



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 22, Extraordinario XXI Congreso 2012

GESTIÓN EFICIENTE DEL SISTEMA DE SALUD

PONENCIAS

- Salud pública y limitación de derechos fundamentales.
M^a Luisa Segoviano Astaburuaga 6
- Recursos humanos: medidas de ajuste económico.
Esperanza Vázquez Boyero 24
- La racionalización de la contratación pública en el ámbito de la sanidad.
Isabel Gallego Córcoles 26
- La ejecución de sentencias en materia de responsabilidad sanitaria; especial referencia a cuando se usan fórmulas de gestión privada.
José Guerrero Zaplana 41
- Universalización de la asistencia y colectivos desfavorecidos.
Juan Siso Martín 62
- La nueva Ley General de Salud Pública como superación de un marco esencialmente asistencial: una visión desde el derecho constitucional.
Federico de Montalvo Jääskeläinen 69
- La trasposición al Ordenamiento Jurídico español de la Directiva de Asistencia Sanitaria Transfronteriza.
Pilar Calvo Pérez 84

COMUNICACIONES

- La necesaria integración de las políticas de protección del medio ambiente y de la salud pública ¿un logro conseguido con la Ley General de Salud Pública?
Federico de Montalvo Jääskeläinen 94
- La asistencia sanitaria en viaje, el gasto sanitario y el tercero obligado al pago.
José Domingo Valls Lloret 108
- Política económica de recursos humanos
María Teresa Rojas Pomar 120
- La universalización del derecho a las prestaciones sanitarias como presupuesto indispensable para la materialización de la cohesión social: retos pendientes para el sistema de protección social en España.
Victoria Rodríguez-Rico Roldán 127
- Ingresos procedentes de la asistencia sanitaria de terceros obligados al pago.
Lourdes Pérez Patxo; Beatriz del Valle Iñiguez; Carolina Santolaya Quinteros 139



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

■ La mediación en odontología a través de los colegios profesionales. A propósito de la nueva Ley 5/2012. <i>Perálvarez Aguilera, F.; Delgado Muñoz, J.M.; López-Andrade Jurado, M.A.</i>	145
■ Apuntes sobre la importancia de una necesaria coordinación administrativa de las prestaciones sanitarias. <i>Irene Correas Sosa</i>	158
■ Los derechos de los ciudadanos europeos en la asistencia sanitaria transfronteriza en los estados miembros. <i>Eduardo Asensi Pallarés</i>	171
■ Claves para alcanzar acuerdos a través de la mediación sanitaria en las reclamaciones indemnizatorias. <i>Elena Martínez-Zaporta Aréchaga</i>	180
■ Envejecimiento activo y salud pública. <i>Bombillar Sáenz, F.M.; Luna Quesada, J.</i>	190
■ El derecho a la información ambiental en la Ley General de Salud Pública. <i>Javier García Amez</i>	201
■ El ciudadano como titular de derechos y deberes en la nueva Ley de Salud Pública. <i>Ángela Ruiz Sáenz</i>	209
■ La jubilación forzosa por edad de los profesionales sanitarios. <i>M^a Cruz Reguera Andrés</i>	218
■ La nueva Ley de Salud Pública: derechos, deberes de los ciudadanos y obligaciones de la administración de salud pública. <i>Marta María Sánchez</i>	229
■ El derecho a la asistencia sanitaria como derecho público exigible y sostenible. <i>Jesús Esteban Cárcar Benito</i>	240
■ Salud pública y policía sanitaria mortuoria: problemática jurídica del tratamiento de los restos fetales. <i>Jimena Beatriz Manjón Rodríguez</i>	252
■ La admisión a trámite de los recursos especiales en materia de contratación. <i>Gustavo Merino Gómez</i>	260
■ Normas de publicación	270
■ Solicitud de suscripción a la revista Derecho y Salud	271
■ Solicitud de asociación	272



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 22, Extraordinario XXI Congreso 2012

Edita:

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

Editores adjuntos:

JOSEP LLUIS LAFARGA I TRAVER (CATALUÑA)
JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE (NAVARRA)
RAFAEL ALVARO MILLÁN CALENTI (GALICIA)

Consejo editorial:

Director:

FRANCISCO VILLAR ROJAS
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (CANARIAS)

Secretario:

DAVID LARIOS RISCO
LETRADO. JUNTA DE COMUNIDADES (CASTILLA-LA MANCHA)

Vocales:

JAVIER SÁNCHEZ CARO
RESPONSABLE BIOÉTICA Y DERECHO SANITARIO (MADRID)
ALBERTO PALOMAR OLMEDA
MAGISTRADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (MADRID)
MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO
PROFESORA TITULAR DERECHO CIVIL (CASTILLA-LA MANCHA)
ANA M^A MARGOS DEL CANO
SECRETARIA GENERAL UNED (MADRID)
JOAQUÍN CAYÓN DE LAS CUEVAS
SERVICIO DE ASESORAMIENTO JURÍDICO DE SANIDAD
(CANTABRIA)
FEDERICO MONTALVO JÄÄSKELÄINEN
ABOGADO. PROFESOR UNIVERSIDAD (MADRID)
VICENTE LOMAS HERNÁNDEZ
SERVICIO DE RÉGIMEN JURÍDICO DE INSTITUCIONES SANITARIAS
(CASTILLA-LA MANCHA)
JOSÉ MARÍA ANTEQUERA VINAGRE
PROFESOR DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA (MADRID)
LOLA GONZÁLEZ GARCÍA
SERVICIO DE RÉGIMEN JURÍDICO DE INSTITUCIONES SANITARIAS
(CASTILLA-LA MANCHA)
SERGIO GALLEGO RIESTRA
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y RÉGIMEN DISCIPLINARIO
(ASTURIAS)
JAVIER VÁZQUEZ GARRANZO
LETRADO JEFE IBS (BALEARES)
MARÍA MARTÍN AYALA
ASESORAMIENTO Y DESARROLLO NORMATIVO
(CASTILLA-LA MANCHA)

Consejo asesor:

RAFAEL MILLÁN CALENTI (GALICIA)
DAVID LARIOS RISCO (CASTILLA-LA MANCHA)
CARMEN JOSÉ LÓPEZ RODRÍGUEZ (GALICIA)
PAULA OLITE TRILLO (GALICIA)
JOSÉ M^A BARREIRO DÍAZ (GALICIA)
ANA COMESAÑA ALVAREZ (GALICIA)
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ (CASTILLA-LA MANCHA)
JUAN MENÉNDEZ JEANNOT (ASTURIAS)
NEKANE IRIARTE AMIGOT (PAMPLONA)
LUIS FERNANDO BARRIOS FLORES (VALENCIA)
JOSÉ LUIS RUÍZ CIRUELOS (PAMPLONA)
NURIA GARRIDO CUENCA (CASTILLA-LA MANCHA)
MARTA BLÁZQUEZ EXPÓSITO (ANDALUCIA)

PRODUCCIÓN: ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD
AVENIDA ROMERO DONALLO, 21, 3º A
15706 SANTIAGO DE COMPOSTELA

DEPÓSITO LEGAL: B-35337-93
I.S.S.N. 1133-7400
MAQUETADO POR STUDIO74.ES

<http://www.ajs.es>

e-mail: ds@ajs.es

DERECHO Y SALUD

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

REVISTA FUNDADA EN 1992

Revista Oficial de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD

<http://www.ajs.es>

ISSN: 1133-7400

Depósito Legal: B-35337-93

Dirigida a: personas cuya actividad profesional se desarrolle dentro del ámbito del derecho sanitario y de la salud, o muestren un concreto interés por esta rama del derecho.

Correspondencia y Publicidad:

AJS. Romero Donallo 21-3º A

15706 Santiago de Compostela

Correo electrónico:

js@ajs.es

presidente@ajs.es

webmaster@ajs.es

secretaria@ajs.es

tesorera@ajs.es

Suscripciones y atención al cliente:

Asociación Juristas de la Salud

Avda. Romero Donallo nº 21 3º A

15706 Santiago de Compostela

(suscripciones: enviando solicitud que figura en la revista, atención al cliente, correo ordinario o e-mail)

Protección de datos: En cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999 de diciembre y de su Reglamento aprobado por Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, se informa que los datos personales recogidos con la finalidad de atender suscripciones e inscripciones son confidenciales y están incluidos en un fichero denominado “suscriptores” y en otro denominado “socios” de titularidad de la Asociación “Juristas de la Salud” con domicilio en Avda. Romero Donallo 21 – 3º A de Santiago de Compostela (15706) con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista y facilitar su distribución. El interesado puede ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, dirigiendo a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a js@ajs.es indicando “derechos ARCO”.

LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN ESTA REVISTA EXPRESAN SOLAMENTE LA OPINIÓN DE SUS AUTORES. SE PUBLICARAN DOS NÚMEROS ORDINARIOS Y AL MENOS UN NÚMERO EXTRAORDINARIO CON MOTIVO DEL CONGRESO ANUAL “DERECHO Y SALUD”.

© COPYRIGHT 2001. ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. EL CONTENIDO DE LA PRESENTE PUBLICACIÓN NO PUEDE SER REPRODUCIDO NI TRANSMITIDO POR NINGÚN PROCEDIMIENTO ELECTRÓNICO O MECÁNICO, INCLUYENDO FOTOCOPIA, GRABACIÓN MAGNÉTICA, NI REGISTRADO POR NINGÚN SISTEMA DE RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN, EN NINGUNA FORMA, NI POR NINGÚN MEDIO, SIN LA PREVIA AUTORIZACIÓN POR ESCRITO DEL TITULAR DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE LA MISMA.

Junta Directiva de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD:

Presidente: Rafael Álvaro Millán Calenti, *Consellería de Sanidade - Xunta de Galicia*; **Vicepresidente:** David Larios Risco, *Letrado. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*. **Secretaria:** Carmen José López Rodríguez, *Abogada. Tesorera:* Paula Oliete Trillo, *Servicio Galego de Saúde*; **Vocales:** José María Barreiro Díaz, *Función Pública Xunta de Galicia*; Ana Comesaña Álvarez, *Servicio Galego de Saúde*; Josefa Cantero Martínez, *Universidad de Castilla-La Mancha*; Juan Menéndez Jeannot, *Servicio de Salud del Principado de Asturias*; Nenake Iriarte Amigot, *Parlamento de Navarra*; Luis Fernando Barrios Flores, *Universidad de Alicante*; José Luis Ruiz Ciruelos, *Servicio Navarro de Empleo*; Nuria Garrido Cuenca, *Universidad de Castilla-La Mancha*; Marta Blazquez Espósito, *Servicio Andaluz de Salud*.

Ponencias

SALUD PÚBLICA Y LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

LA GESTIÓN DE LA SALUD EN TIEMPO DE CRISIS

M^a Luisa Segoviano Astaburuaga
Magistrada del Tribunal Supremo Sala IV

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL DERECHO A LA SALUD Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD
3. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL
4. TRABAJADORES EXTRANJEROS
5. LÍMITES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE SALUD
6. ÁMBITO LABORAL

1. INTRODUCCION

El reconocimiento de los derechos fundamentales es reflejo de la evolución del ser humano y de los logros sociales que con este proceso se han ido alcanzando.

A lo largo del tiempo los derechos fundamentales han ido evolucionando, pudiéndose diferenciar tres generaciones de derechos cada una las cuales responde a un determinado momento histórico y a una concreta sensibilidad social.

