de destino" fue expresamente empleado por el Presidente de Gobierno de Baviera (Alemania) *Edmund Stoiber* en un discurso dado el 8 de noviembre de 2001 en el marco de la serie de conferencias «Forum Constitutionis Europae» organizadas por el Departamento de Derecho constitucional europeo Walter Hallstein de la Universidad Humboldt de Berlín.

¹ Quisiera expresar mi más sincero agradecimiento a *Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*, Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por su inestimable apoyo en la realización de este artículo. Sus valiosas sugerencias, así como el continuo intercambio de ideas y opiniones con una persona de conocimiento tan profundo del Derecho como él, han sido de gran utilidad para llevar a cabo el presente análisis acerca del Derecho sanitario de la Comunidad Europea.

democrática invitando al ciudadano de la Unión Europea a manifestar su opinión respecto al futuro de Europa. El éxito de este proceso dependerá en gran manera de la capacidad de identificación de la ciudadanía con el modelo social representado por el proyecto de Constitución. Mucho antes de que se concibiera la idea de una constitución para Europa, ya líderes políticos a nivel europeo y nacional, representantes de los distintos grupos sociales, así como expertos en diversas disciplinas, coincidían en la existencia de un modelo social arraigado en Europa occidental con unos rasgos diferenciados y comunes en todos sus países. Este modelo se basa en la aplicación de una economía de mercado provista de un elemento social correctivo que comprende los principios de eficiencia, libertad, igualdad, justicia social y solidaridad⁵.

El objetivo del presente estudio será identificar el modelo de sociedad que encarna la futura Constitución Europea, haciendo enfoque en un aspecto central de la política social de la Unión Europea, como es el de la protección de la salud pública⁶. Necesariamente deberá limitarse a un análisis abstracto, absteniéndose de tomar conclusiones definitivas, debido principalmente a que recién será posible juzgar el alcance jurídico de sus disposiciones al cabo de unos años tras su implementación, asumiéndose naturalmente que el proyecto de Constitución en su versión actual entrará en vigor.

II. La dimensión social de la integración

1. La integración y los desafíos en materia de la salud pública

El proceso de integración dentro de la Unión Europea obedece al principio funcionalista, según el cual los Estados miembros reunidos en esta plataforma institucional adoptan medidas de cooperación en diversas políticas conforme a sus necesidades comunes, avanzando de este modo hacia etapas cada vez mayores de integración⁷.

⁵ A. EUZÉBY, "Modèle social européen: des défis à relever!", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 488, mayo 2005, p. 289. J. MERTENS DE WILMARS/H. NYSSSENS, "Intégration Européenne et correction des mécanismes du marché – Un modèle économique et social européen", en: *Philosophie du droit et droit économique, mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, París 1999, p. 579.

⁶ Tradicionalmente a nivel nacional la política sanitaria y los sistemas de salud son considerados como una materia central de la política social. Salud, además de seguridad social, vivienda, trabajo social y educación, es uno de los cinco principales servicios sociales. Véase T. K. HERVEY, "Mapping the Contours of European Union Health Law and Policy", en *European Public Law*, volumen 8, tomo 1, p. 70.

⁷ G. VANDERSANDEN, "Considérations juridiques relatives à l'élaboration d'une théorie de l'intégration européenne", en: *Les Communautés Européennes en fonctionnement*, Bruselas 1981, p. 521 y ss.

Intereses económicos, pero también la necesidad de reaccionar frente a riesgos para el conjunto de Estados y sus sociedades fueron algunos de los motivos que llevaron a los Estados miembros a forjar lazos cada vez más estrechos de cooperación. Si bien en un inicio eran los objetivos económicos los que se encontraban en un primer plano, fue evidente que las medidas adoptadas por la en aquel entonces llamada Comunidad Económica Europea tendrían un impacto en áreas cada vez mayores de la vida económica, social y política y por lo tanto se requeriría de una cooperación en otras materias estrechamente relacionadas a las que conforme a los Tratados se encontraban en la competencia de la Comunidad. Tal es el caso de la política sanitaria, considerada tradicionalmente en el Derecho internacional y constitucional como una materia de política nacional⁸.

Reflejo de las tradiciones y valores de las sociedades de los Estados miembros, los sistemas sociales nacionales empezaron a ser objeto de serios ajustes a medida que se consolidaba el mercado común europeo. La necesidad de asegurar el bienestar social de los trabajadores migrantes y de sus familiares, los cuales disfrutarían en adelante de la libertad de circulación y establecimiento en todo el territorio de la Unión Europea, hizo indispensable que se aprobaran normas para la protección de su salud. Las normas adoptadas por la Comunidad fueron el Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad⁹ y el Reglamento (CEE) n° 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n° 1408/71¹⁰. Cabe subrayar en este contexto que la aprobación de estas normas comunitarias respondía a la finalidad de conseguir una auténtica libre circulación de los trabajadores¹¹. La política social nació de la convicción de la Comunidad y sus Estados miembros de que la conformación de un mercado integrado laboral no sería posible a largo plazo si se dejase de regular aspectos tan importantes para la vida de los trabajadores migrantes y sus familiares como las prestaciones de vejez, de supervivencia, de accidente de trabajo y enfermedad profesional, subsidios de defunción, prestaciones de desempleo y de enfermedad.

⁸ T. K. HERVEY/J. V. McHALE, *Health Law and the European Union*, Cambridge 2004, p. 69.

⁹ Diario Oficial de las Comunidades Europeas n° L 149 de 05/07/1971 p. 2 – 50.

¹⁰ Diario Oficial L 074 de 27/03/1972 p. 1 – 83.

¹¹ S. MICHALOWSKI, "Health Care Law", en: *The European Charter of Fundamental Rights*, Oxford 2004, p. 290.

Al mismo tiempo llegó a tomarse conciencia de que factores de riesgo para la salud humana no se detienen ante las fronteras nacionales y que por lo tanto solo se les podía hacer frente mediante la introducción de estándares comunes de protección a nivel supranacional¹². Amenazas como la propagación de epidemias, el abuso de las drogas y el terrorismo por medio de agentes químicos y biológicos son de dimensión global y por lo tanto solo pueden ser combatidas de manera eficaz por una entidad capaz de coordinar la cooperación internacional. Por otra parte, la Unión Europea está hoy llamada a enfrentar igualmente los efectos de un fenómeno demográfico presente en casi la totalidad de sus Estados miembros que es el proceso de envejecimiento de la población europea¹³. Las expectativas de vida cada vez mayores de la población, asimismo que el coste de las nuevas tecnologías médicas someterán a largo plazo a los sistemas nacionales de seguridad social a fuertes presiones financieras que podrían estremecer los pilares del Estado social, particularmente en el ámbito de la salud¹⁴. El proceso evolutivo que el sistema de integración europeo sufrió en el curso de su historia tuvo como consecuencia una distribución gradual de competencias entre la Comunidad y sus Estados miembros. Es así que lejos de continuar siendo una competencia exclusiva de los Estados, esta nueva repartición de competencias hace hoy en día posible que en determinados casos la responsabilidad en materia de salud se encuentre en manos de los órganos comunitarios o sea objeto de una compleja interacción entre las autoridades nacionales y supranacionales.

¹² T. K. HERVEY/J. V. McHALE, obra citada, p. 391.

¹³ Según el antiguo Comisario responsable de la protección de la salud y del consumidor *David Byrne*, "[achieving good health] also means successfully tackling important challenges currently facing the European Union. These challenges include ageing-related conditions, high levels of lifestyle related diseases linked for example with obesity or tobacco consumption, a resurgence of serious communicable diseases, such as HIV/AIDS and the threat of new diseases such as SARS". *Enabling Good Health For All – A reflection process for a new EU health strategy*, Comisión Europea, Comunidades Europeas 2004, p. 5.

¹⁴ Con respecto al impacto de esta evolución en los sistemas de asistencia sanitaria y de cuidados de larga duración, el principal efecto del envejecimiento de la población estará relacionado con el aumento de personas mayores que necesitarán cuidados en las próximas décadas. De manera general, las personas mayores necesitan en efecto más cuidados sanitarios que las personas de los grupos de mayor actividad debido a la mayor incidencia de las enfermedades graves. Los perfiles de edad del gasto público en asistencia sanitaria y cuidados de larga duración muestran que los gastos son claramente más altos para los grupos de mayor edad que para los grupos de edad más jóvenes. Los sistemas de asistencia sanitaria deberán adaptarse también a los diferentes tipos de enfermedad relacionados con el perfil de edad de los pacientes -las enfermedades relacionadas con la edad serán probablemente más frecuentes-. En materia de cuidados de larga duración, las demandas de cuidados de las personas mayores, por ejemplo la ayuda para realizar las tareas cotidianas, están relacionadas a menudo más con una discapacidad derivada de la vejez que con una enfermedad (Comunicación COM (2002) 774, de 3 enero de 2002, propuesta de Informe conjunto sobre asistencia sanitaria y atención a las personas mayores y apoyo de las estrategias nacionales para garantizar un alto nivel de protección social).

2. La integración y el concepto clásico del Estado de bienestar

Una de las mayores dificultades al estudiar la dimensión social de la Unión Europea reside en encontrar una definición satisfactoria para el un tanto difuso y vago concepto de política social, especialmente en lo que respecta a su aplicación a escala supranacional. A nivel nacional la política social se asocia generalmente al Estado de bienestar (el denominado "*welfare state*" en los países anglosajones), un concepto desarrollado más distintivamente durante la época de post-guerra en las economías de mercado liberales de Europa occidental y del norte – posteriormente con mayor énfasis también en el sur del continente a medida que estos países experimentaban una transformación de un punto de vista político y económico¹⁵. Las diversas tareas que estos Estados han venido asumiendo paulatinamente como la proporción de ayuda financiera a los discapacitados, la garantía de la igualdad entre los ciudadanos y la proporción de vivienda pública dan muestra de la integración de un claro elemento social destinado a corregir ciertos efectos perjudiciales de la economía de mercado. Generalmente se ofrecen diversas razones para justificar tal intervención estatal, entre las cuales figuran los ya mencionados principios de eficiencia, de igualdad o justicia social y de solidaridad. Independientemente de donde y por qué se articule una política social, el concepto clásico del Estado de bienestar exige la existencia de una autoridad gubernamental responsable, democráticamente electa por la ciudadanía y dotada de los poderes necesarios para crear y recaudar impuestos, así como para gastar y distribuir los recursos¹⁶. Por otra parte, el concepto de Estado de bienestar a nivel nacional se caracteriza por ser inevitablemente restrictivo al proveer determinados beneficios – apoyo financiero, pensiones, vivienda – dependiendo del estatus de residencia e incluso de la posesión formal de la ciudadanía del respectivo Estado. Resulta indudable que dichos criterios difícilmente podrían ser directamente aplicados al modelo de integración supranacional debido a que los orígenes de la política social se encuentran en el Estado nación.

La disolución gradual de los límites del Estado de bienestar nacional dentro de los Estados miembros de la Unión Europea fue una consecuencia de la integración europea y de las exigencias de sus Tratados fundacionales, entre las

¹⁵ G. BRONZINI, "La Carta dei diritti e il modello sociale europeo", en: *Una Costituzione per l'Europa – Potenzialità e limiti del nuovo ordinamento dell'Unione*, Roma 2004, p. 41; J. PUNZÓN MORALED A/F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, "The Welfare State Utopia: A new approach", en: *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, Año XIII (2003), n°6, p. 1392.

¹⁶ B. SCHULTE, "The Welfare State and European Integration", en: *European Journal of Social Security*, Tomo 1 (1999), p. 8.

cuales figura la garantía legal de igual tratamiento y la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad. En este contexto debe considerarse decisivo el papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la defensa de los derechos de los ciudadanos provenientes de un Estado miembro a percibir prestaciones previstas por el régimen de protección a la salud de otro Estado miembro, sometiendo, no obstante, al mismo tiempo a los sistemas de bienestar y promoción social a presiones financieras potencialmente severas¹⁷. El símbolo más claro de este avance hacia un tratamiento por igual es el concepto del ciudadano de la Unión Europea que permite a los ciudadanos de todos los Estados miembros beneficiarse bajo determinadas condiciones de derechos otorgados por los sistemas de seguridad social de otros Estados miembros. Según el Tribunal de Justicia, la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros¹⁸. El concepto de ciudadano de la Unión ha tenido como consecuencia la supresión de la diferencia fundamental existente entre el Estado nación y la organización supranacional que reside precisamente en la ausencia, en el caso de esta última, de una comunidad humana, sometida a un poder soberano¹⁹, lo que ha permitido así el desarrollo de una política social *sui generis*, cuyos principios básicos están plasmados hoy en día en la Carta comunitaria de los derechos sociales de 1989 y en la Constitución Europea, como se verá más adelante. El desarrollo de este concepto de ciudadanía de la Unión Europea puede considerarse al mismo tiempo como la más clara manifestación de la conformación de una comunidad de destino a nivel supranacional.

III. Aspectos sociales en la Constitución Europea

A pesar del llamado por parte de numerosas organizaciones profesionales y agrupaciones civiles durante la fase de

negociación y de redacción de la Constitución Europea a elevar a la salud pública a la categoría de objetivo constitucional, ésta no figura entre los objetivos de la Unión enumerados en el artículo I-3. Esto permitiría suponer que la salud pública ocupa un lugar secundario frente a los objetivos explícitamente mencionados, entre los cuales cuentan el perfeccionamiento del mercado interior, el desarrollo sostenible y la protección del medioambiente²⁰. Por otra parte, el texto de Constitución aborda aspectos sociales en la totalidad de sus partes, de los cuales muchos pueden ser considerados como relacionados con la salud humana por lo menos en un sentido amplio. Relevantes desde el punto de vista de la protección de la salud pública son aquellas disposiciones de la Constitución que tienen como objetivo la protección de la salud del individuo, de su vida, de su integridad física y de su derecho a decidir libremente lo que es más conveniente para su bienestar.

1. Los valores y objetivos de la Unión Europea

El preámbulo hace referencia a "los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, la democracia, la igualdad, la libertad y el Estado de Derecho". En ese contexto "Europa [...] se propone avanzar por la senda de la civilización, el progreso y la prosperidad por el bien de todos sus habitantes, sin olvidar a los más débiles y desfavorecidos; de que quiere seguir siendo un continente abierto a la cultura, al saber y al progreso social; de que desea ahondar en el carácter democrático y transparente de su vida pública y obrar en pro de la paz, la justicia y la solidaridad en el mundo".

Los valores que figuran en el artículo I-2 incluyen el "respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres".

Los objetivos que enumera el artículo I-3 obligan a la Unión a "promover el bienestar de sus pueblos" y a obrar en pro del "desarrollo sostenible de Europa", incluyendo una "economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente". Además "combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño". Finalmente, la Unión "fomentará la cohesión

¹⁷ Y. JORENS, "The Right to Health Care across Borders", en: *The Impact of EU Law on Health Care Systems*, Bruselas 2002, p. 87. En su sentencia de 28 de abril de 1998, en el asunto *Kohll*, (C-158/96, Rec. p. I-1931, apartado 41) el Tribunal de Justicia reconoció el riesgo de un perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social y sostuvo por esa razón que tal riesgo podía, en principio, constituir una razón imperiosa de interés general que justifique la imposición de restricciones a la libre prestación de servicios. Véase las Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 18 de mayo de 2000 en el asunto *Smits y Peerbooms* (C-157/99, Rec. 2001, p. I-5473, punto 72).

¹⁸ Sentencia de 20 de septiembre de 2001, Rudy Grzelczyk contra Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve (asunto C-184/99, Rec. p. 184/99).

¹⁹ Según *Georg Jellinek*, el Estado suele definirse como la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio. R. ZIPPELIUS, obra citada, p. 81.

²⁰ P. BELCHER/M. McKEE/T. ROSE, "Is health in the European Convention?", en: *eurohealth*, Volumen 9, número 2, Verano 2003, p. 1.

económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros".

La referencia manifiesta al "bien de todos sus habitantes, sin olvidar a los más débiles y desfavorecidos" en el preámbulo y a la necesidad de "promover el bienestar de los pueblos de la Unión" en el artículo I-2 contiene una clara connotación con la política sanitaria, ya que bajo el término de bienestar puede interpretarse la salud física, mental y social del individuo. No obstante, el texto de esta Constitución requerirá de una precisión por parte del Tribunal de Justicia, ya que ciertas disposiciones podrían aún considerarse difícil de interpretar e incluso dar lugar a controversias. La frase "derechos de las personas pertenecientes a minorías" en el artículo I-2 fue incluida durante la fase de negociación y redacción en el seno de la Conferencia Intergubernamental posterior a la Convención Europea. Es una frase derivada del Derecho internacional público que llegó a constituir uno de los denominados criterios políticos de Copenhagen. Su inclusión se basó sin duda en la experiencia tenida al tratarse la situación de los pueblos Sinti y Roma en Europa oriental en el marco del proceso de ampliación. Esta frase probablemente no armonizará con los textos y los valores de todas las constituciones de los Estados miembros. Especialmente en Francia el término de minoría podría entrar en conflicto con la noción unitaria de la persona humana. Además, la Constitución no efectúa una clara distinción entre valores y objetivos, aunque posiblemente estos últimos son más precisos que los primeros.

2. Los derechos fundamentales en la Unión Europea

La política sanitaria constituye una materia en plena evolución en todos los Estados miembros, debido a los ya mencionados cambios demográficos, a los efectos de la unión económica y monetaria en los sistemas nacionales de seguridad social, pero también debido a los recientes avances tecnológicos, como por ejemplo en el campo de la ingeniería genética. Los logros obtenidos en esta rama de la ciencia han hecho posible el desarrollo de nuevos métodos para facilitar la clonación, la selección del sexo de los niños y la terapia genética. Muchos de estos temas son muy problemáticos desde un punto de vista ético y por lo tanto han suscitado un gran debate a nivel internacional respecto a la dignidad humana y a los límites de la ciencia. La política sanitaria tiene serias implicaciones para el ámbito de los derechos humanos. La Unión Europea está llamada a participar en este debate, haciendo uso de su peso político en el plano internacional, en defensa de los valores en los cuales se basa esta comunidad de Derecho y

que reúne en su Constitución, sobre todo de la dignidad humana²¹.

La parte segunda de la Constitución incorpora la Carta de los Derechos Fundamentales en el Texto de Constitución, dotando a la Unión Europea finalmente de un catálogo de derechos fundamentales con efecto vinculante para las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión conforme al artículo II-111. Nótese primeramente que la parte segunda se encuentra dividida en siete títulos, además del preámbulo, de los cuales cinco están denominados "dignidad", "libertades", "igualdad", "solidaridad" y "justicia", lo que parece evocar los principios que caracterizan al modelo social europeo²².

Asimismo, el apartado 3 del artículo I-9 señala que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales. Esta última disposición codifica la situación legal vigente, tal como fue desarrollada por el Tribunal de Justicia. Los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al efecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos reviste a este respecto un significado particular. Estos principios desarrollados por la jurisprudencia se codificaron en lo que es actualmente el artículo 6 TUE, apartado 2²³.

Un gran avance de la Constitución Europea constituye sin lugar a dudas el proyecto de la Unión Europea de adherirse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Este

²¹ G. BRONZINI, obra citada, p. 41, sugiere que la Constitución Europea recoge una serie de valores como el respeto a la dignidad humana, la prohibición de la pena de muerte, la educación gratuita, así como la protección de la salud y la asistencia social, los cuales, en su conjunto, representan un determinado *modus vivendi* europeo en el escenario mundial.

²² M. GIJZEN, "The Charter: A Milestone for Social Protection in Europe?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2000), Tomo 8, Nº 1, p. 38; A. EUZÉBY, *Union Européenne et protection sociale: quelques points de repère*, en: *Quel avenir pour l'Union Européenne?*, Bruselas 2004, p. 244 y ss.

²³ Sentencia de 6 de marzo de 2001, Connolly (asunto C-274/99 P, Rec. p. I-1611), apartados 37-42. Ver también la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Airways/Irlanda* (asunto 45036/98), apartados 73 y 159.

nuevo Tratado trae consigo las modificaciones al ordenamiento jurídico de la Unión que el Tribunal de Justicia había considerado necesarias para alcanzar este objetivo. Cabe recordar que el Tribunal de Justicia había señalado expresamente en su dictamen que en el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad no disponía de la competencia necesaria y una adhesión no sería factible recurriendo a la base jurídica del artículo 235 TCE (el actual artículo 308 CE). Agregó asimismo que la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales traería consigo un cambio substancial del régimen actual de la protección de los Derechos del hombre, en la medida que esto tendría como consecuencia la inserción de la Comunidad en un sistema institucional distinto, al igual que la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario. Una modificación del régimen de protección de los Derechos del hombre en la Comunidad, cuyas implicaciones institucionales serían igualmente fundamentales tanto para la Comunidad que para los Estados miembros tendría una envergadura constitucional, y por lo tanto, excedería por su naturaleza misma los límites del artículo 235 TCE. El Tribunal de Justicia finaliza su dictamen declarando como única vía la modificación de los Tratados fundacionales²⁴.

La incorporación de un catálogo de derechos fundamentales contribuirá posiblemente a sensibilizar a los órganos legisladores de la Unión Europea sobre las consecuencias de la aprobación de ciertos actos legislativos para el ciudadano. Los litigios ante los órganos judiciales comunitarios podrían en un futuro tener un mayor enfoque hacia aspectos relacionados con la protección de los derechos de los ciudadanos²⁵. Los Estados miembros u órganos como el Parlamento Europeo podrían expresar su desacuerdo político a través de la impugnación de actos de la Unión Europea en materia de salud pública, basando su acción en una supuesta vulneración de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución. Se sobreentiende que los

particulares, en su calidad de afectados inmediatos, podrían igualmente someter estos actos jurídicos a un control judicial, sirviéndose del sistema de recursos que el sistema judicial comunitario pone a su disposición, en primer lugar de la acción de nulidad, pero también del procedimiento de cuestión prejudicial²⁶. La protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos adquirirá una nueva dimensión en el ordenamiento jurídico comunitario, debido a que por primera vez se incorpora en un Tratado constitutivo de la Unión Europea el principio de tutela judicial efectiva a través de los artículos I-29, II-207, III-257, III-269 de la Constitución²⁷. Este control judicial es por cierto posible hoy en día gracias al ya mencionado método deductivo y comparativo desarrollado por el Tribunal de Justicia²⁸.

Si bien es difícil pronosticar el impacto que tendrá a largo plazo la incorporación de un catálogo de derechos fundamentales en el Tratado de Constitución en las políticas de la Unión y de sus Estados miembros, se puede afirmar que esto constituye un importante paso hacia la conformación de una unión política basada en derechos fundamentales, ahora más visibles que nunca para el ciudadano de la Unión²⁹.

El respeto a la dignidad humana establecido en el artículo II-61 constituye el derecho fundamental de mayor rango, según se puede deducir de su posición al inicio de la parte segunda. Esta disposición se basa de cierta manera en una concepción objetiva de la dignidad, al prohibirse en el artículo II-63, apartado 2, de antemano ciertos actos que el poder constituyente declara sin excepción alguna como vulneraciones de este derecho fundamental. Dado el hecho

²⁴ Dictamen del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1996, Adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Dictamen 2/94 Rec. p. I-1759).

²⁵ En su sentencia de 9 de octubre de 2001, Reino de los Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (asunto C-377/98, Rec. p. I-7079) el Tribunal de Justicia declaró, al interpretar la Directiva 98/44/CE, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, que le correspondía, al controlar la conformidad de los actos de las instituciones con los principios generales del Derecho comunitario, velar por que se respete el derecho fundamental a la dignidad humana y a la integridad de la persona. Consideró sin embargo que esta norma comunitaria limitaba el Derecho de patentes de modo suficientemente estricto para que el cuerpo humano permaneciera efectivamente indisponible e inalienable, garantizándose así el respeto de la dignidad humana.

²⁶ M. CARRILLO, "Los derechos fundamentales en la Constitución Europea", en: *El reto constitucional de Europa*, Madrid 2005, p. 212 y M. GIJZEN, obra citada, p. 46, recuerdan que la cuestión prejudicial del artículo 234 TCE es igualmente una forma a través de la cual el juez nacional puede ejercer una función de tutela difusa de los derechos fundamentales que eventualmente puedan quedar afectados por una norma comunitaria de contenido lesivo.

²⁷ Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de tutela judicial efectiva es un principio del Derecho comunitario que debe ser respetado por los órganos judiciales comunitarios y nacionales. Sentencias de 11 de septiembre de 2003, Safalero Srl contra Prefetto di Genova (asunto C-13/01, Rec. p. I-8679), apartado 50, de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores contra Consejo de la Unión Europea (C-50/00, Rec. p. I-6677), apartados 38 y 39.

²⁸ D. RUIZ-JARABO COLOMER/B. CORREA GUIMERÁ, "La protección de los derechos humanos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en: *Derechos humanos del migrante, de la mujer en el Islam, de injerencia internacional y complejidad del sujeto*, Barcelona 1999, p. 132; D. RUIZ-JARABO COLOMER, Técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea, en: *Revista de Instituciones Europeas*, Volumen 17, 1990, p. 175 y ss.

²⁹ M. HILF, "Os direitos fundamentais na Constituição Europeia", en: *Uma Constituição para a Europa*, Coimbra 2004, p. 188; F. DEHOUSSE/W. COUSSENS, "El Tratado Constitucional de la Convención para Europa: un texto demasiado convencional", en: *El reto constitucional de Europa*, Madrid 2005, p. 46.

de que la mayoría de estas prohibiciones conciernen técnicas relacionadas a la biotecnología como la eugenesia³⁰ y la clonación, podría afirmarse que la Constitución define claramente los límites de la ciencia, dándole una clara prevalencia a la protección de la dignidad humana frente a los intereses de la ciencia, cuya libertad se encuentra además protegida por la Constitución en su artículo II-73. La prohibición de la clonación reproductora de seres humanos tiene como objetivo evitar una instrumentalización del clon. Estas disposiciones se inspiraron en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina, suscrito en la ciudad de Oviedo el 4 de enero de 1999 y en vigor en España desde 1 de enero de 2000³¹. Se basa igualmente en el Protocolo Adicional al Convenio sobre la prohibición de la clonación de seres humanos, firmado en París el 12 de enero de 1998³².

En la Unión Europea, un número creciente de pacientes recibe tratamientos basados en sustancias biológicas donadas por otras personas, entre las que se incluyen la sangre, los tejidos, las células y los órganos humanos completos. Estas sustancias son de alto valor terapéutico,

³⁰ Eugenesia es el nombre que se le da al uso de la selección artificial para promover el mejoramiento de las especies, utilizando técnicas diversas, pero que se centran en la promoción de la reproducción de individuos con una característica genotípica/fenotípica deseable, y en la desanimación de la reproducción de aquellos individuos con características indeseables. El movimiento eugenista fue fundado por *Sir Francis Galton*, nacido en 1822 y primo hermano de *Charles Darwin*, quien derivó su idea principal de la crianza de caballos de carrera. La etimología grecolatina de eugenesia quiere decir "bien nacido". La eugenesia puede efectuarse por medio de la selección de los progenitores, la eliminación selectiva de los individuos que por mutación presenten características indeseables y actualmente, utilizando la manipulación genética directa. Aunque el término eugenesia es apropiado para referirse al proceso de selección artificial que se efectúa en los animales y en las plantas útiles al hombre, aplicado en los seres humanos se le asocia frecuentemente con ideologías con elementos racistas (por ejemplo, el nacional socialismo). Por esa razón el término ha caído en desuso incluso para referirse el proceso de selección artificial de animales y plantas, prefiriéndose cualquier otro.

³¹ También denominado Convenio Europeo de los Derechos humanos y la Biomedicina (<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm>).

³² El párrafo tercero de la nota adjunta a este Protocolo indica que "deliberately cloning humans is a threat to human identity, as it would give up the indispensable protection against the predetermination of the human genetic constitution by a third party. Further ethical reasoning for a prohibition to clone human beings is based first and foremost on human dignity which is endangered by instrumentalisation through artificial human cloning. Even if in the future, in theory, a situation could be conceived, which might seem to exclude the instrumentalisation of artificially cloned human offspring, this is not considered a sufficient ethical justification for the cloning of human beings. As naturally occurring genetic recombination is likely to create more freedom for the human being than a predetermined genetic make up, it is in the interest of all persons to keep the essentially random nature of the composition of their own genes".

pero también pueden acarrear riesgos a sus receptores, especialmente por lo que se refiere al contagio de enfermedades transmisibles. La Comunidad contribuye a reducir tales riesgos mediante la adopción de legislación sobre la calidad y la seguridad de dichas sustancias³³. Dicha legislación tiene relevancia para la protección de los derechos fundamentales del ciudadano de la Unión, especialmente para el derecho a la integridad física (artículo II-63) y el derecho a la vida (artículo II-62), por lo que la cuestión relativa a su conformidad con los respectivos derechos fundamentales garantizados por la Constitución podría ser objeto de control judicial en un futuro. Lo mismo sería en el caso de una Directiva comunitaria que permita la investigación de células madre haciendo para tal motivo uso de material proveniente de fetos humanos. Por otro lado, la Constitución es muy clara en ciertos aspectos de la terapia médica al prohibir explícitamente la clonación reproductora de seres humanos en el artículo II-63, apartado 2, letra d). Aspectos relacionados con la reproducción humana sujetos en un futuro a reglamentación a escala supranacional podrían tener implicaciones para el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, ambos establecidos en el artículo II-69.

Otro problema que podría ocupar al Tribunal de Justicia en un futuro implicaría la cuestión referente a la posibilidad de patentar productos médicos u otros bienes hechos a base de material genético humano con arreglo a la legislación comunitaria. El artículo II-63, apartado 2 dispone que deberá respetarse "la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro". La legislación que se aprobara en un futuro con el objeto de ampliar la protección de patentes hacia inventos basados en genes humanos podría en principio violar dicha disposición. Otro aspecto concierne el interrogante de si el artículo II-63, apartado 2 debe ser considerado una lista taxativa de prohibiciones. Las palabras "en particular" sugieren lo contrario, de manera que sería factible una ampliación por parte de la jurisprudencia, sobre todo teniendo en cuenta los avances de la ciencia en el campo de la biotecnología y los desafíos que estos constituyen para la sociedad desde un punto de vista ético.

Por otra parte, el posible impacto de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dotada de carácter vinculante en el ámbito de la salud podría ser relati-

³³ En concreto se trata de la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, así como de la Directiva 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas de calidad y de seguridad para la extracción, verificación, tratamiento, almacenamiento y distribución de sangre humana y sus componentes.

vamente limitado, debido a que resulta difícil imaginar constelaciones en las que, por ejemplo, el derecho a la vida podría incidir en materias de competencia comunitaria. No obstante, no se puede excluir la posibilidad de que se recurra a este derecho en situaciones de emergencia, en las que el derecho de un ciudadano de la Unión a la protección de su salud, es decir, el derecho a recibir atención médica en otro Estado miembro, se encuentra en peligro. Tal es el caso en el asunto *Smits y Peerbooms*, donde un ciudadano neerlandés que se encontraba en estado de coma después de sufrir un accidente, fue transferido a una clínica especializada en Austria y alegó una violación de su derecho a recibir servicios de salud cuando se le denegó posteriormente el reembolso de sus gastos médicos en el extranjero³⁴. Este aspecto relacionado con el derecho a la protección de la salud será tratado con mayor detalle más adelante.

La libertad de expresión es reconocida por la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 10 y por lo tanto constituye un principio general del Derecho comunitario³⁵. La libertad de expresión es un pilar fundamental de toda sociedad democrática. Su inclusión expresa en el texto de la Constitución podría llevar a diversos grupos interesados a solicitar ante los tribunales comunitarios un control de legalidad de diversas iniciativas de la Unión Europea destinadas a proteger y promover la salud pública, como sería la reglamentación comunitaria relativa a la publicidad de medicamentos que requieren una prescripción médica o del tabaco. El artículo II-71 contiene además de la libertad de expresión a la libertad de información. Según esta disposición, la libertad de información "comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras". Esta libertad tuvo relevancia para el ámbito de salud en la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 1991 en el asunto *Grogan*, que tuvo como objeto la prohibición por parte del Estado irlandés, dirigida a diversas organizaciones irlandesas de divulgar información sobre clínicas que realizan interrupciones voluntarias del embarazo en otros Estados miembros. El Tribunal de Justicia no dudó en considerar la interrupción médica del embarazo efectuada de acuerdo a las disposiciones nacionales como un servicio en el sentido del artículo 50 TCE. Por otra parte, si bien el Tribunal reconoció que la divulgación constituía una manifestación de la libertad de información, negó que se hubiese vulnerado los derechos

fundamentales de aquellas asociaciones debido a que el acto de divulgación de información por parte de terceras personas no podía considerarse como una restricción a la libre prestación de servicios en los términos del artículo 49 CE³⁶.

Una disposición que no tiene correspondiente inmediato en el Convenio Europeo de Derechos Humanos es la contenida en el artículo II-68 relativo a la protección de datos de carácter personal³⁷. Podría encontrar una aplicación en las medidas nacionales de implementación de la Directiva relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos³⁸, cuya base jurídica viene a ser el artículo 95 CE, así como de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas³⁹. Por otra parte, se puede esperar especialmente una amplia aplicación de esta disposición en el sector de la salud pública, sea en el marco de las medidas adoptadas por la Unión Europea misma, como de las medidas nacionales de implementación. La relevancia de este derecho fundamental para el ámbito de la salud pública se explica por el alto grado de confidencialidad que exige tradicionalmente la ética médica respecto al uso y almacenamiento de ciertos datos considerados sensibles para el paciente. En consecuencia, podría utilizarse para garantizar la protección de archivos e historiales médicos.

Es importante resaltar una vez más la relevancia del artículo II-111. Si bien esta disposición prevé que el catálogo de derechos fundamentales será vinculante para las instituciones, órganos y organismos de la Unión, añade que lo mismo valdrá cuando los Estados miembros apliquen el Derecho de la Unión. La relevancia para el ámbito de la salud se manifiesta en aquellas medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación del Derecho del mercado interno europeo, por ejemplo en las que se define la libertad de prestar y recibir servicios médicos, conforme a lo establecido en el artículo II-95. Esta disposición tiene su

³⁴ Sentencia de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms* (C-157/99, Rec. 2001, p. I-5473).

³⁵ Esto parece sugerir la sentencia de 6 de marzo de 2001, *Connolly* (asunto C-274/99 P, Rec. p. I-1611), apartados 37-42. Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 19 de octubre de 2000 en el asunto C-274/99 P, puntos 9 y 10.

³⁶ Sentencia de 4 de octubre de 1991, *Grogan* (asunto C-159/90, Rec. p. I-4685), apartado 21.

³⁷ En el marco del Consejo de Europa se suele garantizar la protección de los datos personales de una persona a través del derecho a la vida privada previsto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En sus sentencias de 27 de agosto de 1997 (*M.S./Suecia*) y de 25 de febrero de (*Z./Finlandia*) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió que el historial médico de un paciente está protegido por el artículo 8 del Convenio.

³⁸ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, Diario Oficial L 281 de 23/11/1995, p. 31 – 50.

³⁹ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), Diario Oficial L 201 de 31/07/2002, p. 37-47.

origen en el artículo 11 de la Carta Social Europea y garantiza el derecho a acceder a la prevención sanitaria y a la atención médica, mientras que la segunda frase reitera el objetivo programático del artículo 152 CE al señalar que al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana. La primera frase del artículo II-95 está formulada como un derecho individual, lo que permite suponer que constituye un derecho fundamental⁴⁰. La segunda frase está dirigida a la Unión y sus Estados miembros, de manera que debe entenderse como una disposición de carácter programático. Esta disposición debe interpretarse en relación con el artículo II-94, el cual determina que "toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales". De esto se traduce un claro reconocimiento por parte de la Unión de las competencias originarias de los Estados miembros en la política social y de salud, mientras que al mismo tiempo se reitera la existencia de un marco constitucional supranacional que éstos deberán respetar. La Constitución toma así en cuenta el hecho de que los sistemas sanitarios y las políticas en materia de salud se encuentran hoy en día más interrelacionados que nunca. Un examen de los sistemas de salud de los diferentes Estados miembros excedería el marco de esta conferencia y sería poco útil. A efectos de evaluar la dimensión social de la Constitución Europea conviene más bien analizar el marco constitucional que ofrece el Derecho comunitario mediante un estudio de las competencias otorgadas a la Unión Europea en el ámbito de la salud.