Así podemos distinguir las denominadas “tres generaciones de derechos fundamentales”.

La primera generación procede de la revolución burguesa del siglo XVIII, caracterizándose por preservar la autonomía de los particulares frente a la acción de los poderes públicos, representando la concepción negativa de los derechos fundamentales, ya que lo que exigen al Estado es precisamente su pasividad, su no ingerencia en el ámbito reservado a la libertad de los particulares.

Manifestación característica es la configuración de los derechos de defensa con manifestaciones tales como la intimidad, el honor, el respeto a la vida y la integridad física.

La segunda generación de derechos surge en el siglo XIX, en el que aparecen derechos de carácter económico y social, así como derechos de participación que conllevan una vertiente positiva institucional, interesando la intervención de los poderes públicos. Aparecen así configurados dentro de esta categoría el derecho a la educación, a la protección de la salud y la Seguridad Social.

Aparecen nuevas preocupaciones sociales como la ecología, el medio ambiente, los derechos de los consumidores y usuarios y la informática. Son los denominados derechos de la tercera generación, cuyo objetivo es menos concreto, apareciendo en ellos, tanto aspectos individuales como elementos socioeconómicos.

En la actualidad, en nuestro ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales incluyen, no sólo derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste.

El derecho a la salud aparece reconocido en el artículo 43.1 CE, si bien en el mismo no se reconoce propiamente el derecho a la salud sino el derecho a la protección de la salud.

El precepto establece “se reconoce el derecho a la protección de la salud”. En el apartado 2 se dispone: “Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La

Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.

Ello significa que no se obliga a los poderes públicos a conseguir un resultado que no está en su mano garantizar –“la salud”, sino que su obligación es una de las llamadas “obligaciones de medio”, lo que significa que habrán de desplegar un conjunto de actividades tendentes y orientadas al mantenimiento, restablecimiento y mejora de la salud.

La Carta Social Europea establece en su párrafo 11 que “Todas las personas tienen el derecho de beneficiarse de todas las medidas que permitan disfrutar del mejor estado de salud que puedan obtener”.

El artículo 25.1 de la Declaración de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar.

El artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 establece que “los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

La CE dedica otros preceptos al derecho a la protección de la salud, así el artículo 51.1 –Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos- el 149.1 –regula la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: corresponde al Estado la competencia en materia de sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad, legislación sobre productos farmacéuticos (ap.16), legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas (ap.1)-, art. 149.1 –regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

2. EL DERECHO A LA SALUD Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD.

En la protección del derecho a la salud tenemos que señalar la existencia de un derecho fundamen-

tal que, en ocasiones, puede verse afectado, cual es el derecho a la intimidad. No podemos olvidar que todos los datos referentes a la intimidad son datos sensibles y que, por lo tanto, han de ser especialmente protegidos.

El concepto de intimidad no aparece definido ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, constituyendo un concepto jurídico indeterminado. En cuanto a la amplitud que haya de darse al mismo, el artículo 2.1 de la citada Ley Orgánica insinúa dos coordenadas que deben tenerse en cuenta para configurarlo, una de carácter objetivo, que viene establecida por las leyes y usos sociales y, otra, de carácter subjetivo, que es el ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí mismo o para su familia.

El concepto de intimidad, en consecuencia, no es inmutable a lo largo del tiempo, sino que viene marcado, de manera decisiva, por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad. En segundo lugar este precepto pone de relieve, como más tarde la Ley se ocupará de desarrollar en los artículos 7 y 8.2, que el concepto de intimidad no es idéntico para todas las personas, sino que hay que tener en cuenta si se trata de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública. Pero aún referido a la misma persona que ejerce un cargo público o profesión de notoriedad pública, el concepto de intimidad, referido a la captación o reproducción de su imagen variará, según esta persona se encuentre en un acto público o en un lugar abierto al público, tal como regulan los artículos 7 y 8 de la precitada Ley Orgánica.

Lo que se repite profusamente en el artículo 7, que establece el catálogo de conductas consideradas constitutivas de intromisión ilegítima, es la alusión a la “vida íntima” de las personas, “manifestaciones o cartas privadas”, “vida privada de una persona o familia”, “escritos personales de carácter íntimo”, “datos privados”, “imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada” etc... con lo que el concepto de intimidad parece referirse a un ámbito personal reservado, vedado a los otros, salvo por consentimiento del interesado, que abarca las actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar.

El Tribunal Constitucional se ha referido al concepto de intimidad, relacionándolo con el ámbito laboral, y en sentencia 142/93 de 22 de abril, recurso de inconstitucionalidad 190/91, ha establecido lo

siguiente: “El atributo mas importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de estos datos. La conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende, en principio, los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están mas allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones externas por formar parte del ámbito de la vida privada”.

Por su parte la sentencia de dicho Tribunal n° 202/99, de 8 de noviembre, recurso de amparo 4138/96, ha dispuesto lo siguiente: “Atendiendo en especial al elemento teleológico que la proclamación de este derecho fundamental incorpora, la protección de la vida privada como protección de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo, este Tribunal ha tenido, asimismo, ocasión de señalar que la protección dispensada por el artículo 18.1 C.E. alcanza, tanto a la intimidad personal stricto sensu, integrada entre otros componentes, por la intimidad corporal y la vida sexual, como a determinados aspectos de la vida de terceras personas que, por las relaciones existentes, inciden en la propia esfera de desenvolvimiento del individuo. Por lo que se refiere a los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desarrolla su actividad, si bien no se integran en principio en la esfera privada de la persona, sin embargo no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de los mismos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima personal y familiar, en cuyo ámbito se encuentra, sin duda, las referencias a la salud”.

Este concepto clásico de “intimidad” en la actualidad se encuentra superado por la nueva situación, que emerge a partir de la eclosión informática, que comienza a manifestarse en los años setenta. El desarrollo informático arrastra la aparición de serios peligros para la intimidad del ciudadano en general y, del trabajador, en particular, porque permite el conocimiento, almacenamiento y tratamiento de infinidad de datos de una persona, que ésta ignora que están siendo controlados, facilitando asimismo el conocimiento de comportamientos, aficiones, creencias religiosas, orientación sexual, etc... de los individuos.

Este desarrollo del mundo cibernético representa un peligro mas para la intimidad, viéndose desbordadas las formas clásicas de protección jurídica de la misma por estas nuevas tecnologías en continuo avance y desarrollo.

Aparece así desarrollado un nuevo concepto de intimidad, mas amplio que el que hasta ahora hemos venido estudiando. Inspirado por la recepción de la cultura anglosajona sobre el derecho a la “privacy”, lo que ha supuesto la superación de la tradicional concepción de la esfera privada, configurada en torno a un anacrónico concepto de libertad negativa. Surge en la actualidad como “un bien jurídico positivo, proyectado socialmente, del que derivan facultades de control sobre los datos e informaciones del individuo en la sociedad tecnológica” (Morales Prats).

Se habla así de libertades de la tercera generación, dada la evolución del derecho a la intimidad.

Para Martín Casallo no se trata de que la intimidad haya sido sustituida por la privacidad, sino que se ha producido una mutación de la primera, de forma que, lo que en este momento se denomina privacidad, es la intimidad en su manifestación actual.

3. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

La C.E. se refiere al derecho a la salud en el artículo 43, sin embargo el mismo no aparece dentro del catálogo de derechos fundamentales regulados en el Capítulo II del Título Primero, sino en el Capítulo III, cuyo epígrafe es “De los principios rectores de la política social y económica”.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha interpretado dicho precepto a la luz de la relación que presenta con el artículo 15 CE -enunciado en la Sección Primera “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, concluyendo que desde tal perspectiva ha de ser considerado un derecho fundamental. Tal examen del precepto lo ha realizado fundamentalmente en las sentencias 62/07, de 27 de marzo y 160/07, de 2 de junio.

La sentencia 62/07, de 27 de marzo, examina la reclamación de una funcionaria interina del Servicio Andaluz de Salud, coordinadora veterinaria del distrito sanitario de Sevilla a la que la Dirección ordenó acudir el 3 de agosto de 2000 a realizar funciones de

control e inspección veterinaria del matadero de la zona básica de Coria del Río. El 4 de agosto inició IT sin que constara la causa. El 7 de agosto dirigió escrito a la Dirección indicando que se encontraba de baja “debido a complicaciones en su avanzado estado de gestación”, señalando que las nuevas funciones asignadas suponían un especial peligro para su salud y la de su hijo por el riesgo potencial de contagio de enfermedades que en su estado podrían resultar “fatales”, por lo que solicitaba se le repusiera en el puesto de trabajo que desempeñaba con anterioridad. El 12 de septiembre de 2000 interpuso recurso contencioso-administrativo, por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos de la persona, habiendo dictado sentencia el Juzgado nº 6 de Sevilla, Contencioso-Administrativo estimando la demanda, declarando que la desestimación de la reclamación previa vulneró el derecho a la vida y a la integridad de la trabajadora, ya que si bien no consta que se produjera una lesión física, o de cualquier otra índole, si se ha vulnerado el citado derecho desde la perspectiva de la capacidad potencial del acto impugnado para producirla.

Recurrida en apelación por el Servicio Andaluz de Salud, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, estimó el recurso y revocó la sentencia.

Recurrida en amparo por la trabajadora el TC dictó sentencia, el 27 de marzo de 2007, que contiene el siguiente razonamiento: “En efecto, en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional en estas materias, toda vez que la Constitución reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física (art. 15 CE), lo mismo que el derecho a la salud (art. 43 CE), y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE). En relación con todo ello, la lectura de diversos artículos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) permite conocer la concreción legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos de los consagrados en el art. 15 CE.

Dicha Ley, como se sabe, es una norma de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatu-

to de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la propia Ley o en sus normas de desarrollo. Así, su art. 14 dispone que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, y que el citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, señalándose expresamente que este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio.

En cumplimiento del deber de protección, decía la misma Ley en la versión aplicable al presente caso (luego parcialmente modificada por el art. 2.1 de la Ley 54/2003, de 12 diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales), el empresario (la Administración empleadora, en esta ocasión) deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, imponiéndole, en relación con ello y en el marco de sus responsabilidades, la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. En particular, en lo relativo a la protección de la maternidad, se establecen en el art. 26 obligaciones en la evaluación de los riesgos, que deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o en la del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico, con obligación de adopción de las medidas necesarias para evitar la exposición a éste si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras.

Se contempla, a tal fin, una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada o, alternativamente, cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto y así lo certifiquen los servicios médicos correspondientes, el desempeño de un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, incluso no

correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si no existiese puesto de trabajo o función compatible, conservando el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. También se contempla que, de no ser técnica u objetivamente posible dicho cambio, o inexigible por motivos justificados, se declare el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1 d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado. Acogiendo ese régimen legal en su dimensión constitucional, esto es, en tanto que desarrollo de la tutela propia del derecho fundamental a la integridad física de la trabajadora embarazada (art. 15 CE), la lesión se producirá si, desatendiendo esas precisas previsiones legales relativas a la protección de la salud de la trabajadora y de su estado de embarazo, el empleador le asigna una actividad peligrosa que genere un riesgo grave para su salud o para la gestación, omitiendo las obligaciones de protección y prevención que le competen.”

El otro asunto sobre el que se pronunció el TC es el referente a una funcionaria interina, facultativa de análisis clínicos del IMSALUD que presentó escrito a la Subdirección de Servicios sobre el gasto en el laboratorio y la desaparición del material en el centro. El citado Instituto abrió expediente al Jefe de Análisis Clínicos, declarando la actora, procediéndose a la apertura de diligencias previas por malversación de caudales públicos. El Jefe de Servicio fue suspendido de empleo y sueldo y, tras su reincorporación, se destinó de nuevo a la actora a trabajar a sus órdenes, manifestando su disconformidad, pero no le fue asignado otro puesto. Inició IT diagnosticada de depresión mayor. Presentó demanda ante el Juzgado de lo Social que dictó sentencia declarando la nulidad del traslado, condenando a la demandada al pago de 6.000 euros por daños y perjuicios. Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid revocó la sentencia y desestimó la demanda.

Recurrida en amparo el TC dictó sentencia el 2 de julio de 2007, del que podemos destacar el siguiente razonamiento: “Y que además de ello, en efecto, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3), aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquél que genere un peligro

grave y cierto para la misma (SSTC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6)”.

Por lo tanto, el art. 15 CE no supone una especie de “blindaje” constitucional frente a cualquier orden de trabajo que en abstracto, apriorística o hipotéticamente pudiera estar contraindicada para la salud; supone únicamente admitir que una determinada actuación u omisión de la empleadora en aplicación de su facultades de concreción de la actividad laboral podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora, lo que conllevaría la vulneración del derecho fundamental citado. En concreto, como precisó la propia STC 62/2007, de 27 de marzo, tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial, pero justificado *ad casum*, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta.

Precisamente por esa razón añadíamos aunque “para apreciar la vulneración del art. 15 CE en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz *ex post*, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (en este sentido, STC 221/2002, de 25 noviembre, FJ 4, y 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4, entre otras)”.

La doctrina expuesta despeja la primera cuestión planteada, relativa a la delimitación de la tutela constitucional comprometida en esta tipología de casos, que se extiende potencialmente, por tanto, frente a actos como los que denuncia la recurrente, siempre que se compruebe la existencia de un daño o perjuicio de la salud personal consumado o un riesgo de causación en los términos descritos.”

La sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 20-9-07, recurso 3326/06, estimó la solicitud de extinción del contrato por voluntad del trabajador, con derecho a percibir indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales al incumplirse por la empleadora el deber de evaluación de riesgos y protección frente a las agresiones sufridas por una trabajadora de la biblioteca municipal con un horario en el que parte de la jornada se encuentra sola en las dependencias, habiendo sufrido múltiples agresiones.

Razona la sentencia: “Retomando la cuestión re-

lativa a la existencia -en el caso debatido- de vulneración de derechos fundamentales, hemos de señalar que los hechos declarados probados -resumidos en nuestro primer fundamento de Derecho- evidencian lo que explícitamente censura la propia resolución judicial [como antes la Inspección de Trabajo], esto es, que el Ayuntamiento demandado omitió la debida evaluación de riesgos y la correlativa implantación de medios para proteger a la trabajadora. Con ello resulta claro que la empresa incumplió el deber de seguridad que le impone el art. 14.2 LPRL y desconoció algunas específicas obligaciones de la propia normativa, como pudieran ser las establecidas en los arts. 16 [evaluación de riesgos], 21 [existencia de riesgos graves e inminentes] y 43 [desatención a requerimientos de la Inspección de Trabajo]. Y esa pasividad o escasa diligencia empresarial correlativamente vulneró no solo el derecho -de naturaleza laboral ordinaria- del trabajador a «su integridad física y una adecuada política de seguridad e higiene» [art. 4.2.d) ET] y a «una protección eficaz en materia de seguridad», higiene y salud en el trabajo [arts. 19 ET y 14.1 LPRL]», sino también -lo que es decisivo a los efectos de que tratamos- su fundamental derecho a la vida y a la integridad física [art. 15 CE] y a la salud [art. 43 CE], que no han sido salvaguardados por el empresario, cuya diligencia como deudor de seguridad -no está de más recordarlo- para amplio sector doctrinal no se agota con el incumplimiento de las prevenciones legales en la materia, sino que se requiere la prueba cumplida de la diligencia necesaria para evitar el resultado dañoso.

Y en esta línea de vinculación entre el deber de protección y los derechos fundamentales, la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional afirma que «en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional en estas materias, toda vez que la Constitución reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física (art. 15 CE), lo mismo que el derecho a la salud (art. 43 CE), y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE)»; que «la lectura de diversos artículos de la Ley 31/1995... permite conocer la concreción legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos de los consagrados en el art. 15 CE»; y que esa normativa protectora que la LPRL representa es «desarrollo de

la tutela propia del derecho fundamental a la integridad física de la trabajadora... (Art. 15 CE)» (STC 62/2007, de 27/Marzo, FJ 5).

Tampoco es cuestionable que esa infracción del deber de protección que incumbe a la empresa y del derecho a la integridad que corresponde al trabajador han producido un acreditado daño psicológico, con estrés determinante de dos situaciones de Incapacidad Temporal: la primera en 18/02/04, a raíz de la agresión sexual y con duración de seis días; y la segunda en 30/11/04, por causa de la agresión física sufrida y con duración que exactamente no consta, pero que cuando menos ha de entenderse alcanza hasta la fecha de presentación de la demanda [6/04/05], lo que supone los 131 días de los que parte la reclamación para calcular la indemnización por daños morales y que no se han cuestionado por el Ayuntamiento demandado. Estrés que responde al concepto de daño moral habitualmente manejado por la jurisprudencia, tanto en su integración negativa como detracción que sufre el perjudicado no referida a los daños corporales materiales o perjuicios, y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad, como en su integración positiva de categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona (SSTS –Sala Primera– 22/05/95 [rec. 339/92]; 22/02/01 [rec. 358/96]; y 22/09/04 [rec. 4058/98]).”

4. TRABAJADORES EXTRANJEROS.

4.1 Concepto de extranjero

El artículo 1 de la L.O. 4/00 delimita el ámbito de aplicación de la Ley de forma negativa diciendo que “se consideran extranjeros, a efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española”. Habrá que acudir a los artículos 17 y siguientes del Código Civil, que especifica quiénes son españoles, para tener el concepto de extranjero.

El citado artículo 1 precisa “Los nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”. En efecto, los ciudadanos nacionales de países miembros de la Unión Europea, tienen reconocido el derecho de libre circulación y residencia para ejercer un empleo en las mismas condiciones que los españoles, excepto para desempeñar un empleo en la Administración Pública, debiendo obtener tarjeta de residencia sólo en los su-

puestos previstos en el RD 178/03, de 14 de febrero .

Los extranjeros extracomunitarios no tienen un derecho de libre circulación para entrar, residir y prestar servicios en España, pudiendo encontrarse en dos situaciones: extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular.

Para que un extranjero no comunitario pueda residir y trabajar en situación “regular” en España hay dos caminos:

- La denominada “gestión colectiva de contrataciones en origen”, regulada en el artículo 39 LO ex, que consiste en que el Ministerio de Trabajo e Inmigración, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, procede a aprobar una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen, en un período determinado. También se podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo en las condiciones que se determinen, dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a determinadas ocupaciones. El procedimiento está basado en la gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones, presentadas por uno o varios empleadores, respecto de trabajadores seleccionados en sus países, con la participación, en su caso, de las autoridades competentes, actuándose coordinadamente con las Comunidades Autónomas competentes para la concesión de la autorización de trabajo inicial. Las ofertas de empleo realizadas a través de este procedimiento se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios.

- La contratación individual de trabajadores, que supone la autorización administrativa previa para residir y trabajar, concediéndose conjuntamente la autorización de trabajo con la de residencia, excepto en los supuestos de penados extranjeros, que se hallen cumpliendo condena, o en otros supuestos excepcionales, de conformidad con lo regulado en el artículo 36 LO ex.

Por último, cabe la vía extraordinaria de la normalización o regularización de los inmigrantes que se encuentren en situación irregular, habiéndose producido seis procesos regularizadores desde 1986, obteniendo el inmigrante por esta vía el estatuto que le convierte en extranjero en situación “regular”.

Las situaciones en las que puede encontrarse un

trabajador extranjero en situación regular son las de estancia, por un período de tiempo no superior a 90 días, artículo 30 LO ex; residencia temporal, por un período superior a 90 días e inferior a cinco años, artículo 31 LO ex y residencia permanente, de duración indefinida, artículo 32 LO ex.

4.2 El principio de igualdad de trato

Los Textos Internacionales y Comunitarios adoptan una filosofía que, en principio, parece conducir a la equiparación del trabajador extranjero al nacional.

Así el Convenio n° 143 de la OIT, en su artículo 14, dispone que “todo miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato, en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia se encuentren legalmente en su “territorio”.

El Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador migrante, ratificado por España el 29 de abril de 1980, elaborado en el seno del Consejo de Europa, en su artículo 16 dispone que :

1. “En cuanto a las condiciones de trabajo, los trabajadores migrantes autorizados a desempeñar un empleo disfrutarán de un tratamiento no menos favorable que el que se reserve a los trabajadores nacionales, en virtud de las disposiciones legislativas o reglamentarias, de los convenios colectivos de trabajo o de las costumbres.

2. No se podrá derogar por contrato individual el principio de igualdad de trato, a que hace referencia el párrafo anterior”.

Reglas similares contiene en lo relativo a la seguridad social (artículo 18)., asistencia social y médica (artículo 19) y seguridad y salud en el trabajo (artículo 20).

En nuestro ordenamiento jurídico, el precepto clave, el artículo 13 de la Constitución, permite una amplia libertad de opción al legislador en el reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros.

Dicho artículo 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”.

Por su parte, el apartado 2 del precepto dispone que “solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, derecho al sufragio activo y pasivo y derecho de acceso a funciones y cargos públicos.

El artículo 10.2 de la Constitución ha establecido que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

El Tribunal Constitucional en S. 107/1984, de 23 de noviembre, resolviendo el recurso de amparo interpuesto por un trabajador irregular contra sentencia recaída en proceso de despido, desestimó el citado recurso, interpuesto contra sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona y del Tribunal Central de Trabajo, que desestimó la demanda por despido, al calificar como nulo el contrato al carecer de la autorización de residencia, requisito exigible a todo extranjero para trabajar en España. El recurrente consideraba que dichas resoluciones vulneraban el principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 de la Constitución, así como los artículos 13 y 35.

El Tribunal Constitucional razonó que los derechos y libertades públicas reconocidas a los extranjeros, en cuanto a su contenido, son derechos de configuración legal.

Continúa razonando que el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos depende del derecho afectado, existiendo derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos (los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica...) otros que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos por el artículo 23 de la Constitución, según dispone el artículo 13.2) y, por último, existen otros que pertenecen o no a los extranjeros, según lo dispongan los tratados y las leyes.

Esta doctrina, tachada de muy restrictiva, se ha ido modulando por el Tribunal Constitucional que ha

declarado en S. 99/85 de 30 de septiembre, que el párrafo 1º del artículo 13 de la Constitución no significa que los extranjeros han de gozar sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los Tratados y las Leyes, sino que los derechos y libertades, reconocidos en el título I podrán atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la ley interna española. Pero ni siquiera esa modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos.