3. Las competencias de la Unión Europea en materia de salud pública

a) Las bases jurídicas en la Constitución Europea

La Constitución Europea da testimonio de un largo proceso evolutivo marcado por la inquietud tanto de los Estados miembros como de los órganos comunitarios de responder a los desafíos del tiempo. Constituye una especie de síntesis de los logros obtenidos a lo largo del proceso de integración, por lo que resulta indispensable analizar sus disposiciones teniendo en cuenta la evolución del Derecho comunitario a fin de entender mejor el proceso de constitucionalización, dándose un enfoque prioritario a las competencias de la Unión Europea en el ámbito de la salud.

⁴⁰ A. W. HERINGA/L. HERVEY, "The EU Charter: Text and Structure", en: *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2000), Tomo 8, N° 1, p. 30.

Uno de los objetivos principales de la Convención Europea fue el de trazar de manera más clara la división de competencias entre los órganos e instituciones de la Unión Europea y de los Estados miembros. Si bien no se impuso la idea inicial de crear un catálogo detallado y cerrado de competencias⁴¹, tal como es el caso en las constituciones nacionales, se logró especificar las diferentes categorías de competencias, algo que hasta la fecha no había sido siempre fácil realizar, debido a la ambigüedad de los Tratados actuales y que por lo tanto había requerido de una precisión por parte del Tribunal de Justicia. La Constitución Europea distingue en su artículo I-12 tres categorías distintas: la competencia exclusiva, la competencia compartida y aquellos ámbitos en que la Unión apoyará, coordinará o complementará la actividad de los Estados miembros. El ámbito de la protección y mejora de la salud humana pertenece a esta categoría según el artículo I-17. La base jurídica central para la articulación de la actividad de la futura Unión Europea en materia de salud pública se encuentra en el capítulo V, sección primera, artículo III-278. Por otra parte, tal como se señaló en un inicio, existen otros ámbitos de competencia comunitaria que influyen indirectamente en la política sanitaria, como son principalmente las competencias armonizadoras del mercado interno y la política comunitaria relativa a la protección del consumidor, pero también la política agraria común, de transporte, política medioambiental, la política de competencia, de investigación y desarrollo tecnológico, de cooperación al desarrollo e incluso algunos aspectos del área laboral de la política social⁴². Las medidas de la futura Unión Europea que puedan tener incidencia en materia de salud pública serán aprobadas después de entrar en vigor la Constitución Europea conforme a las bases jurídicas (con carácter de *leges speciales* frente a aquellas de la política sanitaria) que ésta contiene como en el artículo III-231 de la política agrícola común, en el artículo III-236 de la política común de transportes, en el artículo III-210 de la política social, en el artículo III-315 de la política

⁴¹ A. MANGAS MARTÍN, *La Constitución Europea*, Madrid 2005, p. 73 y ss.

⁴² La política agraria común tiene implicaciones en la seguridad de los alimentos igualmente desde el punto de vista de protección al consumidor, lo que constituye un factor determinante para la salud pública. Lo mismo es el caso respecto a la seguridad vial en el área de transportes. La pureza del agua y del aire son igualmente importantes para la salud pública, debido a la posible existencia de sustancias nocivas. La aplicación del Derecho de competencia para combatir la formación de carteles entre empresas farmacéuticas o subsidios ilegales que podrían influir en el precio de ciertos farmacéuticos. En el ámbito de la investigación, la Comunidad Europea apoya diversos proyectos de investigación y de desarrollo tecnológico para mejorar la competitividad de la industria europea en varios campos, incluyendo el de la salud. Asimismo contribuye en el marco de la cooperación al desarrollo de programas de prevención al SIDA y a la drogadicción en terceros países. Véase J. C. WICHARD, en: Calliess/Ruffert (editores), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2. edición, Neuwied 2002, artículo 152, punto 25 y ss.

comercial común, en el artículo III-235 sobre la protección de los consumidores, en el artículo III-234 sobre la política de protección del medio ambiente y en el artículo III-317 sobre la política de cooperación para el desarrollo. Estas bases jurídicas se ven reforzadas por la disposición central del artículo II-95, segunda frase, cuyo contenido es reproducido por el artículo III-278, apartado 1, el cual está a su vez inspirado en el actual artículo 152, apartado 1 TCE. De acuerdo a estas normas, se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión. Esta disposición debe interpretarse como una cláusula de coherencia horizontal que tiene en cuenta las repercusiones que pueden tener las diversas políticas de la Unión en el campo de la salud pública. Ella constituye un testimonio del origen de la política sanitaria como competencia horizontal y su desarrollo hacia una política autónoma dentro los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea.

La antigua cláusula de flexibilidad no fue suprimida, ya que ni la Convención ni la Conferencia Gubernamental consideraron prudente eliminarla pues había sido muy útil en el pasado, como se verá más adelante⁴³. Ella sigue vigente en el artículo I-18. La novedad estriba en que se exigirá no la mera consulta del Parlamento Europeo, como hasta ahora, sino su previa aprobación. También se abre al control de los Parlamentos nacionales pues deben ser avisados por la Comisión de estas propuestas para que comprueben que no violarán el principio de subsidiariedad. También es una novedad el hecho de que impida la utilización de la cláusula para armonizar las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros cuando la Constitución excluya dicha armonización.

La distribución de las bases jurídicas entre las diferentes competencias puede hacer difícil la elección de la base jurídica correcta. El Tribunal de Justicia ha indicado en numerosas oportunidades que la elección de la base jurídica de un acto comunitario es una cuestión jurídica, ya que debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional. Entre tales elementos figuran, en particular, el objetivo y el contenido del acto⁴⁴. La elección de la base jurídica exige un buen conocimiento del alcance de las respectivas bases jurídicas, por lo que a continuación se procederá a su análisis.

b) La base jurídica central y la evolución de la política sanitaria comunitaria

La base jurídica central para la articulación de la actividad de la futura Unión Europea en materia de salud pública se encuentra en el capítulo V, sección primera, artículo III-278 y tiene su origen en el actual artículo 152 CE. La evolución de las bases jurídicas solo puede ser objeto de estudio si tiene en cuenta su contexto histórico.

aa) Tratado de Maastricht

Los órganos de la Unión Europea no tuvieron competencia explícita alguna en el ámbito de la salud hasta la entrada en vigor del Tratado de Maastricht. No obstante, se puede constatar una actividad a escala supranacional desde fines de la década de los setenta. El TCE establecía que la Comunidad tendría como misión "una elevación del nivel de vida", por lo que se llegó a suponer que la protección de la salud constituía uno de sus objetivos. Fundándose en esta interpretación, se comenzaron a adoptar cada vez más medidas legislativas, basándose en la base jurídica del antiguo artículo 235 TCE (el actual artículo 308 CE).

Entre las medidas que se adoptaron gracias a una interpretación extensa de los artículos 2 y 235 TCE figuran diversas iniciativas de cooperación entre los Estados miembros en materia de salud pública como los programas "Europa contra el cáncer"⁴⁵ del año 1989 y "Europa contra el SIDA"⁴⁶ de 1991. La introducción de una base jurídica específica en los Tratados fundacionales de la Comunidad Europea se llevó a cabo a través del Tratado modificador de Maastricht, que entró en vigor en 1993. La razón de esta decisión parece haber residido en la percepción general de que ciertos problemas relacionados con la política sanitaria difícilmente podrían ser resueltos a nivel nacional. Es muy posible que los Gobiernos de los Estados miembros hayan compartido el mismo temor hacia determinadas amenazas para la salud pública, especialmente provenientes de nuevas enfermedades como el SIDA. Por otra parte, es igualmente probable que los Estados miembros hayan optado por incluir esta nueva disposición en el Tratado CE con el objetivo de evitar una dilatación cada vez mayor y potencialmente ilimitada de

⁴³ A. MANGAS MARTÍN, obra citada, p. 87.

⁴⁴ Sentencias de 12 de noviembre de 1996 (asunto C-84/94, Rec. p. I-5755), apartado 25, de 26 de marzo de 1987 (asunto 45/86, Rec. p. 1493), apartado 11, de 11 de junio de 1991 (C-300/89, Rec. p. I-2867), apartado 10.

⁴⁵ Decisión 88/351/CEE del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 21 de junio de 1988, por la que se adopta un plan de acción 1988-1989 relativo a una campaña de información y sensibilización en el marco del programa "Europa contra el cáncer", Diario Oficial L 160 de 28/06/1988, p. 52.

⁴⁶ Decisión 91/317/CEE del Consejo y de los Ministros de sanidad de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 4 de junio de 1991, por el que se aprueba un plan de acción 1991-1993 en el marco del programa "Europa contra el SIDA", Diario Oficial n° L 175 de 04/07/1991, p. 26 – 29.

las competencias de la Comunidad Europea⁴⁷. El antiguo artículo 129 TCE puede ser visto como una suerte de compromiso entre aquellos Estados miembros que no deseaban conferir competencia alguna a la Comunidad en materia de sanidad y aquellos otros que querían un avance en la integración. Para algunos, la inserción del antiguo artículo 129 CE fue visto como una forma de poner límites a la actividad comunitaria, mientras que otros vieron en este acto únicamente una manera de formalizar el *status quo*.

La innovación del artículo 129 TCE consistió en que por primera vez se introdujo una base jurídica específica para aquellas materias que tienen como objetivo la protección de la salud pública, en el sentido de la protección de la colectividad contra amenazas comunes (enfermedades transmisibles, tabaco, alcohol, etc.), a diferencia de la protección individual, como podría ser la protección de la salud de los trabajadores.

No obstante, la política sanitaria permaneció siendo una política de apoyo, es decir, un ámbito en que las actividades de los órganos comunitarios estaban limitadas a la coordinación de las políticas de los Estados miembros, puesto que se excluía expresamente la armonización de las legislaciones nacionales. Por otro lado, los Estados miembros estaban obligados a colaborar con la Comisión. Para este objetivo se le otorgó un derecho de iniciativa para proponer medidas que promoverían la coordinación entre los Estados miembros en esta área. El artículo 129 TCE constituyó la base jurídica según la cual el Consejo y el Parlamento podían adoptar medidas de incentivo de acuerdo al procedimiento de co-decisión, o recomendaciones, por mayoría calificada previa proposición de la Comisión. Fue gracias a la atribución de una competencia formal que la Comunidad pudo fundar sus actividades en una base legal más firme.

La competencia de la Comunidad en el ámbito de la salud se manifestó de manera más clara en la Decisión del Consejo sobre la acción futura en el campo de la salud pública. Esta Decisión fue concretizada por un gran número de programas de acción desarrollados por la Comisión que incluían programas de información para la ciudadanía respecto a la salud pública, de lucha contra el SIDA, el cáncer, la drogadicción y de promoción de la salud.

bb) Tratado de Amsterdam/Niza

La crisis debida a la aparición de la *Encefalopatía espongiforme bovina* (EEB) aparentemente convenció a los Gobiernos de los Estados miembros de la necesidad de

tomar medidas al respecto. El resultado fue la creación del actual artículo 152 TCE que introdujo importantes innovaciones. La primera innovación de esta disposición la constituye la cláusula de coherencia horizontal del apartado 1, que como se verá más adelante, fue mantenida en la Constitución. Esta disposición armoniza con los nuevos artículos 2 y 3, apartado 1, letra p) TCE que establecen como objetivos de la Comunidad Europea "la elevación del nivel y de la calidad de vida" e incluye como una de sus acciones "una contribución al logro de un alto nivel de protección de la salud".

Durante el proceso de evolución de los Tratados modificatorios de Maastricht a Amsterdam es posible observar un refuerzo de la obligación impuesta a los órganos de la Comunidad Europea. Mientras que en el antiguo artículo 129 TCE se hablaba aún de "contribuir" a la consecución de un alto nivel de protección de la salud humana, el actual artículo 152 TCE lo "garantiza". Además, las acciones de la Comunidad no se limitan más a la "prevención de las enfermedades", sino que han sido ampliadas a fin de promover la salud pública. El artículo 152, apartado 1 TCE establece que "la acción de la Comunidad se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de de peligro para la salud humana". La referencia a las enfermedades más graves, a la información y la prevención sanitarias no fue sujeta a modificaciones. Por otra parte, se reformula la base jurídica, ampliando su campo de aplicación. Es así que desaparece por ejemplo la mención explícita a la toxicomanía, pudiéndosele no obstante seguir subsumiendo bajo el término más amplio de "fuente de peligro". Su posición sistemática permite deducir que la competencia de la Comunidad residirá más que nada en la prevención. De esto resulta que la prevención no se efectuará únicamente respecto al problema de la drogadicción, sino también del consumo de tabaco.

Asimismo, el artículo 152, apartado 1 TCE ha sido reformulado de tal manera que además de la protección de la salud pública, en el sentido de la protección del bienestar colectivo, comprende la protección del individuo. La frase "prevenir las enfermedades humanas" implica por lo menos potencialmente la preocupación por el bienestar individual. En suma se puede constatar una ampliación de las competencias de la Comunidad Europea en el ámbito de la salud respecto al Tratado de Maastricht.

El artículo 152, apartado 2 TCE define la división de competencias entre los Estados miembros y la Comunidad Europa en el área de salud pública. La disposición muestra claramente que, conforme al principio de subsidiariedad, las competencias principales en el campo de la salud per-

⁴⁷ T. K. HERVEY, "The Legal Basis of European Community Public Health Law", en: *The Impact of EU Law on Health Care Systems*, Bruselas 2002, p. 26.

manecen en los Estados miembros⁴⁸. Esto es resaltado por el párrafo 5. Los órganos comunitarios disponen únicamente de una competencia si se puede esperar un cierto valor agregado de la acción comunitaria. Esta disposición es únicamente aplicable en el marco de la actividad comunitaria en el área de la salud pública. En el ámbito del mercado interior europeo, donde la actividad comunitaria es mayor, puede apreciarse igualmente un claro reconocimiento de la competencia nacional en materia de salud en los motivos que pueden justificar restricciones a las libertades fundamentales. El artículo 30 TCE, aplicable a la libre circulación de mercancías, prevé que se podrán justificar prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito de bienes por razones de la protección de la salud y vida de las personas. Disposiciones similares que subrayan esta prerrogativa de los Estados miembros existen en los artículos 46, 55 y 95, apartado 4 TCE.

El artículo 152, apartado 4 TCE establece los mecanismos e instrumentos a través de los cuales los órganos de la Comunidad podrán actuar en el ámbito de la salud. Se prevén dos tipos de actos en forma de "medidas" (artículo 154, apartado 4, letra a y b) y de "medidas de fomento" (artículo 152, apartado 4, letra c). Las "medidas de fomento" excluyen expresamente cualquier armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, mientras que las "medidas" incluyen de manera implícita la armonización a través de Reglamentos, Directivas y demás actos jurídicos. Esta competencia armonizadora constituye un avance frente al Tratado de Maastricht que otorgaba una competencia limitada a la adopción de "medidas de fomento".

El artículo 152 TCE incluye dos áreas en las que se podrán adoptar medidas. Se trata de "medidas que establezcan altos niveles de calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano, así como de la sangre y derivados de la sangre" y de "medidas en los ámbitos veterinario y fitosanitario que tengan como objetivo directo la protección de la salud pública". Estas disposiciones constituyen una ampliación de las competencias ya otorgadas a la Comunidad según el artículo 37 TCE en el marco de la política agraria común, probablemente con el objetivo de hacer frente a la crisis de la EEB que afectó a varios Estados miembros. Esta disposición puede interpretarse como una derogación del artículo 37 TCE, puesto que sustrae las medidas veterinarias y fitosanitarias relacionadas con la salud humana del campo de aplicación de la política agraria común.

⁴⁸ J. C. WICHARD, en: Calliess/Ruffert (editores), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2. edición, Neuwied 2002, artículo 152, punto 10.

Las disposiciones del artículo 152, apartado 4, letra a) constituyen una ampliación de las competencias de la Comunidad que puede explicarse principalmente con la serie de escándalos suscitados en Francia en la década de los noventa sobre la distribución y transfusión de conservas de sangre contaminadas con el virus del SIDA. Su inclusión se debe igualmente a la emergencia de un nuevo mercado europeo de sangre humana, órganos y demás sustancias. La inclusión de una base jurídica especial para esta última materia resultaría necesaria, ya que aún persisten ciertas dudas en los Estados miembros respecto a la legitimidad ética de la aplicación de las bases jurídicas del mercado interior o de protección del consumidor a la comercialización de dichos sustancias y tejidos. Este escepticismo se refleja a nivel internacional en el ya mencionado Convenio Europeo de los Derechos humanos y la Biomedicina⁴⁹ y sobre todo en su Protocolo adicional que se refiere al trasplante de órganos y tejidos de origen humano, elaborado el 24 de enero de 2002, pero que no entró en vigor hasta la fecha⁵⁰. El tráfico de órganos y tejidos humanos ha sido igualmente condenado en reiteradas oportunidades por la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁵¹.

cc) El Tratado de la Constitución Europea

La base jurídica del artículo III-278 se encuentra en la parte tercera, capítulo V del Tratado de la Constitución Europea titulado "ámbitos en que la Unión puede decidir realizar una acción de apoyo, coordinación o complemento". Esta disposición es muy similar al artículo 152 TCE. El término de "salud humana" se define como la "salud física y psíquica", lo que refleja un nuevo enfoque

⁴⁹ En el artículo 21 de este Convenio se incluye la prohibición del lucro con el cuerpo humano y sus partes. El artículo 25 obliga a las Partes a prever sanciones apropiadas -no necesariamente de carácter penal- para los casos de incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio.

⁵⁰ En el artículo 21 de dicho Protocolo adicional se establece que el cuerpo humano y sus partes no pueden constituir fuente de lucro o de otras ventajas similares. Asimismo se consagra la prohibición de publicidad de la necesidad o de la disponibilidad de órganos o tejidos con el objeto de ofrecer o solicitar un lucro o de ventajas similares. En el artículo 22 del Protocolo adicional se impone la obligación de prohibir el tráfico de órganos y tejidos.

⁵¹ Esto ocurrió por primera vez en la Decisión de la OMS 40.13 de mayo de 1987. Igualmente en la Decisión de la OMS 42.5 de mayo de 1989 se condenó la compra y venta de órganos humanos y, señalando la falta de éxito en la prevención del fenómeno, se solicitó a los legisladores nacionales que intensificaran sus esfuerzos. Mediante la Decisión de la OMS 44.25 de mayo 1991 se declaró que ningún órgano debe extirparse del cuerpo de menores de edad, salvo en caso de circunstancias excepcionales, se prohibió la publicidad de órganos humanos a cambio de un precio, y se introdujo el principio de la igualdad con respecto a las donaciones de órganos.

de la Unión Europea hacia temas relacionados con la salud mental⁵².

El artículo III-278 dispone que la futura Unión Europea adoptará medidas legislativas "para hacer frente a los problemas comunes de seguridad". Es muy probable que esta cláusula que aparentemente establece un requisito adicional deba ser interpretada como una referencia al principio de subsidiariedad, establecido como un principio del Derecho de la Unión en el artículo I-11, apartado 1 y definido en el artículo I-11, apartado 3 de la Constitución. Además, la Constitución amplía el campo de aplicación de las medidas de fomento al disponer que estas abarcarán también "la lucha contra las pandemias" y "la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud". Entre estas amenazas transfronterizas pueden contarse tanto a las enfermedades transmisibles como la gripe o el SARS ("Síndrome Respiratorio Agudo Severo", según sus siglas en inglés), pero también las amenazas provenientes del terrorismo por medio de agentes químicos y biológicos.

Igualmente se ha desarrollado más el procedimiento de cooperación entre la Comisión y los Estados miembros previsto actualmente en el artículo 152, apartado 2 TCE, al mismo tiempo que se ha reforzado la posición jurídica del Parlamento Europeo en el marco de este procedimiento de toma de decisiones al crear una obligación de informarle cumplidamente acerca de las iniciativas tomadas en el marco de esta cooperación⁵³. Estas iniciativas que la Comisión se encargará de tomar consistirán en establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos. Esta disposición incorpora al parecer al Tratado de Constitución el procedimiento desarrollado en los últimos años y bautizado bajo el nombre de "Método Abierto de Coordinación".

⁵² La salud mental contribuye de manera significativa a la calidad de vida, a la inserción social y a una plena participación social y económica. Los trastornos y las enfermedades mentales son causa de sufrimiento humano y de incapacidad, aumentan la mortalidad y tienen repercusiones negativas en las economías nacionales. Los problemas de salud mental están con frecuencia relacionados, entre otros factores, con el desempleo, la exclusión social, la drogadicción y el alcoholismo. Existen métodos eficaces para promover la salud mental y prevenir los trastornos y las enfermedades mentales. Las conclusiones de las actividades comunitarias realizadas los últimos años en el ámbito de la salud pública, concretamente la Comunicación de la Comisión de 16 de abril de 1998 sobre el desarrollo de la política de salud pública en la Comunidad Europea y la Conferencia europea sobre la promoción de la salud mental y la inserción social, celebrada en Tampere del 11 al 13 de octubre de 1999, destacaron la importancia de la salud mental y la necesidad de actuaciones en este ámbito (ver Resolución del Consejo, de 18 de noviembre de 1999, sobre la promoción de la salud mental, Diario Oficial C 86 de 24/03/2000).

⁵³ J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, La elaboración del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2001-2004), Madrid 2005, p. 249.

c) La incorporación al Tratado del Método Abierto de Coordinación

El Método Abierto de Coordinación se aplicó por primera vez en el marco de la coordinación de las políticas económicas y fiscales de los Estados miembros tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, siendo utilizado posteriormente con el fin de gestionar la cooperación política en materia de empleo y protección social. Se concibe como un método flexible de gobernanza, que completa el método comunitario existente y otros procedimientos basados en el Tratado, como las Orientaciones Generales de Política Económica (artículo 98 TCE) y la Estrategia Europea de Empleo (artículo 125 TCE), que siguen siendo los instrumentos centrales básicos de la Comunidad.

Los desarrollos recientes en la política social Europea se remontan a su vez a la Cumbre de Lisboa en marzo del año 2000, donde los jefes de Estado y de gobierno reconocieron la importancia de tomar medidas concretas para fomentar la cohesión social en Europa. El Consejo Europeo reunido en esta ciudad hizo de la promoción de la integración social un eje esencial de la estrategia global de la Unión para alcanzar su objetivo estratégico del decenio futuro, a saber, convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible, acompañada de una mejora cuantitativa y cualitativa del empleo y de una mayor cohesión social. El Consejo Europeo estableció asimismo el objetivo del pleno empleo en Europa en una nueva sociedad incipiente, mejor adaptada a las preferencias personales de los hombres y mujeres⁵⁴.

Fue en la cumbre de Niza del mismo año donde se acordó que la forma de progresar en la política social debía fundamentarse en el Método de Coordinación Abierta, con el objetivo de erradicar la pobreza y la exclusión social hasta el año 2010. El método de coordinación abierta reconoce que, desde el principio de subsidiariedad, la política social es responsabilidad de cada Estado miembro. En razón de este principio se establece que cada Estado miembro implementará un plan de acción para combatir la pobreza y la exclusión social, con miras a alcanzar ciertos objetivos comunes previamente determinados.

Este procedimiento comprende básicamente tres etapas. Primeramente se definen a nivel europeo los objetivos que determinarán la política de los Estados miembros. Se fijarán los objetivos, así como el plazo de tiempo para alcanzarlos. En una segunda etapa se traducen estas directrices de la Unión Europea en planes de acción nacionales. Este proceso se lleva a cabo a través de la participación de

⁵⁴ T. ATKINSON, "Social Inclusion and the European Union", en: *Journal of Common Market Studies*, Tomo 40, Nº 4, Noviembre 2002, p. 627.

muchos actores a nivel estatal y subestatal, conforme al principio de subsidiariedad. Finalmente, la acción de cada Estado miembro esta sujeta a evaluación por la Comisión, haciendo uso de determinados indicadores. El Método Abierto de Coordinación está diseñado para promover el debate y el aprendizaje mutuo, a medida que los Estados miembros desarrollan sus políticas nacionales de manera independiente⁵⁵.

Generalmente, el Método Abierto de Coordinación se utiliza en aquellos ámbitos donde la Comunidad no dispone de competencia alguna o donde se excluye la armonización de las legislaciones nacionales. Este último es el caso de la salud pública, según se traduce del artículo 152, apartado 4, letra c y del artículo III-278, apartado 5 de la Constitución Europea.

Asimismo es un método apropiado en los casos donde por uno u otro motivo no existe voluntad política para llevar a cabo una armonización. Uno de los motivos por los cuales los Estados miembros se resisten a la armonización de sus legislaciones reside en el temor de sacrificar su soberanía. La política sanitaria como elemento central de la política social nacional constituye una materia particularmente sensible, ya que los diversos sistemas sociales son el resultado de un desarrollo independiente, dentro de un contexto histórico, cultural e institucional de cada país. Se puede afirmar que los diversos sistemas sociales reflejan los valores de nuestras sociedades. El Método Abierto de Coordinación puede considerarse como un procedimiento que respeta la soberanía de los Estados, al mismo tiempo que los obliga a alcanzar ciertos objetivos necesarios. Es muy probable que los Estados miembros utilicen el Método Abierto de Coordinación para hacer frente a problemas comunes como el coste cada vez más elevado de los tratamientos médicos y el actual desarrollo demográfico.

Pocas disposiciones de la Constitución reflejan de manera tan clara el grado de interrelación que existe entre las competencias de la Unión Europea y sus Estados miembros en el ámbito de la salud como el artículo III-278. Esta es una de las razones por las cuales, en lugar de utilizarse el término formal de competencia compartida, debería hablarse de una competencia mixta.

d) Las cláusulas horizontales

El artículo III-115 es la primera de una serie de cláusulas al inicio de la parte tercera – las llamadas cláusulas horizontales – que probablemente reflejan mejor el nuevo marco social de la Unión Europea creado por la Constitución. Al reclamar "la coherencia entre las diferentes polí-

ticas y acciones contempladas en la presente parte, teniendo en cuenta el conjunto de sus objetivos", se entiende que ningún ámbito de competencia de la Unión quedará excluido. No obstante, el término de "tener en cuenta" no da prueba de un lenguaje demasiado riguroso, por lo que no es evidente que consecuencia tendría una falta de observancia de este principio por parte de los órganos de la Unión o de los Estados miembros.

No se puede apreciar innovación ninguna en el artículo III-116 que básicamente recoge lo establecido en el actual artículo 3, apartado 2 TCE. Esta cláusula de coherencia horizontal dispone que en todas las acciones contempladas en la presente parte, la Unión tratará de eliminar las desigualdades entre la mujer y el hombre y de promover su igualdad. Para la política de protección del medio ambiente existe una disposición similar en el artículo III-119. Por otra parte, los artículos III-117 y III-118 traen consigo innovaciones importantes. El artículo III-118 introduce una cláusula de coherencia horizontal conteniendo los seis motivos de igualdad, a los que se hace referencia en el actual artículo 13 TCE (sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual). Establece como objetivo de la Unión luchar contra la discriminación, mientras que en el artículo III-116 se prevé más bien la eliminación de las desigualdades y la promoción de la igualdad entre la mujer y el hombre.

El artículo III-117 constituye un valioso complemento al texto de la Constitución desde el punto de vista de la dimensión social del proceso de constitucionalización, atribuido a la Conferencia Intergubernamental, pues se introduce de este modo una cláusula general de carácter social. Esta prevé que "en la definición y ejecución de las políticas y acciones contempladas en la presente Parte, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana". Sin embargo, si se analiza el lenguaje empleado en las disposiciones desde el punto de vista del grado de compromiso de la Unión Europea para con los objetivos de carácter social, se puede constatar que el artículo III-117, al igual que el artículo III-115, únicamente hablan de "tener en cuenta", en lugar de utilizar las expresiones "tiene como objetivo" o "deberán integrarse", ésta última empleada en relación a la protección del medio ambiente.

Por otra parte, sería desacertado sobreestimar el alcance de las cláusulas horizontales, ya que no constituyen bases jurídicas independientes, sino que únicamente complementan a las bases legales situadas en las respectivas áreas de competencia. Asimismo, el legislador de la futura Unión deberá atenerse a la jurisprudencia del Tribunal de

⁵⁵ F. W. SCHARPF, "The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity", *Journal of Common Market Studies*, Tomo 40, Nº 4, Noviembre 2002, p. 654.

Justicia, según la cual el recurso a otros artículos del Tratado como base jurídica no puede ser utilizado para eludir la exclusión expresa de toda armonización enunciada en el artículo 129, apartado 4, primer guión, del Tratado (es decir el artículo III-278, apartado 5 de la Constitución Europea)⁵⁶.

Si bien éstas se encuentran en la parte tercera del Tratado constitucional, no existe motivo para suponer que las cláusulas horizontales sean de rango inferior a las disposiciones de la parte primera. La parte tercera incorpora la mayor parte del actual Tratado fundacional de la Comunidad Europea en el texto de la Constitución. El hecho de que el Tribunal de Justicia se haya referido en repetidas oportunidades a este Tratado, denominándolo la "carta constitucional de la Comunidad"⁵⁷, permite más bien presumir que éste órgano le atribuirá un rango similar al de las demás disposiciones. Por otra parte, si bien la parte tercera debe considerarse de un rango similar, no resulta fácil discernir las consecuencias jurídicas que llegarán a tener estas cláusulas en un futuro. El artículo 3, apartado 2 CE nunca fue invocado por el Tribunal de Justicia y por lo tanto es muy difícil especular sobre los efectos de su aplicación. No obstante, es muy posible que el Tribunal de Justicia opte por interpretar estas cláusulas teniendo en cuenta el amplio margen discrecional político del cual dispone el legislador comunitario, de manera similar a la interpretación restrictiva que hasta la fecha le ha dado al principio de subsidiariedad.

4. El derecho a la protección de la salud

a) Las dificultades para su realización

La Unión Europea reconoce en el artículo II-95 de su Tratado constitucional el derecho de todas las personas a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria. Esta disposición puede interpretarse como un derecho fundamental del individuo a la protección de su salud por parte de la Unión Europea y sus Estados miembros.

⁵⁶ Sentencia de 5 de octubre de 2000, República Federal de Alemania contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (C-376/98, Rec. p. I- 8419), apartados 77 a 79.

⁵⁷ Sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2003 (asunto C-15/00, Rec. p. I-7281), apartado 75, de 23 de abril de 1986, Les Verts contra Parlamento Europeo (asunto 294/83, Rec. 1986, p. I-1357, de 23 de marzo (asunto C-314/91, Rec. p. I-1093), apartado 8. Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 7 de septiembre de 2004 en el asunto C-249/02, punto 40, conclusiones del Abogado General Alber presentadas el 6 de junio de 2000 en los asuntos acumulados C-432/98 P y C-433/98 P, punto 45. Véase en la doctrina P. DE PITTA E CUNHA, "Tratado ou Constituição?", en: *Uma Constituição para a Europa*, Coimbra 2004, p. 45, señala que en sentido material, ya existe desde hace mucho una constitución en los Tratados constitutivos de la Unión Europea; G. VANDERSANDEN, obra citada, p. 521 y ss.

Si bien esta disposición hace referencia a las legislaciones y prácticas nacionales, lo hace igualmente de manera implícita al acervo comunitario. Por esta razón, resulta difícil entender el contenido de esta disposición si no se tiene en cuenta la influencia que ha tenido el Derecho comunitario en dichas legislaciones y prácticas nacionales. El término de Derecho debe interpretarse en este contexto comprendiendo tanto la legislación comunitaria, como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debido al importante papel que este órgano judicial ha venido jugando en la definición de los derechos del ciudadano de la Unión Europea en el ámbito de la salud⁵⁸.

La realización de la libertad de acceso a los sistemas de salud nacionales para los ciudadanos de la Unión procedentes de los demás Estados miembros debe enfrentar serias dificultades. Una de ellas resulta del principio de territorialidad, inherente a todos los sistemas sociales⁵⁹. Se entiende bajo este principio que, en general, el individuo solo recibirá un reembolso en su propio país de origen por los servicios médicos recibidos. Por otra parte, el reembolso por los servicios médicos recibidos en el extranjero solo se efectuará en determinados casos (en caso de urgencia, en función del tipo de servicios médicos, etc.) y generalmente únicamente previa autorización de la entidad de seguros. Debido a que este servicio se encuentra a discreción de la entidad de seguros, difícilmente puede hablarse de un verdadero derecho a recibir atención sanitaria en el extranjero. Además, el temor por parte de los Estados miembros al llamado "turismo sanitario", es decir, dirigirse al Estado miembro que posea mejores tratamientos o medios que el propio, con todos los costes que esto supondría para los sistemas de salud, hace que éstos se muestren particularmente reticentes a permitir la libre circulación de pacientes, personal médico y la libertad de prestación de servicios de salud⁶⁰. La integración de los sistemas de salud debe, por lo tanto, establecer un delicado equilibrio entre intereses diversos.

⁵⁸ Esta es la única interpretación posible, ya que sería difícil imaginar que la Convención Europea y la Conferencia Intergubernamental hubiesen ignorado completamente el desarrollo del Derecho comunitario por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia, tal como lo sugieren P. BELCHER/M. McKEE/T. ROSE, obra citada, p. 2.

⁵⁹ Y. JORENS, obra citada, p. 86.

⁶⁰ J. PEMÁN GAVÍN, "Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios: sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (a propósito de la sentencia Smits y Peerbooms del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)", en: *Revista de administración pública*, n° 160 (2003), p. 147; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, "Aplicación del principio fundamental de la libre circulación al ámbito de la Seguridad Social: la sentencia «Decker»", en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 5 (1999), p. 129.

b) La legislación comunitaria

La legislación comunitaria ofrece a los ciudadanos el derecho de buscar asistencia en otro Estado miembro y ser reembolsados. Tal como se señaló en un comienzo, las primeras normas adoptadas por la Comunidad en este campo fueron el Reglamento (CEE) n° 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad y el Reglamento (CEE) n° 574/72, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n° 1408/71. El artículo 19, apartado 1 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 reconoce el derecho del trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que resida en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente y que satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones, de disfrutar en el Estado de su residencia de las prestaciones en especie servidas por cuenta de la institución competente por la institución del lugar de residencia, según las disposiciones de la legislación que ésta aplique y como si estuviera afiliado a la misma. Su artículo 20 reconoce el derecho de los trabajadores fronterizos de obtener prestaciones sanitarias en el Estado de acogida según las disposiciones de la legislación de este Estado como si el trabajador residiera en el mismo. No obstante, el beneficio de estas prestaciones estará subordinado, salvo en caso de urgencia, a un acuerdo entre los Estados interesados o entre las autoridades competentes de esos Estados o, en su defecto, a la autorización previa de la institución competente. El artículo 22 de este Reglamento reconoce el derecho del trabajador que se encuentre temporalmente en el territorio de un Estado miembro distinto al Estado competente, es decir el de origen, a recibir asistencia sanitaria si su estado de salud lo requiriera de modo inmediato. Finalmente, a través del artículo 22 bis, se hace extensiva la posibilidad de asistencia sanitaria por estancia temporal, o por autorización de la institución competente, a todos los nacionales de los Estados miembros que estén asegurados en virtud de la legislación de un Estado miembro y a los miembros de sus familias que residan con ellos, incluso cuando no sean trabajadores por cuenta propia o ajena.

c) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Esta legislación ha sido complementada por la interpretación que el Tribunal de Justicia ha venido dando a las normas primarias y secundarias del Derecho comunitario. Una de las preguntas centrales que ha tenido que tratar concierne el alcance del Derecho comunitario en el ámbito social. Las sentencias *Kohll*⁶¹ y *Decker*⁶² son consideradas

un hito en el desarrollo de lo que es la actualmente llamada libre circulación de pacientes⁶³. El Tribunal de Justicia ha clarificado las condiciones en que pueden reembolsarse los costes de la asistencia sanitaria cuando los pacientes hubiesen recibido tratamiento médico en un Estado miembro distinto de aquel en que están afiliados⁶⁴.

aa) Las sentencias *Kohll* y *Decker*

La sentencia *Kohll* trata de una prestación de servicios transfronteriza. Las cuestiones prejudiciales las había planteado la *Cour de cassation* de Luxemburgo para resolver el recurso de un ciudadano de ese país contra la decisión de su caja de enfermedad, que denegaba la autorización para que su hija acudiera a un ortodoncista en la ciudad cercana de Tréveris en Alemania, porque el tratamiento no era urgente y podía realizarse en Luxemburgo. El Tribunal de Justicia señaló que si bien el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social, los Estados miembros deben, sin embargo, en el ejercicio de dicha competencia, respetar el Derecho comunitario⁶⁵. En lo que se refiere a la aplicación de la libre prestación de servicios a un tratamiento dispensado por un ortodoncista establecido en otro Estado miembro, fuera de cualquier infraestructura hospitalaria, el Tribunal consideró que, como esa prestación se realizaba contra retribución, se trataba de un servicio en el sentido del artículo 60 del Tratado, que menciona expresamente las actividades de las profesiones liberales⁶⁶. Asimismo señaló que una normativa que supedita a una autorización previa el reembolso de los gastos efectuados en dicho Estado y deniega dicho reembolso a los asegurados que no posean dicha autorización disuade a los beneficiarios de la Seguridad Social de dirigirse a los prestatarios de servicios médicos establecidos en otro Estado miembro y constituye, tanto para estos últimos como para sus pacientes, un obstáculo a la libre prestación de servicios⁶⁷.