En nuestro ordenamiento se parte de la diferenciación entre inmigrantes en situación legal e ilegal, dando un tratamiento distinto a unos y otros.

En principio el inmigrante legal, una vez cumplidos los requisitos para prestar sus servicios laborales por cuenta propia o ajena, goza de los mismos derechos que el trabajador español.

El trabajador extranjero en situación irregular no goza de la plena equiparación de derechos al trabajador nacional. No obstante hay derechos que están expresamente reconocidos, como son todos los derivados del contrato de trabajo (art. 36.5 LO ex), el derecho a la asistencia sanitaria (artículo 12 LO ex), el derecho a los servicios y prestaciones sociales de carácter básico (art. 14.3 LO ex), el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 20 LO ex), el derecho a la asistencia de intérprete (artículo 22.1 LO ex), derecho a la educación, en los términos en que aparece recogido en la Ley (artículo 9 LO ex). Se reconocen asimismo derechos de carácter colectivo, como son el derecho de reunión (artículo 7 LO ex), la libertad de asociación (artículo 8 LO ex) y la libertad de sindicación y huelga (artículo 11 LO ex). Hay otros derechos cuyo reconocimiento no se ha efectuado de forma explícita por la Ley, procediendo su fijación a través de la interpretación jurisprudencial de las normas, como es el derecho a las prestaciones de Seguridad Social en los supuestos derivados de contingencias profesionales (artículo 36.5 LO ex)

Asimismo gozan, como no podría ser de otra manera, de los derechos inherentes a la persona y a su dignidad y libre desarrollo, derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano y que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica.

4.3 Derecho a la salud

La configuración del derecho a la salud es un derecho de la personalidad que no admite la distinción entre españoles y extranjeros ya que todos tienen derecho a la salud, por el hecho de ser persona. También todos tienen derecho a la actividad de policía sanitaria, ya que se dirige a preservar la salud de la generalidad de las personas. La cuestión se plantea en relación con la prestación de servicios sanitarios y sociales, en la que puede haber diferencias entre españoles y extranjeros.

Habrà que examinar la prestación de la que se trate para determinar si corresponde por igual a españoles y extranjeros. Así corresponderà aquella prestación cuya dispensación se vincula a la propia dignidad humana y que, por lo tanto, se reconoce a todos sin distinción. Las otras prestaciones se reconoceràn siempre que concurren ciertos requisitos adicionales que establecen las normas.

La Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, en su artículo 2.2 equipara los derechos a la asistencia sanitaria de los extranjeros residentes en España con los atribuidos a los nacionales, estableciendo en su párrafo 3º que los extranjeros no residentes a España, así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan.

La LOEX, Ley 4/2000, de 11 de enero, dispone que los extranjeros gozaran en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Se entenderà que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta ley en condiciones de igualdad con los españoles". Por lo tanto, gozan del derecho a la protección de la salud, derecho que puede ser modificado por la ley que lo desarrolle.

Respecto a la asistencia sanitaria hay que distinguir entre:

- a) Extranjeros residentes en España.
- b) Extranjeros que no tienen permiso de residencia.
- c) Extranjeros menores de dieciocho años, con independencia de cual sea la situación administrativa y se encuentren o no inscritos en el Padrón Municipal.

d) Extranjeras embarazadas que se encuentran en España.

Los encuadrados en el apartado a) gozan de los mismos derechos que los españoles en relación con la asistencia sanitaria (art. 3 LOEX).

A los encuadrados en el apartado b) se les reconoce por el art. 12 LOEX el derecho a la asistencia sanitaria siempre que se encontraran inscritos en el padrón municipal. Tal reconocimiento ha sufrido un serio recorte a raíz de la modificación introducida por El Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, no teniendo en la actualidad derecho a la asistencia sanitaria, salvo en los supuestos previstos en los apartados c) y d) y en los supuestos de asistencia pública de urgencia en los términos que se señala más adelante.

A los extranjeros comprendidos en el apartado c) se les reconoce el derecho a prestación de asistencia sanitaria de manera incondicionada y directa, sin exigirles que residan en España ni que se encuentren inscritos en el Padrón Municipal, tal como resulta del artículo 12.3 LOEX.

a) las extranjeras que se encuentren encuadradas en el apartado d) se les reconocen el derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y puerperio, aunque no residan en España ni estén inscritas en el Padrón Municipal.

Por último se reconoce el 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 (art. 12.2 LOEX).

La enfermedad grave es un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser concretado por la Administración sanitaria y, en su caso, por los Tribunales. Se trata de la protección que ha de dispensarse por estar directamente vinculada con la dignidad de la persona, vinculándose con el propio derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución.

El accidente también genera este derecho a la asistencia sanitaria.

En ambos casos la cobertura se extenderà hasta el alta médica del enfermo.

5. LÍMITES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE SALUD

Aunque el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE) guarda estrecha relación con el derecho a la salud (art. 43 CE), son derechos distintos que gozan de diferente nivel de protección. Así el primero aparece confirmado como un derecho fundamental protegido a través del cauce específico de protección jurisdiccional de tales derechos y, en su caso, a través del recurso de amparo. El derecho a la protección de la salud aparece regulado en los principios rectores de la política social y económica, articulándose su protección a través del artículo 53.3 CE.

La relación entre ambos derechos ha sido abordada por el Tribunal Constitucional que en sentencia 5/2002, de 14 de enero ha señalado que “el derecho fundamental a la vida, es en cuanto derecho subjetivo, que da a sus titulares la posibilidad de recabar al amparo judicial o, en su caso, de este Tribunal, frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su propia vida, siempre que tal amenaza revista una determinada intensidad”. La STC 35/1996 de 11 de marzo ha señalado que el derecho a la salud, o mejor aun el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, quede comprendido en el derecho a la integridad personal del art. 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino solo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (STC 119/2001, de 14 de mayo).

La STC 91/2000 de 30 de marzo señala que la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de su forma de ejecución y de las modalidades que esta reviste, de manera que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado distinto y superior del que suele llevar aparejado la simple imposición de la condena.

Se deduce de todo lo expuesto que no toda lesión del derecho a la protección de la salud supone la lesión del derecho a la vida y a la integridad física y moral, suponiendo las lesiones de esos derechos el grado superlativo de la lesión del derecho a la salud que permiten al ciudadano oponerse con éxito a los actos del poder público que la lesionen o pongan en grave riesgo.

La protección se dispensa cuando tales derechos son puestos en grave riesgo, sin que sea preciso que se haya producido una efectiva y actual lesión de los mismos.

En relación con el límite del derecho a la protección de la salud se han planteado múltiples reclamaciones judiciales relacionadas con las siguientes cuestiones:

- Intervenciones corporales: El límite de las mismas ha sido examinado, entre otras, por la STC 207/96, de 16 de diciembre, en la que se estimó la demanda de amparo de un imputado por delitos contra la salud pública (tráfico de drogas) en la que el Juzgado de Instrucción acordó la práctica de una prueba pericial sobre el pelo del recurrente, en concreto unos mechones de pelo de la cabeza y de las axilas. La sentencia concedió el amparo razonando que: a) los preceptos invocados por el Juez en el auto no prevén la práctica de tales pruebas. b) La medida no es necesaria, ya que no lo es para el esclarecimiento de los delitos imputados -cohecho y delito contra la salud pública- porque la prueba sólo sirve para determinar si el demandante es consumidor habitual de cocaína. c) No es proporcional porque la orden del examen de los cabellos es para averiguar “el tiempo desde que el recurrente pudiera ser consumidor de cocaína o de otras sustancias tóxicas”, mientras el sumario era sólo por consumo de cocaína. Razona la sentencia que mientras el derecho fundamental a la integridad física admite las intervenciones corporales obligatorias, si se sujeta a los indicados condicionantes, el derecho a no sufrir menoscabo en la propia salud es un límite infranqueable.

- Alimentación forzosa a internos penitenciarios en huelga de hambre: La STC 137/90, de 30 de julio examinó la cuestión de si vulnera el derecho fundamental a la vida, la resolución judicial que ordena la alimentación forzosa de un interno penitenciario en huelga de hambre cuando esa alimentación sea necesaria para impedir el riesgo de muerte. La sentencia entendió que el derecho a la vida que proclama el artículo 15 CE tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. La CE no garantiza en el artículo 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva sea contraria a ese derecho cons-

titucionalmente inexistente.

- Negativa a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos: se plantea si han de realizarse dichas transfusiones, aún contra la voluntad del paciente, existiendo riesgo para la vida, cuando se niega a recibirlas por motivos religiosos. El ATC 369/1984, de 20 de junio, resolvió que el valor preponderante de la salud frente a la libertad religiosa constituye una causa de justificación de la conducta del Juez que autorizó la realización de la transfusión y no constituye un delito de coacciones.

La STC 154/02, de 18 de julio, examinó el rechazo por un menor de edad del tratamiento médico consistente en una transfusión de sangre, habiendo fallecido el menor. La resolución contra la que se interpuso el amparo era una condena penal a los padres del menor, comisión por omisión. La sentencia razona lo siguiente: “En cuanto a la primera de las cuestiones apuntadas, es indiscutible que el juicio ponderativo se ha efectuado, en lo que ahora estrictamente interesa, confrontando el derecho a la vida del menor (art. 15 CE) y el derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres (art. 16.1 CE). Es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” (SSTC 53/1985 y 120/1990). Además, es oportuno señalar que, como hemos dicho en las SSTC 120/1990, de 20 de junio, FJ 7, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 5, el derecho fundamental a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tanta facultad de autodisposición sobre su propio ser.

En el marco de tal delimitación de los derechos en conflicto las consecuencias del juicio formulado por el órgano judicial no tenían por qué extenderse a la privación a los padres del ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia. Y ello porque, como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio

de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante (acerca de este principio de proporcionalidad entre derechos fundamentales, por todas, SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 7, y 60/1991, de 14 de marzo, FJ 5). Y es claro que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Por lo demás, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación disuasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión”.

La sentencia termina declarando que a los recurrentes se les ha vulnerado su derecho fundamental a su libertad religiosa.

-Trasplante de órganos: Se plantean múltiples cuestiones en relación con la donación de órganos, el establecimiento de prioridades para recibir los mismos.

En todos los sistemas de trasplantes imperantes los órganos son propiedad de quienes los portan -se plantea si el órgano es propiedad absoluta del individuo o forma parte del dominio público o es una propiedad limitada-, pero ello no suele ir acompañado de la “alienabilidad del órgano”. La Declaración de Estambul de 30 de abril y 2 de mayo de 2008 establece que la comercialización de órganos conduce inexorablemente a la falta de equidad y a la injusticia y deber ser prohibida. Hay que citar la resolución de la OMS de 22 de mayo de 2004 que urgía a los Estados Miembros a tomar medidas contra “el turismo de trasplante de órganos”.

La donación de órganos “el altruismo” como única solución razonable y realista tiene un alto coste de vidas humanas y sufrimiento de los que se encuentran en lista de espera para un trasplante.

Se señalan algunas estimaciones que cifran entre 3.500 y 4.000 personas cada año los que murieron en los años 2003 a 2005 en espera de un trasplante renal en Estados Unidos y entre 1.500 y 2.000 enfermos hepáticos. En otoño de 2008 había más de 100.000 candidatos a recibir un riñón.

Se plantea el problema de que en el supuesto de que haya más peticionarios que órganos que sistema

ha de seguirse para decidir a quién se va a priorizar; que criterios pueden ser utilizados de forma justa para seleccionar pacientes a los que se presta esta asistencia sanitaria a la que tienen derecho, ya que es un medio para satisfacer una necesidad básica, pero que no puede prestarse a todos.

El Real Decreto 2070/99, de 30 de diciembre que desarrolló la Ley 30/1079, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos estableció unos principios informadores de esa prestación sanitaria: del altruismo, la fraternidad, la ausencia de ánimo de lucro y el anonimato. Además se garantiza la equidad en la selección y acaso el trasplante de los posibles receptores.

Se plantea si el criterio cronológico ha de ser utilizado, es decir, tiene derecho al trasplante el que primero está en la lista de espera, junto con la gravedad. Es el criterio habitualmente utilizado junto con el criterio geográfico.

Este sistema no se presta a favoritismos ni preferencias y no prima a la persona con mayores recursos económicos.

Otro criterio es atender a “la necesidad social” o a “la gravedad”. El primer criterio utilizado en situaciones de guerra -los generales y altos mandos antes que la tropa-, no resulta en estos momentos de aplicación en nuestro país. No sería éticamente aceptable que los individuos más “influyentes” o “necesarios” que tuvieran un trato de favor.

El criterio de la gravedad es el criterio médico habitualmente utilizado. El problema es concretar la gravedad o urgencia y decidir qué sujeto requiere con más urgencia el trasplante.

Se plantean otras cuestiones, como puede ser que un paciente que presente gran urgencia, por otros problemas va a morir en brevísimo plazo, por lo que en este caso parece razonable dar prioridad a otros con mayores expectativas de vida aunque sea manos urgente.

Ello nos muestra que no a todos se nos da la misma asistencia sanitaria ya que se prefiere trasplantar al paciente que presenta expectativas de más años de vida.

También se señala que, la priorización de los pacientes más graves supone una menor supervivencia del paciente y riesgo de fracaso del trasplante que

hace que haya que volver a trasplantar con lo que se consume un bien escaso.

La distribución por grupos de edad revela que los niños tienen mayor probabilidad de trasplante como consecuencia de la priorización que se hace en los criterios de distribución, también porque aparecen muchos donantes vivos.

Se justifica alegando que se da prioridad al más necesitado, que es el más joven porque ha tenido menos vida. Además los más jóvenes garantizan un mejor resultado si son atendidos sanitariamente.

Se plantea si no hay que atender, o en todo caso atender más tarde, a aquellos individuos cuyo estilo de vida ha influido en su enfermedad, fumadores, bebedores... Hay una teoría que defiende que los individuos debemos “hacernos cargo” de nuestro sistema de vida o de nuestra conducta. También el supuesto de un conductor negligente que se accidenta por su negligencia y necesita un órgano. Aparece así la irresponsabilidad como criterio distributivo sanitario.

Sin embargo este criterio no es acertado ya que se ha demostrado que el fumador o bebedor costaría menos al sistema pues su supervivencia es menor.

Se arguye también que el fumador ha contribuido económicamente al sistema, como el bebedor, al pagar las tasas de tabaco y alcohol.

Se plantea asimismo que muchos estilos de vida no son realmente “elegidos” por el individuo, sino que son las circunstancias sociales, familiares, etc. las que le han conducido a esta situación.

De este modo se tamiza la culpabilidad y se concluye que esta persona no deber ser postergada con la “lista de espera”.

Podría plantearse la responsabilidad de quienes asumen profesiones de riesgo como alpinistas, corredores de coches, de motos, toreros.

Otros estudiosos del tema propugnan la elección aleatoria de pacientes.

En definitiva la elección o priorización de unos pacientes sobre otros puede conducir a una discriminación por razón de edad, que vulneraría el derecho fundamental a la vida y a la integridad física.

6.- ÁMBITO LABORAL

6.1 Prestación laboral

El artículo 4.2 d) ET señala que en la relación de trabajo los trabajadores tienen derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.

El apartado e) por su parte señala el derecho de los trabajadores al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

La vulneración de estos derechos por parte del empresario en numerosas ocasiones ha tenido directa incidencia en la salud del trabajador, dando lugar al derecho a extinguir el contrato de trabajo con el percibo de la pertinente indemnización, o a una indemnización de daños y perjuicios por los causados vulnerando un derecho fundamental.

La primera cuestión que se plantea es si la situación de enfermedad del trabajador puede ser motivo para que la empresa proceda a su despido y, caso de que haya procedido, si vulnera el derecho fundamental a no sufrir discriminación, en este caso por razón de la enfermedad.

La STS de 11-12-07, CUD 4355/06 resolvió el asunto de un trabajador que desde el 1-10-02 viene prestando servicios a SEAT como oficial-auxiliar. El 25-07-05 la empresa le remitió carta de despido aduciendo que desde el año 2004 viene incurriendo en una disminución continuada de su rendimiento habitual, siendo el mismo inferior al pactado. La empresa reconoció la improcedencia del despido y depositó la indemnización en el Juzgado. El actor permaneció en IT desde el 25-03-04 a 9-05-04; del 14-06-04 a 31-08-04; de 1-09-04 a 25-07-05. En la fecha en la que el actor fue despedido en la empresa se encontraban 672 trabajadores de baja. En el mes de julio de 2005, la empresa despidió a 41 trabajadores que se encontraban en IT, haciendo constar en la carta “bajo rendimiento” y reconociendo la improcedencia del despido. El actor interesa que se declare el despido nulo por discriminatorio.

La sentencia razona: “De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 128/1987 y 166/1988, así como otras muchas posteriores) y

con la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo STS 17-5-2000, entre otras muchas, el art. 14 CE contiene dos normas diferenciadas. La primera, enunciada en el inciso inicial, prescribe la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley (o de otras disposiciones jurídicas) por parte de los poderes públicos. La segunda norma del art. 14 CE, que se extiende al ámbito de las relaciones entre particulares, establece la prohibición de discriminaciones, ordenando la eliminación de las conductas discriminatorias en función del carácter particularmente rechazable de los motivos de diferenciación que las inspiran. Estos motivos son los específicamente enunciados en el art. 14 CE (“nacimiento”, “raza”, “sexo”, “religión”, “opinión”) y los que deban ser incluidos en la cláusula genérica final (“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”).

Como dice nuestra sentencia de 29 de enero de 2001, la cláusula final del art. 14 CE no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales, “pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta”. Los factores de diferenciación comprendidos en ella son aquellas condiciones o circunstancias que “históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas”. En los términos de STC 166/1988, se trata de “determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas” que han situado a “sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE”.

Esta concepción de la discriminación, en la que coinciden como se ha visto la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia ordinaria, no debe ser sustituida por la expresada en la sentencia recurrida, donde se omite la referencia a los móviles específicos de la conducta discriminatoria. Así, pues, manteniendo la premisa de que el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, debemos reiterar aquí que la enfermedad “en sentido genérico”, “desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo”, no puede ser considerada en principio como un motivo o “factor discriminatorio” en el ámbito del contrato de trabajo (STS 29-1-2001, citada). Se trata, por una parte, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores. Se trata, además, de una situación cuyo acaecimiento puede determinar, cuando se produce con frecuencia

inusitada, que “el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa” (STS 29-1-2001, citada). De ahí que, si el empresario decide despedir al trabajador afectado, podría ciertamente incurrir en conducta ilícita, si no demuestra la concurrencia de la causa de despido prevista en el art. 52.d) ET, pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación.

- Sólo en determinados supuestos, por ejemplo el de enfermedades derivadas del embarazo que están ligadas a la condición de mujer, puede el despido por enfermedad o baja médica ser calificado como despido discriminatorio, viciado de nulidad. Pero se trata, en realidad, como ha declarado recientemente el Tribunal Constitucional (STC 17/2007), de un supuesto particular de despido discriminatorio por razón de sexo, en cuanto que la decisión o práctica de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo por motivo concerniente al estado de gestación sólo puede afectar a las mujeres, situándolas en posición de desventaja con respecto a los hombres. Tampoco es posible considerar el despido por enfermedad sin más cualificaciones como despido acreedor a la declaración de nulidad por violación de otros “derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador” (art. 55.5 ET y 108.2 LPL) distintos del derecho a no ser discriminado. En el presente pleito este argumento ha sido utilizado en la sentencia de instancia, insinuándose también en la definición genérica y extensiva de discriminación que utiliza la sentencia recurrida. El derecho constitucional señalado al efecto por la sentencia de instancia es el “derecho a la protección de la salud” reconocido en el art. 43.1 CE. Pero, sin entrar ahora en si el contenido de la protección de la salud puede alcanzar a conductas empresariales potestativas o de configuración jurídica como la enjuiciada en este caso, lo cierto es que, siguiendo la propia sistemática de la norma constitucional, el derecho mencionado no está comprendido en la categoría de los “derechos fundamentales y libertades públicas” (Sección 1ª del Capítulo II del Título primero) a la que se refieren los preceptos legales mencionados sobre nulidad del despido. El art. 43.1 CE está situado en el Capítulo III del Título I de la Constitución, donde se enuncian los “principios rectores del orden social y económico”, a los que se asigna una función normativa distinta a la de los derechos fundamentales, en cuanto que dichos principios, sin perjuicio de desempeñar la función de información del ordenamiento que les es propia, han de ser alegados y aplicados por medio de las normas legales de desarrollo. Así lo dice literalmente el art. 53.3 CE (“El reconocimiento, el respeto y la protec-

ción de los principios reconocidos en el Capítulo III, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”). En fin, cuanto se ha dicho en este fundamento y en el anterior respecto de las enfermedades o bajas médicas individualmente consideradas del trabajador demandante en el presente litigio, no queda desvirtuado por la coincidencia en el tiempo de su despido con despidos por enfermedad de otros trabajadores. Como ya hemos apuntado en el análisis del tema de la contradicción, en cada proceso individual de despido habrá que considerar, y en su caso se habrá considerado, cuál o cuáles hayan sido los factores tenidos en cuenta por la empresa, y a la vista de ellos se habrá adoptado la resolución correspondiente. Pues bien, en el presente caso no se ha acreditado que el móvil del despido haya sido otro que la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas médicas del trabajador, un móvil que en esta litis determina la ilicitud e improcedencia del despido pero no la nulidad del mismo por discriminación o lesión de derechos fundamentales.

- En el debate procesal desarrollado en el presente asunto, la segunda línea de argumentación de la tesis de la nulidad del despido por enfermedad ha sido, como dijimos, la equiparación de la enfermedad a la discapacidad. Esta condición personal de discapacidad se ha convertido efectivamente en causa legal de discriminación a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2003, que ha dado nueva redacción al art. 4.2.c), párrafo 2º ET (“Los trabajadores... en la relación de trabajo...(t)ampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”). Pero, ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables. La enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un “estatus” que se reconoce oficialmente mediante

una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido.

Parece claro, a la vista de las indicaciones anteriores, que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades.

Como ha recordado STS 22-11-2007 (citada) la diferencia sustancial en el alcance de los conceptos de enfermedad y discapacidad ha sido apreciada también por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en sentencia de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social num. 33 de Madrid. De acuerdo con esta sentencia, la Directiva comunitaria 2000/78 excluye la “equiparación” de ambos conceptos, correspondiendo la discapacidad a supuestos en que “la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período”, por lo que “una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78”.