⁶¹ Sentencia de 28 de abril de 1998, Raymond Kohll contra Union des caisses de maladie (asunto C-158/96, Rec. p. I-1931).

⁶² Sentencia de 28 de abril de 1998, Nicolas Decker contra Caisse de maladie des employés privés (asunto C-120/95, Rec. p. I-1831).

⁶³ J. PEMÁN GAVÍN, obra citada, p. 123; J. NICKLESS, "The Internal Market and the Social Nature of Health Care", en: *The Impact of EU Law on Health Care Systems*, Bruselas 2002, p. 57-82.

⁶⁴ F. A. GONZÁLEZ DÍAZ, "Derecho a la protección a la salud", en: *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro II, Valencia 2004, p. 1315.

⁶⁵ Sentencias de 28 de abril de 1998, Raymond Kohll contra Union des caisses de maladie (asunto C-158/96, Rec. p. I-1931), apartado 17, 7 de febrero de 1984, Duphar y otros (238/82, Rec. p. 523), apartado 16, y de 17 de junio de 1997, Sodemare y otros (C-70/95, Rec. p. I-3395), apartado 27.

⁶⁶ Sentencia de 28 de abril de 1998, Raymond Kohll contra Union des caisses de maladie (asunto C-158/96, Rec. p. I-1931), apartados 29 y 46.

⁶⁷ Sentencias de 28 de abril de 1998, Raymond Kohll contra Union des caisses de maladie (asunto C-158/96, Rec. p. I-1931), apartados 33 a 35.

bb) La sentencia *Smits y Peerbooms*

En su sentencia *Smits y Peerbooms*, el Tribunal de Justicia confirmó la aplicabilidad de las reglas del Tratado sobre la libre prestación de servicios incluso en aquellos casos en que los servicios hospitalarios se dispensen en especie y de forma gratuita. El Tribunal consideró que el hecho de que un tratamiento médico hospitalario sea financiado directamente por las cajas del seguro de enfermedad basándose en conciertos y tarifas preestablecidos, tal como lo preveía la legislación neerlandesa, no podía excluir a dicho tratamiento del ámbito de los servicios a efectos del artículo 60 del Tratado. Recordó al efecto la afirmación contenida en la sentencia *Humbel* de que la "característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que ésta constituye la contrapartida económica de la prestación controvertida"⁶⁸, y entendió que en los asuntos en cuestión, los pagos efectuados por las cajas de enfermedad en el marco del sistema organizado por la Ley neerlandesa sobre Cajas de Enfermedad, aun siendo a tanto alzado, constituían la contrapartida económica de las prestaciones hospitalarias y presentaban un carácter remuneratorio para el establecimiento hospitalario que se beneficiaba de ellos y que efectuaba una actividad de tipo económico.

A pesar de la diferencias entre el sistema de seguridad sanitario luxemburgués y el neerlandés, se permitía apreciar una similitud que consistía precisamente en el requisito de autorización previa a la atención médica en el extranjero. Siguiendo los principios establecidos ya en la sentencia *Kohll*, el Tribunal concluyó que la normativa controvertida disuadía, e incluso impedía, a los beneficiarios de la seguridad social de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en Estados miembros distintos del Estado miembro de afiliación y constituía, tanto para los asegurados como para los prestadores, un obstáculo a la libre prestación de servicios⁶⁹.

Asimismo dejó claro que el Derecho comunitario no se opone en principio a un sistema de autorización previa, es necesario, sin embargo, que los requisitos para la concesión de dicha autorización se justifiquen a la luz de razones imperiosas y que cumplan con el requisito de proporcionalidad de la presente sentencia⁷⁰. Resulta considerable que el Tribunal de Justicia haya señalado una vez más que no puede excluirse que un riesgo de perjuicio grave para

el equilibrio financiero del sistema de seguridad social pueda constituir una razón imperiosa de interés general que pueda justificar un obstáculo a la libre prestación de servicios⁷¹. De hecho, el mantenimiento del equilibrio financiero constituyó uno de los factores que tuvo en cuenta al analizar el carácter proporcional de la reglamentación neerlandesa. De acuerdo con el Tribunal, para que un sistema de autorización administrativa previa esté justificado aun cuando introduzca una excepción a una libertad fundamental, debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria. Un sistema de autorización administrativa previa de ese tipo debe también basarse en un sistema procedimental suficientemente accesible y adecuado para garantizar a los interesados que sus solicitudes sean tramitadas en un plazo razonable y con objetividad e imparcialidad, debiendo, además, poder recurrir judicialmente contra las eventuales denegaciones de autorización⁷². Cabe señalar en este contexto que el legislador neerlandés había adoptado una regla general que preveía la cobertura de los tratamientos médicos siempre y cuando correspondiesen a lo «habitual en el medio profesional» y fuesen necesarios desde un punto de vista médico. El Tribunal llegó a la conclusión que la reglamentación neerlandesa no era desproporcionada y por lo tanto se mostraba conforme con el Derecho comunitario. En particular, señaló que dichos requisitos podían permitir mantener en el territorio nacional una oferta suficiente, equilibrada y permanente de asistencia hospitalaria de calidad, así como garantizar la estabilidad financiera del sistema del seguro de enfermedad.

cc) La sentencia *Vanbraekel*

Este asunto tiene como objeto la solicitud de autorización de una ciudadana belga que padecía de *gonartrosis* bilateral para someterse en Francia a una intervención quirúrgica de ortopedia con cargo a su compañía de seguros, la *Alliance nationale des mutualités chrétiennes*. Esta autorización se denegó debido a que la solicitud no estaba suficientemente motivada, por no haberse aportado el dictamen de un médico en ejercicio en un centro universitario nacional. Si bien un tribunal belga confirmó posteriormente que debía habersele otorgado tal autorización, permaneció la duda respecto a si el reembolso debía efectuarse conforme a la reglamentación francesa o belga. El

⁶⁸ Sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Humbel* (263/86, Rec. p. 5365), apartado 17.

⁶⁹ Sentencias de 31 de enero de 1984, *Luisi y Carbone* (asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. p. 377), apartado 16, de 28 de abril de 1998, *Raymond Kohll contra Union des caisses de maladie* (asunto C-158/96, Rec. p. I-1931), apartado 35, de 28 de enero de 1992, *Bachmann* (C-204/90, Rec. p. I-249), apartado 31.

⁷⁰ Sentencia de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms* (C-157/99, Rec. 2001, p. I-5473), apartado 82.

⁷¹ Sentencia de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms* (C-157/99, Rec. 2001, p. I-5473), apartado 71.

⁷² Sentencia de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms* (C-157/99, Rec. 2001, p. I-5473), apartado 90.

problema residía en que el reembolso hubiese sido mayor conforme a la reglamentación belga.

El Tribunal indicó que es jurisprudencia reiterada que el artículo 59 del Tratado se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la puramente interna en un Estado miembro⁷³. Llegó, además, a la conclusión que el hecho de que el nivel de cobertura que obtiene de un beneficiario de la seguridad social sea menos ventajoso cuando se somete a un tratamiento hospitalario en otro Estado miembro que cuando recibe el mismo tratamiento en el Estado miembro de afiliación puede indudablemente disuadir a dicho beneficiario de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en otros Estados miembros, e incluso impedirselo, por lo que constituye, tanto para el beneficiario como para los prestadores, un obstáculo a la libre prestación de servicios. Tras haber constatado un obstáculo a la libre prestación de servicios, el Tribunal procedió a determinar si esta restricción estaba justificada por razones imperiosas. Negó, no obstante, la existencia de tales razones imperiosas, ya que la ciudadana belga de todos modos habría recibido un tratamiento médico en su país de origen. Por este motivo, ninguna carga financiera suplementaria para el sistema de seguro de enfermedad. Finalmente, concluyó que el artículo 59 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que si el reembolso de los gastos realizados por servicios hospitalarios prestados en un Estado miembro de estancia, conforme a las normas vigentes en dicho Estado, es inferior al que habría resultado de aplicar la normativa en vigor en el Estado miembro de afiliación en caso de hospitalización en este último, la institución competente debe abonar al beneficiario un reembolso complementario correspondiente a dicha diferencia⁷⁴.

dd) La sentencia *Leichtle*

En una de sus recientes sentencias, el Tribunal de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a la compatibilidad con el Derecho comunitario de una normativa alemana que supeditaba el reembolso de los gastos ocasionados por una cura termal en el extranjero, incluyendo alojamiento, manutención, viaje, tasas de estancia e informe médico final, a la acreditación, mediante un dictamen médico, que, debido a las mayores posibilidades de éxito, era imprescindible seguir el tratamiento termal en el extranjero. Aquella legislación exigía, como requisito adicional, que el balneario de que se trate figure en una lista *ad hoc*.

⁷³ Sentencia de 12 de julio de 2001, Vanbraekel (C-368/98, Rec. 2001, p. I-5363), apartado 44.

⁷⁴ Sentencia de 12 de julio de 2001, Vanbraekel (C-368/98, Rec. 2001, p. I-5363), apartado 53.

Cabe subrayar que la cuestión prejudicial no versaba sobre la asunción de los gastos ocasionados por las prestaciones de asistencia propiamente dichas dispensadas con ocasión de una cura termal efectuada en otro Estado miembro ya que, en el caso de autos, los gastos ya habían sido objeto de reembolso conforme a lo dispuesto por la legislación nacional⁷⁵. No obstante, el Tribunal reconoció que por lo que atañía a los gastos de viaje y a las eventuales tasas de estancia, aun cuando no tenían carácter médico ni en principio eran abonados a los prestadores de asistencia sanitaria, parecían indisolublemente unidos a la propia cura, en la medida en que ésta implicaba necesariamente el desplazamiento y la estancia del paciente *in situ*. De ello se desprendería que los requisitos para el reembolso de esos diferentes gastos con arreglo a un régimen como el alemán podían tener claramente una influencia directa en la elección del lugar de cura y, por lo tanto, en la selección de un centro de cura termal que pudiera prestar este tipo de servicios⁷⁶. La citada exigencia tenía finalmente como efecto que las prestaciones de servicios entre Estados miembros, en el caso de autos las que ofrecían los centros termales situados en otros Estados miembros, fuesen más difíciles que las prestaciones puramente internas, a saber, las que ofrecen los centros termales situados en Alemania⁷⁷. La decisión del Tribunal se basó esencialmente en la tesis de que dichas restricciones no estaban lo debidamente justificadas por razones imperiosas de interés general, ya que, por lo que respecta a la justificación basada en la necesidad de evitar un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, no se había expuesto ante el Tribunal de Justicia ningún argumento preciso en apoyo de la afirmación de que lo dispuesto en la normativa alemana resulta necesario para tales fines⁷⁸.

IV. Conclusiones

La Constitución Europea instaura en la Unión un modelo basado en la economía de mercado, pero que a su vez contiene un claro compromiso social. Se caracteriza por una firme voluntad de armonizar el desarrollo económico con el progreso de la sociedad, ya que si bien cuenta entre

⁷⁵ Sentencia de 18 de marzo de 2004, Leichtle (C-8/02, Rec. p. I-2641), apartado 31.

⁷⁶ Sentencia de 18 de marzo de 2004, Leichtle (C-8/02, Rec. p. I-2641), apartado 35 y 36; Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 10 de julio de 2003 en el asunto *Leichtle* (C-8/02, Rec. 2004, p. I-2641, puntos 27 y 30).

⁷⁷ Sentencia de 18 de marzo de 2004, Leichtle (C-8/02, Rec. p. I-2641), apartado 37.

⁷⁸ Sentencia de 18 de marzo de 2004, Leichtle (C-8/02, Rec. p. I-2641), apartado 47; Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 10 de julio de 2003 en el asunto *Leichtle* (C-8/02, Rec. 2004, p. I-2641, punto 35).

sus objetivos principales alcanzar una alta competitividad de la economía, conforme a los objetivos establecidos por el Consejo Europeo de Lisboa, no deja de lado al componente humano. El modelo social que este Tratado incorpora en el sistema de integración europeo reconoce que para lograr el bienestar del individuo es necesario combatir la exclusión social y la discriminación, así como fomentar la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos de las personas más necesitadas. Se puede afirmar que este documento jurídico está fundado en una filosofía regida por los principios de eficiencia, libertad, igualdad, justicia social y solidaridad.

Durante los últimos cincuenta años Europa se ha convertido en una de las sociedades más avanzadas del mundo, precisamente porque los progresos económicos y sociales han ido de la mano y se han reforzado mutuamente. El modelo social denominado "europeo", siguiendo el término difundido por el antiguo Presidente de la Comisión Europea, *Jacques Delors*, deberá enfrentar nuevos retos como la globalización y la reciente ampliación de la Unión Europea. El desarrollo de este modelo social dependerá en gran manera de si la voluntad política de preservar los sistemas sociales en los Estados miembros de la Unión Europea logrará imponerse ante otros intereses. Un factor decisivo será la posible articulación de una política social a nivel europeo en un futuro, debido a que los Estados nacionales disponen actualmente de un campo de acción reducido justamente a causa de la globalización. Sin embargo, este proceso en el que nuestras sociedades se encuentran inmersas actualmente no constituye de ninguna manera una calle de dirección única o un fenómeno natural incontrolable. La Constitución Europea asigna un rango constitucional a los principios del modelo social europeo dentro del proceso de integración. La nueva Unión Europea, en su calidad de potencia económica y política, está llamada a participar en la construcción de un mundo globalizado donde imperen los principios democráticos, el respeto a los derechos humanos y el bienestar social.

En el marco de la protección de la salud pública como elemento clave de la política social, la Constitución Europea introduce cambios significativos. Se destaca el hecho de que por primera vez el bienestar de los pueblos de Europa constituye un objetivo de la Unión Europea. Asimismo, debe considerarse trascendente que el acceso a la prevención sanitaria y al beneficio de la atención sanitaria haya sido transformado en un derecho fundamental. Si bien este derecho se basa tanto en la legislación, como en la jurisprudencia comunitaria actual en materia de movilidad de pacientes, será necesario esperar la interpretación que el Tribunal de Justicia le dará al artículo II-95 en un futuro. Sobre todo se plantea el interrogante de si se le

llegará a dar a este derecho una nueva definición que corresponda a su nuevo rango constitucional. Asimismo, cabe resaltar las nuevas competencias de la Comisión en la lucha contra el tabaco y el alcohol y en la coordinación de las actividades de la Unión y sus Estados miembros. La Unión ha sabido responder a las inquietudes de los ciudadanos, al mostrarse lo suficientemente flexible en su evolución como para desarrollar las competencias necesarias para hacer frente a las nuevas amenazas contra la salud pública provenientes de enfermedades transmisibles como el SIDA y el SARS, pero también provenientes del bioterrorismo. La incorporación del Método Abierto de Coordinación al Tratado da igualmente testimonio de una tendencia hacia la codificación de nuevas formas de gobierno, al mismo tiempo que se asegura la legitimación democrática mediante la participación del Parlamento Europeo en los procesos decisivos.

Como ya se señaló en un principio, la Unión Europea constituye una comunidad de Estados y pueblos basada en el orden democrático. Por lo tanto, el Tratado que acaba de ser objeto de estudio solo podrá ser considerado una Constitución para Europa desde un punto de vista político si los ciudadanos europeos logran identificarse con el modelo social que ésta simboliza y autorizan la entrada en vigor de este instrumento jurídico.

Bibliografía

Alguacil González-Auriol, Jorge

La elaboración del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2001-2004), Madrid 2005.

Atkinson, Tony

Social Inclusion and the European Union, en: *Journal of Common Market Studies*, Tomo 40, Nº 4, Noviembre 2002, p. 625-643.

Belcher, Paul/M. Mc Kee, Martin/T. Rose, Tamsin

Is health in the European Convention?, en: *eurohealth*, Volumen 9, número 2, Verano 2003, p. 1-4.

Bronzini, Giuseppe

La Carta dei diritti e il modello sociale europeo, en: *Una Costituzione per l'Europa – Potenzialità e limiti del nuovo ordinamento dell'Unione*, Roma 2004, p. 41-61.

Comisión Europea

Comunicación COM(2002) 774, de 3 enero, propuesta de Informe conjunto sobre asistencia sanitaria y atención a las personas mayores y apoyo de las estrategias nacionales para garantizar un alto nivel de protección social. *Enabling Good Health For All – A reflection*

- process for a new EU health strategy, Comisión Europea, Comunidades Europeas 2004.
- Constantinesco, Vlad**
Valeurs et contenu de la Constitution Européenne, en: Uma Constituição para a Europa, Coimbra 2004, p. 161-178.
- Carrillo, Marc**
Los derechos fundamentales en la Constitución Europea, en: El reto constitucional de Europa, Madrid 2005, p. 199-216.
- Dehousse, Franklin/Coussens, Wouter**
El Tratado Constitucional de la Convención para Europa: un texto demasiado convencional, en: El reto constitucional de Europa, Madrid 2005, p. 39-72.
- De Pitta e Cunha, Paulo**
Tratado ou Constituição?, en: Uma Constituição para a Europa, Coimbra 2004, p. 45-57.
- Euzéby, Alain**
Modèle social européen: des défis à relever!, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, n° 488, mayo 2005, p. 288-294. Union Européenne et protection sociale: quelques points de repère, en: Quel avenir pour l'Union Européenne? – La stratégie de Lisbonne définie par le Conseil Européen en 2000, Bruselas 2004, p. 235-246.
- Gijzen, Marianne**
The Charter: A Milestone for Social Protection in Europe?, en: Maastricht Journal of European and Comparative Law 2000, Tomo 8, N° 1, p. 33-48.
- González Díaz, Francisco Antonio**
Derecho a la protección a la salud, Comentarios a la Constitución Europea, Libro II, Valencia 2004, p. 1299-1366.
- González Vaqué, Luis**
Aplicación del principio fundamental de la libre circulación al ámbito de la Seguridad Social: la sentencia "Decker", en: Revista de Derecho Comunitario Europeo, n° 5 (1999), p. 129.
- Heringa, Aalt Willem**
The EU Charter: Text and Structure, en: Maastricht Journal of European and Comparative Law 2000, Tomo 8, N° 1, p. 11-32.
- Hervey, Tamara K.**
Mapping the Contours of European Union Health Law and Policy", en: *European Public Law*, volumen 8, tomo 1, p. 69-105.
- Hervey, Tamara K.**
The Legal Basis of European Community Public Health Law, en: The Impact of EU Law on Health Care Systems, Bruselas 2002, p. 23-55.
- Hervey, Tamara K./McHale, Jean V.**
Health Law and the European Union, Cambridge 2004.
- Hilf, Meinhard**
Os direitos fundamentais na Constituição Europeia, en: Uma Constituição para a Europa, Coimbra 2004, p. 179-188.
- Jorens, Yves**
The Right to Health Care across Borders, en: The Impact of EU Law on Health Care Systems, Bruselas 2002, p. 83-122.
- Mangas Martín, Araceli**
La Constitución Europea, Madrid 2005.
- Mertens de Wilmars, Josse/Nyssens, Harold**
Intégration Européenne et correction des mécanismes du marché – Un modèle économique et social européen, Philosophie du droit et droit économique, mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris 1999, p. 557-579.
- Michalowski, Sabine**
Health Care Law, en: The European Charter of Fundamental Rights, Oxford 2004, p. 287-308.
- Nicless, Jason**
The Internal Market and the Social Nature of Health Care, en: The Impact of EU Law on Health Care Systems, Bruselas 2002, p. 57-82.
- Pemán Gavín, Juan**
Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios: sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (a propósito de la sentencia Smits y Peerbooms del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), Revista de administración pública, n° 160 (2003), p. 123-166.

Punzón Moraleda, Jesús/Sánchez Rodríguez, Francisco

The Welfare State Utopia: A new approach, Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario, Año XIII (2003), n°6, p. 1391-1410.

Ruiz-Jarabo Colomer, Dámaso

Técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea, en: Revista de Instituciones Europeas, Volumen 17, 1990, p. 151-184.

Ruiz-Jarabo Colomer, Dámaso/Correa Guimerá, Bernardino

La protección de los derechos humanos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europea, en: Derechos humanos del migrante, de la mujer en el Islam, de injerencia internacional y complejidad del sujeto, Barcelona 1999. p. 117-148.

Scharpf, Fritz W.

The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity, en: Journal of Common Market Studies, Tomo 40, n° 4, Noviembre 2002, p. 645-670.

Schulte, Bernd

The Welfare State and European Integration, en: European Journal of Social Security, Tomo 1 (1999), p. 7-61.

Vandersanden, Georges

Considérations juridiques relatives à l'élaboration d'une théorie de l'intégration européenne, en: Les Communautés Européennes en fonctionnement, Bruselas 1981, p. 521-543.

Wichard, Johannes Christian

Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Calliess/Ruffert (editores), 2. edición, Neuwied 2002.

Zippelius, Reinhold

Allgemeine Staatslehre / Politikwissenschaft, 14. edición, Munich 2003.

MESA REDONDA:

“LA ASISTENCIA JURIDICA ACTIVA AL PERSONAL DE LOS SERVICIOS DE SALUD. El fenómeno de las agresiones”

Rafael Cáliz Cáliz

Subdirector de Asesoría Jurídica
Servicio Andaluz de Salud

En relación con el tema propuesto, pretendo hacer algunas consideraciones sobre en qué supuestos concretos (por más habituales) y con qué alcance puede desarrollarse el asesoramiento legal y la representación y defensa judicial del personal que presta sus servicios en los centros sanitarios del SNS, centrada en lo que se ha dado en llamar el fenómeno de las agresiones, y, por tanto, desde la perspectiva de lo que sería la asistencia jurídica activa.

La asistencia jurídica pasiva, que acaba de ser analizada, no plantea a mi juicio ningún problema para su efectividad, en la medida que se trata de una práctica normal de nuestros servicios jurídicos, que afortunadamente ha decaído considerablemente en la actualidad, hasta situarse en parámetros razonables, pese a que persista aún esa indeseada estrategia procesal, destinada a recurrir a la vía penal para exigir la responsabilidad de los profesionales sanitarios, aún a sabiendas del archivo de la diligencias previas, con el objetivo de obtener un anticipo de prueba, para el posterior recurso contencioso-administrativo sobre responsabilidad patrimonial, derivada de la asistencia sanitaria.

Sin embargo, la posibilidad de asumir la representación y defensa judicial del personal activamente, incluyendo el ejercicio de acciones, como respuesta a requerimientos que el funcionamiento de la Administración Pública de nuestro tiempo demanda, supone una novedad instaurada recientemente en nuestro ordenamiento jurídico, como se acaba de exponer por el anterior interviniente, por lo que no voy a incidir en ello.

Sólo me interesa brevemente reiterar aquellos elementos que han de darse para que la asistencia jurídica a emplea-

dos públicos sea posible: 1) que una norma reglamentaria (o legal) lo regule y en qué términos, convirtiéndose en su eje central; 2) que da igual la posición procesal que el empleado público ocupe en el proceso, tanto si es parte activa como si es pasiva; 3) que los procedimientos judiciales se sigan (o puedan seguirse) por actos relacionados con el desempeño del puesto de trabajo; y 4) que no exista conflicto de intereses por la posición del Servicio de salud en el mismo o en otro proceso (incompatibilidad material).

Como se conoce, en el entorno de los Servicios de Salud, cada vez es mayor la demanda existente para que la asistencia jurídica activa se materialice y permita afrontar adecuadamente el problema.

Son varios, entre ellos el Servicio Andaluz de Salud, los Servicios que han aprobado « planes (y medidas) de prevención y atención de agresiones », como instrumentos con los que abordar este fenómeno, que no sólo se da en ese entorno, sino que también afecta a otros servicios públicos, como los educativos, que obedece a múltiples factores generadores de situaciones de violencia, y que no sólo atenta contra la integridad física, la libertad, la dignidad y los derechos de los trabajadores, sino que perturba gravemente la prestación del servicio, amenazando la eficacia de las organizaciones públicas que los proveen.

Por la especial relación entre usuarios y profesionales de estos servicios, el riesgo a sufrir agresiones o actos de violencia es elevado, según confirman estudios de la UE y de la OIT, dándose la paradoja de que cuando históricamente el ciudadano goza de más derechos con respecto a la protección de la salud, -vid. la LGS o la legislación de las CCAA al respecto- las manifestaciones violentas de

los usuarios o de sus familiares o acompañantes aumentan, quizás en la misma o mayor proporción que el incumplimiento de sus deberes legales, como el de “mantener el debido respeto a las normas establecidas en cada centro, así como al personal que preste servicios en los mismos”.

En estos planes, junto con las medidas orientadas a apoyar al profesional sujeto pasivo del incidente, se ofrece asistencia jurídica, que podrá comprender el asesoramiento jurídico y las acciones legales correspondientes, según sea el supuesto y de acuerdo con la regulación o regulaciones aplicables.

No obstante, conviene previamente acotar algunas cuestiones, empezando por la noción de agresión.

Entre las distintas acepciones del término, existe una primera definida como «acción de agredir» [acometer a alguien para hacerle daño] y otra posterior que la define como «acto contrario al derecho de otro»; la primera, se compadece más con el concepto jurídico penal que la relaciona con hechos constitutivos de delito o falta de lesiones, o de delito de atentado a funcionarios públicos (art. 24 CP), aún cuando en puridad el CP utiliza la expresión sólo cuando se refiere a las agresiones sexuales (arts. 178-180 CP), mientras que la segunda tiene un sentido más amplio, de uso común y generalizado, que comprendería no sólo actos contra la integridad física, sino aquéllos que pudieran ser ofensas, difamaciones, amenazas, etc., y que sin duda ha sido la adoptada en la elaboración de dichos planes, con la idea de abarcar cuantos supuestos pudieran presentarse.

Antes, también, habrá que acotar a qué nos referimos cuando hablamos de asistencia jurídica activa al personal durante o con ocasión de la prestación de su servicio. Me refiero a que no sólo abarcaría a hechos punibles que tuvieran lugar en el centro sanitario, sino que también tendría que comprender aquellos que se producen fuera del mismo, se trate de personas que ejercen sus funciones en la asistencia domiciliaria, en la asistencia de urgencias, en los desplazamientos obligatorios por razón del servicio o en labores de inspección sanitaria.

A tenor de los precedentes conocidos, las infracciones penales más frecuentes, lesiones, amenazas, coacciones e injurias, están más en el campo de las faltas contra las personas de los artículos 617 y 620 CP, que en el de los delitos correspondientes, salvo el delito de atentado, al que después me referiré.

Al tratarse afortunadamente de hechos con menor o escasa relevancia penal, se diría, desde una perspectiva meramente práctica, que estaríamos ante asuntos sin complejidad jurídico-técnica, pero no se podrá negar el fuerte impacto que causa en aquéllos que las sufren, independientemente de su grado de intensidad o gravedad.

Así, mientras que el delito de lesiones (art. 147 CP) exige que la lesión cause «menoscabo de la integridad corporal o la salud física o mental» del sujeto pasivo, y «requiera objetivamente, para su sanidad, tratamiento médico o quirúrgico, además de una primera asistencia facultativa», la falta de lesiones del art. 617.1 CP, por el contrario, no requiere para su curación tratamiento médico o quirúrgico, aunque sí una primera asistencia médica, distinguiéndose a su vez de la falta de malos tratos de obra (art. 617.2 CP) porque su comisión no implica lesión alguna.

A este respecto, el art. 147.1, en su segundo párrafo (añadido por LO 15/2003, de 25-1), prevé para la reincidencia, la imposición de la misma pena que al delito [prisión de 6 m. a 3 a.], cuando un mismo sujeto «en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el art. 617 de éste Código».

La distinción del delito de amenazas (art. 169 CP), caracterizado porque el mal anunciado ha de ser constitutivo de los delitos contra las personas, contra la libertad, la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio intimidando al amenazado, con la falta de amenazas (art. 620 CP «amenazar levemente con armas y otros instrumentos peligrosos a otro o por causar amenaza leve»), radica en que ésta es sobre todo circunstancial, debiendo atenderse a la gravedad, seriedad y credibilidad de la conminación del mal, por lo que estamos ante un criterio más cuantitativo que cualitativo.

Por su parte, mientras que en el delito de coacciones (art. 172 CP) se requiere una conducta violenta, dirigida a impedir a otro hacer lo que la ley no prohíbe o a compelirle a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, para la falta de coacciones (art. 620.2 CP) es bastante con que la violencia ejercida sea de menor intensidad, como señala la STS de 5-5-99: «la especial atenuación de las coacciones que prevé el art. 620.2 no se deriva de la inexistencia de violencia, sino de la reducida incidencia de la misma en la libertad de decisión y de acción del sujeto pasivo».

Lo mismo ocurre con el delito (art. 208.1 CP) y la falta de injurias (art. 620.2 CP), de palabra o de obra [tanto por «acción» como por «expresión»] relativas a la protección jurídico penal del honor, concurrente con la vía civil de la L. O. 1/1982, de 5-5 (Disposición final 4ª CP), que para acotarlas hay que atender a la mayor o menor gravedad desde una perspectiva pragmática.

En este asunto, y con independencia de su eventual relevancia penal, hay que reparar en que las nociones de dignidad y de honor no son conceptos iguales para todos, pues como afirma reiterada doctrina del TC (por todas, SSTC 180/1999 y 49/2001), el honor es un concepto indeterminado cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (concepción dinámica), y de ahí que los órganos jurisdiccio-

nales dispongan de cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege.

En este contexto, su introducción en el ámbito de la defensa judicial del personal podría conllevar problemas de percepción subjetiva, esto es, posibles discordancias entre la apreciación de la persona que considere que se ha atentado contra su honor ante unos hechos determinados y aquél a quien corresponda valorarlos con objeto de iniciar el procedimiento de autorización del ejercicio de las acciones que correspondan.

En cualquier caso, se trata de una materia que podría modularse según las circunstancias de cada caso o estableciendo supuestos definidos, que en la práctica, en la mayoría de las ocasiones, se resuelve al encontrarnos en presencia de concurso de infracciones, como la falta de amenazas junto a la de injurias.

Por último, el delito de atentado contra la autoridad, sus agentes o funcionarios (arts. 550 y 551 CP), destinado a la protección de la convivencia ciudadana, en palabras del TS (STS de 4-6-2000) ante «la necesidad de que los agentes públicos, que actúan al servicio de los ciudadanos, gocen de la posibilidad de desempeñar sus funciones de garantía y protección sin interferencias ni obstáculos, siempre que actúen en el ejercicio legítimo de su cargo», es un tipo, que para su comisión exige que haya «acometimiento, [es decir, agresión física, sin lesión o no necesariamente], empleo de fuerza o intimidación », y que empiece a tener su relevancia en nuestro ámbito, en la medida que pudiera convertirse en una vía eficaz a través de la cual orientar el tratamiento legal de las agresiones, siempre que se den los elementos del tipo: comportamientos violentos o intimidatorios durante el ejercicio de las funciones de los profesionales sanitarios y demás personal de los centros asistenciales, y que por parte de su autor se conozca de modo inequívoco que está actuando contra un funcionario/empleado público. (Se castiga con pena privativa de libertad. Prisión de 1 a 3 años).

Ese fue el caso en un Juicio Rápido de un Juzgado de lo Penal, cuya sentencia de conformidad condenó a las denunciadas por dos delitos de atentado (a 1 año y seis meses de prisión a cada una, además de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo) y por dos faltas de lesiones (a 8 días de localización permanente a cada una y la accesoria de prohibición durante 6 meses de aproximación a 50 metros a las víctimas), sufridas por una médico de familia y una enfermera de un Centro de Salud, agredidas y golpeadas por las denunciadas « a sabiendas de la función ejercida » por una y otra.

Para completar mínimamente el ámbito de actuación jurídica sobre las agresiones sólo mencionaré aquellas cues-

tiones jurídico formales y procesales a considerar en este contexto.

En primer término, recordar el carácter antiformalista de nuestro ordenamiento en lo que se refiere a la puesta en conocimiento del juez de la sospecha de la comisión de una acción punible, que permite que para la iniciación del proceso penal sea suficiente con su transmisión, a excepción de los delitos perseguibles a instancia de parte, los llamados delitos privados en los que la titularidad de la acción corresponde al ofendido.

El modo más común, la denuncia (arts. 259-269 LECRIM), que podrá ser verbal o escrita, personal o por medio de mandatario, se puede efectuar indistintamente ante un órgano judicial, el Ministerio Fiscal o la policía, estando obligados a formalizarla:

1. El testigo directo del hecho delictivo.
2. Los que por razón de su cargo, profesión u oficio tuvieren noticia de delito público (en nuestro ámbito, los responsables de los centros sanitarios (art. 262 LECRIM).

Mientras que, por el contrario, el ofendido por la infracción penal no está obligado a denunciar el hecho, sino que para él la denuncia es un derecho, implícito en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución, del que puede o no hacer uso, sin perjuicio de su obligación de comparecer en calidad de testigo y de que el procedimiento se incoe contra su voluntad, si el delito fuese público.

De otra parte, la querrela, que como acto de ejercicio de la acción penal (art. 100 y ss. y 270 LECRIM), sí que está sujeta al cumplimiento de requisitos formales de capacidad, de legitimación y otros (por escrito, con poder especial, interposición ante el juez competente, etc.), es la vía menos usual lógicamente para la iniciación del proceso por los hechos que estamos analizando, ni siquiera cuando se trata de delitos perseguibles a instancia de parte (delitos privados, injurias y calumnias, entre otros) en los que puedan ser parte activa -acusadora- los empleados públicos.

En ese caso, están exentos de presentarla si versa sobre «hechos relativos al ejercicio de sus cargos», de conformidad con el art. 215 CP, que en la redacción dada por la Ley O. 15/2003, de 25 de noviembre, establece « Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos».

En el mismo sentido, para faltas del art. 620, sin distinción del sujeto pasivo, es suficiente con la denuncia de la persona agraviada.

En cuanto a los procedimientos (procesos) penales, de los que hay que descartar el procedimiento ordinario común (Libros II y III de la LECRIM), destinado al enjuiciamiento de los delitos muy graves, aún cuando sus reglas son aplicables supletoriamente, y a salvo del procedimiento abreviado (Libro IV, Título II LECRIM) dirigido «al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años», sólo me referiré a los más habituales:

1. El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (Libro IV, Título III; arts. 695 y sgs. LECRIM) para la instrucción y el enjuiciamiento de delitos castigado con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años o de diez con cualesquiera otras (únicas, conjuntas o alternativas), como vía rápida para delitos, entre otros, cuya instrucción sea poco compleja y que por su trascendencia social no resulta aconsejable prolongarlos en el tiempo, cuyo procedimiento está marcado por la inmediatez y la prontitud, y

2. El procedimiento del juicio sobre faltas para el enjuiciamiento de las faltas (art. 962 y 964 LECRIM), a través de los llamados “juicios inmediatos”. Del mismo modo que el anterior, se trata de una vía ágil, marcada también por la inmediatez y la celeridad.

Tanto en uno como en otro, la actuación de la Policía Judicial en la formación del atestado, recepción de denuncias y actos de comunicación (citaciones de las partes, de los testigos, etc.) es determinante, además de ser la que da origen a la iniciación del proceso.