A ello se añade que “ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad” y que “no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva” (discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual”).

Se plantea si vulnera el derecho a la salud, en su vertiente de derecho a la integridad física el supuesto en que el empresario (Mercadona) amenaza a un trabajador con despedirlo si no se reincorpora al trabajo cuando estaba en situación de baja médica por parestesias secundarias a síndrome cervical. La STS de 31-01-11, CUD 1532/10, razona lo siguiente: “Sólo en las sentencias de 22 de noviembre de 2007 y 22 de septiembre de 2008 abordó la Sala la denuncia de la

infracción del art. 15 CE, vinculando el despido por enfermedad con la lesión del derecho a la integridad física. Se dijo en estas sentencias que el despido por enfermedad no afectaba, en principio, “al derecho a la integridad física que protege ante todo la incolumidad corporal, esto es, el derecho de la persona “a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento....., lo que únicamente guarda relación incidental con el supuesto” decidido, “en el que está en juego no el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal (intocados por el despido, ciertamente), sino más bien el derecho al trabajo -incluso en situaciones de infortunio físico”.

Pero en esas sentencias el despido continuaba siendo una reacción de la empresa ante los efectos en el trabajo de la morbilidad del trabajador, pues en ninguna de ellas actúa el despido como una coacción o amenaza que se orienta directamente a que el trabajador abandone el tratamiento médico que se le ha impuesto con preceptiva baja en el trabajo, que es lo que ha llevado a la sentencia recurrida a justificar la nulidad del despido en la medida en que esa coacción sí que resulta relevante. Y lo es porque enlaza con la doctrina del Tribunal Constitucional que en sus SSTC 62 y 160/2007 ha señalado que “el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal” y “si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma”, se precisa que “una determinada actuación u omisión de la empleadora” en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral “podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado”. Y así se concluye que “tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta”. Ahora bien, en principio, la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional citada y esta conclusión no se ha combatido en el recurso”.

Asimismo la Sala Cuarta del Tribunal Supremo se ha pronunciado en supuestos en los que a causa de la situación laboral se desencadenó una enfermedad psíquica en el trabajador que, le obligó a pedir la extinción del contrato, por la vulneración de un derecho fundamental.

La STS de 17-05-2006, CUD 4372/04, examina el siguiente supuesto: El demandante llevaba trabajando desde el 8-03-00 para la Consejería de Turismo en la ciudad Autónoma de Ceuta, como persona de confianza de la Consejera de Turismo.

A partir de julio de 2000 por la Consejera se le encomendó la realización de tareas de camarero, exigiéndole servir copas a los invitados en las recepciones oficiales realizadas en el área de Turismo, en vacaciones, a requerimiento de la Consejera, con frecuencia le ordenaba que llevase la ropa a la lavandería, que fuera a pagar el alquiler de su casa, que fuera a la modista o a realizar algún trabajo de índole particular, se le cambió varias veces de mesa y ubicación. Desde el 17-12-02, se encuentra en IT por trastorno adaptativo ansioso depresivo al haber sido víctima de acoso laboral.

El actor solicita extinción del contrato de trabajo y abono de indemnización, en virtud de los artículos 14 -no discriminación- y 15 -derecho a la vida e integridad física y moral- de la Constitución.

La STS de 20-09-11, CUD 4137/10 examinó el supuesto siguiente: El demandante, de categoría profesional delineante, prestaba servicios para una empresa de arquitectura, desde el 30-10-1997 habiendo sido despedido el 8-09-07, despido reconocido como improcedente por la empresa que procedió a su readmisión, tras la intervención de la Inspección de Trabajo. El actor entendió que la readmisión era irregular. A partir de la readmisión la empresa le encomienda trabajos de inferior categoría, le niega el acceso al servidor informático, le niega la asistencia a reuniones internas, le impide el uso del teléfono de la empresa y del móvil, le encomienda un estudio de los negocios existentes en todo el casco histórico de Almería desde la Chanca hasta el Paseo de Almería, recabando información respecto a la nacionalidad del empresario y metros cuadrados del establecimiento, pendiente de las calles, mediante la utilización de una metro, sin ayuda de nadie, siendo trabajo propio de los topógrafos. Le modifica el horario y le reduce el salario en un 37%, habiendo alegando reducción del trabajo del estudio. El trabajador inició IT por cuadro ansioso depresivo reactivo a la situación laboral vi-

vida. Solicita extinción de contrato e indemnización de daños y perjuicios. La sentencia sigue el razonamiento de la sentencia anterior de 17-05 2010, CUD 4372/04, y condena a la empresa a abonarle una indemnización de 18.000 euros.

La STS de 9-05-2011, CUD 2408/09, examina el supuesto siguiente: la demandante presta servicios como auxiliar de limpieza para la empresa Promociones Piloñesas S.L., con contrato a tiempo completo y de duración determinada, prestando servicios en un pequeño hotel “Palacete Real”, de 9 habitaciones, donde prestan servicios el codemandado y su esposa. El 21-06-07 recibe carta de despido por disminución continuada del trabajo pactado, reconociendo a continuación la improcedencia del despido y la puesta a disposición de la indemnización.

La actora denunció haber sido objeto de abusos sexuales y tocamiento libidinosos por parte del codemandado, Sr. López en el centro de trabajo, en el cuarto de planchado, incidente que duró unos 35 minutos y que denunció ante el Juzgado.

A resultados de la agresión está siendo tratada en el centro de salud y en el de asistencia a víctimas de agresiones sexuales. Inició IT por trastorno adaptativo mixto con ansiedad y estado depresivo.

Recayó sentencia penal firme en la que se condena al codemandado, representante de la empresa como autor de un delito de agresión sexual en el que la víctima es la actora.

El asunto plantea una cuestión procesal En efecto, la actora reclamó por despido nulo, por vulneración de derechos fundamentales -derecho a la intimidad e integridad física y moral- y cuando dictó sentencia el juzgado de lo Social y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que razona que no había quedado probada la agresión sexual, aún no había recaído sentencia en vía penal.

Al plantear la trabajadora recurso de casación para la unificación de doctrina, al amparo de lo establecido en el artículo 231 LPL solicita la incorporación de la sentencia penal. La sentencia de la Sala de 9-05-2011, CUD 2408/08, accede a incorporar la sentencia penal y decreta la nulidad de actuaciones, reponiendo los autos al momento anterior a dictar sentencia penal.

Razona que en el CUD está vedada la revisión de hechos pero la tutela judicial efectiva, sobre todo

cuando se trata de amparar un derecho fundamental, exige evitar que se produzca indefensión y es evidente que, aunque no haya habido infracción procesal determinante de dicha indefensión, esta se produce en forma material -no formal- y efectiva, en virtud de una circunstancia sobrevenida que le es imputable -la fecha de la sentencia penal- que se corrige decretando la nulidad de actuaciones al amparo del artículo 240.2 LOPJ.

6.2 Riesgos laborales. Obligatoriedad de los reconocimientos médicos.

El artículo 22.1 de la LPRL, Ley 31/1995 de 8 de noviembre, dispone que “el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo”.

El artículo 2.2 de la LO 1/1982 de 5 de mayo, establece que no es ilegítima la intromisión en el ámbito íntimo de la persona cuando el titular del derecho hubiera otorgado su consentimiento expreso.

Por lo tanto, si hay consentimiento del trabajador, no se plantea ninguna cuestión acerca de la posibilidad del empresario de vigilar la salud de este. Así la norma establece que “esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento”.

Sin embargo, hay supuestos en los que, aún cuando el trabajador no haya prestado su consentimiento se ha de someter al reconocimiento médico. Son: a) Aquellos supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores. b) Para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. c) Cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (artículo 22.1, segundo párrafo LPRL). El artículo 196 LGSS, establece la obligatoriedad de reconocimientos médicos en empresas, en que haya riesgo de enfermedad profesional.

Señala el precepto que “todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo, a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos que para

cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que al efecto dictará el Ministerio de trabajo y Seguridad Social: Los reconocimientos serán a cargo de la empresa y tendrán el carácter de obligatorios para el trabajador a quien abonará aquella, si a ello hubiera lugar, los gastos de desplazamiento y la totalidad del salario que por tal causa puede dejar de percibir. Las indicadas empresas no podrán contratar trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificadas como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de las mismas de que se trate. Igual prohibición se establece respecto a la continuación del trabajador en su puesto de trabajo cuando no se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos.

En el supuesto de que la empresa no hubiera efectuado los reconocimientos previos o periódicos será responsable directa de todas las prestaciones que puedan derivarse de la enfermedad profesional, tanto si la empresa estaba asociada a una Mutua como si tenía cubierta la contingencia en una entidad gestora (artículo 197.2 LGSS).

El artículo 197 LGSS señala las obligaciones de las Mutuas en esta materia y las consecuencias de su incumplimiento.

El apartado b) es una clara manifestación de que el derecho a la intimidad, como cualquier otro derecho, tiene sus límites, en este caso, el límite es el derecho a la salud, a la vida y a la integridad física y moral de los otros trabajadores o de otras personas.

Estos supuestos están encuadrados en el artículo 2.2 de la LO 1/1982 de 5 de mayo que dispone que no se produce intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad cuando estuviera expresamente autorizado por una Ley.

El apartado d) es consecuencia de la configuración del empresario como “deudor de seguridad” en el artículo 14 LPRL y 19 ET. Asimismo el artículo 25 LPRL impone obligaciones al empresario en relación con sujetos especialmente vulnerables, así:

- Trabajadores que por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial. Deberá tener en cuenta dichos aspectos en la evaluación de los riesgos y en función de estos adoptará las medidas preventivas. No serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de

sus características personales, estado biológico o discapacidad puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa, ponerse en situación de peligro o, en general cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias, que no respondan a las exigencias psicológicas de los respectivos puestos de trabajo.

- Factores de riesgo que puedan incidir en la función de la procreación de trabajadores y trabajadoras por la exposición a agentes físicos, químicos, y biológicos que puedan ejercer efectos mutagenéticos o de toxicidad por la provocación, tanto en los aspectos de la fertilidad como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias.

El artículo 26 LPRL contempla la protección de la maternidad. Se refiere a la protección a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente.

Si los resultados de la evaluación de riesgos revelan un riesgo para la seguridad o la salud, o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia, el empresario adoptará las medidas para evitar la exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora afectada.

Si ello no fuera posible o, a pesar de la adaptación, las condiciones del puesto pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto y así lo certifican los servicios médicos del INSALUD o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe de médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado.

El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

Si no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a otro puesto no correspondiente a su grupo o categoría, conservando la retribución.

Si ello no fuera posible podrá declararse el pase a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, artículo 45.1 ET.

6.3 Dignidad y confidencialidad en la vigilancia de la salud.

La confidencialidad de los datos referentes a la salud aparece en el artículo 10.1 de la Ley General de Salud.

El artículo 22, ap. 2 a 4 LPRL señala: “Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud.

Los resultados de la vigilancia a que se refiere el apartado anterior serán comunicados a los trabajadores afectados.

Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.

El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que llevan a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario, o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador.

No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollarse correctamente sus funciones en materia preventiva.

El empresario conocerá que se han practicado los reconocimientos médicos y las conclusiones”.

RECURSOS HUMANOS: MEDIDAS DE AJUSTE ECONÓMICO

Esperanza Vázquez Boyero

*Directora General de Recursos Humanos de la
Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León*

En Castilla y León, dentro del ámbito sanitario, para hacer frente a la situación de dificultad económica y restricción presupuestaria actual, se están adoptando una serie de medidas de ajuste económico tendentes a lograr una gestión de los recursos humanos eficiente que permita, a su vez, garantizar la calidad de la asistencia sanitaria.

Nuestra prestación asistencial, se ve claramente determinada por la idiosincrasia especial de esta comunidad autónoma, caracterizada por su gran extensión de más de 94.000 Km², con unos 2,5 millones de habitantes, y su carácter de región eminentemente dispersa y rural, ya que casi un 50% de la población habita en zonas rurales, contando el 90% de sus municipios con menos de 1.000 habitantes. Factores, a los que ha de añadirse una dificultad más, que es contar con una población claramente envejecida, dado que el 22% de la misma es mayor de 64 años, y de ese 22% el 16% mayor de 88 años.

Debido a estas características que hacen compleja la prestación sanitaria, la Sanidad pública en Castilla y León cuenta en la actualidad con más de 36.500 profesionales, 7.000 más que en el momento de las transferencias sanitarias. Es la segunda región en médicos por habitante, es decir, tiene una ratio de 2,57 médicos por cada 1.000 habitantes, mientras la media nacional está en una ratio de 2,32. Así mismo, Castilla y León tiene la ratio enfermera/médico más elevada de España (2,21). También es la segunda región en Calidad de servicios sanitarios.

Partimos de una situación de los profesionales aceptable: se puede hablar de importantes incrementos retributivos desde las citadas transferencias (incremento 32,5%), y especialmente en conceptos como la atención continuada, en los que Castilla y

León ha estado entre las primeras comunidades autónomas que mejor retribuyen a sus profesionales.

El Gobierno de la Comunidad se ha caracterizado, tradicionalmente, por la aplicación de una política de austeridad en el gasto público, pero de forma especial en los últimos años, prácticamente desde el inicio de la crisis, y ha ido adoptando medidas para la contención y disminución selectiva del gasto.

En los últimos días de 2011, y como complemento a la prórroga de los Presupuestos de ese ejercicio, el Gobierno regional aprobó un Plan de racionalización del gasto corriente (que profundiza y amplía las medidas de austeridad contenidas en el Acuerdo 67/2010, de 1 de julio, de la Junta de Castilla y León) y un proyecto de Ley de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras aprobado por las Cortes Regionales, el pasado mes de febrero, con el objeto de impulsar nuevas medidas de contención y reducción del gasto, así como de incremento de los ingresos, tanto en 2012 como en los años siguientes.

La trayectoria del presupuesto de Sanidad en el global de la Junta de Castilla y León ha sido ascendente, desde 2002 se incrementó en un 35,20%. Y, más concretamente, el Capítulo I de la Gerencia Regional de Salud, supone un 51,25% del presupuesto global de la Gerencia y un 47,58% en el Capítulo I del global de la Junta. Respecto el de 2011 ha crecido un 5,24% como consecuencia de la adecuación del presupuesto a las liquidaciones de ejercicios precedentes y las medidas de ajuste planificadas.

En cuanto a las medidas de ajuste adoptadas para que ese presupuesto se ejecute en la mejor de las condiciones, podemos hablar, entre otras, de la reestructuración administrativa que se está llevando

a cabo en Castilla y León, adelgazando la estructura en un 20% y trabajando en una única estructura de administración sanitaria asistencial por área de salud; de la racionalización de los puestos de guardia y dimensionamiento de las plantillas en atención especializada; de la reestructuración de la atención primaria; de la puesta en marcha de un plan de ordenación de recursos humanos en materia de prolongación del servicio activo; y de la aplicación de nuevas formas de gestión hospitalaria, mediante las unidades de gestión clínica.

Destaca como medida el incremento de la jornada establecido en la Ley 1/2012 de Medidas Tributarias, hasta las 37,5 horas semanales, lo que, en el ámbito de la sanidad, permitirá reducir el gasto en sustituciones, en autoconcertación en atención especializada (las denominadas “peonadas”) y en acumulaciones en atención primaria. Y, por último, cabe recordar la suspensión temporal de la convocatoria de la carrera profesional del personal estatutario, la suspensión de la Acción Social, la congelación del reconocimiento del complemento de pensión, y la suspensión de la manutención a los que hacen guardias. Así mismo, se incluyen los módulos de atención continuada exclusivamente cuando haya necesidades asistenciales, se ajustan las medidas de formación y se impulsa un mayor control de absentismo.

En definitiva, el Gobierno de Castilla y León toma la decisión de llevar a cabo estas medidas para evitar tres situaciones que se están dando en otras CCAA: evitar reducir retribuciones; no cerrar centros, garantizando cartera de servicios, funcionamiento y prestaciones; y no recurrir a los despidos.

Todo ello se realizará bajo una ordenación y planificación más racional de los recursos humanos, para lo cual se aprobará el Plan de Ordenación de recursos humanos en atención primaria, un Plan de Ordenación de recursos humanos en materia de prolongación en el servicio activo, se ofertará la vinculación voluntaria al régimen estatutario a los profesionales funcionarios y laborales del sistema, y se integrará al personal de cupo y zona.

Se avanzará igualmente en la ordenación de las plantillas en los hospitales de la Comunidad, regulando un procedimiento para su creación, modificación o supresión consensuado con las organizaciones sindicales, se implantará de forma progresiva un concurso abierto y permanente, y se mantendrá el Programa de protección al médico enfermo, PAIME, y se iniciará el Programa de protección al profesional

de enfermería con determinadas patologías. Se regulará, así mismo, la movilidad por causa de salud y acoso laboral.

Por otra parte, se presentará la Estrategia Integral de Formación (2012 - 2015), que, al ver significativamente reducida la dotación presupuestaria, requerirá de mayores dosis de selectividad y priorización en las actuaciones.

Por último, y para concluir, es necesario poner de manifiesto el relevante papel del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que va a ser esencial en este período, aunando esfuerzos para entre todos crear un marco común adecuado para el desarrollo de cuestiones relacionadas con los recursos humanos: como un modelo unificado de carrera profesional, o un marco de desarrollo de un régimen retributivo en los diferentes servicios regionales de salud.

LA RACIONALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO DE LA SANIDAD

Isabel Gallego Córcoles

Profesora Titular de Derecho administrativo (UCLM)

El presente trabajo se enmarca dentro de las actividades del proyecto de investigación «Nuevos escenarios de la contratación Pública: urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva», DER 2009-12116.

ÍNDICE

1. LA CONTRATACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SANIDAD: HACIA EL CAMBIO ESTRUCTURAL EN LOS MODELOS DE GESTIÓN DE COMPRAS.
2. CUESTIONES PREVIAS: PRINCIPALES ELEMENTOS DE LA REGULACIÓN DE LA RACIONALIZACIÓN TÉCNICA DE LA CONTRATACIÓN EN EL TRLCSP.
3. LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y LA APROBACIÓN DE MEDIDAS ESPECÍFICAS DE RACIONALIZACIÓN TÉCNICA DE LA CONTRATACIÓN SANITARIA.
4. LA CENTRALIZACIÓN DE COMPRAS EN LOS SISTEMAS AUTONÓMICOS DE SALUD; UN MISMO RETO, DISTINTOS NIVELES DE INTEGRACIÓN.
5. CONCLUSIONES

1. LA CONTRATACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SANIDAD: HACIA EL CAMBIO ESTRUCTURAL EN LOS MODELOS DE GESTIÓN DE COMPRAS

La búsqueda de fórmulas que permitan mitigar el incremento en el gasto sanitario no han surgido en absoluto *ex novo* de la actual coyuntura económica. Buena muestra de ello es que la primera Conferencia de Presidentes, celebrada en octubre de 2004, abordó, entre otras cuestiones, la financiación sanitaria. Lo que propició la creación de un Grupo de Trabajo cuyo objetivo era de realizar un estudio del origen, composición, eficacia y eficiencia del gasto sanitario.

El Grupo de Trabajo de Análisis del Gasto presentó en 2005 su primer informe¹. Según este documento, el análisis del gasto sanitario público mostraba que, por lo que respecta a la clasificación económica, el componente de gasto más dinámico entre 1999 y 2003 era el correspondiente al consumo intermedio (compras corrientes de bienes y servicios), cuya tasa de crecimiento media anual alcanzaba el 12,16%, superando en algo más de tres puntos porcentuales a la tasa de aumento del gasto total. A la vista de estos resultados, precisamente, la primera de las ocho medidas para la racionalización del gasto que proponía el informe era la introducción de criterios racionales en la gestión de compras que permitiesen frenar el ritmo de crecimiento de los consumos intermedios. Y es que según el informe, era de esperar que la introducción de criterios racionales en la gestión de compras –en particular centralización de compras de los productos sanitarios de uso hospitalario en cada ámbito territorial– condujera a mejoras en la eficiencia significativas. Asimismo, el refuerzo de las garantías relativas a la contratación y compras de los centros sanitarios públicos y el hecho de que se realizasen atendiendo a criterios de publicidad y libre concurrencia contribuiría a racionalizar el gasto sanitario y a dotar la gestión de mayor transparencia. Finalmente, el documento añadía que los mecanismos de agrupación o centralización de compras podrían asimismo ser incentivados en el área de las inversiones (y no sólo de los gastos corrientes en bienes y servicios), tanto en la adquisición de equipamientos como de herramientas informáticas y de todo tipo de material sanitario.

¹ El texto del informe está disponible en la siguiente dirección: <http://www.msssi.gob.es/estadEstudios/estadisticas/sisInfSanSNS/pdf/IGTGS2005.pdf> (fecha de consulta: 12/07/2012).

Lo cierto es que en aquellos momentos no existía –ni sigue existiendo ahora– un modelo único y homogéneo de aprovisionamiento que sea común para los distintos servicios de salud². Y lo cierto es que informes previos elaborados por las Cámaras de Cuentas de algunas Comunidades Autónomas³ señalaban que, en relación con el gasto corriente de los hospitales y centros de salud por compras de medicamentos y del resto de productos (incluidos en la partida de consumos intermedios), se utilizaba en exceso el contrato menor como procedimiento de contratación y se incumplían en muchos casos los principios de publicidad, concurrencia y objetividad propios de la contratación pública. Asimismo se constataba, como también había manifestado el Tribunal de Cuentas en un informe del año 2003⁴, una importante variabilidad en el coste que distintos centros soportan por la adquisición de un mismo producto.

En cualquier caso, de la segunda Conferencia de Presidentes, celebrada en septiembre 2005, surgió el compromiso de Comunidades Autónomas de adoptar como medida de racionalización del gasto sanitario, la de implantar criterios racionales en la gestión de compras, en particular, la centralización de compras de los productos sanitarios de uso hospitalario en cada ámbito territorial.