En cuanto a la competencia para el conocimiento y fallo, que en los tipos delictivos corresponde al Juzgado de lo Penal (art. 14 LECRIM), en las faltas la competencia es del Juzgado de Instrucción, excepto para las faltas de amenazas, coacciones e injurias o vejaciones injustas, que, en los municipios en los que no exista juzgado de Instrucción, corresponderá a los Jueces de Paz (art. 14.2 LECRIM), lo que ha originado en alguna ocasión ciertas disfunciones, por cierta resistencia de sus titulares a enjuiciar la conducta de sus vecinos ante hechos constitutivos de falta de amenazas en un Centro de Atención Primaria de un municipio sin Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción.

En lo que se refiere a las sentencias, y más allá de las eventuales condenas y del régimen de penas, considero de interés señalar que puedan contemplar, por una parte, algunas de las prohibiciones del art. 57 CP, en relación con los arts. 33 y 48 del mismo, y, por otra, la eventual condena por daños morales.

El referido precepto -art. 57.3 CP- establece que las mismas prohibiciones previstas para los delitos pueden impo-

nerse en los casos de faltas contra las personas de los arts. 617 y 620 CP, por un tiempo no superior a seis meses.

En ese grupo estarían la sentencia ya citada, referida al delito de atentado, en cuanto a la prohibición de aproximación a la víctima, y una sentencia por falta de amenazas en la que, junto a la condena a pena pecuniaria (multa), se prohíbe al condenado « acudir al Centro de Salud... a no ser que vaya acompañado, con el objeto de ser atendido médicamente, por un agente de la Policía Local», imponiéndose al mismo la prohibición de comunicación durante seis meses, siendo elocuente el propósito del juzgador al motivarla cuando expresa « logrando con la misma que incidentes como el aquí sentenciado cesen entre las partes litigantes, si bien conciliando dicho fin con el derecho a la salud [sic] del denunciado, ya que no se le prohíbe acudir al Centro de Salud... sino que acuda sólo».

La posibilidad de obtener la indemnización del daño moral también prosperó en un caso de faltas de amenazas y de injurias, ocurridas en un Centro de Salud, cuya sentencia además de la imposición de las correspondientes multas, condenó a los denunciados en concepto de responsabilidad civil (arts. 109 y 116 CP), por perjuicio moral, ya que la víctima « padeció en un lugar público, y en presencia de numerosas personas anónimas que se hallaban en el Centro de Salud, la actitud amenazante y la afrenta de los denunciados, dirigida a menoscabar su dignidad profesional y personal...».

Para finalizar, no quisiera terminar mi exposición, volviendo de algún modo al inicio, sin citar el proyecto de Decreto¹ de asistencia jurídica al Servicio Andaluz de Salud, pendiente de aprobación próximamente por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, después de culminado satisfactoriamente el procedimiento de elaboración, y dictaminado favorablemente por el CGPJ y por el Consejo Consultivo de Andalucía.

En el mismo, entre otras cuestiones, se regula la asistencia jurídica al personal del Organismo Autónomo y, específicamente, al personal de los centros asistenciales, tanto pasiva como activamente (concretamente, en su art. 2), para hacer efectivo el derecho individual implícito en el art. 17.1. h) del Estatuto Marco del personal estatutario, («asistencia y protección»).

La primera, la asistencia jurídica pasiva se formula en los iguales o similares términos a los ya expresados anteriormente.

Y la segunda, la activa, es de aplicación a los dos supuestos siguientes:

¹ Aprobado con posterioridad a la celebración del Congreso. Decreto 257/2005, de 29 de noviembre, de asistencia jurídica al Servicio Andaluz de Salud (BOJA nº 247, de 21 de diciembre).

- En primer término, regula la asistencia jurídica al personal (asesoramiento en derecho y representación y defensa judicial), incluido el ejercicio de acciones, en su caso, «ante hechos que atenten contra la integridad física producidos en el ejercicio de las funciones».
- Y, en segundo lugar, «ante otros hechos que puedan afectar al desempeño de las funciones y supongan grave perturbación en la prestación de la asistencia sanitaria».

En el primero de los supuestos, hechos atentatorios contra la integridad física, la asistencia jurídica sería procedente de forma automática, con independencia del requisito de la correspondiente autorización del Director Gerente en cuanto a la representación y defensa del perjudicado y al ejercicio de acciones, en su caso, mientras que en el segundo, la asistencia jurídica se subordina a que concurra perturbación del servicio, aparte del requisito de la autorización, en la que tendrá que haber un pronunciamiento de dicho órgano sobre si los hechos han sido perturbadores del aquél.

José M^a Pérez Gómez

Letrado del Servicio Jurídico delegado central del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

Es un principio general en el ámbito de la función pública que los funcionarios públicos y por tanto también el personal sanitario público tengan una suficiente cobertura por parte de la Administración pública en el ejercicio de sus funciones y en el desempeño de sus cargos. Sin embargo, la aplicación práctica de este principio general se diferenciada en cuanto a su tratamiento en función de cuál sea la Administración en la que preste los servicios el concreto funcionario. La necesidad de esta asistencia jurídica, históricamente estaba ya recogida en el antiguo Reglamento de Funcionamiento Orgánico de la Abogacía del Estado de 1943, y posteriormente también en un Real Decreto del año 1985, que regulaba las funciones de la Abogacía del Estado, pero sin embargo, no fue hasta la Ley de Asistencia Jurídica de 27 de noviembre del 1997, cuando se estableció con carácter general en una norma con rango de ley el derecho de los funcionarios a ser asistidos tanto en la posición pasiva, es decir cuando aparecen como demandados, como en una posición activa, es decir, cuando en determinadas ocasiones, como consecuencia de las gestiones realizadas en el ejercicio de su función, se ven obligados a ejercer, o parece conveniente con un criterio de oportunidad, ejercer acciones en contra de particulares.

En la actualidad nos encontramos con que la materia está desarrollada reglamentariamente en el ámbito del Estado por medio del Reglamento Orgánico de la Abogacía del Estado. En lo que hace al ámbito de la Administración de la Seguridad Social dispone de su propia normativa, que en la actualidad es de aplicación para el personal estatutario que presta sus servicios en Ceuta y Melilla, concretamente el Reglamento del Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 3 de agosto de 2001. Finalmente, en las respectivas Comunidades Autónomas existe una regulación diversa, en algunos casos, como concretaré, a través de disposiciones con rango de Ley, que son desarrolladas reglamentariamente, y en otras ocasiones por meras disposiciones de rango reglamentario, y en algún caso por ninguna disposición. Por ejemplo, en el caso de la Comunidad Autónoma de Baleares, ante la ausencia de datos encontrados, me puse en contacto directamente con el letrado jefe que lleva la asesoría jurídica para preguntarle donde podía encontrar normativa relativa a esta materia y me dijo que no la hay y que según van apareciendo los casos se van aplicando soluciones concretas, pero que no hay nada previsto normativamente.

Las distintas regulaciones existentes plantean con carácter general algunas diferencias entre unas de las otras, y que

son las siguientes. En primer lugar, se plantea el problema de determinar si la decisión de representar y defender al funcionario o personal implicado es un acto discrecional o reglado, éste sería uno de los primeros problemas que hay que determinar. En segundo lugar, se plantea quién tiene que otorgar la autorización para la defensa; en concreto, si debe ser el director de los servicios jurídicos. Normalmente, en las Comunidades Autónomas, estas unidades, esto es, los servicios jurídicos, suelen estar radicadas en lo que es la Dirección General de la Asesoría Jurídica, que depende de Presidencia. No hay una Comunidad Autónoma en la que respecto de este tipo de decisiones, dentro de lo que son los servicios de salud o también en determinados supuestos, quien realice la autorización, quien tenga la última palabra en esta materia, como norma general sean los Directores de las Entidades o los Directores de los Centros. En algunas ocasiones, en determinadas Comunidades Autónomas es el Director del Centro quien realiza la propuesta y luego es el Director del Servicio Jurídico quien lo autoriza.

En el caso de la Abogacía del Estado, en vez de ser una autorización para que el funcionario sea defendido, es una habilitación para que el Abogado del Estado pueda defender, lo cual no se hasta qué punto es correcto, toda vez que la habilitación viene ex lege como consecuencia de lo establecido en el artículo segundo de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado y otras Administraciones Públicas. Otra cuestión, también a tener en cuenta, es el diferente tratamiento de esta autorización en función de que la posición del personal sea la pasiva o la activa. En la mayor parte de los reglamentos que llegan a profundizar en este detalle se considera que para la defensa pasiva bastaría, o basta con carácter general, el requisito de inexistencia de una contraposición de intereses y una apariencia de buen derecho en la actuación del personal sanitario, y, sin embargo, para el ejercicio de acciones en nombre y representación de estos funcionarios contra terceros, parece que la regla fundamental es el criterio de oportunidad en función del caso, de tal manera que mientras que en algunas Comunidades Autónomas hace falta un acuerdo del Consejo de Gobierno para ejercer las acciones en contra de un tercero en nombre de un funcionario, en la Abogacía del Estado del Ministerio de Justicia y en la Administración de la Seguridad Social hacía falta también una autorización expresa, no del director del Centro, que hace una propuesta, sino del Director General de la entidad gestora en la que preste servicio el funcionario o el personal sanitario.

Otra cuestión a tener en cuenta, que hace variar las posibilidades de defensa de los funcionarios en función de en qué Comunidad Autónoma presten sus servicios, es el diferente tratamiento según el orden jurisdiccional en el que se encuentre el litigio; así, mientras que en Cataluña, por ejemplo, con arreglo a sus disposiciones legales, donde son frecuentes las reformas, pero este elemento yo creo que permanece constante, tan sólo son susceptibles de ser defendidos los facultativos en el ámbito de la jurisdicción penal. Por el contrario, en otras Comunidades Autónomas parece que no se hace ninguna distinción en cuanto los órdenes jurisdiccionales respecto de los que se puede plantear el ejercicio de acciones, por lo que podría admitirse la defensa tanto en el orden penal, como en el orden civil. Sin embargo, más dudoso es que se pueda realizar la defensa en el orden contencioso administrativo donde la presentación como codemandado es potestativa, del mismo modo que en el procedimiento laboral parece una constante evitar la situación de litis consorcio con una única representación. No aparecen recogidos en las disposiciones que he visto y estudiado estas especialidades o una mención expresa de posibilidad de que puedan ser defendidos en la jurisdicción laboral o en la jurisdicción contencioso administrativa.

Por otra parte, hay determinadas normas de Comunidades Autónomas que prevén expresamente la posibilidad de que la asistencia jurídica se realice por medio de una póliza de seguro; es el caso de Castilla-León, que expresamente lo prevé, y en este supuesto la práctica generalizada, como todos sabéis, en la mayor parte de las Comunidades Autónomas es que el peso principal en la defensa de los facultativos, sobre todo en casos de mala praxis, recaiga en el letrado de la Compañía de Seguros. Existen, sin embargo, Comunidades Autónomas, como por ejemplo Galicia, que en determinados momentos, no se si seguirá siendo así, el peso principal de la defensa de los facultativos recaía sobre los letrados de la Xunta de Galicia. También puede tenerse en cuenta, conforme a las previsiones normativas que hacen al respecto determinadas Comunidades Autónomas, la posibilidad incluso de externalizar este tipo de función en aquellos supuestos en donde la plantilla de letrados no fuera lo suficientemente importante como para poder hacer frente a esta carga de trabajo, concertando una póliza de aseguramiento exclusivamente de servicios jurídicos para determinados casos. Me estoy refiriendo quizás más a las posiciones en las que corresponde hacer ejercicios de acciones por delitos menores, por faltas o por asuntos semejantes. Es una cuestión de gestión de las direcciones de los respectivos servicios jurídicos, toda vez que parece que se infrautilizarían los recursos humanos de las asesorías jurídicas en un montón de juicios de faltas, que dada la tendencia creciente a las agresiones, a las coacciones y a las amenazas al personal sanitario, podía obligar a las asesorías jurídicas quizás a

ocupar demasiado tiempo en los juzgados de instrucción y en los juzgados de lo penal; en suma, en asuntos que realmente no tienen una trascendencia económica grande, con lo que se podría producir una dispersión e infrautilización de los recursos. En la actualidad, lo cierto es que el personal sanitario, en tanto las normas funcionariales, por lo menos las del Estado, no contengan un precepto en donde expresamente se contenga el derecho a recibir una asistencia jurídica letrada de las autoridades, conforme al artículo 17. 1. h) del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, el personal estatutario de los servicios de salud tiene el derecho a recibir asistencia y protección de las Administraciones públicas y Servicios de Salud en el ejercicio de su profesión o en el desempeño de sus funciones. Desde luego, la expresión recibir asistencia y protección contenida en el citado precepto, aunque no haga referencia directa y expresa a la "asistencia jurídica", consideramos que obviamente dicha asistencia jurídica se encuentra comprendida, y así lo hemos entendido todos, a la hora de interpretar el artículo segundo de la Ley de 27 de noviembre del 1997. Su artículo segundo señalaba que, en los términos establecidos reglamentariamente, los Abogados del Estado podrán asumir la representación y la defensa en juicio de las autoridades, funcionarios o empleados del Estado y sus organismos públicos referenciados en el artículo anterior, y órganos constitucionales, cualquiera que sea su situación procesal, por actos u omisiones en procedimientos que se sigan por actos relacionados con el cargo. No obstante, también se planteó el dilema de que este artículo segundo no es de aplicación en el ámbito de la Seguridad Social ni en el de las Comunidades Autónomas. De ahí que sean las propias normas reguladoras de los servicios jurídicos de cada una de las Comunidades Autónomas las que deban prever la posibilidad de que los letrados de dichos servicios puedan representar y defender al personal estatutario.

En otro orden de cosas, señalar que se ha planteado la cuestión de hasta qué punto mediante una norma reglamentaria se puede conferir la representación de funcionarios a letrados externos o letrados públicos no pertenecientes a la Abogacía del Estado. Esta cuestión se planteó respecto de la representación y defensa de funcionarios públicos antes de la entrada en vigor de la Ley de 1997, pero en un Auto del Tribunal Constitucional se llegó a señalar expresamente la viabilidad de que dicha representación fuera factible por parte de letrado del organismo público de la Administración donde presta sus servicios el funcionario. En el ámbito de la Seguridad social hay que señalar que también se prevé expresamente en la Instrucción en la que se regula esta materia, la posibilidad de designar abogados apoderados, abogados colegiados especialmente designados para ello. Esta situación se nos plantea en Ceuta y Melilla toda vez que en estas plazas no hay un puesto de trabajo de funcionario Letrado, si bien en

determinados aspectos aparecen cubiertas estas actuaciones con la defensa por medio de letrados que se encuentran prestando servicios en la península y se desplazan eventualmente de Cádiz y Málaga. Sin embargo, a la hora de la defensa de los funcionarios, junto con otros supuestos, también se consideró que la gestión era más eficaz con una defensa por medio de un Abogado del Estado.

Para evitar los posibles incrementos de costes no previstos se sometió a estos profesionales a la aceptación de unas tarifas, previamente establecidas por medio de una Reso-

lución del Secretario de Estado, de tal manera que, al menos, con independencia de cual sea la cuantía del procedimiento, el precio de tarificación de los servicios de los profesionales externos que prestan estos servicios indirectamente para la Administración, directamente para el funcionario, estén sometidos a esta limitación que en cierto modo tienen el carácter de iguala. Sería el equivalente a las igualas que las compañías de seguros tienen con los abogados con los que mantienen relaciones de defensa jurídica.

Jacinto Torralba Esteban

Médico Forense

Coordinador del Gabinete de Medicina Legal hospitalaria del C.H. Juan Canalejo de A Coruña

Estoy encantado de estar con vosotros este día. En mi exposición voy a partir y situarme en el año 1986 en el que se publica y se pone en marcha la Ley General de Sanidad, una Ley que ofrece muchas más cosas de las que el propio sistema puede ofrecer, y con el inconveniente de que lo que dispone la Ley hay que cumplirlo y el que no pueda hacerlo es el que lo va a sufrir: en nuestro caso el personal sanitario de cualquier tipo. Con la entrada en vigor de la Ley General de Sanidad se crean una serie de expectativas. Los pacientes, a partir de ese momento llamados usuarios, empiezan a tener -que en mi criterio ya tenían- unos derechos, plasmados ahora en la Ley, que arrastran una serie de consecuencias. Léase médico responsable, consentimiento informado, información, historia clínica, etc. En suma, una serie de cosas que parece se habían inventado en ese momento, pero que ya estaban en marcha desde Hipócrates, prácticamente.

¿Qué es lo que cambia? Lo que cambia un poco es la actitud y aceptación de un cierto paternalismo que dominaba la asistencia sanitaria hasta aquellos momentos, por una primacía, por así decir, de la libertad del propio enfermo para decidir sobre su futuro. Entonces, en este nuevo entorno se empieza a generar un ambiente que incide en la relación clínica, que no quiero decir enfrentamiento, una cierta litigiosidad en cuanto a los riesgos, en cuanto a los posibles daños, a las posibles negligencias, en suma, en cuanto a la asistencia sanitaria por parte de los profesionales.

Todo esto va unido a que se van obteniendo, en aquellas época, unas indemnizaciones. Se pedían unas indemnizaciones globales, que para el ejercicio médico implicaban asumir un cierto riesgo ante la posibilidad de denuncias. En fin, este entorno se complica más en cuanto el propio personal médico prácticamente se ve acosado por posibles denuncias.

La medicina de urgencias se transforma prácticamente. No digo que se llegue al exceso de una medicina defensiva, pero es cierto que el número de pruebas para alcanzar unos diagnósticos o iniciar unos tratamientos se multiplican, lo cual no sólo aumenta el riesgo para el enfermo, sino que encarece la sanidad y retrasa lógicamente toda una cierta terapéutica. A esto se añade una tecnología punta que empieza a avanzar en esos años, es decir, el riesgo yatrogénico que es bastante grande. El enfermo, -por las campañas de divulgación parece que se puede hacer todo en la medicina- cree que todo se puede curar. Es decir, se habla de operaciones de cirugía cardíaca mí-

nimamente invasiva, etc. etc. Llega un momento en que prácticamente se crea la sensación de una medicina de infalibilidad, cosa que no es cierta y que aumenta todavía los riesgos.

De estos temas empiezan a darse cuenta las gerencias de ciertos centros hospitalarios y las asesorías jurídicas de los diferentes Servicios de Salud. En el año 1994, después de ya estar peleada, por así decir, la Ley General de Sanidad, llega al Hospital Canalejo un gerente catalán, el Dr. Joseph Santa Creu, el cual ya había creado ese mismo año en Barcelona un Gabinete Médico Legal de tipo hospitalario e intenta crearlo en A Coruña.

Voy a relatar una pequeña historia porque en realidad lo que me han pedido es que os explique como se creó y qué es lo que se hace en el Gabinete Médico Legal, y cómo se ayuda con él en una asistencia médico legal para auxiliar así a la asesoría jurídica ante cualquier demanda contra el personal de la Institución, o bien contra la propia Institución. Hay tres exjefes de la Asesoría Jurídica del SERGAS. Con el primero, con Roberto, se inicia el intento de la creación de este Gabinete, a lo cual accedió la Secretaría General del SERGAS, y se crea en el año 1994. Lo que se hacía era ayudar a la asesoría jurídica, no sólo con un apoyo clínico, sino también con una labor de completar documentaciones, o informar o apoyar con una documentación clínica en todos los casos de las demandas que pudiera haber. El Gabinete de Medicina Legal facilitaría todo, la preparación y defensa de los asuntos e incluso las proposiciones de prueba. Hasta el año 1994 la asistencia ante posibles denuncias por negligencias, incluso con el Código Penal antiguo, que todavía no había vivido la modificación última, que nos depara con 31 tipos para los médicos, mientras antes había 6 ó 7, no sólo se preparaba y se apoyaba la prueba que proponía la asesoría jurídica, sino que también se apoyaba y se ayudaba a la compañía de responsabilidad civil, con la cual la Xunta tenía concertados los riesgos de responsabilidad civil; es decir se trataba de llevar un cierto orden en cuanto a la defensa, proposiciones de prueba, etc., de los profesionales o servicios de personal. En la actualidad, se hace la misma función con los instructores de los expedientes de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración. Efectivamente, ha bajado el tipo de denuncias en la jurisdicción penal habidas entre los años 1994 y 1998. Aquello fue un aluvión impresionante, pero a partir de que empezó a tomar cuerpo las reclamaciones por responsabilidad patrimonial, resulta que ahora estamos en unos límites, en unos extremos, casi como los penales de antes.

¿Qué es lo que pasa?. Que con las instrucciones de expedientes de reclamación de responsabilidad patrimonial, a los hospitales nos piden la historia clínica completa. Es una de las maneras en que la parte denunciante obtiene toda la información que necesita, puesto que el inspector se la pone a su disposición, es decir, le facilita un historial clínico completo. Cosa que en algunos casos tendríamos previamente que discutir muy a fondo qué es la historia clínica, para qué es y en qué se convierte. Para el médico no es más que un instrumento de trabajo, es decir, es un conjunto de documentos donde cada uno va aportando una serie de cosas. Hoy tiene un criterio el especialista, pero mañana puede cambiar de opinión en función de la evolución del enfermo, lo que le sugiere una modificación del tratamiento, en cuya actuación no hay ningún error ni ninguna negligencia. Pero si esta historia clínica a lo largo de todo el proceso llega a unas manos que no están bien documentadas al respecto, se puede transformar en un riesgo, por lo menos de tener que aclarar una serie de conceptos que, entre concededores de la profesión, no haría ni falta aclarar.

La historia clínica no es un documento oficial; oficial es -quiero decir público- una escritura o cualquier otro tipo de legajo de un Juzgado de Instrucción, que tiene que ir ordenado cronológicamente, foliado y numerado. La historia clínica es muy difícil que se mantenga ordenada cronológicamente, porque en una consulta con veinte enfermos es muy difícil que el médico saque unos papeles y los vuelva a colocar en su sitio, sino que los va dejando encima del que sea. Que sea responsabilidad del Servicio de Documentación Clínica ordenar toda la documentación clínica es absurdo, porque tendría que ordenar cuatro mil historias diarias, pero no sólo según entran, sino según salen, porque también se han podido modificar allí. Digo esto porque ahora es una de las cuestiones que estamos sufriendo nosotros en la Comunidad Autónoma, esto es, la de peticiones de historias clínicas completas y ordenadas cronológicamente, con lo cual las dificultades -facilidades- como ven, son mucho mayores para ordenar las historias en Gabinetes de este tipo, que no tenemos ni personal ni nada. Porque el Gabinete de Medicina Legal de este ostentoso nombre que le hemos dado, consiste en que si yo me levanto de la silla se levanta el Gabinete, y si me siento se sienta el Gabinete, esa es la realidad.

Nos situamos ahora en los años 1985-1990. ¿Cómo se hacía la defensa de los profesionales sanitarios? Cada uno se las arreglaba como podía, en el sentido de que si tenía póliza de responsabilidad civil, la compañía de seguros le atendía y punto. En el caso de que no la tuviera, se tenía que buscar la defensa privadamente como fuera. Hasta que por las inquietudes de la asesoría jurídica empezamos a pensar en las siguientes cuestiones. Primera: ni era segura este tipo de defensa, ni era la mejor que se podía dar al

profesional. Entonces, pensamos qué sistema sería el adecuado y, en relación con lo que antes decía uno de los ponentes, pensamos que la asistencia jurídica en la Comunidad y por lo menos en el área de La Coruña, fuera voluntaria. Se le ofrecía al profesional qué tipo de asistencia quería, es decir, la de la propia la asesoría jurídica del SERGAS si optaba por ella, o la de su póliza de seguros si la tiene, o la de su familia o un familiar que le pueda ayudar. Normalmente, diría que en un 90 %, por no decir 99%, y no quedarme corto o pasar de optimista, eligen siempre la asesoría jurídica del SERGAS. Por un motivo muy fácil; normalmente hasta ahora las compañías de seguros lo único que tenían en un 90 por ciento de su cartera de riesgos, era tráfico. Los abogados de las compañías de seguros tenían muy poca relación con los temas sanitarios y mucho menos con los temas sanitarios de hoy día, con la ultraspecialización que conllevan. Quiero decir que llegar incluso a hacerles comprender medianamente una técnica quirúrgica, prácticamente nos llevaría un par de mañanas explicándoselo o llevándole a ver cómo se hace eso, mientras que los abogados de la asesoría jurídica, bien porque ellos conocen ya a los equipos médicos, su participación en las mesas de contratación, etc, etc, les es mucho más fácil el conocimiento de la realidad clínica. Una vez que por el profesional o por los grupos de profesionales se ha aceptado la asistencia jurídica, lo que hacemos es lo que seguidamente describo. Una vez formulada la denuncia por negligencia, -o por lo que sea- del profesional o grupos de profesionales, entonces tenemos una serie de reuniones donde examinamos toda la actuación de ese profesional o grupo de profesionales en ese episodio concreto, así como las circunstancias que han podido llevar a que de esa actuación clínica no se haya dado el resultado esperado, que muchas veces no tiene por qué dar el resultado esperado.

En fin, la judicialización, la insuficiente información de los profesionales sanitarios, el riesgo de los procedimientos, y el exceso o a veces la falta de información por parte de los enfermos de la asistencia que se les va a prestar, es lo que hace que este tipo de Gabinetes sean útiles, en cuanto tienen una serie de actividades que complementan las cuestiones médico legales para el hospital, para la gerencia, para los propios servicios clínicos del hospital, incluso para el personal de enfermería, que últimamente también se está viendo metido en estos berenjenales.

Existe otra faceta. Es el asesoramiento diario y casi al momento por parte del Gabinete a través del teléfono móvil, de manera que ahora en cualquier momento te pueden localizar para hacerte una consulta de cualquier problema, de un tema bioético, de un tema de información de personas de las cuales dudan sobre su capacidad, pero que no están incapacitadas legalmente, qué actuaciones pueden acometer y hasta dónde pueden llegar. Igualmente,

el apoyo a las Comisiones Clínicas y a la Unidad de Atención al Paciente. La unidad de Atención al Paciente del Complejo Hospitalario de A Coruña se encarga prácticamente de todos aquellos temas de solicitud de información por parte del paciente que no tengan ninguna relación o puedan ser susceptibles de solicitud de documentación con intención judicial. Pero algunas veces va relativamente encriptado, pidiendo, por ejemplo, en caso de parejas separadas, que es lo que suele haber con más frecuencia, sobre la custodia de los hijos, la información de quién la debe tener, confundiendo la custodia, la patria potestad, etc. Es un tema que ahora no se por qué es un arma del niño entre los dos adultos que se da con bastante frecuencia.

Por otro lado, lo que también se da son temas de solicitud de información en cuanto a parejas de hecho, en las cuales hay préstamos que han estado pagando de una manera común, fallece uno de los dos que tiene familiares directos y estamos en el lío de si a esta persona que es pareja de hecho, pero que no tiene ninguna documentación que lo acredite, que información no se le puede dar.

Los objetivos, en realidad, son de carácter hospitalario y extrahospitalario. Los de carácter hospitalario son prácticamente los que hemos hablado de apoyo a las Comisiones Técnicas con documentación clínica, protocolos, etc. También los de carácter hospitalario es la gestión por la Administraciones públicas.

Otro de los temas que se nos plantea es de colaboración. Es un ambiente casi multifactorial, pues es colaboración con la policía en casos de asesinatos y de historias de éstas, para determinar causas de muerte en aquellos extremos en los que ha pasado muy poco tiempo y hay dudas. ¿Qué problema es ese? pues que una vez que se ha hecho ese informe, los médicos que lo han hecho tienen que ir a declarar en relación con dicho informe, y previamente ante cualquier actuación de ese tipo, nos reunimos con la asesoría jurídica y los profesionales interesados, y vemos qué manera hay de contestar, es decir, por ejemplo, no tutear al Magistrado porque se suele mosquear bastante; entre otras cosas, darles unas normas de higiene como decimos nosotros, y sobre todo que lean bien todos los informes que firman, porque en algunos casos hemos tenido bastantes problemas.

Qué más cosas podría decir, de temas de este tipo. Problemas, por ejemplo, de Servicios de Admisión. No sé si vosotros lo tendréis en vuestras Comunidades Autónomas. Por ejemplo, entra una persona por urgencias y tiene una entrada y un alta, a una hora y a otra hora. En un caso reciente, tiene otra entrada el mismo día por la tarde y Admisión da la salida tres días después fallecido. Pero qué es lo que pasa: que en vez de dar la historia clínica en Admisión para que incluya el fallecimiento en el segundo

ingreso, pasa la historia clínica a mortuorio y se la da dos días después. Del Juzgado -una de esas cosas que te abren un poco los ojos- me llega una petición de historia clínica pidiendo hora de entrada y hora de salida, en un caso que a mi no me llamaba la atención, me parecía una tontería. Pedí la historia y me encuentro con eso: que ingresa a las nueve de la mañana de hoy y sale la una, y vuelve a ingresar a las cinco y hay un informe de salida del médico, firmado por su mano, de las nueve y quince como fallecido. Pero, sin embargo, Admisión le da por fallecido tres días después. Con lo cual si no se miran estas cosas, tendríamos dos documentos, a ver cual era el verdadero.

Tenemos problemas de identificación, en algunos casos, por suplantación de cartillas, etc. Datos que coinciden con un enfermo pero luego son de otro, incluso ese otro no sabemos quien es. Incluso se han dado temas hasta de tipo casi diría penal.

En fin, termino mi exposición. Decirles que creo que la creación de estos Gabinetes en los hospitales, al menos en cada área, sería muy interesante, primero, porque el profesional sanitario se siente bastante más atendido de hecho. La confianza de ellos en cuanto al número de llamadas para cualquier petición al Gabinete, a mí en concreto, es diaria y varias veces al día, por los diferentes Servicios, tanto quirúrgicos como médicos. Pienso que para el profesional es más cómodo preguntarme que poner en un libro: creo que me equivoqué en esto, tuve tal incidencia ¿Qué pasa con estas incidencias? Una vez que me las comunican, si veo que tienen entidad suficiente, automáticamente esa historia clínica la ponemos en custodia, lo comentamos con la asesoría jurídica para que en el momento que haya cualquier movimiento desde el punto de vista judicial entrar en acción inmediatamente.

Por otro lado pienso que se está perdiendo un poco de tiempo en estas cosas, porque el perfil del personal para de este tipo de Gabinetes debe de ser muy concreto, es decir: el de no oír, no ver y callar, eso es cien por cien fundamental, porque si uno va oyendo una cosa y luego la comentas en el ascensor, poca credibilidad vas a tener. Si los abogados de la calle, me refiero a los privados, tuvieran falta de clientes, con pasarse un par de horas subiendo y bajando el ascensor de un hospital iban a tener suficiente material para llenar el despacho.

Y decía que se está perdiendo tiempo, porque se podían crear profesionales de este tipo, con estos perfiles, seleccionados a través de la vía MIR, para los Gabinetes que se fueran creando porque el primer paso es importante y es fundamental; si falla o se cierra es muy difícil empezar otra vez. Lo ideal sería contar con personal de este tipo que tuviera una cierta relación con los profesionales de los juzgados, para tener una mayor agilidad y facilidad de resolver estos temas. Yo era médico forense y aprove-

chándome de esa circunstancia, me ha permitido en muchos temas de estos resolverlos por teléfono con los pro-

pios juzgados.

MESA DE TRABAJO

“EL PROBLEMA DEL REINTEGRO DE GASTOS SANITARIOS REALIZADOS EN UN ESTADO MIEMBRO SIN LA AUTORIZACIÓN DEL ESTADO DE ORIGEN DEL PACIENTE”

José M^a Pérez Gómez

PRESENTACIÓN

La concurrencia del principio de libre prestación de servicios junto con la diversidad de modelos de gestión sanitaria de la Asistencia Sanitaria Pública europea ha configurado algunas resoluciones judiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que permiten a los ciudadanos la posibilidad de obtener el reintegro de gastos sanitarios realizados en un Estado miembro distinto al de su lugar de residencia no solo por medio de los instrumentos establecidos en el Reglamento CE. 1408/71, sino también en algunos supuestos distintos.

Esta situación plantea, desde el punto de vista de la gestión sanitaria, cierta inquietud y, desde el punto de vista de los beneficiarios una suerte de mecanismo complementario de garantía respecto a la satisfacción de su derecho a la salud.

El problema, sobretudo a raíz de la sentencia dictada en el caso Inizan (C-56/2001), plantea la posibilidad de que si en un tiempo razonable a un beneficiario del sistema no se le asiste en su situación de necesidad, éste podría acudir a otro Estado miembro para poder obtener la asistencia necesaria y reclamar posteriormente el reintegro de gastos en su Estado de origen.

En la presente ponencia vamos a abordar este problema repasando primero la normativa española sobre la materia para pasar a comentar después algunas de las sentencias del TJUE dictadas sobre esta materia.

I) Marco jurídico del derecho español aplicable.-

Con carácter previo a la formulación de observaciones a las cuestiones planteadas, consideramos que debemos establecer cual es el marco jurídico en el que se desenvuelve la prestación de la asistencia sanitaria en el Reino de España¹.

Así partiendo de la formulación del derecho a la salud de los españoles como un principio rector de la política económica según establece el artículo 43 de la Constitución Española de 1978 hay que destacar que su desarrollo normativo se manifiesta en primer término con una serie de normas básicas emanadas del Parlamento de la Nación con su correspondiente desarrollo reglamentario y, además, como consecuencia de modelo de organización territorial vigente, con una suerte de disposiciones dictadas por las Comunidades Autónomas que, en la actualidad, gestionan directamente las funciones y servicios de asistencia sanitaria y que, en virtud de lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de

¹ La regulación del reintegro de gastos en Derecho español ha sido tratada entre otros por ALONSO OLEA, Prestaciones Sanitarias de la Seguridad Social, Ed. Civitas, Madrid, 1994 (pags. 47 a 51); por CANTERO RIVAS y ESTAN TORRES, El reintegro de gastos sanitarios causados en Instituciones Sanitarias ajenas a la Seguridad Social, Ed. Comares, Granada, y ALTOZANO DERQUI, “Asistencia Sanitaria con medios ajenos: Los Reintegros de gastos sanitarios en VARIOS AUTORES, Jornadas de Estudio de la Asesoría Jurídica de INSALUD, Ed. Instituto Nacional de la Salud, Madrid, 1999 (págs. 285 a 298)

Sanidad pueden dictar normas de desarrollo y complementarias sobre esta materia.

Dentro de la legislación estatal parece necesario destacar en primer término la ya citada Ley General de Sanidad, que en su artículo primero ya establecía que son los titulares de este derecho tanto los ciudadanos españoles como los extranjeros residentes en nuestro país). Esta ley, estableció los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el Sistema Nacional de Salud: el carácter público y la universalidad y gratuidad del sistema; la definición de los derechos y deberes de ciudadanos y poderes públicos en este ámbito; la descentralización política de la sanidad; la integración de las diferentes estructuras y servicios públicos al servicio de la salud en el Sistema Nacional de Salud y su organización en áreas de salud, y el desarrollo de un nuevo modelo de atención primaria que ponía el énfasis en la integración en este nivel de las actividades asistenciales y de prevención, promoción y rehabilitación básica. Asimismo, la ley creó el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud como órgano coordinador entre las comunidades autónomas y la Administración General del Estado,

Sin embargo, en los últimos tres lustros el modelo de prestación de asistencia sanitaria ha ido evolucionado, alejándose cada vez más del modelo parcialmente contributivo y esencialmente ligado a las instituciones de Seguridad Social para ir convirtiéndose en un nuevo modelo de prestación de este derecho a la salud en el que la descentralización de la gestión conforme al modelo territorial basado en comunidades autónomas pasa a tener una relevancia hasta entonces inédita. Así, al amparo de las previsiones constitucionales y de los respectivos estatutos de autonomía, todas las comunidades autónomas han asumido paulatinamente competencias en materia de sanidad. Este proceso se ha pretendido completar con un nuevo modelo de financiación, a través de la aprobación de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía

Como un nuevo hito en esta evolución el legislador alumbró la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, de la que a los efectos de este dictamen parece conveniente destacar algunos aspectos:

En primer lugar recoger cuales son los principios generales que inspiran nuestro modelo de asistencia sanitaria que vienen establecidos en su artículo 2º que dice:

“Son principios que informan esta ley:

- a) La prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad.
- b) El aseguramiento universal y público por parte del Estado.
- c) La coordinación y la cooperación de las Administraciones públicas sanitarias para la superación de las desigualdades en salud.
- d) La prestación de una atención integral a la salud, comprensiva tanto de su promoción como de la prevención de enfermedades, de la asistencia y de la rehabilitación, procurando un alto nivel de calidad.
- e) La financiación pública del Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con el vigente sistema de financiación autonómica.
- f) La igualdad de oportunidades y la libre circulación de los profesionales en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.
- g) La colaboración entre los servicios sanitarios públicos y privados en la prestación de servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud.
- h) La colaboración de las oficinas de farmacia con el Sistema Nacional de Salud en el desempeño de la prestación farmacéutica”.

Por otra parte, estos principios se materializan en una serie de derechos que vienen recogidos en el artículo 4, que bajo la rúbrica *Derechos de los ciudadanos en el conjunto del Sistema Nacional de Salud* establece:

“En los términos de esta ley, los ciudadanos tendrán los siguientes derechos en el conjunto del Sistema Nacional de Salud:

- a) A disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso, en los términos previstos en el artículo 28.1.
- b) A recibir asistencia sanitaria en su comunidad autónoma de residencia en un tiempo máximo, en los términos del artículo 25.
- c) A recibir, por parte del servicio de salud de la comunidad autónoma en la que se encuentre desplazado, la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud que pudiera requerir, en las mismas condiciones e idénticas garantías que los ciudadanos residentes en esa comunidad autónoma”.

Así mismo, la vocación del modelo está fundamentalmente, y sin perjuicio de la autonomía en la gestión que tienen las respectivas comunidades autónomas en sus

correspondientes ámbitos de actuación, orientada a la gestión directa de los servicios de asistencia sanitaria. Así se desprende del artículo 11.3, cuando establece que:

“Las prestaciones de salud pública se ejercerán con un carácter de integralidad, a partir de las estructuras de salud pública de las Administraciones y de la infraestructura de atención primaria del Sistema Nacional de Salud”.

Ello no impide el acudir a servicios concertado de manera complementaria o subsidiaria. Si bien este recurso se considera siempre una segunda opción.

La prestación del servicio de asistencia sanitaria se realiza, por tanto, principalmente a través de organismos autónomos creados específicamente en las Comunidades Autónomas para tal fin y, para Ceuta y Melilla, mediante el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria que todavía mantiene la consideración de Entidad Gestora de la Seguridad Social. Estos organismos autónomos tienen, como es lógico, la consideración de Administración Pública y se sujetan a las normas de derecho administrativo, si bien poseen personalidad jurídica propia para el cumplimiento de sus fines. Ocasionalmente, para fines específicos, bien sean de ámbito sectorial o bien de ámbito territorial, existen diversas formas de gestión que se materializan en la creación de fundaciones, consorcios o, incluso, empresas públicas, de conformidad con lo establecido en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del sistema Nacional de Salud.

Finalmente, merece una especial mención, de entre las diversas garantías de las prestaciones que se contienen en el la Sección 3ª del Capítulo I la referida a las garantías en el tiempo en que éstas han de prestarse, en el artículo 25:

“1. En el seno del Consejo Interterritorial se acordarán los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que se aprobarán mediante real decreto. Las comunidades autónomas definirán los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco.

2. Quedan excluidas de la garantía a la que se refiere el apartado anterior las intervenciones quirúrgicas de trasplantes de órganos y tejidos, cuya realización dependerá de la disponibilidad de órganos, así como la atención sanitaria ante situaciones de catástrofe”.

Este aspecto concreto, ha merecido también una particular atención por parte del legislador, que mediante la aprobación del Real Decreto 695/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre listas de espera del Sistema Nacional de Salud, pretende dar el primer paso

para uniformar esta garantía de tiempo prevista en el artículo 25 de la Ley de Cohesión y Calidad al permitir, como se anuncia en la exposición de motivos de esta norma, “el análisis de los resultados y las necesidades y, asimismo, conseguir una evaluación de su funcionamiento, garantizando la transparencia y la uniformidad de la información facilitada al ciudadano”.

Por último, en lo que a esta selección de la normativa estatal aplicable se refiere, debemos precisar que el actual catálogo de prestaciones sanitarias, de conformidad con lo establecido en la Disposición Transitoria Única de la repetida Ley 16/2003, sigue siendo el recogido por el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, el cual en su artículo 5º establece la principal regla práctica en materia de reintegro de gastos sanitarios al prever que

“**Art. 5.** 1. La utilización de las prestaciones se realizará con los medios disponibles en el Sistema Nacional de Salud, en los términos y condiciones previstos en la Ley General de Sanidad y demás disposiciones que resulten de aplicación y respetando los principios de igualdad, uso adecuado y responsable y prevención y sanción de los supuestos de fraude, abuso o desviación.

2. Las prestaciones recogidas en el anexo I solamente serán exigibles respecto del personal, instalaciones y servicios, propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud, salvo lo establecido en los convenios internacionales.

3. En los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”.

Queda pues reducida la posibilidad de una asistencia sanitaria al margen del sistema público en España sólo en supuestos de urgencia vital.

Finalmente, no podemos dejar de hacer una referencia a la normativa de las Comunidades Autónomas sobre esta cuestión, si bien, salvo notables excepciones, no han entrado aún a concretar la garantía de tiempo prevista en el artículo 25 de la Ley 16/2003. La excepción se encuentra en Castilla La-Mancha, donde la Ley 24/2002, de 5 de diciembre, de garantías en la Atención Sanitaria Especializada introduce en sus artículos 4 y 5 unos instrumentos garantistas que merecen atención:

“Artículo 4. Elección de Centro.

1. Los pacientes tendrán derecho a elegir el centro para ser atendidos dentro de la red de servicios propios del Servicio de Salud.
2. Si se prevé que el paciente no podrá ser atendido en el centro elegido por él dentro del plazo señalado en el Decreto previsto en el artículo 3 de esta Ley, el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha deberá informarle de tal extremo y le podrá ofertar cualquiera de los centros sanitarios propios o concertados para recibir atención dentro de los plazos garantizados en dicho Decreto.

Artículo 5. Sistema de Garantías.

1. En el caso de que se superen los tiempos establecidos en el Decreto anual de plazos máximos de respuesta tanto en centro elegido por el paciente como en el centro que el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha le haya, en su caso, designado, el paciente podrá requerir atención sanitaria especializada en un centro sanitario de su elección.
2. En el supuesto previsto en el apartado anterior, el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha estará obligado al pago de los gastos derivados de dicha atención sanitaria al centro elegido, con las limitaciones económicas que fije anualmente el Consejo de Gobierno en el mismo Decreto previsto en el artículo 3 de esta Ley, en el que se tomará como referencia el coste de los servicios sanitarios concertados.
3. Será causa de pérdida del derecho a la garantía de atención sanitaria especializada el rechazo por parte del paciente, dentro del plazo máximo de respuesta que se fije reglamentariamente para cada proceso, de la oferta a que se refiere el apartado 2 del artículo 4.”

Esta norma da una solución al problema de la posible insuficiencia de medios propios para cumplir la garantía de tiempo en la prestación al ciudadano de la asistencia sanitaria, si bien, debe destacarse su carácter territorial limitado a una Comunidad Autónoma.

II) Marco jurídico comunitario de la prestación de asistencia sanitaria en la Unión europea en el marco de la libre circulación de personas .-

1.- **Configuración en Europa de las prestaciones en materia de Asistencia Sanitaria.-** La prestación de la asistencia sanitaria se encontraba inicialmente garantizada en Europa configurada aún como una prestación de Seguridad Social incluida en el Código Europeo de Seguridad Social, nacido en el seno del Consejo de Europa y ratificado, al menos, por los 15 miembros que hasta el año pasado formaban la Unión Europea, además de Chipre y Turquía. En su Parte II, dedicada a la Asistencia Médica se establece de manera genérica un mínimo de prestaciones incluidas en el artículo 10 que son las siguientes:

“a) en caso de estado mórbido:

i) la asistencia médica general, comprendidas las visitas a domicilio;

ii) la asistencia por especialistas prestada en hospitales a personas hospitalizadas o no hospitalizadas y la asistencia que pueda ser prestada por especialistas fuera de los hospitales;

iii) el suministro de productos farmacéuticos esenciales recetados por un médico u otro profesional calificado, y

iv) la hospitalización cuando fuere necesaria, y

b) en caso de embarazo, parto y sus consecuencias:

i) la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, prestadas por un médico o por una comadrona diplomada, y

ii) la hospitalización cuando sea necesaria.

2. El beneficiario o su sostén familiar, podrá ser obligado a participar en los gastos de la asistencia médica recibida por el mismo en caso de estado mórbido; las normas relativas a dicha participación se establecerán de forma que no supongan una carga excesiva.

3. Las prestaciones proporcionadas de conformidad con este artículo tendrán por objeto conser-

var, restablecer o mejorar la salud de la persona protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales.

4. Los departamentos gubernamentales o instituciones que concedan las prestaciones estimularán a las personas protegidas, por cuantos medios se consideren apropiados, a que utilicen los servicios generales de salud puestos a disposición por las autoridades públicas o por otros organismos reconocidos por las autoridades públicas”.

Posteriormente, el derecho a la protección de la salud fue incluido de manera autónoma en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada el 7 de diciembre de 2000, y si bien la misma no fue inmediatamente incorporada al Tratado de la Unión si se reconoció su valor a la hora de interpretar por el Tribunal de Justicia de la Unión europea el acervo comunitario.

2.- Reconocimiento a la libre prestación de servicios en el territorio de la Unión Europea. Por lo que a la libre prestación de servicios se refiere, el actual artículo 49 de la Constitución de la Unión Europea establece que:

“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.

El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Comunidad.”

Cómo más adelante veremos, la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de reintegro de gastos ha tendido a hacer prevalecer este principio a la libre circulación de servicios sobre la propia autonomía de los Estados a la hora de organizar sus propios servicios públicos de asistencia sanitaria lo que plantea una serie de distorsiones que pueden afectar no solo a la equidad del sistema sino, como señala ORTIZ DE ELGEA GOICOECHEA² incluso “a la conjugación de la movilidad del paciente con la sostenibilidad del sistema” entre otras muchas cuestiones

3.- Referencia al artículo 22 del Reglamento CEE nº 1408/71. Dentro del ámbito de la libre circulación de trabajadores por el territorio de la Unión fue aprobado el Reglamento CEE nº 1408/71, donde se trata la asistencia

sanitaria también como una prestación de Seguridad Social³.

Así, el art. 22.1 c) del Reglamento CEE nº 1408/71 referido a la prestación de asistencia sanitaria por estancia fuera del Estado competente o por necesidad de desplazarse a otro Estado miembro para recibir la asistencia sanitaria apropiada, establece: "El trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones teniendo en cuenta, en su caso, las disposiciones del art. 18 y : c) que sea autorizado por la institución competente a desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en el mismo la asistencia apropiada a su Estado; tendrá derecho: (...)

i) A las prestaciones en especie servidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia o de residencia, según las disposiciones de la legislación que se aplique, como si estuviera afiliada a la misma, regulándose la duración del servicio de las prestaciones por las legislaciones del Estado competente.

De otro lado, el párrafo 2º de dicho artículo establece que la autorización requerida en virtud de la letra b) del apartado 1 solamente podrá ser denegada cuando haya constancia de que el desplazamiento del interesado puede comprometer Su estado de salud o la aplicación del tratamiento médico. La autorización requerida en virtud de la letra c) del apartado 1 no podrá ser denegada cuando la asistencia de que se trate figura entre las prestaciones previstas por la legislación del estado miembro en cuyo territorio reside el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad, esta asistencia no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside.

Asimismo, el art. 36 del Reglamento CEE 1408/71 referido al reembolso entre instituciones establece:

1.- Las prestaciones en especie servidas por la Institución de un Estado miembro por cuenta de la Institución de otro Estado miembro, en virtud de lo preceptuado en el presente capítulo, darán lugar al reembolso de su coste íntegro.

2.- Los reembolsos previstos en el apartado 1 serán determinados y efectuados según las modalidades establecidas por el Reglamento de aplicación a que se refiere el art. 98,

² ORTIZ DE ELGEA GOICOECHEA: “La asistencia sanitaria en la Unión Europea y la libre circulación de los usuarios”, Revista Derecho y Salud, Volumen 11- Mayo 2003, pag 74

³ Una recopilación de todas las Decisiones que desarrollan este Reglamento hasta 1992 se puede encontrar en MUÑOZ ALVAREZ, La Seguridad Social de las Comunidades Europeas, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1992

bien mediante la justificación de los gastos efectivos, o bien sobre la base de un tanto alzado.

En este último supuesto, dicho tanto alzado deberá asegurar un reembolso lo más cercano posible al importe de los gastos reales.

3.- Dos o varios Estados miembros, o las autoridades competentes de los mismos, podrán convenir otras formas de reembolso o renunciar a todo reembolso, entre las instituciones que de ellos dependen.

Por su parte, el art. 22 del Reglamento CEE n° 574/72 referido a:

Prestaciones en especie a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia en caso de traslado de residencia o de regreso al país de residencia, así como para los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia autorizados a desplazarse a otro Estado miembro con el fin de recibir asistencia establece que:

1.- Para beneficiarse de las prestaciones en especie en virtud del inciso i) de la letra b) del apartado 1 del art. 22 del Reglamento el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia deberá presentar en la institución del lugar de residencia la certificación que acredite que tiene derecho a seguir disfrutando de dichas prestaciones. Este certificado, que expedirá la institución competente, indicará en particular, en su caso, la duración máxima durante la cual se pueden seguir abonando las prestaciones en especie según las disposiciones de la legislación del Estado competente. Se podrá expedir dicho certificado E-112 después de la marcha del interesado y a instancia de éste, cuando no haya sido posible expedirla con anterioridad por razones de fuerza mayor.

2.- Lo dispuesto en los apartados 6, 7 Y 9 del art. 17 del Reglamento de aplicación, será aplicable por analogía.

3.- Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 será aplicable por analogía para el servicio de las prestaciones en especie, en el caso a que se refiere al inciso i) de la letra c) del apartado 1 del art. 22 del Reglamento.

En definitiva, como más adelante veremos, lo que se plantea en la presente cuestión prejudicial es la posible existencia de una cierta incompatibilidad o antinomia entre lo previsto en el artículo 49 de la Constitución europea y el artículo 22 del Reglamento Comunitario 1408/71.

4.- Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre este problema. La posible colusión entre el artículo 49 del Tratado y lo establecido en el artículo 22 del Reglamento CEE 1408/71, ha sido analizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en, al menos, cuatro sentencias.

En primer lugar debemos referirnos a la Sentencia de 12 de julio de 2001 (C-157/99) Caso Smit y Peerbooms, que resuelve una cuestión prejudicial que tiene su origen en un litigio surgido en los Países Bajos. La doctrina en el caso Smits y Peerbooms se sintetiza en su fallo que establece que

“Los artículos 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) y 60 del Tratado CE (actualmente artículo 50 CE) no se oponen a la legislación de un Estado miembro, como la controvertida en los litigios principales, que supedita la cobertura de los gastos de la asistencia dispensada en un establecimiento hospitalario situado en otro Estado miembro a la obtención de una autorización previa de la caja de enfermedad a la que esté afiliado el asegurado y que supedita la concesión de dicha autorización al doble requisito de que, por una parte, el tratamiento pueda considerarse «habitual en el medio profesional», criterio aplicado asimismo para determinar si la asistencia hospitalaria dispensada en el territorio nacional goza de dicha cobertura, y que, por otra parte, el tratamiento médico del asegurado lo exija. Y todo ello siempre que:

- el requisito relativo al carácter «habitual» del tratamiento se interprete de tal manera que la autorización no pueda denegarse por este motivo cuando conste que el tratamiento en cuestión está suficientemente probado y validado por la ciencia médica internacional; y que

- sólo pueda denegarse la autorización debido a una ausencia de necesidad médica cuando un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia para el paciente pueda conseguirse en tiempo oportuno en un establecimiento que haya celebrado un concierto con la caja de enfermedad de la que depende el asegurado”.

La posterior sentencia que se cita resuelve la cuestión prejudicial C-385/99, Caso Müller-Fauré (C-385/99), y también queda sintetizada con lo que recoge en su párrafo 109 que anuncia el fallo posterior y dice:

“Habida cuenta de todas las consideraciones expuestas, procede responder a las cuestiones planteadas que

- los artículos 59 (actual artículo 49) y 60 del Tratado deben ser interpretados en el sentido de que no se oponen a la legislación de un Estado miembro, como la controvertida en los litigios principales, que, por un lado, supedita la cobertura de la asistencia hospitalaria dispensada en un Estado miembro distinto de aquel en el que está

establecida la caja de enfermedad a la que está afiliado el asegurado por un prestador con el que esta última no ha celebrado ningún concierto a la obtención de una autorización previa concedida por dicha caja y, por otro, supedita la concesión de esta autorización al requisito de que el tratamiento médico del asegurado lo exija. No obstante, la autorización sólo podrá denegarse, por este motivo, cuando un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia para el paciente pueda conseguirse en tiempo oportuno en un establecimiento con el que la caja haya celebrado un concierto;

- por el contrario, los artículos 59 y 60 del Tratado se oponen a la misma legislación en la medida en que ésta supedita la cobertura de la asistencia no hospitalaria dispensada en otro Estado miembro por una persona o un establecimiento con los que la caja de enfermedad a la que está afiliado el asegurado no ha celebrado ningún concierto a la obtención de una autorización previa concedida por esta última, cuando la legislación de que se trata establece un régimen de prestaciones en especie en virtud del cual los asegurados no reciben el reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia médica, sino la asistencia en sí misma, que es gratuita”.

Debe destacarse algo que, a nuestro juicio, resulta relevante y consiste en que, tal y como se recoge en los antecedentes de sendas sentencias el sistema sanitario público neerlandés se basa fundamentalmente en la existencia de una Caja que cubre el coste económico de las prestaciones que, de manera efectiva, las practican empresas privadas concertadas.

Merece citarse el caso *Inizan* (C-56/2001) STJUE de 23 de octubre de 2003, en cuyo fallo se establece que:

“1) El examen de la primera parte de la cuestión planteada no ha revelado elemento alguno que pueda afectar a la validez del artículo 22, apartado 1, letra c), inciso i), del Reglamento (CEE) n. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n. 118/97, del Consejo, de 2 de diciembre de 1996.

2) El artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento n. 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n. 118/97, debe interpretarse en el sentido de que la autorización

a la que se refiere dicha disposición no puede denegarse cuando, por una parte, la asistencia de que se trate esté incluida en las prestaciones previstas por la normativa del Estado miembro del territorio en el que reside el interesado y, por otra, no se pueda dispensar en tiempo útil en dicho Estado miembro un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia.

3) Los artículos 49 CE y 50 CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la normativa de un Estado miembro como la del procedimiento principal en la medida en que ésta, por una parte, supedita el reembolso de la asistencia hospitalaria dispensada en un Estado miembro distinto de aquel en el que está establecida la caja del seguro de enfermedad a la que está afiliado el asegurado a la obtención de una autorización concedida por dicha caja y, por otra parte, sujeta la concesión de dicha autorización al requisito de que se acredite que el interesado no podía recibir el tratamiento apropiado para su estado en este último Estado miembro. Sin embargo, la autorización solamente puede denegarse por este motivo cuando sea posible obtener un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia para el paciente, en tiempo útil y en el territorio del Estado miembro en el que reside.”

En este caso, además, consideramos importante traer a colación las conclusiones del Abogado General, Sr Ruiz Jarabo Colomer pues las mismas, si bien no fueron en su integridad recogidas por el fallo de la sentencia si que alumbran, a nuestro entender, algunos de los matices del problema. Así el Abogado General en su conclusión sostiene:

”46. A tenor de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal des affaires de sécurité sociale de Nanterre de la siguiente manera:

- 1) A lo largo del presente procedimiento no se ha puesto de relieve ningún elemento susceptible de afectar a la validez del artículo 22, apartado 1, letra c), inciso i), y apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad”.
- 2) Para apreciar si resulta conforme a derecho la negativa de la Caisse primaire d'assurance

maladie des Hauts de Seine a hacerse cargo de los gastos de un tratamiento hospitalario en otro Estado miembro, hay que ponderar:

- que los requisitos contemplados por el artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento nº 1408/71 son los únicos que, de concurrir, permiten la denegación de la autorización, pudiendo los Estados miembros establecer condiciones para concederla que resulten más beneficiosas para los asegurados;
- que, en los tratamientos dispensados en centros hospitalarios, cabe someter la autorización a ciertos requisitos, siempre que sean objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano;
- que el derecho comunitario no puede obligar a un Estado miembro a ampliar la lista de prestaciones cubiertas por uno de sus regímenes de seguro de enfermedad;
- que, para valorar la posibilidad de que un tratamiento se dispense en el plazo normalmente necesario para obtenerlo en el lugar de residencia, se han de tomar en cuenta todas las circunstancias del caso, la situación médica del paciente y sus antecedentes; y
- que el procedimiento para conseguir la autorización debe garantizar a los asegurados la tramitación de sus peticiones en un plazo razonable, con objetividad e imparcialidad, dejando a salvo la posibilidad de introducir un recurso jurisdiccional contra las denegaciones.”

Una atención especial merece a nuestro juicio la sentencia dictada en el caso Kéller (C-145/2003) STJUE de 12 de abril de 2005, por afectar a nuestro país. Si bien mantiene ciertas diferencias con los casos anteriores, al no discutirse aquí la validez de los formularios expedidos.

Annette Kéller, de nacionalidad alemana y residente en España, solicitó de la institución española competente (INSALUD) un formulario E-111 para un periodo de un mes a fin de realizar un viaje a Alemania. Durante su estancia en ese país, se le diagnosticó un tumor maligno que podía provocarle la muerte en cualquier momento. La Sra. Kéller solicitó al INSALUD la expedición de un formulario 112 para poder seguir recibiendo asistencia sanitaria en Alemania, el cual fue prorrogado en varias ocasiones.

Tras un profundo análisis de las posibilidades terapéuticas, los médicos alemanes decidieron trasladar a la Sra.

Kéller a la Clínica Universitaria de Zurcú (Suiza). Esta era la única clínica donde podía practicarse con posibilidades reales de éxito la operación que la Sra. Séller necesitaba.

La Sra. Kéller abonó los costos de la asistencia recibida en Zurich y, ulteriormente, solicitó el reembolso al INSA-LUD.

A raíz de la denegación de su solicitud, la Sra. Kéller interpuso un recurso ante los tribunales. El órgano jurisdiccional nacional solicitó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que interpretara el Reglamento de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social de los trabajadores migrantes en cuanto a la posibilidad de un reembolso de gastos relacionados con la asistencia hospitalaria recibida en un país tercero.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia recuerda que uno de los objetivos del Reglamento de 1971 es facilitar la libre circulación de los asegurados que requieren una prestación sanitaria durante una estancia en otro Estado miembro, o que tienen una autorización para recibir asistencia en otro Estado miembro.

Los formularios E111 y E112 tienen la finalidad de garantizar a la institución del Estado miembro de estancia y a los médicos autorizados que el enfermo tiene derecho a recibir en ese Estado miembro –durante el periodo determinado en el formulario y en las mismas condiciones que las aplicadas a sus afiliados– una asistencia cuyo coste asumirá el Estado miembro de afiliación.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia puntualiza que **los médicos del Estado de estancia son los que mejor pueden apreciar la asistencia que el enfermo requiere y que la institución del Estado miembro de afiliación, durante el período de validez del formulario, otorga su confianza a la institución del Estado miembro de estancia y a los médicos autorizados por ésta, en cuanto que ofrecen garantías profesionales equivalentes a las de los médicos establecidos en el territorio nacional.**

En consecuencia, **la institución del Estado miembro de afiliación está vinculado por las valoraciones** relativas a la necesidad de asistencia urgente de carácter vital, **efectuadas por los médicos autorizados por la institución del Estado miembro de estancia y por la decisión de dichos médicos de trasladar al enfermo a otro Estado** para que se le preste el tratamiento urgente que no pueden proporcionarle los médicos del Estado miembro estancia.

En este contexto, es irrelevante que el Estado al que los médicos decidieron trasladar al enfermo no sea miembro de la Unión Europea.

La institución del Estado miembro de afiliación no puede ni exigir el regreso de la persona al Estado miembro de residencia para someterla en él a un control médico, ni

hacer que se la examine en el Estado miembro de estancia, ni supeditar los diagnósticos y las decisiones médicas a una aprobación por su parte.

En cuanto a la asunción de los gastos de la asistencia médica prestada en el país tercero a raíz de una decisión médica de traslado, el Tribunal de Justicia recuerda que el principio aplicable es el de la asunción de dichos gastos por la institución del Estado miembro de estancia, según las disposiciones legales que ésta aplique, quedando a cargo de la institución del Estado miembro de afiliación de afiliación de reembolsar posteriormente a la institución del Estado miembro de estancia.

En el presente asunto, puesto que los gastos de la asistencia prestada en Suiza a la Sra. Kéller no fueron por entonces asumidos por la Caja del seguro de enfermedad alemana, sino que se ha acreditado que la Sra. Kéller tenía derecho a obtener tal asunción y que la asistencia de que se trata figura entre las prestaciones previstas en la legislación española sobre seguridad social, el Tribunal de Justicia ha declarado que corresponde a la institución española de seguridad social reembolsar directamente el coste de dicha asistencia a los herederos de la Sra. Keller.

En la actualidad, existen al menos dos cuestiones prejudiciales sobre esta cuestión pendientes de resolución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto de las cuales el Reino de España ha decidido formular observaciones. En primer lugar, la Cuestión Prejudicial C-372/2004 planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre derecho de un residente en el Reino Unido a recibir tratamiento hospitalario en otro Estado miembro. En este caso, la referencia se realiza respecto a la compatibilidad del reembolso con el artículo 50 del Tratado de la Unión relativo a la libre prestación de servicios. Sin embargo, a nuestro juicio, no consideramos que el paciente que recibe tratamiento hospitalario en un hospital público del NHS, (o del Sistema Nacional de Salud español), ejerza la libertad de recibir servicios a efectos del artículo 49 CE, sino que ejerce un derecho reconocido por la legislación que desarrolla la normativa constitucional que garantiza la protección de la salud de las personas en su respectivo estado miembro. En el caso español, en concreto ejercería los derechos que le confieren la Ley General de Sanidad y la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, ya citadas y, además, la más concreta Ley 41/2002, básica reguladora de las autonomías del paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, derechos que encuentran ya su apoyo constitucional también en Europa en un precepto propio, como es el artículo II-35.

Consideramos que la doctrina contraria a esta tesis recogida en la Sentencia del Tribunal de Justicia en el caso

Smit y Peersooms no es de aplicación al caso que nos ocupa, pues en aquel supuesto, las prestadoras efectivas de los servicios recibían de las cajas de seguro unas cantidades a tanto alzado como pago a las prestaciones sanitarias realizadas. Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa, (como por otro lado sucede en España) nos encontramos que los prestadores de servicios se encuentran directamente financiados por el Estado con cargo a los ingresos fiscales generales -Hecho 18 b-, por lo que una de las premisas de su argumentación decae.

Aún más, dicha sentencia fue pronunciada antes de la aprobación, en el año 2000, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ahora se deben interpretar las normas a la luz de la consideración de la protección de la salud de las personas, como un bien jurídico merecedor de especial protección por parte del Tribunal de Justicia, tal y como se reconoce en el artículo 35 de la Constitución europea y, por otra parte, respetando la autonomía que se reconoce a los Estados miembros para organizar la prestación de esta asistencia, que no nos olvidemos, esencialmente es un servicio público.

Así pues, a nuestro entender, la cualidad de prestadores de servicios a los efectos del artículo 50 del Tratado variará en función de la relación jurídica que les une con los pacientes. Así, los organismos que dispensan tratamiento hospitalario a los beneficiarios del sistema en los términos vistos, lo que en realidad son, con independencia incluso de cual sea su naturaleza, no es sino meros agentes de la Administración, por lo que no deberían tener la consideración de prestadores de servicios a los efectos del artículo 50, toda vez que, en su relación con el beneficiario, no persiguen un ánimo de lucro. Sin embargo, si el paciente que acude a sus servicios no es un beneficiario del sistema y, en consecuencia, se le factura el mismo, entonces si nos encontramos con que, en esos casos concretos, sus servicios pueden verse incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 50 del Tratado.

Podemos concluir que pueden tener una doble condición, como agentes de la Administración Pública en la gestión e un servicio público cuando se relacionan con beneficiarios del Sistema, como prestadores de Servicios cuando se relacionan con pacientes ajenos al Sistema Nacional de Seguridad Social.

Desde este punto de vista, debería entenderse que los pacientes pertenecientes a otro Estado miembros que perciben la asistencia en virtud de la aplicación del artículo 22 del Reglamento 1408/71, se consideraran a estos efectos también como incluidos en el Sistema Nacional de Salud, actuando aquí el centro sanitario como un agente de la Administración de Seguridad Social del Estado miembro del que sea nacional el paciente que acude para recibir asistencia al amparo del citado Reglamento.

En cualquier caso, no parece que este sea el criterio del Tribunal de Justicia sentado en la sentencia Inizan que parece equiparar a los efectos de la consideración como “prestación de servicios” tanto los supuestos en que estos se prestan por diversos operadores dentro del mercado ordinario como aquellos en que se prestan principalmente de manera directa por el Estado.

Por último, nos encontramos también con otra cuestión prejudicial que afecta directamente a España como parte afectada y que está pendiente de resolverse. Se trata de la Cuestión Prejudicial C-466/2004 planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en materia de reembolso de gastos ocasionados por asistencia sanitaria en otro Estado miembro en la que se plantea, entre otras cuestiones, si ¿Han de interpretarse los artículos 22.1.c, 22.2 y 36 del Reglamento de la Comunidad Económica Europea (CEE) número 1408/1971, en el sentido de que la concesión de autorización para desplazarse al territorio de otro estado miembro para recibir en el mismo la prestación de asistencia sanitaria conlleva el derecho del beneficiario al reembolso de los gastos de desplazamiento, estancia y / o manutención? Cuestión ésta complementaria a las anteriores.

5.- Referencia al tratamiento de la cuestión en la Constitución Europea.

Posteriormente, el derecho a la protección de la salud fue incluido de manera autónoma en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada el 7 de diciembre de 2000, y si bien la misma no fue inmediatamente incorporada al Tratado de la Unión si se reconoció su valor a la hora de interpretar por el Tribunal de Justicia de la Unión europea el acervo comunitario.

Consideramos que, aún pendiente de su ratificación, lo establecido en la Constitución Europea debe servir, al menos, como un medio para interpretar las normas pre-existentes. Así, debe destacarse que, el derecho a la protección de la salud, también aparece configurado en la Constitución de una manera autónoma a la de una pura prestación de Seguridad social, recogiendo lo previsto en la citada Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, siendo recogidas ambas figuras de manera semejante a como lo hacen los artículos 41 y 43 de nuestra Constitución española. Efectivamente, mientras que el artículo II-34 se refiere a la Seguridad social y ayuda social, el artículo II-35 se refiere en exclusiva a la protección de la salud y señala que

“Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse

todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”.

Por otra parte, en diversos artículos se pone de manifiesto el respeto y autonomía que el legislador europeo tiene por las peculiares formas de organización de cada Estado a la hora de hacer efectivo este derecho a la protección de la salud de las personas. Esto puede verse en los artículos III-104.5 y III-179.7 cuando se señala que:

“Artículo III-104.- 5.- Las Leyes y leyes marco europeas adoptadas en virtud del presente artículo:

- a) no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste:
- b) no impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con la Constitución”.

“Artículo III-179.7.- La acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política en materia de salud, así como a la organización y el suministro de servicios sanitarios y asistencia médica. Las responsabilidades de los estados miembros incluyen la gestión de los servicios de salud y de atención médica, así como la asignación de los recursos que se destina a dichos servicios. Las medidas contempladas en la letra a) del apartado 4 no afectarán a las disposiciones nacionales en materia de donaciones o de uso médico de órganos y de sangre”.

Por lo que se refiere a la libre prestación de servicios, su plasmación resulta semejante a la ya existente en el vigente Tratado y queda recogida en los artículos III-29 y III-30 de la Constitución Europea.

No parece baladí, el que el acervo comunitario ya contenga como derecho positivo, tanto el reconocimiento a la protección de la salud, como el expreso respeto en cuanto a su materialización de las normas organizativas de los distintos Estados miembros.

6.- Conclusión.

La interpretación actual del Tribunal de Justicia, en la que se hace prevalecer los principios de contenido económico

y tradicionalmente fundamentales para la Unión Europea como son la libre circulación de personas, bienes y servicios respecto de Derechos con un carácter esencialmente social, como es el derecho a la salud, que se han ido consolidando en las Cartas Constitucionales de los distintos países europeos parece un tanto forzada y podría tener unas consecuencias que pueden calificarse, a nuestro juicio, de perversas. Así, al asumir la posibilidad de que el reintegro de gastos sanitarios realizados en otro Estado miembro sin autorización de Estado origen del paciente sea posible en determinados casos en los que los servicios públicos del Estado miembro de origen no sean capaces de prestar la asistencia requerida en determinado plazo o en determinadas condiciones, abriría la puerta a una evidente iniquidad dentro del propio Sistema pues posibilitaría que, aquellos ciudadanos que dispusieran de suficientes recursos económicos para anticipar el gasto, pudieran desplazarse y disfrutar de una asistencia sanitaria (costeada finalmente con cargo a los poderes públicos) de superior celeridad que el resto de sus conciudadanos.

Además, la generalización de estas prácticas provocaría distorsiones presupuestarias al tener que realizar los Servicios de Salud una serie de gastos que originalmente no estaban presupuestados, produciéndose una cierta duplicidad en los costes estructurales calculados en base a determinada población y, además, afrontar el coste de los servicios cuyo coste deba reintegrar conforme a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión.

Así pues, parece que nos encontramos en este punto con un cierta colisión de bienes jurídicos merecedores de protección y, desde nuestro punto de vista, la solución dada por el Tribunal de Justicia de la Unión altera en cierto modo las prioridades que, en materia de prestación de servicios sanitarios existen, al menos, en España donde la solidaridad y la igualdad de todos los residentes en España a la hora de percibir la asistencia prevalece a todas luces respecto a los derechos a la libre prestación de servicios de los distintos operadores del sector económico sanitario.

Toda buena norma debe reflejar las diferentes realidades sociales a las que se aplica, salvo que su finalidad sea precisamente cambiar algún aspecto concreto de dicha realidad y esta característica, como señala GIL IBAÑEZ⁴, tiene aún mayor importancia en el caso de la Unión europea ante la diversidad de países y culturas y ante las distintas prioridades y concepciones respecto a qué y cómo deben regularse determinadas materias. Tal es el caso que nos ocupa y la consolidación del derecho a la salud de los ciudadanos también en el derecho comunitario en un mismo plano de igualdad con respecto a los tradicionales principios de libre circulación, constituye una estupenda ocasión para revisar la doctrina del Tribunal de Justicia permitiendo a los órganos gestores de la prestación de los servicios que garantizan la consecución de dicho derecho en cada Estado miembro, el establecimiento de sus propios mecanismos de garantía que no perturben elementos esenciales del modelo como son, en el caso de España, la igualdad y la equidad entre los beneficiarios.

⁴ GIL IBAÑEZ, Alberto: El control y la ejecución del Derecho Comunitario, Ed INAP, Madrid 1998 (pag. 44 y ss.)

MESA DE TRABAJO

“LA HUIDA AL DERECHO PRIVADO EN EL MOMENTO ACTUAL”

Josep Lluís Lafarga Traver

PRESENTACIÓN

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), prevee dos únicas formas de gestión de los servicios sanitarios. La gestión directa por los servicios de salud, a través de las áreas de salud (art. 56) y la gestión indirecta mediante el establecimiento de conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos (art. 90) y convenios de carácter singular mediante los cuales los hospitales generales del sector privado son vinculados a la red de hospitales del sector público de manera estable (art. 67).

Contrariamente a lo que algunos autores sostenían (Garriido Falla), en el sentido de que a la Administración prestacional no le eran aplicables los modos de gestión indirectos establecidos en la legislación sobre contratos del Estado, sino que tan sólo le cabía la gestión directa (a través de entidades gestoras u organismos autónomos) y, de forma residual, la gestión indirecta mediante concierto o convenio singular, el legislador catalán –llamado a desarrollar la LGS en cumplimiento de lo establecido en la disposición transitoria 3ª.2 de la LGS- entendió que las previsiones de esta Ley eran perfectamente compatibles con otras leyes administrativas sectoriales como el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1098/1988, de 23 de septiembre (1) –que preveía la existencia de entes de derecho público y entidades públicas con formas societaria-, la Ley del Parlamento de Cataluña 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la Empresa (2) –que contemplaba la existencia de entes sometidos al Derecho privado, organismos autónomos de carácter industrial o financiero y entidades públicas con forma societaria-, la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, de Organización, Procedimiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña –que contemplaba los consorcios públicos-, así como la Ley de Contratos del Estado –que contemplaba otras formas de gestión indirecta como la concesión adminis-

trativa, la gestión interesada y la empresa de economía mixta, entre otras- o, dicho de otro modo, que las previsiones de la LGS, a la hora de abordar su desarrollo, había que integrarlas con las restantes leyes administrativas sectoriales. A este efecto incorporó un precepto en la Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña –tardía pero marcadamente innovadora- según el cual la Administración sanitaria de la Generalidad podía gestionar los centros, servicios y establecimientos sanitarios y las prestaciones del sistema sanitario público:

Directamente, a través del Servicios Catalán de la Salud.

Indirectamente, mediante acuerdos, convenios, conciertos y cualesquiera otras modalidades contractuales, y

Mediante la constitución de consorcios y empresas públicas o cualesquiera otras formas de gestión previstas en el ordenamiento jurídico, a cuyo efecto el Gobierno de la Generalidad, a propuesta del Departamento de Sanidad, con el informe previo del Departamento de Economía, puede crear los entes u organismos que tenga por conveniente, incluidas cualesquiera otras modalidades de personificación jurídica previstas en el Estatuto de la Empresa Pública Catalana o en cualquier otra norma legal.

Con ello se pretendía modernizar la gestión de los servicios sanitarios públicos mediante la introducción de instrumentos de gestión privada que hiciera posible una ejecución de dichos servicios más eficaz, más eficiente y de más calidad.

Con el mismo objetivo, Galicia, por su parte, al amparo de la Ley 11/1991, de 8 de noviembre, de reforma de la Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las Fundaciones de Interés Gallego, creó diversas fundaciones sometidas a dicha Ley para la gestión de servicios sanitarios de titularidad pública.

Haciendo suyas estas iniciativas, el Real Decreto ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, vino a establecer que la gestión de los centros sanitarios de esta entidad gestora

podía llevarse a cabo, no sólo directamente, sino indirectamente mediante cualesquiera entidades admitidas en Derecho, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer, además, acuerdos o convenios con personas o entidades públicas o privadas, y fórmulas de gestión integrada o compartida. Las previsiones de este Real Decreto ley, mediante el que se pusieron en marcha algunas iniciativas en materia de gestión de servicios sanitarios en el ámbito del INSALUD como son diversas fundaciones de naturaleza o titularidad pública para la gestión de nuevos hospitales, fueron convalidadas por la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

Dichas formas de gestión fueron desarrolladas en virtud del Real-Decreto 28/2000, de 14 de enero, que además de una serie de disposiciones comunes a estas nuevas formas, reguló con detalle todas ellas cuales son las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, de 20 de noviembre; los consorcios; las sociedades estatales y las fundaciones públicas sanitarias, éstas últimas previstas en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Con estas disposiciones legales y reglamentarias estatales venía a darse cumplimiento al Acuerdo adoptado por el Congreso de los Diputados en su sesión de 18 de diciembre de 1997, por el que se aprobó el Informe de la Subcomisión Parlamentaria para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud, en cuyas conclusiones se dice que en materia de organización y gestión es preciso, entre otras medidas, impulsar la autonomía de la gestión sanitaria, potenciando la separación de las funciones de planificación, financiación, compra y provisión de servicios, configurando los centros asistenciales como organizaciones autónomas, con facultades de decisión efectivas y responsables, dotándoles de órganos de gobierno operativos y participativos, facilitando la extensión de las nuevas formas de gestión a toda la red de asistencia pública y compatibilizando el establecimiento de garantías en la correcta prestación del servicio público con la aplicación de mayores cuotas de autonomía.

A la consecución de estos objetivos tendían las normas señaladas –autonómicas y estatales– que, si bien han supuesto desde el punto de vista cualitativo un hito importante en cuanto a la modernización del modelo de gestión de los servicios sanitarios públicos, desde el punto de vista cuantitativo apenas han tenido efectividad práctica como mecanismo de transformación real del sistema sanitario público, cuyo dispositivo sigue gestionado en muy buena medida por los servicios de salud autonómicos de forma

indiferenciada y, de manera residual, por los convenios singulares y los conciertos.

Con todo, las disposiciones a las que hemos hecho referencia con anterioridad configuran un mosaico de formas de gestión que desde un punto de vista cualitativo entraña un gran interés como instrumento de modernización del sistema sanitario público, identificado con la estrategia llamada de *“huída hacia el Derecho Privado”*, cuya ejecutoria en el pasado y virtualidad en el futuro como auténtico instrumento de transformación del Sistema nos toca ahora analizar conjuntamente.

CONCLUSIONES

Los asistentes a la Mesa de Trabajo *“La Huída al Derecho Privado en el momento actual”*, después de una intensa y esclarecedora discusión, han llegado a las siguientes conclusiones:

- 1) Hay que promover procesos de descentralización en la provisión de los servicios sanitarios públicos configurando unidades productivas dotadas de personalidad jurídica propia y con la naturaleza jurídica que sea más idónea con arreglo a las circunstancias concurrentes en cada caso, que permitan el eficaz ejercicio de la función de gobierno, la corresponsabilidad de los profesionales en la gestión de los servicios, el rendimiento de cuentas en relación con el cumplimiento de los objetivos fijados en todos los niveles de la organización, el establecimiento de líneas de colaboración entre los distintos centros para mejorar su capacidad de resolución y eficiencia de acuerdo con criterios de planificación, y la flexibilización de los modelos retributivos para estimular la productividad y la calidad de la asistencia.
- 2) Demandar una mayor valentía a los políticos y, en especial, a los que ostentan responsabilidades de gobierno en las Comunidades Autónomas, auténticos ejes del Sistema Nacional de Salud, para que impulsen procesos de descentralización en la gestión del sistema sanitario público, y un mayor grado de congruencia a los agentes sociales para que asuman un papel proactivo y de corresponsabilidad en la implantación de dichos procesos ordenados a la modernización de los instrumentos de gestión del Sistema.
- 3) Maximizar el cuidado y actuar con prevención ante la introducción de mecanismos de corresponsabilización de los entes locales en el establecimiento de políticas y la planificación de los servicios sanitarios que desdibujan los roles y empañen la claridad de las funciones y responsabilidades establecidas en la Ley General de Sanidad.

MESA DE TRABAJO “CONVENIOS SINGULARES Y CONTRATOS”

Josep Lluís Lafarga Traver

1. PRESENTACIÓN

Desde siempre, el sistema sanitario público –o el sistema de Seguridad Social, con anterioridad a la LGS- ha precisado de la colaboración de instituciones sanitarias ajenas, ya sean de titularidad pública o de titularidad privada- para completar su propio dispositivo de centros, servicios y establecimientos sanitarios en orden a la provisión de los servicios y las prestaciones de esta naturaleza.

Ya en su día, el artículo 104 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974 posibilitaba la concertación directa de centros y servicios sanitarios, previsión ésta que resultaba plenamente congruente con lo establecido en la disposición transitoria 1ª del Reglamento General de Contratación del Estado según la cual la legislación de contratos del Estado sólo se aplicaba a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social en defecto de sus normas específicas.

Así, pues, se ha venido operando históricamente: La Administración de la Seguridad Social, a tenor de los defectos y lagunas de su propio dispositivo, determinaba libremente los centros y servicios que debían incorporarse a su oferta asistencial, con escasa sujeción a los mecanismos de publicidad y concurrencia.

Por su parte, la Ley General de Sanidad de 1986, dedica un título –el IV- a las “*actividades sanitarias privadas*”, en el que, después de proclamar el libre ejercicio de las profesiones sanitarias y el principio de libertad de empresa en relación con dichas actividades, establece una doble vía de vinculación de los centros y servicios sanitarios privados: la del **concierto** –prevista en el artículo 90- y la más intensa del **convenio** –a que se refieren los artículos 66 y 67 del texto articulado. De acuerdo con estos preceptos, el concierto se erige en un instrumento de colaboración con el sistema sanitario público para completar puntual o coyunturalmente su oferta asistencial, mientras que el convenio supone la plena integración del establecimiento en la red hospitalaria pública, quedando sometido a un régimen idéntico al de los centros públicos en lo que se refiere

a los criterios de acceso y de trato, gratuidad de los servicios y prestaciones, homologación de requisitos técnicos y condiciones de infraestructura, organización y funcionamiento (acreditación) y sometimiento a los mismos controles sanitarios, administrativos y económicos, aunque manteniendo las entidades respectivas la titularidad privada de dichos centros e instituciones, así como la naturaleza y la dependencia de las relaciones de trabajo de su personal.

De todos modos, la superficialidad con que la Ley General de Sanidad regula ambos instrumentos de colaboración y, por ende, el desarrollo marcadamente diferenciado y difuso –por no decir confuso- que de los mencionados preceptos ha hecho la legislación de las distintas Comunidades Autónomas –que aplican indistintamente los términos “*convenio*” o “*concierto*” para referirse a supuestos de hecho distintos- dificulta en gran medida la labor dogmática de atribuir un contenido conceptual específico a estos términos, tal y como puso de manifiesto el Pr. Menéndez Reixach en la tercera edición del Congreso Derecho y Salud celebrada en Pamplona en 1994.

Dicho en otros términos, el concierto a que se refiere la LGS ¿es aquella modalidad de contrato administrativo de gestión de servicio público definida en la legislación sobre contratación administrativa que se establece con las personas físicas o jurídicas que vienen desarrollando una actividad o prestando unos servicios análogos a los que son objeto del mismo?. Y, a su vez, ¿los convenios de vinculación de centros privados a la red hospitalaria pública son convenios de colaboración entre Administraciones y personas de derecho privado de los previstos en su día en el artículo 2.7 de la Ley de Contratos del Estado (actualmente en el artículo 3.1.d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) y excluidos de su ámbito de aplicación?.

A estas cuestiones parece dar respuesta, al menos en parte, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1989, que culminó el proceso legislativo de sujeción de los servicios de salud y de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social a la legislación común sobre contratación administrativa. Desde luego, esta suje-

ción no ha sido en modo alguno desvirtuada ni por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, ni por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que, aunque establecen algunas especialidades de carácter predominantemente organizativo, confirman al amparo de su artículo 1.3 el sometimiento general de los servicios de salud –configurados como organismos autónomos o entidades públicas empresariales por las leyes autonómicas correspondientes- y de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social a la legislación sobre contratación pública.

Pero si la promulgación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en razón de una interpretación sistemática e integral que permita dar coherencia y congruencia al ordenamiento jurídico en su conjunto, ha venido a dar respuesta a la primera de las cuestiones que formulábamos en un sentido rotundamente afirmativo –es decir, parece claro e indubitado que los conciertos a que se refiere la Ley General de Sanidad y, por extensión, las leyes autonómicas dictadas en su desarrollo, constituyen aquella modalidad de contratos de gestión de servicios públicos prevista en el artículo 156.c) de esta Ley –y, en consecuencia, deben otorgarse con arreglo a los sistemas de concurrencia competitiva y demás requisitos que determina dicha norma legal-, en relación con la segunda de las cuestiones formuladas, cabe plantearse a renglón seguido si los convenios singulares a que se refieren los artículos 66 y 67 de la LGS, entendidos como convenios de colaboración entre las Administraciones públicas y las personas jurídicas sujetas al derecho privado, pueden considerarse excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas o no, a tenor de lo establecido en su artículo 3.1.d), habida cuenta que el objeto de los mismos no es, en esencia, otro que la gestión y la provisión de servicios sanitarios públicos con algunas particularidades propias de este servicio esencial – y que no difieren sustancialmente de las que lo son en otros sectores prestacionales como la educación o el transporte público- y, en consecuencia, no son susceptibles de excepción del régimen establecido en la legislación común sobre contratación administrativa para el

contrato de gestión de servicio público o, en su caso, para la concesión de obra pública.

En definitiva, se trata en una eventual colisión entre la LGS y la LCAP que afecta a un aspecto esencial de la ordenación del sistema sanitario público y que constituye el reto que les propongo abordar en esta mesa de trabajo, sin perjuicio que podamos tratar, por supuesto, cualesquiera otras cuestiones que en relación con el tema objeto de la misma, Vds. quieran plantear.

2. CONCLUSIONES

Los participantes en la Mesa de Trabajo sobre convenios singulares y contratos, después de un intenso y enriquecedor debate, han llegado a las siguientes conclusiones:

Hay que profundizar en la estrategia de colaboración entre el subsistema sanitario de titularidad pública y el sector privado en la provisión de los servicios sanitarios de cobertura pública en orden a alcanzar un mayor grado de eficiencia en el ámbito del Sistema Nacional de Salud.

Hay que promover un uso del concierto, entendido como contrato de gestión del servicio público sanitario, como un instrumento necesario para completar la oferta asistencial en el Sistema Nacional de Salud, siempre con sujeción a procedimientos selectivos de concurrencia competitiva en los términos que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece, especialmente en relación con la atención de aquellas patologías en que la colaboración privada sea más resolutive y eficiente.

Conviene revisar el uso del convenio como instrumento de vinculación de los centros y establecimientos de titularidad pública o privada a las redes sanitarias de utilización pública introduciendo mecanismos de concurrencia competitiva para la selección de tales centros y establecimientos en cumplimiento del derecho de libre competencia y de libre mercado en la prestación de las actividades sanitarias privadas.

MESA DE TRABAJO: “EUROPA Y SANIDAD PÚBLICA: EL FENÓMENO DEL TURISMO SANITARIO”

Relator: Luis Fernando Barrios Flores

1. Clases de turismo sanitario.

El “turismo”, definido por el Diccionario de nuestra Real Academia de la Lengua como “actividad o hecho de viajar por placer”, se adjetiva de “sanitario” cuando el viaje tiene por motivo no el placer sino la sanidad de una persona que padece una dolencia. Apréciase que la proximidad de los conceptos de “bienestar” y “salud” es patente en la definición que de esta última efectúa la Constitución de la Organización Mundial de la Salud¹.

Dentro del concepto de “turismo sanitario” se engloban, al menos, dos fenómenos diferenciados. El que podría denominarse “turismo privado” y el que cabe calificar de “turismo sanitario en un contexto público”. Este último, a su vez, admitiría una doble modalidad, según fuera ejercido por residentes o no residentes en el país en el que se recibe la asistencia.

El “turismo” sanitario privado existe desde los albores de la humanidad. Siempre que una persona o una colectividad precisaba/n conseguir la sanación acudía/n a los parajes y personas sanadoras. En Grecia multitud de templos fueron erigidos, bajo la invocación de Asclepio/Esculapio, a los que peregrinos acudían a la búsqueda de un remedio para su mal². En los tiempos modernos buen número de

personas aquejadas de graves dolencias acuden a las instituciones hospitalarias privadas de prestigio con la esperanza de curación. También en el seno de la Unión Europea es perceptible este fenómeno, con matices propios derivados de la singularidad institucional-normativa de esta realidad socio-política.

Algunas noticias que aparecen en los medios de comunicación, cada vez con más frecuencia, versan precisamente sobre el “turismo sanitario privado”. Por ejemplo, Sopron es una atractiva ciudad húngara con un importante patrimonio cultural; sin embargo el ingente número de turistas que allí acuden –principalmente austríacos y alemanes- lo hacen para beneficiarse de tratamientos dentales o estéticos considerablemente más baratos que en sus países de origen. En Italia se han publicado noticias sobre la práctica de los llamados “viajes de la esperanza”, consistentes en traslados a otros países en los que puede accederse a tratamientos de fertilidad a unas tarifas más económicas (España es el destino del 25% de este tipo de viajes). La India se ha convertido en el destino de miles de ciudadanos europeos –especialmente británicos- que salvan así las prolongadas de espera para ser intervenidos a precios muy inferiores a los de sus países de origen; otro tanto podría decirse de Malasia, Tailandia o Singapur³. En general esta modalidad de “turismo sanitario” plantea una problemática considerablemente menor que en el caso del “turismo sanitario en un contexto público”. Es en este último ámbito en el que se ha encendido la luz de alerta derivada de los peligros de fraude y corrupción en la asistencia sanitaria⁴. Recientemente la ministra española de Sanidad, en la

¹ “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad o dolencia”. Constitución de la Organización Mundial de la Salud de 22.7.1946 (Preámbulo). Disponible el facsímil del texto original de la Constitución en los idiomas oficiales de la organización (inglés, francés, chino, ruso y español) en: http://whqlibdoc.who.int/hist/official_records/constitution.pdf.

² Conocido fue el templo de Epidauro descrito por Pausanias (ii.28.1.); GRAVES, Robert: *Los mitos griegos*, Alianza, Madrid, 2001, 2ª edic., T. I, p. 235. Precisamente Pausanias es autor de la que algunos han calificado como primera “guía turística”; cfr. MELOTTI, Marxiano: “Da Pausania ad ‘Archeoguide’: turismo e definizione dello spazio nell’antica Grecia e nel mondo contemporaneo tra mito e realtà virtuale”, *Advanced*

Information Visualization in Archaeology Workshop, AIVA2002, Ancient Olympia, Greece, October 11, 2002.

³ “Turismo médico a la India”, *Cinco Días*, 15.6.2005.

⁴ Tal ha sido la temática abordada en la Conferencia Europea contra el Fraude y la Corrupción en la Asistencia Sanitaria, celebrada los pasados días 6 y 7 de octubre en Bratislava (Eslovaquia), financiada por el programa AGIS de auxilio policial, judicial y profesional Y así se explica la constitución de la Red Europea contra el Fraude y la Corrupción en la

reunión en Aquisgrán de ministros socialdemócratas europeos, subrayó la necesidad de poner límites al “turismo sanitario” en la Unión⁵. En este sentido el gobierno español ha protestado ante la Unión Europea por el coste que supone la atención sanitaria de ciudadanos británicos que se han trasladado a su territorio. Se habla de 58 millones de euros solo para enfermos graves al año, aunque el costo sin duda es mayor habida cuenta que inscritos para votar en las elecciones municipales en España hay 225.000 ciudadanos británicos y sólo 49.436 han rellenado el formulario E 121⁶.

Con todo el interés que tiene el “turismo sanitario privado” nos vamos a referir al turismo sanitario que tiene lugar en un contexto asistencial público, materia ésta en la que la Unión Europea se ha dotado de una inextricable maraña de normas que convendría aclarar en la medida de lo posible.

2. La normativa reguladora de la Unión Europea y su ámbito de aplicación.

2.1. Normativa reguladora.

La entonces denominada Comunidad Económica Europa adoptó en los inicios de la década de los setenta⁷ un conjunto de medidas destinadas, no a armonizar las legislaciones de los diferentes Estados miembros, sino a coordinar sus sistemas nacionales de seguridad social. Como señalaba uno de los *considerandos* preliminares del Reglamento 1408/71 “las normas de coordinación dictadas para aplicar lo dispuesto en el artículo 51 del Tratado deben asegurar a los trabajadores que se desplacen dentro de la Comunidad los derechos y beneficios adquiridos, sin que puedan entrañar acumulaciones injustificadas”⁸. La coordinación y no la armonización se justificó por la necesidad de respetar tradiciones nacionales propias de cada uno de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros -15 sistemas diferentes en la Europa anterior a la última ampliación- que pueden englobarse en tres cate-

gorías básicas: sistemas de reembolso (que no sirven prestaciones sino que reembolsan los gastos de asistencia, así Bélgica y Luxemburgo); sistemas concertados (que reembolsan los gastos asistenciales cuando se acude a profesionales u hospitales que tienen establecido un concierto con la Administración, así Holanda) y sistemas nacionales de salud (que ejercen un auténtico monopolio de la sanidad pública, así Reino Unido, Suecia, Italia, Portugal y España)⁹. A pesar de la heterogeneidad de sistemas la Unión Europea se ha planteado el reto de propiciar una alta calidad asistencial sanitaria permitiendo a la vez la sostenibilidad financiera de aquellos. Todo ello a través de un proceso de armonización que se topa con obstáculos tanto técnicos como político-económicos, como señala Sempere. Técnicos porque, como queda dicho, hay países que responden al modelo bismarckiano (protección a la población laboral, financiación contributiva y dependiente de la retribución percibida, gestión plural y organizada con arreglo a un sistema de seguros múltiples), otros al modelo de Sir William Beveridge (protección universal fuertemente impositiva, uniformidad de cuotas y prestaciones y unidad gestora) y otros, en fin, en los que apenas hay un atisbo de protección o de presencia de un aparato estatal prestacional. Político-económicos, ya que los sistemas de Seguridad social de los Estados responden a diferentes mecanismos de financiación, establecen diversos niveles de protección, parten de contextos macroeconómicos específicos,...¹⁰.

Dos son los instrumentos normativos de referencia a la hora de regular la aplicación de los regímenes de seguridad social en la Unión Europea:

- Reglamento (CEE) nº 1408/71, del Consejo de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (Diario Oficial nº L 149 de 5.7.1971).
- Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71 (Diario Oficial nº 074 de 27.3.1972)¹¹.

Asistencia Sanitaria (*European Healthcare Fraud & Corruption Network*); esta última dispone de la web: <http://www.ehfcn.org/>. Para dar una idea de la amplitud del fraude sanitario el *Confidencial 7D* del pasado 6 de octubre estimaba una cifra superior a 30.000 millones de euros en el espacio europeo.

⁵ *El Global.net*, núm. 268, 31.10.2005.

⁶ *El Mundo*, 6.11.2005, p. 26.

⁷ En realidad existe un antecedente directo a la normativa que a continuación se trata. Es el Reglamento (CEE) nº 3/58, de 25 de septiembre, sobre Seguridad Social de los trabajadores migrantes (DOCE, 16.12.1958).

⁸ Vid. CARRASCOSA BERMEJO, Dolores: *La Coordinación Comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71 (LCEur 1983, 411)*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004 y bibliografía allí citada.

⁹ Cfr. VICENTE MORENO, A.: “La financiación de la Seguridad Social desde la óptica del mercado único”, en *Los Sistemas de Seguridad Social y el Mercado Único Europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pp. 361 y ss.

¹⁰ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente: “Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: El Reglamento 883/2004”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2004, pp. 12-13.

¹¹ A raíz del ingreso de España en la Unión Europea (1.1.1986) el Instituto Nacional de Seguridad Social dictó la Circular 23/1986, de 25 de junio para la aplicación de estos Reglamentos comunitarios.

La existencia de dos textos normativos, uno básico –el primero- y otro de aplicación –el segundo, en el que se detallan las autoridades nacionales responsables, los trámites administrativos, etc.–, satisface en principio los postulados de una correcta técnica jurídica. El problema es que el lenguaje empleado es frecuentemente confuso y, sobre todo, las normas iniciales han sufrido un continuo proceso de reforma¹². La normativa así ha devenido oscura, hasta el punto que el Reglamento CEE 1408/71, por ejemplo, ha sido calificado de “arcano, por excelencia de la política social comunitaria”¹³ y ambos Reglamentos (el 1408/71 y el 574/72 han sido rotulados de “abigarrados”¹⁴.

Las instituciones comunitarias tomaron conciencia de que los textos normativos originales debían someterse a importantes modificaciones. En el Consejo de Edimburgo, celebrado el 11-12 de diciembre de 1992, se postuló la simplificación de las normas que regulan esta materia. Por su parte la Comisión resaltó la relevancia de una modernización de dichas normas de coordinación en su Comunicación de 1997 intitulada “Plan de acción para la libre circulación de los trabajadores”¹⁵, que daría lugar a una Resolución posterior del Parlamento Europeo¹⁶. La Comisión se comprometió a presentar antes de finalizar 1998 una propuesta completa de revisión y simplificación del Reglamento CEE 1408/71, además de lo cual estas normas fueron incluidas en el marco del programa SLIM (Simplificación de la Legislación en el Mercado Interior). Es así como se llega, el 21.12.1998, a una Propuesta de Regla-

¹² Reglamentos (CEE) 2864/72, de 19 de diciembre; 1392/74, de 4 de junio; 1209/76, de 30 de abril; 2595/77, de 21 de noviembre; 1517/79, de 16 de julio; 1390/71, de 12 de mayo; 2793/81, de 17 de septiembre; 2000/83, de 2 de junio; 2001/83, de 2 de junio; 1660/85, de 13 de junio; 1661/85, de 13 de junio; 513/86, de 26 de febrero; 3811/86, de 11 de diciembre; 1305/89, de 11 de mayo; 2332/89, de 18 de julio; 3427/89, de 30 de octubre; 2195/91, de 25 de junio; 1247/92, de 30 de abril; 1248/92, de 30 de abril; 1249/92, de 30 de abril; 1945/93, de 30 de junio; 3095/95, de 22 de diciembre; 3096/93, de 22 de diciembre; 1290/97, de 27 de junio. Reglamentos (CE) 118/97, de 2 de diciembre de 1996; 1290/97, de 27 de junio; 1223/98, de 4 de junio; 1606/98, de 29 de junio; 307/1999, de 8 de febrero; 1399/1999, de 29 de abril; 1386/2001, de 5 de junio; 859/2003, de 14 de mayo; 1851/2003, de 17 de octubre; 631/2004, de 31 de marzo; 77/2005, de 13 de enero.

¹³ GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, Carlos: “La coordinación de regímenes de Seguridad social. El Reglamento CEE 1408/71. Simplificación y extensión a nacionales de terceros Estados”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 42, marzo 2003, p. 71. Este autor emplea los calificativos de “recóndito, impenetrable, misterioso, enigmático”. Afirmando que este texto es “apto únicamente para expertos monotemáticos o estudiosos de las leyes del caos”, op. cit., p. 73.

¹⁴ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente: “Coordenadas de la Seguridad Social...”, op. cit., p. 12.

¹⁵ Comunicación de la Comisión: Plan de acción para la libre circulación de los trabajadores [COM (97)0586 - C4-0650/97].

¹⁶ Resolución sobre la comunicación de la Comisión “Plan de acción para el fomento de la libre circulación de los trabajadores” [COM (97)0586 - C4-0650/97].

mento relativo a la coordinación de los sistemas de seguridad social¹⁷, que pretendía, en lo que aquí interesa, una simplificación cuantitativa, una mayor racionalización de conceptos, normas y procedimientos y la extensión del campo de aplicación personal a todas las “personas aseguradas”, sustituyéndose la expresión “trabajadores por cuenta ajena”, “funcionarios”, “estudiantes”, “refugiados o apartidas” por el concepto más amplio de “asegurados” que incluía asimismo a las personas no activas y a los nacionales de terceros Estados.

Esta propuesta fue recibida de manera desigual por los Estados miembros. La Comisión en realidad se había extralimitado en el encargo recibido traspasando los límites consensuados previamente por los Estados. El Consejo en su reunión de Estocolmo, los días 23 y 24 de marzo de 2001, aprobó un mandato expreso: “Basándose en la labor técnica realizada por los expertos y teniendo en cuenta todos los factores apuntados, el Consejo Europeo invita a que, tras haber examinado las diferentes opciones, acuerde para finales de 2001 unos parámetros para modernizar el Reglamento CEE 1408/71 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, a fin de que el Consejo y el Parlamento Europeo puedan avanzar en su adopción”¹⁸. Tales parámetros fueron adoptados, a propuesta de la presidencia belga, en el Consejo de 3 de diciembre de 2001, refrendándose en el Consejo Europeo de Laeken¹⁹. Posteriormente la presidencia española (primer semestre de 2002) elabora un nuevo texto²⁰ que es sometido al Grupo de Asuntos Sociales, consiguiendo tras sucesivas modificaciones convertirse en la propuesta de los Estados miembros y de la Comisión.

Finalmente, se aprueba el Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y de la Comisión, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social²¹. Este nuevo Reglamento deroga el Reglamento (CEE) n° 1408/71, aunque éste se mantiene en vigor a algunos efectos (Artículo 90.1 del Reglamento (CE) n° 883/2004), especialmente en lo relativo al Reglamento (CE) n° 859/2003, de 14 de mayo de 2003, por el que se ampliaron las disposiciones de los Reglamentos 1408/71 y 574/72 a los nacionales de terceros países que,

¹⁷ Propuesta de Reglamento relativo a la coordinación de los sistemas de seguridad social [COM (1998) 779 final, de 21.12.1998].

¹⁸ Cfr. PÉREZ MENAYO, Vicente: “Modernización y Simplificación del Reglamento 1408/71 de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en la UE: de los Deseos a la Realidad”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 5, octubre 2001.

¹⁹ Documento 15045/01 LIMITE SOC 529 CODEC 1325, de 6.12.2001.

²⁰ Documento 15509/01 LIMITE SOC 549 CODEC 1393, DE 20.12.2001.

²¹ Diario Oficial de la Unión Europea I 166, de 30 de abril de 2004. Vid. SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente: “Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria...”, op. cit., pp. 9-36.

debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, en tanto que no se derogue o modifique dicho Reglamento (art. 90.1.a).

El nuevo Reglamento 883/2004, si bien entró teóricamente en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE (por el 20.5.2004), lo cierto es que sólo será aplicable a partir de la fecha de la entrada en vigor del Reglamento de aplicación (art. 91), lo cual aún no ha tenido lugar. Nos encontramos pues en una situación transitoria en la que sigue aplicándose la normativa originaria –con sus numerosas modificaciones posteriores- pero a la espera de la plena vigencia de la nueva normativa por falta de su reglamento de aplicación que en principio debiera presentarse a finales de este año.

A destacar, al margen de las innovaciones de regulación sustancial del tema, la creación de un entramado de organismos que pretenden dar efectividad al sistema: una Comisión Administrativa (“compuesta de un representante del Gobierno de cada uno de los Estados miembros, encargada, en particular, de responder a todas las cuestiones administrativas o de interpretación que se deriven de la aplicación del presente Reglamento, y de fomentar la máxima cooperación entre los Estados miembros” (Cdo. 38, cuya composición funcionamiento y tareas se regulan en los arts. 71 y 72)²², una Comisión Técnica de Tratamiento de la Información (art. 73) encargada de reunir los documentos técnicos, los estudios y los trabajos necesarios, una Comisión de Cuentas (art. 74) y un Comité consultivo de coordinación de los sistemas de seguridad social (art. 75)²³, al que se encomiendan las tareas de examinar las cuestiones generales o de principio y los problemas que plantea la aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social, en particular con respecto a determinadas categorías de personas y emitir dictámenes sobre la misma materia, destinados a la Comisión administrativa, así como propuestas con vistas a la revisión de las citadas disposiciones.

2.2. Ámbito subjetivo de aplicación.

Si bien inicialmente los beneficiarios de las prestaciones lo eran quienes estaban vinculados laboralmente, en una directa alusión a los trabajadores “migrantes”, con el tiempo se ha reconocido al “ciudadano” su condición de beneficiario preferente y privilegiado de derechos sociales²⁴. Este proceso de ampliación del ámbito subjetivo de

aplicación ha tenido los siguientes hitos. Primero alcanzó a los trabajadores por cuenta propia; recuérdese que el original Reglamento (CEE) 1408/71 se designaba como “relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los *trabajadores por cuenta ajena y a sus familias* que se desplazan dentro de la Comunidad”. También alcanzó a los pensionistas (art. 31 Rto 1408/71). Después extendió su campo de protección al personal funcionario²⁵ y posteriormente a los estudiantes²⁶.

Entre ciudadanos comunitarios existe un principio de igualdad de trato²⁷, consagrado en los Reglamentos (art. 4 Rto. 883/2004) que regulan esta materia y que ha sido objeto de reiterada atención jurisprudencial²⁸, bien entendido que la prohibición de discriminación por razón del origen nacional no impide que subsistan diferencias entre los regímenes de la Seguridad social de cada Estado, siempre que tales diferencia afecten a cuantas personas les sea aplicable la norma nacional correspondiente, según criterios objetivos y sin tener en cuenta su nacionalidad²⁹.

La cuestión más debatida es la relativa a la consideración de ciudadanos de terceros Estados, la cual ha venido dando lugar a una paradoja, al reconocerse a estos –en el ámbito exclusivamente laboral- ciertos derechos comunitarios que, sin embargo no se trasladaban a las normas de coordinación comunitaria³⁰.

²⁵ Reglamento CE nº 1606/98 del Consejo de 29 de junio de 1998 (DOCE, L-209, de 25.7.1998).

²⁶ Reglamento CE nº 307/1999 del Consejo, de 8 de febrero de 1999 (DOCE L-38, de 12.12.1999). Al respecto ha de tenerse en cuenta la Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes [Diario Oficial L 317 de 18.12.1993] que sería sustituida posteriormente por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. Aunque en los Considerandos de la Directiva 93/96/CEE ya se indicaba que “los beneficiarios del derecho [de residencia] no deben suponer una carga excesiva para el erario del Estado miembro de acogida”, lo cierto es que la extensión del ámbito de aplicación de la normativa sobre cobertura asistencial derivada del Rto. 307/1999, al menos en el ámbito asistencial sanitario asumió a este colectivo en el sistema de coordinación europeo de Seguridad Social.

²⁷ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente: “Coordenadas de la Seguridad Social...”, *op. cit.*, pp. 21-23.

²⁸ Entre otras SSTJCE 286.1978, Asunto *Kenny*; 28.11.1978, Caso *Choquet*; 12.7.1979, Asunto *Toia*; 7.6.1988, Asunto *Mario Roviello*; 22.2.1990, Asunto *Giovanni Bronzino*; 22.2.1990 Asunto *Antonio Gatto*; 11.6.1991, Asunto *Comisión de las Comunidades Europeas v. República Francesa*; 4.10.1991, Asunto *Paraschi*; 10.11.1992, Asunto *Comisión v. Reino de Bélgica*;

²⁹ SSTJCE 28.6.1978, Asunto *Kenny*; 27.9.1988, Asunto *Lenoir* y 7.2.1991, Asunto *Rönfeldt*.

³⁰ GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, Carlos: “La coordinación...”, *op. cit.*, p. 80.

²² En realidad esta Comisión Administrativa ya existía en el Rto. 1408/71 (arts. 80-81), aunque en el nuevo Reglamento, aunque ahora apareciendo vinculada a la Comisión de la UE.

²³ Ya existente y regulado en los arts. 82-83 Rto. 1408/71.

²⁴ GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, Carlos: “La coordinación de regímenes...”, *op. cit.*, p. 73.

En el contexto de la precedente paradoja se enmarca la sentencia del caso *Seco* que invocó la “libre prestación de servicios”³¹. El paso dado en el plano de la equiparación de los trabajadores de terceros Estados fue importante, ya que la “libre prestación de servicios” se encuentra regulada en el art. 39.2 del Tratado constitutivo de la Unión Europea referido únicamente a nacionales de la Unión: “La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los *trabajadores de los Estados miembros*, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”. Posteriormente la sentencia del caso *Vander Elst*³² también pondría indirectamente en cuestión la discriminación de los trabajadores de terceros Estados (refiriéndose a un tema, en principio ajeno, el de los permisos de trabajo).

No sólo el Tribunal de Justicia de la UE sino también otros órganos de naturaleza política se han preocupado por la discriminación padecida por ciudadanos de terceros países, especialmente durante el desempeño de la Presidencia española en 1995. Sin embargo, las reticencias del Reino Unido primero y de este país, acompañado de Dinamarca e Irlanda después, imposibilitaron el alcance de un consenso sobre la materia a pesar de los intentos de la Comisión (15.12.1997). No han faltado al respecto declaraciones solemnes, como las del Consejo de Tampere (Finlandia), celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999³³ en la que se enunció que: a) “La Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros” (apdo. 18) y b) “El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros” (apdo 21), ya que “[u]na política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia” (apdo. 18).

La solución a esta problemática ha venido de la mano del Reglamento (CE) n° 859/2003, del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se ampliaron las disposiciones de los reglamentos 1408/71 y 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas. Lo que viene a hacer este Reglamento es extender la protección que sólo venía dándose a un sector muy reducido de nacionales de terceros Estados (apátridas y refugiados) a un colectivo más amplio: el de todos aquellos nacionales de terceros países

que residan legalmente en la Comunidad y no queden cubiertos hasta este momento por las disposiciones de los Reglamentos básicos citados. Engarza el nuevo Reglamento con las previsiones contenidas en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000 referentes a la equiparación de trato a ciudadanos de terceros Estados (así arts. 15.3 y 34.2 de la misma) y al alto nivel de protección que ha de garantizarse a la salud humana (art. 35).

Con la publicación del Reglamento (CEE) n° 883/2004 – pendiente de aplicación– la situación en cuanto al ámbito subjetivo respecta de los sistemas de seguridad social comunitarios es por tanto la siguiente:

- En primer lugar, se aplica a los nacionales de los Estados miembros, apátridas y refugiados residentes en un Estado miembro que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o varios Estados, así como a los miembros de sus familias y supérstites (art. 2.1 Reglamento 883/2004).
- En segundo lugar, por aplicación del Reglamento 859/2003, se extiende el campo de protección a los nacionales de terceros países, familiares y supervivientes que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro (art. 1 Reglamento 859/2003)

Tanto en el Reglamento 1408/71 (art. 13.1) como en el 883/2004 (art. 11.1) se instaura el principio de la protección dispensada esté configurada por un solo ordenamiento, de este modo, tal como establece el art.13.3 Rto 883/2004:

“a) la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro;

b) todo funcionario estará sujeto a la legislación del Estado miembro del que dependa la administración que le ocupa;

c) la persona que reciba una prestación de desempleo de conformidad con el artículo 65 en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia estará sujeta a la legislación de dicho Estado miembro;

d) la persona llamada o vuelta a llamar al servicio militar o al servicio civil de un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro;

e) cualquier otra persona a la que no le sean aplicables las disposiciones de las letras a) a d) estará sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia, sin perjuicio de otras disposiciones

³¹ STJCE de 3.2.1982, asunto *Seco* (C-62/81).

³² STJCE de 8.9.1994 (Asunto *Vander Elst*, C-43/93).

³³ http://www.europarl.eu.int/summits/tam_es.htm.

contenidas en el presente Reglamento que le garanticen prestaciones en virtud de la legislación de uno o varios de los demás Estados miembros”.

3. Contenido de las prestaciones, requisitos administrativos de concesión y reembolso de gastos en la normativa comunitaria.

En la normativa europea se distinguen varias situaciones personales que dependen del estatuto de residencia de cada persona (que resida en un Estado diferente al comunitario de origen, que regrese al Estado originario siendo residente de otro Estado comunitario, que permanezca transitoriamente en un Estado diferente al originario o que se desplace a los declarados efectos de recibir asistencia a un Estado distinto del original). Alguna mención es oportuna igualmente a las principales consecuencias por cambio de afiliación en prestaciones de gran importancia. Posteriormente –en el siguiente epígrafe- ha de contemplarse un fenómeno extracomunitario pero con profunda incidencia –básicamente en el caso español- en las arcas nacionales: la asistencia sanitaria de ciudadanos extracomunitarios no residentes en la Unión (el caso del flujo de ciudadanos marroquíes a las instituciones sanitarias públicas de Ceuta y Melilla, es buen ejemplo de ello).

Respecto a las cuestiones específicamente intracomunitarias, que versan sobre cuestiones asistenciales entre Estados de la Unión, debe a su vez diferenciarse la situación vigente –básicamente Reglamentos (CEE) 1408/71 y 574/72- y el panorama que se presenta con la regulación pendiente de aplicación –Reglamento (CE) nº 883/2004, a la espera de aprobación de su reglamento de aplicación-. En cualquier caso, el tema que aquí se trata es el de las “prestaciones en especie”, aquí entendidas como sinónimo de prestaciones asistenciales sanitarias. Como habrá de suponerse la cuestión que subyace en la práctica totalidad de los casos es la determinación y operatividad del sistema de reembolsos (regulado en los arts. 93 y ss. Rto. 574/72).

a) Residencia en un Estado miembro distinto del de origen.

La normativa actualmente vigente establece que el colectivo al cual es de aplicación, siempre que se resida en un Estado miembro distinto del Estado de procedencia (“competente” en la terminología de la normativa), disfrutará en el Estado de residencia de la asistencia sanitaria, prestada por la institución del lugar de residencia, conforme a las disposiciones que esta aplique como si estuvieran afiliado a la misma, y a cargo de la institución del país de origen (art. 19.1.a Rto. 1408/71). En estos casos es precisa la inscripción –del trabajador y su familia- en la institución del lugar de residencia, presentando un certificado

que acredite el derecho a las prestaciones (art. 17 Rto. 574/72). Similar regulación contiene el Reglamento 883/2004, si bien se sustituye ahora la mención al “trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia” por la expresión “persona asegurada” (art. 17 Rto. 883/2004).

b) Estancia en el Estado de origen cuando la residencia se encuentra en otro Estado miembro.

La normativa actualmente vigente dispone que el colectivo al que es aplicable, en el caso de una estancia en su Estado de origen cuando su residencia se encuentre en otro Estado miembro de la UE “disfrutará de las prestaciones según las disposiciones de la legislación de este Estado como si residiera en el mismo, incluso aunque haya disfrutado ya de prestaciones por el mismo proceso de enfermedad o de maternidad antes de su estancia” (art. 21.1 Rto. 1408/71). En el mismo sentido el Reglamento 883/2004 establece que la persona asegurada o los miembros de su familia que residan en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente [el de origen]: “también podrán obtener prestaciones en especie mientras se encuentren en el Estado miembro competente [de origen]. Las prestaciones en especie serán facilitadas y sufragadas por la institución competente [de origen o afiliación], según las disposiciones de la legislación que esta última aplique, como si los interesados residieran en dicho Estado miembro” (art. 18.1).

Particular problemática la genera el supuesto de pensionistas europeos que residentes en España regresan a su país de origen a recibir un tratamiento o someterse a una intervención. Esta materia aparece regulada en el art. 28 Rto. 1408/71 y 27 Rto. 883/2004). En estos casos en los que se produce el traslado de residencia con una cierta presunción de estabilidad-permanencia³⁴ se crea la ficción jurídica de que el país de residencia (España) se convierte en país competente y responsable de la asistencia sanitaria del pensionista. Y ello a cambio de recibir del país de origen (el inicialmente competente) una cuota global. El problema está en que si regresa el pensionista a su país de origen para recibir un tratamiento este correrá a cargo del país de residencia dándose así un doble reembolso: primero del país de origen al país de residencia (“cuota global”); segundo del país de residencia al país de origen (por el costo de la asistencia prestada). El problema está en que en el caso de España la “cuota global” es considerablemente más reducida que en otros países (España 2.170 euros/pensionista y año; Alemania 3.132, Luxemburgo 3.624 u Holanda 4.296) y por el contrario la asistencia

³⁴ Vid. sobre el tema: GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, Carlos: “¿Libre circulación de pacientes en la Unión Europea? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, diciembre 2003, pp. 69-72.

efectivamente prestada en estos últimos es considerablemente más elevada que si hubiera sido practicada en España.

c) *Estancia en un Estado diferente al de origen.*

La normativa vigente preceptúa que el personal cubierto por la normativa coordinadora, durante su estancia en otro Estado miembro, tiene derecho a las prestaciones asistenciales sanitarias por parte de las instituciones del lugar de su estancia (art. 22.1.a) e i) Rto. 1408/71) cuando su estado lo requiera “desde un punto de vista médico” y teniendo en cuenta “la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia”. En estos casos la asistencia prestada se adecuará a la legislación del Estado de estancia, se prestará en las mismas condiciones que los afiliados a la institución correspondiente de dicho Estado, durará el tiempo que regule la legislación del Estado de procedencia, corriendo los gastos a cargo de la institución del Estado de procedencia. La normativa pendiente de aplicar contiene similares prescripciones (art. 19.1 Rto. 883/2004), aunque añade una prescripción de interés: “La Comisión administrativa elaborará una lista de las prestaciones en especie que, para poder ser otorgadas durante una estancia en otro Estado miembro, precisen, por motivos de orden práctico, un acuerdo previo entre el interesado y la institución que facilite la prestación” (art. 19.2 Rto 883/2004).

Las prestaciones a que se tiene derecho en estos casos son aquellas “necesarias, desde un punto de vista médico”. No están supeditadas, en suma, a que el estado del paciente requiera “de modo inmediato las mismas”. Con anterioridad, la distinción de tratamiento entre el “trabajador” (art. 22.1.a) y el “titular de una pensión” (art. 31) había sido el supuesto de hecho del que trató el caso *Ioannidis*³⁵ en el que el TJCE determinó que un pensionista no precisaba, en el caso de que no requiriera “de modo inmediato” la asistencia (por ejemplo, enfermedades crónicas o preexistentes), solicitar la autorización que sin embargo sí le era exigible a un “trabajador”. La distinción de trato entre una y otra categoría quedó suprimida con el Reglamento (CE) 631/2004, de 31 de marzo, que estableció que “para una mayor protección de las personas aseguradas, ha de prevalecer la armonización de derechos de todas estas personas” lo que se materializó en una reforma de la redacción de los arts. 22.1.a) y 31.1.a) Rto. 1408/71, en el sentido de unificar el requisito de obtención de prestaciones a las necesarias “desde un punto de vista médico durante una estancia” en el territorio de otro Estado miembro (art. 21.1.a) o de un Estado miembro distinto del de residencia

(art. 31.1^a) “teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia”³⁶.

Advertir que bajo el término “estancia” pueden existir dos fenómenos bien diferentes: una estancia turística en el curso de la cual surge la necesidad de asistencia sanitaria o una estancia en país ajeno al objeto de recibir asistencia. El “turismo sanitario” propiamente dicho es sólo la segunda de las categorías, no obstante lo cual la presión asistencial en determinadas zonas, especialmente costeras, durante la época vacacional constituye sin lugar a dudas un fenómeno al que también ha de enfrentarse el Sistema Nacional de Salud.

d) *Desplazamientos para recibir prestaciones.*

La actual normativa de aplicación en el supuesto de desplazamientos para recibir asistencia sanitaria en otros países de la Unión dispone (art. 22.1.c) y 2 Rto 1408/71) que en tales casos es preceptiva la autorización de la institución del país de origen para recibir “la asistencia apropiada a su estado”. Dicha autorización podrá denegarse cuando el desplazamiento pueda comprometer el estado de salud o la aplicación del tratamiento médico, pero no cuando la asistencia de que se trate “figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad, esta asistencia no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside”. En estos casos la asistencia se prestará en las mismas condiciones que a los afiliados del país en que se presta y correrán a cargo de la institución del Estado de procedencia (“Estado competente”)³⁷.

La normativa pendiente de ser aplicada [Reglamento (CE) 883/2004] contiene similares prescripciones en su art. 20.1 y 2.

³⁶ La expresión “de modo inmediato” era una indudable cortapisa al “turismo sanitario”; GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco Antonio: *Contenido y Límites de la Prestación de Asistencia Sanitaria*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 127 y GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, Carlos: “La asistencia sanitaria y los Reglamentos 1408/71 y 574/72. La coordinación comunitaria de las prestaciones en especie y en metálico de enfermedad y maternidad”, en *Problemática Española de la Seguridad Social Europea*, Instituto Europeo de Relaciones Industriales, Comares, Granada, 1999, p. 107.

³⁷ Cfr. IGARTUA MIRÓ, María Teresa: “Gastos de hospitalización realizados en Estados Miembros de la Unión Europea. Comentario a la STJCE 12 Julio 2001 (TJCE 2001, 196) Asunto C-157/99, Smits y Otros y STJCE 12 Julio 2001 (TJCE 2001, 199), Asunto C-368/98, Vanbraekel y Otros”, *Aranzadi Social*, núm. 12, 2001, pp. 30-39; CRISTÓBAL RONCERO, Rosario: “Alcance de la asistencia sanitaria en otro Estado miembro de la Unión Europea”, *Aranzadi Social*, núm. II, 2000, pp. 3088 y ss.; LÓPEZ LÓPEZ, Julia: “Libre prestación de servicios y reembolso de gastos médicos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 4, 1998, pp. 119-128.

³⁵ STJCE 25.2.2003, asunto C-326/00 (*Ioannidis*).

En este tipo de casos es pertinente tener en consideración algunos pronunciamientos jurisprudenciales³⁸ que afectan a cuestiones de especial interés. Algunas resoluciones del TJCE delimitan la interpretación de la normativa comunitaria sobre la justificación o no de la preceptiva autorización previa³⁹. En estos supuestos el Tribunal comunitario concluyó que: a) los Estados tienen derecho a organizar sus propios sistemas de asistencia sanitaria; b) al hacerlo deberían respetar las disposiciones comunitarias básicas, entre ellas la concerniente a la libre prestación de servicios; c) las prestaciones de atención médica y hospitalaria son, efectivamente, “servicios” a los efectos de los Tratados, pese a lo cual d) la autorización previa para la prestación de servicios en otros países puede justificarse por razones imperiosas, como el mantenimiento de la estabilidad financiera del sistema de seguridad social y de un servicio médico y hospitalario equilibrado y abierto a todos, por lo que e) las personas aseguradas no disponen de un derecho general al reembolso de los gastos ocasionados por un tratamiento médico en el extranjero, sino que solo podrán solicitar el reembolso de dichos gastos cuando el sistema de la seguridad social del Estado en el que se hallen asegurados les hubiera cubierto o reembolsado los mismos. Ambos casos se enmarcaban en un sistema, el luxemburgués, que no sirve prestaciones sanitarias, sino que se limita a reembolsarlas. La solución dada entonces era absolutamente lógica, ya que estando los profesionales sanitarios obligados a asistir a los asegurados sujetándose a un baremo preestablecido, cualquier traba puesta a los profesionales sanitarios de otros Estados sólo podría justificarse por razones económicas que en ninguno de estos casos concurrían por la existencia de una tarifa de reembolso, que ni siquiera se había superado⁴⁰.

En otro caso, el asunto *Vanbraeckel*⁴¹, se abordó el supuesto de que en un traslado autorizado de una paciente – la sra. Deschamps- los costes reembolsados, conforme a la

a sra. Deschamps- los costes reembolsados, conforme a la legislación del Estado de asistencia, fueran inferiores a los que la persona hubiera percibido en su Estado de origen (de aseguramiento). En esta sentencia el TJCE concluyó que “el artículo 59 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que si el reembolso de los gastos realizados por servicios hospitalarios prestados en un Estado miembro de estancia, conforme a las normas vigentes en dicho Estado, es inferior al que habría resultado de aplicar la normativa en vigor en el Estado miembro de afiliación en caso de hospitalización en este último, la institución competente debe abonar al beneficiario un reembolso complementario correspondiente a dicha diferencia”. Un sobreañadido interés tiene este pronunciamiento, y es que al referirse a un caso de tratamiento hospitalario afirma que no procede “distinguir a este respecto entre la asistencia prestada en un centro hospitalario y la prestada fuera de tal marco” ya que “la especial naturaleza de determinadas prestaciones de servicios no puede servir para que dichas actividades escapen al principio fundamental de libre circulación”.

Los casos *Smits y Peerbooms*⁴² se refieren a un sistema, el holandés, que es de concierto y en el que la asistencia gratuita sólo se presta por los profesionales/instituciones concertados, salvo que medie autorización de la “Caja de Enfermedad” para la actuación de otros ajenos. La Sra. Smits vió denegada su solicitud de reembolso de los gastos ocasionados por el tratamiento de la enfermedad de Parkinson que padecía, en una clínica experimental alemana. El Sr. Peerbooms, por su parte, también vió denegada su solicitud en relación a un complejo tratamiento de neuroestimulación en una clínica de Austria. Las denegaciones estuvieron fundadas en que en Holanda existía tratamiento adecuado (en el primer caso) y en que el tratamiento recibido en Austria no era “habitual” en Holanda (en el segundo). El TJCE resuelve que: a) razones imperiosas (“riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social”, razones de “salud pública, e incluso para la supervivencia de la población”) pueden justificar la existencia de obstáculos a la libre prestación de servicios sanitarios, aunque habrá de justificarse la concurrencia de tales “razones imperiosas”, no debiendo exceder los obstáculos “de lo que sea objetivamente necesario a dichos efectos”; b) “el requisito de sujetar a autorización previa la cobertura financiera por parte del sistema nacional de seguridad social de la asistencia hospitalaria dispensada en otro Estado miembro resulta ser una medida a la vez necesaria y razonable”, aunque “es necesario, sin embargo, que los requisitos para la concesión de dicha autorización se justifiquen a la luz

³⁸ Una detallada exposición de las mismas en GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, Carlos: “¿Libre circulación...?”, *op. cit.*, pp. 49-97.

³⁹ SSTJCE 28.4.1998, asunto C-158/96 (*Kohll*), Rec. 1998, p. I-1931 y 28.4.1998, asunto C-120/95 (*Decker*), Rec. 1998, p. I-1831 y C-157/99, (*Geraets-Smits y Peerbooms*), Rec. 2001, p. I-5473. Cfr. sobre estos casos ROFES i PUJOL, Isabel: “Los regímenes nacionales de Seguridad Social y la libre prestación de servicios sanitarios en la Comunidad: el estado de la cuestión. Las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictadas en los asuntos Decker, Koll, Vranbraeckel y Smits y Peerbooms. El asunto Müller-Fauré”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 222, junio 2003, pp. 65-76; LUJÁN ALCARAZ, José: “Reembolso de gastos médicos realizados en Estados miembros de la Unión Europea”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 1998, pp. 2570 y ss. y GRAU PINEDA, María del Carmen: “Reembolso de los gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a la Seguridad Social española: las sentencias Decker y Kohll”, *Revista de Derecho Social*, núm. 19, 1999, pp. 53 y ss.

⁴⁰ GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, Carlos: “¿Libre circulación...?”, *op. cit.*, p. 53.

⁴¹ STJCE 12.7.2001, asunto C-368/98 (*Vanbraeckel*), Rec. 2001, p. I-5363.

⁴² STJCE 12.7.2001, asunto C-157/99 (*Smits y Peerbooms*). Este caso ha supuesto una cierta revolución en las restricciones hasta ahora existentes en la UE, instauradas precisamente para evitar el llamado “turismo sanitario”.

de las razones imperiosas antes referidas y que cumplan con el requisito de proporcionalidad”; c) es compatible con el Derecho comunitario que se establezcan “listas limitativas que excluyan determinados medicamentos del sistema de reembolso de la seguridad social” o en materia de “tratamientos médicos y hospitalarios”, pero “un régimen de autorización administrativa previa no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales”, por lo que tales limitaciones han de “basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano”; las restricciones holandesas al aludir a tratamientos médicos “habituales en el medio profesional” hacen referencia tanto al medio nacional como internacional y, sin embargo, “sólo la interpretación que tenga en cuenta, como se ha descrito, lo que ha sido probado y validado por la ciencia médica internacional puede cumplir con los requisitos expuestos” (objetividad, no discrecionalidad, no discriminación, previo conocimiento) y d) “el requisito relativo al carácter necesario del tratamiento previsto... puede estar justificado..., siempre que se interprete en el sentido de que la autorización para someterse a tratamiento en otro Estado miembro sólo puede ser denegada por este motivo cuando un tratamiento idéntico o que presenta el mismo grado de eficacia para el paciente pueda conseguirse en tiempo oportuno acudiendo a un establecimiento con el que la caja de enfermedad del asegurado haya celebrado un concierto”.

Indicar que en el supuesto de prestaciones en especie de “gran importancia” (prótesis, “gran aparato” u otras de tal entidad) la legislación comunitaria vigente (art. 24 Rto. 1408/71) prevé que cuando las mismas sean concedidas por un Estado de la Unión, correrán a cargo del mismo, aunque el beneficiario se afilie a una segunda institución. Será la comisión administrativa la que determine el listado de tales prestaciones. Similar precepto se contiene en la legislación en espera de aplicación [art. 33 Reglamento (CE) 883/2004], que también añade que la Comisión Administrativa establecerá un listado de tal tipo de prestaciones (art. 3.2 Rto. 883/2004).

En otro orden de cosas, la gestión de la asistencia sanitaria de ciudadanos comunitarios o residentes en los Estados miembros de la Unión ha pretendido agilizarse con la puesta en funcionamiento de la llamada “tarjeta sanitaria europea”⁴³, iniciativa española que se planteó en el Consejo Europeo de Barcelona, celebrado los días 15 y 16 de marzo de 2002. Esencialmente con ella se pretende sustituir los formularios necesarios para obtener asistencia

⁴³ Sobre los antecedentes y trabajos previos para su creación vid. PÉREZ MENAYO, Vicente: “La Tarjeta Sanitaria Europea”, *La Mutua*, núm. 8, mayo-agosto 2002. Vid. igualmente GARCÍA DE CORTÁAR Y NEBREDÁ, Carlos: “¿Libre circulación de pacientes...?”, *op. cit.*, pp. 85-95.

sanitaria durante una estancia temporal en un Estado miembro distinto del Estado en que la persona está asegurada⁴⁴, objetivo que aunque pueda parecer prosaico indudablemente va a hacer más accesible el ejercicio de los derechos asistenciales de los ciudadanos europeos, agilizando a la vez los reembolsos interinstitucionales⁴⁵.

La puesta en marcha de la tarjeta ha precisado de la adopción de cuatro decisiones comunitarias de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes CASSTM)⁴⁶.

Se han definido dos variantes del modelo de tarjeta: a) una variante para el anverso de la tarjeta, dejando el reverso a la libre elección del Estado miembro que expide la tarjeta; además, la tarjeta puede estar provista o no de un microprocesador o una banda magnética y b) una variante para el reverso de la tarjeta cuando el Estado miembro que la expide desea que constituya el reverso de una tarjeta nacional o regional existente. Cada Estado miembro es responsable de la producción y la distribución de la tarjeta europea en su territorio y su período de validez viene determinado por la institución que la expide. En el caso de España su emisión se inició el 1 de junio de 2004.

4. Asistencia sanitaria de ciudadanos de países terceros no residentes en Estados de la Unión Europea.

Existen en territorio nacional extranjeros que no son procedentes ni originarios de países de la Unión Europea, cuya asistencia sanitaria plantea una problemática distinta a la hasta ahora analizada. Estos ciudadanos extranjeros tienen diferente consideración por nuestro ordenamiento según pertenezcan a cada uno de los colectivos a los que a

⁴⁴ Concretamente los formularios E 111 y E 111 B (utilizados por los turistas); E 110 (utilizado por los transportistas internacionales); E 128 (utilizado por los trabajadores desplazados a otro Estado miembro y los estudiantes) y E 119 (utilizado por los desempleados en busca de trabajo en otro Estado miembro).

⁴⁵ GARCÍA DE CORTÁAR Y NEBREDÁ, Carlos: “¿Libre circulación de pacientes...?”, *op. cit.*, pp. 85-86.

⁴⁶ Decisión nº 189 de la CASSTM, de 18 de junio de 2003, dirigida a sustituir por una tarjeta sanitaria europea los formularios necesarios para la aplicación de los Reglamentos (CEE) nº 1408/71 y (CEE) nº 574/72 del Consejo en lo que respecta al acceso a la asistencia sanitaria durante una estancia temporal en un Estado miembro distinto del Estado competente o de residencia [DOUE L 276 de 27.10.2003]; Decisión nº 190 de la CASSTM, de 18 de junio de 2003, relativa a las características técnicas de la tarjeta sanitaria europea [DOUE L 276 de 27.10.2003]; Decisión nº 191 de la CASSTM, de 18 de junio de 2003, relativa a la sustitución de los formularios E 111 y E 111 B por la tarjeta sanitaria europea [DOUE L 276 de 27.10.2003] y Decisión nº 197, de 23 de marzo de 2004, relativa a los períodos transitorios para la introducción de la Tarjeta Sanitaria Europea con arreglo al artículo 5 de la Decisión nº 191 [DOUE 343/2004, de 19 noviembre 2004].

Amplia información sobre la tarjeta en: http://europa.eu.int/comm/employment_social/healthcard/links_fr.htm

continuación se hará mención⁴⁷. No todos los casos – como se verá– pueden catalogarse de “turismo sanitario” (así los residentes –legales o ilegales– de larga duración).

El art. 13.1 de la Constitución establece que: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. En realidad caben distinguir diferentes categorías de derechos reconocidos a los extranjeros, pues como señala la STC 107/1984, de 23 de noviembre: “Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”⁴⁸. En materia sanitaria pertenecería a la primera categoría la que podría denominarse “asistencia sanitaria humanitaria”; al segundo grupo pertenecería el derecho a la integración en el sistema de la Seguridad Social que, aunque en principio, está concebido para españoles la incorporación a tal sistema ha sido reconocida igualmente a extranjeros y finalmente en la tercera categoría se encontraría el derecho a la protección de la salud.

Pues bien, como señala la STC 95/2000, de 10 de abril: “preciso es advertir que tanto el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social (art. 41 C.E.) como el reconocimiento del derecho a la salud (art. 43 C.E.) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (art. 43 C.E.) se contienen en el Título I del texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión ya mencionada del art. 13.1 C.E., deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes”⁴⁹. Y entre tales normas destaca el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁵⁰ que ha equiparado hasta

el máximo constitucional posible a españoles y extranjeros⁵¹.

a) Extranjeros residentes legales afiliados al sistema de la Seguridad Social.

Dispone el art. 7 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social que “estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional”. Para ellos “la acción protectora del sistema 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” (art. 38.1 LGSS).

Téngase en cuenta además que quienes ostenten la condición de refugiados o apátridas están autorizados a residir en España y desarrollar actividades profesionales, laborales o mercantiles (art. 2.1.a y c) Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado) con las consecuencias que en el orden de cobertura sanitaria ello implica, como afiliados a la seguridad social o, en otro caso, como residentes legales en España.

b) Extranjeros empadronados⁵².

Según el art. 12.1 de la Ley Orgánica 4/2000: “Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”. Bien entendido que la inscripción en el padrón “no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España” (art. 18.2 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local), ahora bien precisamente la Ley de Extranjería, como acaba de citarse sí contempla un derecho a

⁴⁷ En general sobre esta problemática vid. MARTÍN DELGADO, Isaac: “La asistencia sanitaria de los extranjeros en España”, *Derecho y Salud*, Vol. 10, núm. 2, julio-diciembre 2002, pp. 197-217.

⁴⁸ En el mismo sentido STC 95/2000, de 10 de abril, EDJ 2000/4332.

⁴⁹ Sobre el derecho de los inmigrantes a la protección de la salud vid. VAL TENA, Angel Luis de: “El derecho de los trabajadores inmigrantes a la protección de la salud”, en *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Gobierno de Cantabria, 2003, T. II, pp. 1423-1448.

⁵⁰ La Ley de Extranjería de 1985 no contemplaba la temática de asistencia sanitaria a extranjeros. Será la nueva Ley Orgánica 4/2000 la que por vez primera aborde el tema; cfr. al respecto SERRANO ARGÜELLO, Noemí: “El reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria a los

extranjeros. La nueva perspectiva de la Ley de Extranjería”, en *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Gobierno de Cantabria, 2003, T. II, pp. 1387-1421.

⁵¹ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería: Ley orgánica 4-2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 15.

⁵² Sobre la relevancia del padrón municipal en materia de Extranjería vid. CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego: “El padrón municipal y los extranjeros”, *Revista de Jurisprudencia (El Derecho)*, mayo 2005, p. 1.

la asistencia sanitaria derivado del hecho del empadronamiento⁵³.

Al requisito de empadronamiento se une, además, otra necesaria condición, la carencia de “recursos económicos suficientes”. El art. 80 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad encomendó al Gobierno el establecimiento de un sistema de la Seguridad Social para personas carentes de recursos. Tal cobertura para españoles⁵⁴ vino reconocida por el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre⁵⁵, pero este acotamiento a “españoles” (art. 1 del citado Real Decreto) se ha ampliado al colectivo de extranjeros que empadronados también carezcan de los citados recursos. Aunque podría entenderse que tal cobertura se da únicamente a los extranjeros que se encuentren legalmente en España⁵⁶, lo cierto es que el tenor del art. 12 Ley Orgánica 4/2000 extiende tal asistencia a todos los extranjeros, estén o no regularmente en España, siempre que se encuentren empadronados⁵⁷. De este modo puede afirmarse que la principal mejora introducida por esta Ley Orgánica es la relativa a la recepción de asistencia sanitaria por medio de la prestación no contributiva⁵⁸, equiparando por tanto las prestaciones contributivas y no contributivas⁵⁹. Como señala el art. 2 de esta norma reglamenta-

ria: “La asistencia sanitaria de la Seguridad Social reconocida por este Real Decreto tendrá idéntica extensión contenido y régimen que la prevista en el Régimen General de la misma”⁶⁰.

A la vista de lo anterior podría cuestionarse la eficacia de las normas reglamentarias que exigen la suscripción de un seguro de enfermedad o poseer los medios para cubrir la asistencia sanitaria⁶¹.

c) Extranjeros menores de edad.

En el panorama internacional existe un postulado de reconocimiento de la asistencia sanitaria de los menores: Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959 (Principio 4) y Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, que entró en vigor el 2 de septiembre de 1989⁶².

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor dispuso en este sentido que “tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España” (art. 10.3). La Ley Orgánica 4/2000 ha ampliado al máximo el ámbito de protección ya que establece en su art. 12.3 que: “Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”. Es decir extiende a todos los “extranjeros menores de dieciocho años” tal asistencia. Cumplida la mayoría de edad, habrá además de informarse al menor de la posibilidad de seguir recibiendo asistencia sanitaria siempre que se encuentre empadronado⁶³.

d) Extranjeras embarazadas.

También la citada Convención sobre los Derechos del Niño preceptúa que los Estados adoptarán las medidas apropiadas para “asegurar atención sanitaria prenatal y

⁵³ No existe otro requisito sobreañadido, al margen de la escasez de recursos. Así se afirma, por ejemplo, en la STSJ Andalucía (Málaga), Sala de lo Social, 8.11.2004, EDJ 2004/246813, que versa sobre si para el reconocimiento a la actora -de nacionalidad marroquí y empadronada en Melilla- del derecho a la asistencia sanitaria por parte de la Seguridad Social española bastará con el empadronamiento de la misma en Melilla o constituye requisito necesario el estar en posesión de la Tarjeta de Extranjero acreditativa de la situación de residencia legal en España. La Sala se decanta por la primera opción, por aplicación de lo dispuesto en el art. 12 Ley Orgánica 4/2000.

⁵⁴ Se consideran tales: las personas cuyas rentas, de cualquier naturaleza, sean iguales o inferiores en cómputo anual al Salario Mínimo Interprofesional. Se reconoce, asimismo, este derecho, aunque se supere dicho límite, si el cociente entre las rentas anuales y el número de menores o incapacitados a su cargo fuera igual o menor a la mitad del Salario Mínimo Interprofesional” (art. 1, pfo segundo del R.D. 1088/1989).

⁵⁵ Norma que ha sido calificada del mayor hito en el camino hacia la universalidad de la asistencia sanitaria en España; SERRANO ARGÜELLO, Noemí: *op. cit.*, p. 1399.

⁵⁶ ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2000, 17ª edic., pp. 409-410 y RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel: “El derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santander 8 y 9 de junio de 2001, p. 71.

⁵⁷ SERRANO ARGÜELLO, Noemí: *op. cit.*, p. 1393. Siguiendo el “proceso de extensión y universalización de la atención sanitaria” la Ley Foral 2/2000, de 25 de mayo de Navarra ha llegado incluso más lejos que la normativa estatal; vid. al respecto BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: “Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad”, *Derecho y Salud*, Vol. 10, núm. 1, 2002, p. 23.

⁵⁸ SERRANO ARGÜELLO, Noemí: *op. cit.*, p. 1414.

⁵⁹ GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, Carlos: “La situación de los extranjeros ante el sistema de protección social español”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 2, 2000, p. 67.

⁶⁰ Para la aplicación del art. 12 Ley Orgánica 4/2000 se han dictado por el INSALUD la Circular 1/2000, de 28 de enero y la Resolución de 1.2.2000.

⁶¹ Arts. 23.2.e, 42.2.d, 44.2 y 75.2.a R.D. 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁶² Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990 de la Convención de 20 de noviembre de 1959 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, B.O.E. 313/1990, de 31 diciembre 1990, Ref Boletín: 90/31312

⁶³ VAL TENA, Angel Luis de: *op. cit.*, p. 1440.

postnatal apropiada a las madres” (art. 24.2.d). Este principio es acogido por nuestra legislación de extranjería, según la cual: “Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto” (art. 12.3 de la Ley Orgánica 4/2000). De este modo se recoge un régimen de equiparación en materia de asistencia a la maternidad que tiene un lejano precedente en el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre y que tiene el carácter de “derecho absoluto”⁶⁴. Ningún requisito sobreañadido se impone para tal asistencia, ni tan siquiera el empadronamiento. No obstante lo cual, de encontrarse la extranjera embarazada empadronada podría naturalmente acceder a la prestaciones vía art. 12.1 Ley Orgánica 4/2000 con la ventaja añadida de que el tiempo de asistencia no se limitaría al embarazo, parto y postparto⁶⁵. Por ello la Resolución del INSALUD de 1.2.2000 estableció que a las mujeres embarazadas se les informará del derecho que les asiste a disfrutar de una atención continuada en el supuesto de empadronarse.

Indicar por otra parte que el derecho a esta asistencia sanitaria no incluye la interrupción del embarazo⁶⁶.

e) Otros extranjeros no pertenecientes a los colectivos anteriores.

El resto de extranjeros, no pertenecientes a ninguna de las categorías precedentes recibirán asistencia sanitaria en dos supuestos y modalidades:

- Supuestos de urgencia. A tenor de lo dispuesto en el art. 12.2 Ley Orgánica 4/2000 todos los extranjeros, cualquiera que sea su condición, “tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica”⁶⁷. Como señala De Val, la denegación de asistencia médica en situaciones de urgencia vital estaría considerada un trato inhumano y degradante, vulnerando lo preceptuado en el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, con lo que la previsión del art. 12.2 Ley Orgánica 4/2000 ya no sólo cumpli-

menta lo dispuesto en el Convenio europeo citado, sino que añade un importante plus desde el momento en que la asistencia se prolonga “hasta la situación de alta médica”⁶⁸. Por su parte el art. 45.4.b R.D. 2393/2004 afirma asimismo que se podrá conceder una autorización por razones humanitarias: “A los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida. A los efectos de acreditar la necesidad, será preciso un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente”.

- Supuestos de no urgencia. En tal caso el extranjero puede acceder a los servicios sanitarios públicos “con la condición de pacientes privados” y “la facturación por la atención de estos pacientes será efectuada por las respectivas administraciones de los Centros, tomando como base los costes efectivos” (art. 16 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad)⁶⁹.

Indicar finalmente, que el goce del derecho a la asistencia sanitaria, una vez reconocida su titularidad, se establece en las mismas condiciones que a los nacionales, no estando permitido trato discriminatorio de ningún tipo⁷⁰. En este sentido debe recordarse que según lo establecido en el art. 16 LGS: “Las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos”.

5. Consideraciones finales y cuestiones para reflexionar.

Existen, a la vista de lo expuesto una tendencia a la homologación de trato (principio de igualdad de trato) que

⁶⁴ VAL TENA, Angel Luis de: *op. cit.*, pp. 1444-1445.

⁶⁵ MARTÍN DELGADO, Isaac: “La asistencia sanitaria de los extranjeros en España”, *op. cit.*, p. 211.

⁶⁶ VAL TENA, Angel Luis de: *op. cit.*, p. 1446.

⁶⁷ Debe distinguirse en este punto los conceptos de urgencia atendida por los servicios de la sanidad pública y “urgencia vital” la cual en casos extremos puede ser prestada –con derecho al correspondiente reintegro– por entidades ajenas a aquella como señala ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos: “Los beneficiarios del derecho a la asistencia sanitaria en la Ley de extranjeros”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2001, p. 33.

⁶⁸ VAL TENA, Angel Luis de: *op. cit.*, p. 1442. Resalta este autor la cierta incoherencia que existe al reconocer un derecho para los extranjeros que no se reconoce a los españoles, ya que estos, aunque tienen derecho a la asistencia de urgencia han de reembolsar el costo de la misma si no estuvieran cubiertos por alguno de los regímenes de la Seguridad Social., previsión que sin embargo no se observa en el caso de los ciudadanos extranjeros, *op. cit.*, p. 1443.

⁶⁹ Habrá que estar a las disposiciones autonómicas que regulan los precios de los diferentes dispositivos sanitarios y en el caso de la Administración Central habrá que estar a lo dispuesto en la Resolución de 7 de julio de 2003, del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, sobre revisión de precios a aplicar por los centros sanitarios de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla por las asistencias prestadas en los supuestos cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago o a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, así como por los servicios prestados por el Centro Nacional de Dosimetría (BOE, 29 de julio).

⁷⁰ SERRANO ARGÜELLO, Noemí: *op. cit.*, p. 1413.

tiene varios planos de equiparación: a) de ampliación de los colectivos de los ciudadanos comunitarios cubiertos por la normativa coordinadora (primero sólo trabajadores por cuenta ajena, luego trabajadores por cuenta propia, estudiantes, jubilados,...); b) de ampliación a ciudadanos no comunitarios (nacionales de terceros países).. Igualmente es perceptible una línea de actuación –ya en parte materializada- tendente a la simplificación de la normativa (el Reglamento 883/2004 es ejemplo de ello). Y, en fin, es constatable la facilitación del acceso a prestaciones mediante la implantación de la tarjeta sanitaria europea.

Sin embargo siguen planteadas algunas cuestiones ciertamente problemáticas, diferentes según el colectivo de extranjeros de que se trate. En el caso de ciudadanos o residentes comunitarios cabe percibir, a través de sucesivas resoluciones del TJCE, una continuada eliminación de las trabas existentes para el ejercicio del “turismo sanitario” pero, al mismo tiempo, una creciente inquietud por parte de algunos Gobiernos por el perjuicio que a la estabilidad de sus sistemas sanitarios comporta este fenómeno. Téngase en cuenta que en el seno de la Unión el “turismo sanitario” es en buena medida lógica consecuencia de sistemas asistenciales ineficaces. Como señaló la Exposición de Motivos del Proyecto de Informe sobre la movilidad de los pacientes y los progresos de la asistencia sanitaria en la Unión Europea⁷¹: “La mayor parte de los pacientes y sus familias preferirían ciertamente utilizar los servicios locales; pero, si la calidad es pobre o los retrasos inaceptables, algunos por lo menos estarán dispuestos a viajar, a sabiendas de que la factura la pagará su país de origen”. Con todo lo razonable que ello es, indudablemente plantea una problemática importante para algunos países –es el caso de España- en términos de financiación de la asistencia.

En lo que respecta al colectivo de ciudadanos procedentes de terceros países (tal sería el caso, por ejemplo de Marruecos) la problemática es distinta. *De lege lata* alguno de los fenómenos asistenciales (partos de ciudadanas marroquíes en Ceuta y Melilla) son irresolubles en el plano financiero, aunque dudosamente puede hablarse de relevante repercusión para la sostenibilidad del sistema. Cuantitativamente más relevante es el supuesto de ciudadanos de terceros países residentes no legales en España –empadronados o no-. La solución en términos financieros vendría en ambos casos de la mano de convenios internacionales sobre el tema, lo cual hoy por hoy sólo cabe calificar de quimérico.

No se han considerado aquí otros problemas que, sin embargo, tienen incuestionable interés a la hora de abordar el

“turismo sanitario”, baste con señalar fenómenos tales con la transculturalidad y las barreras idiomáticas⁷².

6. CONCLUSIONES

1. Bajo el término “turismo sanitario” se engloban prácticas heterogéneas. En el caso de prestaciones sanitarias a cargo directo del paciente se plantean, en algún caso, problemas bioéticos. En el supuesto de que las prestaciones corran a cargo -total o parcialmente- de los sistemas aseguradores públicos la problemática planteada se centra en el ámbito subjetivo de cobertura y en la financiación y, en su caso, el reembolso de los gastos de dichas prestaciones.
2. Para el caso de las prestaciones proporcionadas por los sistemas públicos sanitarios la normativa Europea peca de complejidad y escasa claridad. Parece plausible en este sentido el proceso –aún inacabado- de reforma de los Reglamentos comunitarios que regulan la coordinación –y no armonización- para la aplicación de los regímenes de Seguridad social a los ciudadanos y residentes comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea.
3. El ámbito subjetivo de aplicación de dicha normativa comunitaria se ha visto afectado por un continuo proceso de ampliación del colectivo de personas amparadas por la cobertura asistencial. Lo cual parece razonable al conjugar el principio de cobertura asistencial con el de “libre prestación de servicios”.
4. El sistema asistencial europeo ha mostrado a lo largo del tiempo importantes problemas de gestión que, en buena medida, podrán solventarse con la puesta en funcionamiento de la tarjeta sanitaria europea. No obstante lo cual, se echa en falta una homogeneidad de formatos, especialmente en lo referido a la compatibilidad entre las tarjetas sanitarias nacionales y la europea.
5. Particular relevancia en el caso de España se plantea por el elevado número de residentes comunitarios pensionistas en nuestro territorio -especialmente en el arco mediterráneo-, lo que requiere un esfuerzo de información a dicho colectivo para la divulgación de los mecanismos asistenciales intercomunitarios. Es razonable la inquietud del Gobierno español a este respecto, especialmente por la importante incidencia que tiene la presencia en lugares geográficos delimitados de un amplio número de ciudadanos comunitarios no censados, con la presión asistencial

71 2004/2148(INI), 20.12.2004.

72 Con las consecuencias que a nivel de errores ello comporta; vid. por ejemplo FLORES, Glenn, BARTON LAWS, M., MAYO, Sandra J., ABREU, Milagros, MEDINA, Leonardo y HARDT, Eric J.: “Errors in Medical Interpretation and Their Potential Clinical Consequences in Pediatric Encounters”, *Pediatrics*, Vol. 111, 2003, pp. 6-24.

que ello comporta para determinadas administraciones sanitarias.

6. Se hace necesario clarificar al máximo y buscar una solución equitativa ante el fenómeno de ciudadanos comunitarios residentes en España que al regresar a su país de origen para recibir un tratamiento o someterse a una intervención alteran la atribución competencial asistencial, dando lugar a un sistema de doble reembolso: del país de origen al país de residencia (“cuota global”) y del país de residencia al país de origen (por el costo de la asistencia prestada), lo que plantea el relevante problema de que la “cuota global” recibida por nuestro país sea considerablemente más reducida que la que tienen otros países centroeuropeos, los cuales a su vez prestan asistencia a sus nacionales regresados a un costo notablemente superior al que hubiera tenido lugar de haberse prestado la asistencia en nuestro país.

7. Se detecta en la normativa comunitaria la existencia de conceptos jurídicos indeterminados que crean cierta inseguridad jurídica. Tal es el caso de las estancias en un Estado diferente al de origen, que dan derecho a las personas cubiertas por el sistema de protección comunitario a las prestaciones “necesarias desde un punto de vista médico”.

8. En relación a la asistencia sanitaria de ciudadanos de países terceros (no comunitarios) la cuestión es en términos cuantitativos menos problemática en el caso de los hospitales de Ceuta y Melilla, pese a lo cual la suscripción de un convenio con el país vecino parece pertinente. Y ello sin perjuicio de que sea necesario que la Administración dote de los suficientes recursos a dichos establecimientos para que puedan hacer frente a este fenómeno sin menoscabo de la calidad asistencial de nuestros ciudadanos.

9. Mayor preocupación deriva de la presencia en nuestro territorio de un elevado número de ciudadanos extracomunitarios que, al no encontrarse afiliados a la Seguridad Social, gozan de las ventajas del Sistema Nacional de Salud sin contribución alguna para su sostenimiento. El problema es aquí igualmente más agudo en determinadas zonas del territorio, por lo que parece razonable que a nivel interno se alcance un acuerdo entre las distintas administraciones sanitarias que forman parte del mismo y se incentive -en la medida de lo posible- la suscripción de convenios con los países de origen de dichos ciudadanos.

CONCLUSIONES DE LAS MESAS DE TRABAJO DEL XIV CONGRESO DERECHO Y SALUD

MESA DE TRABAJO: PROS Y CONTRAS DE LO PRIVADO EN LA GESTIÓN SANITARIA.

LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA SANITARIA.

Relatores: D. José Luis Lafarga i Traver y D. Francisco José Villar Rojas.

La concesión de obra pública no sirve para gestionar servicios sanitarios públicos; en su caso, la fórmula sería la concesión como modalidad del contrato administrativo de gestión de servicios públicos. El ámbito de aplicación de ese contrato en la sanidad pública se circunscribe a aspectos complementarios, sin incidencia en la prestación de servicios médico-sanitarios.

La concesión de obra pública sanitaria es una forma nueva de contratar lo mismo. En cualquier hospital público, los servicios no sanitarios, los complementarios, incluso los comerciales, se prestan, cuando no de forma directa, mediante contratos administrativos de servicios –limpieza, catering, vigilancia-, concesiones de bienes de dominio público –cafeterías y locales comerciales-, incluso, en algún caso, concesión de obra pública –aparcamientos-. Los servicios sanitarios, incluso las pruebas diagnósticas, se realizan normalmente por personal y medios públicos (sin perjuicio de conciertos y convenios singulares). La fórmula contractual estudiada reduce a un único contrato la prestación de todos esos servicios complementarios y comerciales, que concede a un único empresario, otorgándole un largo tiempo de explotación, para que pueda compensar la inversión previa de construir un inmueble de uso sanitario con recursos propios -aunque con garantía pública-. Las prestaciones sanitarias quedan excluidas. Más aún, como en la fórmula clásica, la mayor parte de los ingresos proceden del erario público -todos los contratos de servicios-, la excepción sigue siendo lo comercial -cafetería, televisión en las habitaciones-. Por otra parte, vincular el pago con la calidad de la prestación se recono-

ce en los conciertos sanitarios y, en general, en el contrato administrativo de suministros. Lo que cambia es el plazo de duración del contrato -que excede del contrato de servicios- y, con él, en alguna medida, las condiciones económico-financieras. Este es el sentido de la concesión de obra pública sanitaria.

El valor de la concesión de obra pública, aun con el limitado alcance descrito, radica en si sirve para imputar suficiente riesgo al concesionario de forma que la Administración logre conciliar las limitaciones presupuestarias con la atención a la demanda de nuevos establecimientos públicos sanitarios. Lo cierto es que, en el supuesto estudiado, la financiación de las obras lo es con recursos públicos presupuestarios, sólo que diferidos en cuanto al momento de pago, que son abonados por la Administración concedente como pagador único; y si bien es cierto que su cuantía exacta depende de determinados parámetros, cuyo incumplimiento puede dar lugar a su minoración, lo cierto es que ese nivel de riesgo es mínimo cuando se trata de servicios vinculados con el funcionamiento de un hospital y, por tanto, con un servicio público esencial que parece difícil imaginar pueda ser clausurado. La experiencia muestra que la validez de esta clase de iniciativas en las que el riesgo es más formal que real, se encuentra a expensas del modo en que sea calificada por las autoridades comunitarias competentes. El riesgo real se produce cuando la retribución del contratista depende de los pagos de los usuarios, y no es el caso, tampoco podría serlo con el estatuto actual de la sanidad pública.

LOS CONCIERTOS Y LOS CONVENIOS SINGULARES.

Relatores: D. José Luís Lafarga i Traver y D. Francisco José Villar Rojas.

1. Hay que profundizar en la estrategia de colaboración entre el subsistema sanitario de titularidad pública y el sector privado en la provisión de los servicios sanitarios de cobertura pública en orden a alcanzar un mayor grado de eficiencia en el ámbito del Sistema Nacional de Salud.

2. Hay que promover un uso del concierto, entendido como contrato de gestión del servicio público sanitario, como un instrumento necesario para completar la oferta asistencial en el Sistema Nacional de Salud, siempre con sujeción a procedimientos selectivos de concurrencia competitiva en los términos que la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas establece, especialmente en relación con la atención de aquellas patologías en que la colaboración privada sea más resolutive y eficiente.

3. Conviene revisar el uso del convenio como instrumento de vinculación de los centros y establecimientos de titularidad pública o privada a las redes sanitarias de utilización pública introduciendo mecanismos de concurrencia competitiva para la selección de tales centros y establecimientos en cumplimiento del derecho de libre competencia y de libre mercado en la prestación de las actividades sanitarias privadas.

LA HUIDA AL DERECHO PRIVADO EN EL MOMENTO ACTUAL.

Relatores: D. José Luís Lafarga i Traver y D. Francisco José Villar Rojas.

1. Hay que promover procesos de descentralización en la provisión de los servicios sanitarios públicos configurando unidades productivas dotadas de personalidad jurídica propia y con la naturaleza jurídica que sea más idónea con arreglo a las circunstancias concurrentes en cada caso, que permitan el eficaz ejercicio de la función de gobierno, la corresponsabilidad de los profesionales en la gestión de los servicios, el rendimiento de cuentas en relación con el cumplimiento de los objetivos fijados en todos los niveles de la organización, el establecimiento de líneas de colaboración entre los distintos centros para mejorar su capacidad de resolución y eficiencia de acuerdo con criterios de planificación, y la flexibilización de los modelos retributivos para estimular la productividad y la calidad de la asistencia.

2. Conviene demandar una mayor valentía a los políticos y, en especial, a los que ostentan responsabilidades de

gobierno en las Comunidades Autónomas, auténticos ejes del Sistema Nacional de Salud, para que impulsen procesos de descentralización en la gestión del sistema sanitario público, y un mayor grado de congruencia a los agentes sociales para que asuman un papel proactivo y de corresponsabilidad en la implantación de dichos procesos ordenados a la modernización de los instrumentos de gestión del Sistema.

3. Hay que maximizar el cuidado, así como actuar con prevención ante la introducción de mecanismos de corresponsabilización de los entes locales en el establecimiento de políticas y la planificación de los servicios sanitarios que desdibujen los roles y empañen la claridad de las funciones y responsabilidades establecidas en la Ley General de Sanidad.

MESA DE TRABAJO: EUROPA Y SANIDAD PÚBLICA.

EL REINTEGRO DE GASTOS.

Relator: D. José M^a Pérez Gómez.

La interpretación actual del Tribunal de Justicia, por la que se hace prevalecer los principios de contenido económico y los tradicionalmente fundamentales para la Unión Europea como son la libre circulación de personas, bienes y servicios respecto de Derechos con un carácter esencialmente social como es el derecho a la salud, que se han ido consolidando en las Cartas Constitucionales de los distintos países europeos, parece un tanto forzada y podría tener unas consecuencias que pueden calificarse, a juicio de la mesa, de perversas. Así, al asumir la posibilidad de que el reintegro de gastos sanitarios realizados en otro Estado miembro sin autorización de Estado origen del paciente sea posible en determinados casos en los que los servicios públicos del Estado miembro de origen no sean capaces de prestar la asistencia requerida en determinado plazo o en determinadas condiciones, abriría la puerta a una evidente iniquidad dentro del propio Sistema pues posibilitaría que, aquellos ciudadanos que dispusieran de suficientes recursos económicos para anticipar el gasto, pudieran desplazarse y disfrutar de una asistencia sanitaria (costeada finalmente con cargo a los poderes públicos) de superior celeridad que el resto de sus conciudadanos.

Además, la generalización de estas prácticas provocaría distorsiones presupuestarias al tener que realizar los Servicios de Salud una serie de gastos que originalmente no estaban presupuestados, produciéndose una cierta duplicidad en los costes estructurales calculados en base a determinada población y, además, afrontar el coste de los servicios cuyo coste deba reintegrar conforme a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión.

Así pues, parece que nos encontramos en este punto con un cierta colisión de bienes jurídicos merecedores de protección y, desde nuestro punto de vista, la solución dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea altera en cierto modo las prioridades que, en materia de prestación de servicios sanitarios existen, al menos, en España donde la solidaridad y la igualdad de todos los residentes a la hora de percibir la asistencia prevalece a todas luces respecto a los derechos a la libre prestación de servicios de los distintos operadores del sector económico sanitario.

Toda buena norma debe reflejar las diferentes realidades sociales a las que se aplica, salvo que su finalidad sea precisamente cambiar algún aspecto concreto de dicha realidad y esta característica, como señala GIL IBÁÑEZ, tiene aún mayor importancia en el caso de la Unión Europea ante la diversidad de países y culturas y ante las distintas prioridades y concepciones respecto a qué y cómo deben regularse determinadas materias. Tal es el caso que nos ocupa y la consolidación del derecho a la salud de los ciudadanos también en el derecho comunitario en un mismo plano de igualdad con respecto a los tradicionales principios de libre circulación, constituye una estupenda ocasión para revisar la doctrina del Tribunal de Justicia permitiendo a los órganos gestores de la prestación de los servicios que garantizan la consecución de dicho derecho en cada Estado miembro, el establecimiento de sus propios mecanismos de garantía que no perturben elementos esenciales del modelo como son, en el caso de España, la igualdad y la equidad entre los beneficiarios.

EL FENÓMENO DEL TURISMO SANITARIO.

Relator: D. Luis Fernando Barrios Flores

1. Bajo el término “turismo sanitario” se engloban prácticas heterogéneas. En el caso de prestaciones sanitarias a cargo directo del paciente se plantean, en algún caso, problemas bioéticos. En el supuesto de que las prestaciones corran a cargo -total o parcialmente- de los sistemas aseguradores públicos la problemática planteada se centra en el ámbito subjetivo de cobertura y en la financiación y, en su caso, el reembolso de los gastos de dichas prestaciones.

2. Para el caso de las prestaciones proporcionadas por los sistemas públicos sanitarios la normativa Europea peca de complejidad y escasa claridad. Parece plausible en este sentido el proceso -aún inacabado- de reforma de los Reglamentos comunitarios que regulan la coordinación -y no armonización- para la aplicación de los regímenes de Seguridad social a los ciudadanos y residentes comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea.

3. El ámbito subjetivo de aplicación de dicha normativa comunitaria se ha visto afectado por un continuo proceso de ampliación del colectivo de personas amparadas por la cobertura asistencial. Lo cual parece razonable al conjugar el principio de cobertura asistencial con el de “libre prestación de servicios”.

4. El sistema asistencial europeo ha mostrado a lo largo del tiempo importantes problemas de gestión que, en buena medida, podrán solventarse con la puesta en funcionamiento de la tarjeta sanitaria europea. No obstante lo cual, se echa en falta una homogeneidad de formatos, especialmente en lo referido a la compatibilidad entre las tarjetas sanitarias nacionales y la europea.

5. Particular relevancia en el caso de España se plantea por el elevado número de residentes comunitarios pensionistas en nuestro territorio -especialmente en el arco mediterráneo-, lo que requiere un esfuerzo de información a dicho colectivo para la divulgación de los mecanismos asistenciales intercomunitarios. Es razonable la inquietud del Gobierno español a este respecto, especialmente por la importante incidencia que tiene la presencia en lugares geográficos delimitados de un amplio número de ciudadanos comunitarios no censados, con la presión asistencial que ello comporta para determinadas administraciones sanitarias.

6. Se hace necesario clarificar al máximo y buscar una solución equitativa ante el fenómeno de ciudadanos comunitarios residentes en España que al regresar a su país de origen para recibir un tratamiento o someterse a una intervención alteran la atribución competencial asistencial, dando lugar a un sistema de doble reembolso: del país de origen al país de residencia (“cuota global”) y del país de residencia al país de origen (por el costo de la asistencia prestada), lo que plantea el relevante problema de que la “cuota global” recibida por nuestro país sea considerablemente más reducida que la que tienen otros países centroeuropeos, los cuales a su vez prestan asistencia a sus nacionales regresados a un costo notablemente superior al que hubiera tenido lugar de haberse prestado la asistencia en nuestro país.

7. Se detecta en la normativa comunitaria la existencia de conceptos jurídicos indeterminados que crean cierta inseguridad jurídica. Tal es el caso de las estancias en un Estado diferente al de origen, que dan derecho a las personas cubiertas por el sistema de protección comunitario a las prestaciones “necesarias desde un punto de vista médico”.

8. En relación a la asistencia sanitaria de ciudadanos de países terceros (no comunitarios) la cuestión es en términos cuantitativos menos problemática en el caso de los hospitales de Ceuta y Melilla, pese a lo cual la suscripción de un convenio con el país vecino parece pertinente. Y ello sin perjuicio de que sea necesario que la Administración dote de los suficientes recursos a dichos establecimientos para que puedan hacer frente a este fenómeno sin menoscabo de la calidad asistencial de nuestros ciudadanos.

9. Mayor preocupación deriva de la presencia en nuestro territorio de un elevado número de ciudadanos extracomunitarios que, al no encontrarse afiliados a la Seguridad Social, gozan de las ventajas del Sistema Nacional de Salud sin contribución alguna para su sostenimiento. El problema es aquí igualmente más agudo en determinadas zonas del territorio, por lo que parece razonable que a nivel interno se alcance un acuerdo entre las distintas administraciones sanitarias que forman parte del mismo y se incentive -en la medida de lo posible- la suscripción de convenios con los países de origen de dichos ciudadanos.

LIBRE CIRCULACIÓN DE PROFESIONALES.

Relator: Juan Ramón Artiga Guerrero.

1. La libre circulación de profesionales, derecho de los ciudadanos de la Unión Europea por excelencia, permite que vaya tomando forma un fenómeno social y económico de cierta relevancia, como es el “flujo” de profesionales sanitarios entre diferentes países de la Unión, que puede originar desequilibrios. Sin embargo, el que España se haya convertido en “exportador” de profesionales sanitarios no está claro que realmente sea un problema, puesto que, aunque el éxodo existe, es relativo y todavía no constituye una amenaza grave.

2. Es una realidad el incumplimiento de la normativa en materia de nacionalidad (contratación de trabajadores extracomunitarios para desempeñar puestos en la función pública sanitaria), si bien se considera más grave el incumplimiento en materia de titulación, en muchas ocasiones como consecuencia de las dificultades que presentan los trámites de homologación de los títulos extranjeros. A este respecto, es urgente el desarrollo del sistema de reconocimiento de títulos, a efectos profesionales, pero no académicos, previsto en el artículo 18 de la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

3. Una de las causas más evidentes de la “fuga” de profesionales sanitarios, aprovechando las facilidades derivadas de la libre circulación, se halla en las mejores condiciones, no sólo económicas, que se les ofrecen en otros países. En este aspecto, se reconoce que durante los últimos años la oferta ha sido, en general, poco atractiva (“contratos de guardias”, por ejemplo); asimismo, se advierte que la

oferta que pueden realizar los grandes hospitales presenta diferencias abismales con la que efectúan otros centros (de pequeño tamaño, en zonas aisladas, ...). Sería necesario un cambio cultural, tendente a que los residentes conozcan otras realidades o mejorar las ofertas para que, por ejemplo, no tengan que renunciar a las posibilidades de investigación si acceden a determinados centros.

4. Resulta discutible -desde un doble punto de vista, legal y moral- la posibilidad de restringir la libre circulación de los MIR durante un periodo de tiempo, con base en el argumento de que han recibido una formación muy costosa con cargo al estado (español) y otro estado no debería aprovecharse de ello. No se debe olvidar que, a cambio de la formación que reciben, (junto con una retribución modesta) prestan su nunca suficientemente reconocido trabajo. Habría que pensar en “fidelizarles” con nuestros Centros, mediante ofertas laborales atractivas.

5. Frente al déficit de profesionales sanitarios que se observa, no hay que olvidar que España sigue siendo, después de Italia, el país con más médicos por habitante de la UE. Ello no debe impedir que se busquen soluciones, pero estas no sólo deben venir de otros países. Por ejemplo, hay que revisar el papel de las Universidades, dialogando con ellas para planificar la formación de profesionales a largo plazo; hay que revisar la oferta MIR, y, mientras tanto, hay que buscar nuevas y más imaginativas formas de organización del trabajo.

MESA DE TRABAJO: LA FINANCIACIÓN DE LA SANIDAD PÚBLICA.

EL COPAGO.

Relator: D. José Luis Moreno Ochoa.

El gasto sanitario ha crecido de forma importante en los últimos años -en términos generales aproximadamente el doble que el aumento del IPC- por lo que en el porcentaje de la riqueza que se genera en un país (PIB) que se destina para financiar el sistema sanitario es cada vez mayor. El aumento acumulativo anual del gasto sanitario en los últimos doce años se estima en un 8%, con un IPC del 4% en el mismo periodo de tiempo.

Este aumento viene provocado por el crecimiento de la población, aumento de la vida media y el crecimiento de la demanda de servicios sanitarios, así como del deslizamiento al alza de los costes sanitarios. Cada uno de estos factores actúa de forma entrelazada y provocan un efecto multiplicador del gasto sanitario.

Analizado el coste por habitante, se observa que también presenta crecimientos superiores al IPC de cada año, siendo más moderados como consecuencia del crecimiento de la población.

El aumento de la demanda de los servicios sanitarios esta condicionado por la aparición de nuevas tecnologías, el tratamiento cada vez mas precoz y durante mas tiempo de las enfermedades y la mayor utilización del sistema sanitario por parte de la población.

El Sistema Nacional de Salud es un sistema universal, actualmente financiado mediante impuestos, pero que conserva todavía algunas características propias de su origen, que, como es conocido, procede un sistema de previsión ligado a la cotización de los trabajadores y empresarios, por lo que todavía parte de la población entiende que las cotizaciones a la Seguridad Social dan lugar al derecho a la asistencia sanitaria. Sin embargo una parte muy pequeña del mismo es financiada por fuentes diferentes a la Hacienda Publica.

Todo ello, conduce a una primera consideración: ¿es el Sistema Nacional de Salud realmente un sistema de protección universal?; ¿por qué determinados colectivos pagan la asistencia sanitaria?; ¿deben de pagar el coste total de la misma?

Los colectivos que abonan la asistencia sanitaria pueden agruparse en dos grupos: a) aquellos colectivos que se

encuentran fuera de la cobertura del Sistema de Seguridad Social por no cotizar a ella, ni disponer de otro sistema alternativo (MUFACE, MUJAGE, etc.), y b): los ciudadanos que aun teniendo cobertura publica en determinadas circunstancias, ligadas normalmente a determinados riesgos, están cubiertos por un tercero mediante el abono de una prima obligatoria por lo que resultan obligados al pago.

Surgen, nuevamente, una serie de preguntas que nos llevan a realizar determinadas reflexiones: ¿es lógico que existan ciudadanos sin derecho a asistencia sanitaria si el Sistema se financia por medio de impuestos?; ¿por qué en determinadas circunstancias estamos obligados a contratar cobertura sanitaria con una compañía de seguros?

Si analizamos el Sistema Sanitario a la luz de las reflexiones anteriores sobre la financiación del mismo, constatamos que el copago esta implantado en la prestación farmacéutica para los beneficiarios en activo, apareciendo una discriminación positiva como consecuencia de la edad pues se asimila la jubilación a escasez de recursos económicos. El gasto farmacéutico extrahospitalario representa el 21% del gasto total sanitario, concentrándose en su mayor parte precisamente en este colectivo, lo cual hace que el porcentaje de copago real de la citada prestación para las personas en activo que es del 40%, en términos globales es inferior al 7%, habiéndose reducido de forma importante en los últimos diez años.

De nuevo surgen una serie de cuestiones sobre las que es preciso reflexionar: ¿por qué se ha introducido el copago en esta prestación?; ¿por qué esta exento el colectivo de los jubilados, que es el que más consume?; ¿qué se pretende con esta medida?; ¿es efectiva?

El tema del copago en el Sistema Sanitario está de actualidad como consecuencia del fuerte crecimiento del gasto sanitario habido y de las previsiones de futuro crecimiento. En el debate sobre el mismo, aparecen dos posturas totalmente divergentes o contrapuestas: por una parte, los que opinan que no debe de introducirse ningún sistema de financiación adicional por parte de los usuarios ya que se financia, y así debe serlo en el futuro, mediante el sistema impositivo, que garantiza la equidad del sistema al no

penalizar la enfermedad, siendo la solidaridad uno de los pilares fundamentales del mismo; por otra parte, se mantiene la tesis de que es preciso que los usuarios financien parte del gasto cuando utilicen los servicios sanitarios, como ya sucede en otros servicios públicos, con el doble objetivo de contribuir a la financiación del sistema y fomentar la utilización racional del mismo.

Dentro de los partidarios del copago, algunos, como consecuencia del fuerte aumento del gasto sanitario, lo consideran necesario para financiar el sistema, y otros entienden que debe hacerse a los usuarios partícipes en el pago directo de los servicios que utilizan como medida disuasoria, actuando de ticket moderador y no de elemento recaudador.

Nuevamente nos aparecen cuestiones para la reflexión: ¿deben abonar una parte del gasto las personas que utilizan los servicios sanitarios?; ¿se penaliza la enfermedad o se elimina el mal uso del Sistema Sanitario?; ¿deben contribuir todos en igual medida o debería graduarse en función de sus posibilidades económicas?; ¿se considera adecuado que los pacientes abonen una parte del coste cuando utilicen los servicios sanitarios?; ¿en qué porcentaje?; ¿deben hacerlo siempre o solamente en determinadas circunstancias?

Finalmente, conviene resaltar la opinión de los ciudadanos que como parece lógico, de acuerdo con un reciente estudio publicado en Navarra, opinan de forma mayoritariamente (89%) que es preciso controlar el gasto sanitario siempre que no afecte a la calidad del servicio, no están de acuerdo (72%) en reducir alguna prestación con objeto de disminuir el gasto sanitario, y solamente un tercio (37%) opina que se debería contribuir a la financiación de los servicios sanitarios en mayor medida en función de sus posibilidades económicas. Su postura parece clara: el gasto es alto pero no son partidarios de aumentar su parti-

cipación en la financiación, por lo que en primer lugar se debería de proceder a racionalizar el gasto.

Tras un vivo debate, la opinión generalizada fue que el tema no estaba en estos momentos lo suficientemente trabajado y elaborado para su implantación, ya que no se ha definido con claridad el objeto que se persigue con el copago (aumentar los ingresos o racionalizar la demanda), por lo que debería de abordarse otras posibilidades para intentar moderar el crecimiento del gasto, mediante la introducción de mejoras en la gestión de los Sistemas de Salud y políticas activas y decididas en el sentido de concienciar a todos los actores (usuarios, gestores y profesionales) en el uso racional de los recursos sanitarios.

Se considera que el elemento fundamental en la decisión del gasto sanitario es el profesional sanitario, y el médico en particular, por lo que estas políticas deben incidir de forma especial en él. Se plantearon experiencias sobre la racionalización del gasto como campañas publicitarias, la puesta en marcha de la factura en la sombra, etc. pero que, en general, no parece que hayan dado los resultados esperados.

Existía otra opinión, aunque en menor medida que la anterior, que entiende que el tema está suficientemente avanzado, ya que se viene hablando de él desde hace tiempo, pero que tiene un coste político muy importante, por lo que existe una gran dificultad para su implantación y será difícil que se implante en el futuro. En este sentido se puso de manifiesto la reducción paulatina y constante del copago real de la prestación farmacéutica que actualmente existe, lo cual corrobora este planteamiento.

Además, se manifestaron posturas y experiencias diversas, destacándose la necesidad de aumentar la recaudación fiscal, modificando el sistema impositivo y, especialmente, combatiendo el fraude fiscal, para aumentar la financiación del Sistema Sanitario.

EL GASTO FARMACÉUTICO.

Relatora: D^a. Isabel Ansa Erice

La prestación farmacéutica supone un alto porcentaje del gasto sanitario global, y además tiene incrementos interanuales más altos que el presupuesto del gasto sanitario, que el IPC y que el PIB. Por otro lado, parece que es posible disminuir los costes de la prestación farmacéutica sin disminuir su calidad.

En los últimos 10 años el gasto en prestación farmacéutica se ha multiplicado por 2,16, mientras que las unidades

ventas, las recetas se incrementan un 38%. Por lo tanto, lo que está condicionando el incremento no es tanto el aumento del consumo de medicamentos, sino el incremento del precio medio de las recetas, que en estos diez años se ha incrementado un 56%.

El incremento en el precio medio de las recetas se debe a que constantemente se produce un deslizamiento en el consumo de medicamentos hacia medicamentos nuevos,

medicamentos que acaban de comercializarse y que tienen un precio más caro que los ya existentes.

Las medidas de contención del gasto que se han adoptado en los últimos años y que son:

1. Reducción del precio:

- Precio industrial.
- Margen de los almacenes.
- Margen de las oficinas de farmacia, descuento por volumen de ventas.

2. Exclusión de medicamentos de la financiación (Decretos de Financiación selectiva de medicamentos).

- El sistema de precios de referencia, establece el precio máximo que el Sistema Nacional de Salud paga por un medicamento.

- Concursos para la adquisición de productos sanitarios, dietéticos, buscando una distribución más eficiente de estos productos.

- Servicios de farmacias en residencias de ancianos.

- Actuaciones para la mejora del uso racional del medicamento:

- Herramientas de ayuda a la prescripción.
- Información a los médicos sobre su prescripción.

- Formación de prescriptores en farmacoterapia: cursos, talleres, boletines,...

- Introducción de la figura del farmacéutico de atención primaria como asesor del medicamento.

Se han manifestado también las medidas que no se han adoptado:

- Modificación de la aportación que paga el usuario.

- Modificación las retribuciones de las oficinas de farmacia que actualmente están ligadas a las ventas para ligarlas a actividades profesionales.

- Limitación de los gastos de promoción de la industria farmacéutica para disminuir su influencia en la selección de medicamentos.

- Inclusión de medicamentos y fijación de precios en función de su utilidad terapéutica.

Se concluye que la contención del gasto farmacéutico no parece abordable con una única medida sino mediante un conjunto de medidas. Con respecto a las medidas que no se han adoptado, se postula instaurar las de limitación de los gastos de promoción de la industria farmacéutica y su transparencia, así como considerar la utilidad terapéutica de los medicamentos cuando se incluyen en la oferta de medicamentos y en la fijación del precio para el Sistema Nacional de Salud.

Hay consenso en que el copago, que en prestación farmacéutica es una medida ya adoptada, no ha conseguido frenar el incremento del gasto farmacéutico por lo que no resultaría útil la modificación de la aportación, y no parece factible la modificación de la forma de retribución de las oficinas de farmacia.

GASTOS DE PERSONAL.

Relator: José Luis Ruiz Ciruelos

Los gastos del personal suponen algo más del 50 % del total de los gastos que las administraciones realizan en materia sanitaria. Si en los últimos 10 años el IPC ha crecido en torno al 40 %, por contra los gastos de personal se han incrementado en torno al 70 %. Pero, a pesar de ser elevados, los gastos de personal han de seguir creciendo. Entonces, el gasto debe dirigirse al objetivo de conseguir más y nuevas cosas. No se puede ni se debe pagar más por hacer lo mismo. Conviene encauzar los esfuerzos a conseguir mayor polivalencia y una mayor productividad.

Eso significa que:

- Hay que conseguir mayores horas productivas.

- Hay que ser más polivalente en el trabajo: sí a la especialización, pero sin llegarse al extremo de alargar innecesariamente la cadena.

- Hay que retribuir por objetivos cumplidos.

- La organización del trabajo tiene que estar acomodada a las necesidades de la empresa, que es lo mismo que decir a las necesidades de los clientes, que son los financiadores: turnos en vez de guardias, turnos fijos en vez de turnos rotados, y cualquier otra fórmula que potencia la productividad.

La Sanidad Publica tiene que ser competitiva, y tiene que ofertar aquellas prestaciones básicas establecidas legalmente. Deben tomarse las medidas precisas, por impopulares que sean, para que el futuro de la Sanidad Publica se despeje, que los nubarrones que nos acompañen desaparezcan y que Sistema público quede asegurado para las nuevas generaciones.

No obstante, también se conviene en que los gastos de personal no son los únicos causantes de la precaria situación económica, si bien no hay que descartar la participación del personal en el resultado final, ya que siendo el Capitulo I excesivamente grande, no obstante, los sueldos

son bajos y generan insatisfacción, y cuando prima la homogeneidad de retribuciones, sin resultados, se genera frustración y no promoción.

Las retribuciones deben tomar como referencia el sector en el que nos encontramos, que es la Función Publica Sanitaria pero eso sí, hay que flexibilizar las retribuciones y llegado el caso intentar personalizarlas mediante el cumplimiento de objetivos, gestión clínica y evaluación de los puestos de trabajo. Además deben adecuarse al nuevo modelo educativo, o lo que es lo mismo deben vincularse las retribuciones a los niveles académicos.