En el año 2007, se publicó el segundo informe del Grupo de Trabajo sobre Gasto Sanitario. Según dicho documento⁵, sólo seis CC.AA. (Andalucía, Cataluña, País Vasco, Madrid, Murcia y Valencia) reseñaron acciones para cada una de las ocho medidas

definidas. Ahora bien, el mayor número de medidas reseñadas por las CC.AA. correspondían a la gestión de compras, además de a las políticas de uso racional del medicamento⁶. En todo caso, el informe constataba que los distintos mecanismos para mejorar la gestión de compras estaban produciendo importantes ahorros en los distintos Servicios Regionales de Salud, difíciles, no obstante de cuantificar, pues en muchos casos se trataba de meras previsiones⁷.

Pese a todas estas medidas, no puede afirmarse que el nivel de racionalización de compras sanitarias sea todavía el óptimo. Sirva como ejemplo el nuevo toque de atención dado de forma relativamente reciente por la Cámara de Cuentas de Madrid⁸. Según su informe de 20 de junio de 2011, los órganos de contratación examinados utilizan preferentemente la contratación menor, el procedimiento negociado y las prórrogas de contratos celebrados en ejercicios anteriores. Y ante las diferencias detectadas en los precios de compra de los medicamentos en los dos hospitales analizados, la Cámara de Cuentas subrayaba que se debería conseguir que en ambos se adquirieran al mejor precio. Unos años antes, la Comi-

6 El informe reseñaba que, todas las CCAA tenían en funcionamiento, previstas o en pilotaje medidas dirigidas a implantar criterios racionales en la gestión de compras, bien sea a través de mecanismos de centralización, catálogos u otras medidas de gestión.

El Principado de Asturias, Baleares, Cataluña, Galicia, País Vasco y la Comunidad Valenciana tenían en funcionamiento centrales o planes de compras centralizados a nivel de Servicio de Salud. La central de compras de Cataluña lo era a nivel de gerencias o áreas de salud y la Comunidad de Madrid también disponía de un primer acuerdo marco para la creación de una central de compras; asimismo la Comunidad de Cantabria tenía prevista la creación de una central de compras. La Rioja y Murcia, por su parte, tenían aprobados sus planes de compras centralizados a nivel de servicio de Salud, y la Comunidad de Castilla y León tenía una central de compras para determinados productos.

Once Comunidades (Andalucía, Aragón, Islas Baleares, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Canarias, Extremadura, Galicia, Madrid y La Rioja) reseñaron acciones y planes encaminados a mejorar la gestión de las compras, muchas de las cuales pasaban por realizar centralizaciones parciales, ampliar los procedimientos de compras corporativos o simplificar las formulas jurídicas de contratación, entre otras.

Por su parte, las Islas Baleares y Canarias tenían en funcionamiento catálogos unificados de productos y servicios, mientras Andalucía, Cantabria, Extremadura y Murcia señalan entre las medidas de racionalización acciones encaminadas a la elaboración y/o unificación de catálogos.

7 Así, Andalucía cuantificaba el ahorro en un 12% con respecto a los precios anteriores a la centralización. No obstante, otras CCAA, como Castilla-La Mancha, se referían a meras estimaciones.

8 Informe de 30 de junio de 2011 de fiscalización del sistema de gestión de los almacenes dependientes del servicio de farmacia en dos hospitales de la Comunidad de Madrid, respecto de los productos adquiridos susceptibles de almacenamiento.

2 Vid. CODOÑER LÓPEZ, P. et. Alt., «Establecimiento de un único modelo de atención farmacéutica en los centros socio-sanitarios de la Comunidad Valenciana», *Farmacia de atención Primaria*, 2/3, 2003, págs. 73 y ss.

3 Véase, por ejemplo, el informe de fiscalización del gasto farmacéutico del SERGAS del ejercicio 2002 del Consello de Contas. Vid. igualmente el informe de fiscalización del gasto farmacéutico del SERGAS. Ejercicio 2008. Ambos disponibles en: <http://www.ccontasgalicia.es/>

4 Informe 584/2003, de fiscalización sobre la contratación celebrada o en vigor en 1999 y 2000 de las adquisiciones de medicamentos y productos farmacéuticos en una muestra de hospitales de titularidad pública del Sistema Nacional de Salud.

Disponible en: <http://www.tcu.es/uploads/584%20Adquisición%20de%20medicamentos.pdf> (fecha de consulta: 12-07-2012).

5 Informe del Grupo de trabajo de Análisis del Gasto Sanitario, Septiembre de 2007, p. 15 y ss.

El documento está disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/Grupo%20de%20Trabajo%20Gasto%20Sanitario.pdf> (fecha de consulta: 12-07-2012).

sión de Defensa de la Competencia había declarado la existencia de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC), de la que eran autores el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) y el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha, realizada con ocasión de la adquisición de medicamentos cuyo destino eran los centros sociosanitarios dependientes del SESCAM⁹. Por lo demás, estudios empíricos ponen de manifiesto que existe un amplio margen para conseguir reducciones de precios en determinados suministros sanitarios¹⁰.

En la actualidad, el grado de madurez de la agregación de compras en los distintos ámbitos territoriales difiere notablemente, pese a que todas las CCAA realizan esfuerzos en este sentido. No obstante, de la centralización a nivel territorial en la que se insistía en los Informes del Grupo de Trabajo reseñados se ha producido un salto cualitativo hacia la incorporación de fórmulas supraautonómicas. La aprobación de las medidas contenidas tanto en el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo como en el Real Decreto-Ley **16/2012, de 20 de abril han puesto el acento en la necesidad de incorporar mecanismos que permitan recuperar la capacidad de compra que tuvo en su día el INSALUD. De esta forma, se pretende que gracias a la generación de importantes economías de escala los ahorros sean realmente significativos y homogéneos.**

El objeto principal de este trabajo es, en consecuencia, el estudio desde una perspectiva jurídica de las iniciativas de racionalización de la contratación sanitaria que se han adoptado recientemente por el legislador estatal. No obstante, el estudio se ha integrado en un contexto más amplio que incluye una referencia a las principales características de los instrumentos de racionaliza-

ción incluidos con carácter general en el TRCLSP y una somera descripción de las iniciativas adoptadas en el ámbito de los servicios autonómicos de salud. Al hilo de estas consideraciones, se realizarán finalmente unas conclusiones.

2. CUESTIONES PREVIAS: PRINCIPALES ELEMENTOS DE LA REGULACIÓN DE LA RACIONALIZACIÓN TÉCNICA DE LA CONTRATACIÓN EN EL TRCLSP

2.1 Generalidades

La Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios -actualmente, en proceso de revisión- reguló una serie de figuras que responden a exigencias de simplificación en la contratación (acuerdos marco, centrales de contratación) y al uso de medios electrónicos (subasta electrónica, sistemas dinámicos de contratación). El legislador de la Unión Europea, consciente de la novedad de tales procedimientos y figuras, no quiso imponer una adaptación forzosa de estas a los sistemas nacionales. Aún así, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, traspuso todos estos mecanismos, bien es verdad que en algunos aspectos –en concreto, en lo que respecta a la creación de centrales de contratación y acuerdos marco- existían importantes precedentes en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado como es sobradamente conocido por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio¹¹.

En la actualidad, el Libro III del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) se ocupa de la selección del contratista y adjudicación de los contratos. Y en su Título II regula la llamada «racionalización técnica de la contratación», que comprende las normas de transposición de las figuras introducidas por la Directiva 2004/18/CE para la simplificación de los procedimientos¹². Tal y como

9 Resolución de 14 de abril de 2009 (639/08). La conducta restrictiva consistió en acordar que los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha estableciesen, entre las oficinas de farmacia que lo desearan, turnos rotatorios para el suministro directo a los centros socio sanitarios públicos y privados de la prestación farmacéutica incluida en el Sistema Nacional de Salud. La sanción ha sido confirmada por la reciente SAN de 6 de junio de 2012 (rec. núm. 283/2009).

En relación con esta Resolución vid. el interesante comentario MARCOS FERNÁNDEZ, F., «¿Pueden las Administraciones Públicas infringir la Ley de Defensa de la Competencia cuando adquieren bienes o contratan servicios en el mercado?», *ADI*, 29 (2008-2009), pp. 839-866.

10 Sirva como ejemplo el interesante trabajo de PLAZA GRAU, P., MATEO FERNÁNDEZ, M. T., y RÚS LILLO, C., «Fiscalización horizontal: la gestión del gasto en prótesis quirúrgicas», *Auditoría y Gasto Público*, núm. 52, 2010, pp. 33-44.

11 En concreto, arts. 159.2.f), 182.1), 183.1 y disposición adicional décima.

12 En mi opinión, no puede criticarse al legislador español la elección del término «racionalización». Al fin y al cabo, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, «racionalizar» consiste en «organizar la producción o el trabajo de manera que aumente los rendimientos o reduzca los costos con el mínimo esfuerzo». Y en todo caso, las medidas del TRLCSP que glosamos pretenden que la agregación de la

establece el art. 194 TRLCSP, para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos las Administraciones Públicas podrán concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos, o centralizar la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados.

Según se desprende del art. 195 TRLCSP, las normas contenidas en este título serán de aplicación, en primer lugar, a las Administraciones Públicas, y, en segundo lugar, al resto de entidades del sector público, pero exclusivamente cuando adjudiquen contratos sometidos a regulación armonizada. De la particular estructura de aplicación subjetiva del TRLCSP surge el primer elemento de dispersión de la regulación normativa de la racionalización técnica de la contratación pública sanitaria. Porque, dependiendo de la forma jurídica que adopte el correspondiente servicio autonómico de salud, su grado de sometimiento a la TRLCSP será diferente¹³. En el caso de no adoptar la forma de Administración pública en el sentido del art. 3.2 de la norma, las disposiciones que glosamos sólo se aplicarán a los contratos sometidos a regulación armonizada.

Por lo demás, la regulación contenida en el TRLCSP no deja de plantear importantes problemas aplicativos, ya que nuestra disciplina responde en la mayor parte de los casos a una traducción literal de la Directiva en lo que a acuerdos marco y sistemas dinámicos de contratación se refiere. Así, existen cuestiones de especial transcendencia –como la obligatoriedad por parte de los licitadores de celebrar contratos derivados de los acuerdos marco o la posibilidad de los operadores económicos de obligar a los órganos de contratación de adquirir bienes, servicios u obras a través de un acuerdo marco ya celebrado– que el Derecho europeo conscientemente

dejó abiertas a la legislación nacional¹⁴. Pero nuestro legislador, como ya hemos adelantado, no ha colmado los vacíos normativos. A falta de una regulación normativa más precisa, se ha desarrollado una importante labor interpretativa por parte de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa¹⁵, que no suple, en todo caso, la función que el esperado desarrollo reglamentario del TRLCSP debiera efectuar.

2.2 Acuerdos marco y sistemas dinámicos de contratación: analogías y diferencias

Tanto los acuerdos marco como los sistemas dinámicos de contratación constituyen técnicas de racionalización de la contratación pública. Ambas presentan similitudes, ya que se basan en la realización de un preacuerdo con uno o varios empresarios, a los que adjudican después una serie de contratos derivados durante la duración del sistema, que en ambos casos será de cuatro años, a salvo de posibles excepciones¹⁶.

Una primera diferencia entre los acuerdos marco y los sistemas dinámicos es que mientras en estos últimos existe un número abierto e indeterminado de participantes, los acuerdos marco podrán celebrarse tanto con uno o como con varios empresarios.

En efecto, los apartados 3 y 4 del artículo 198 TRLCSP establecen dos tipologías diferentes de acuerdos marco, al prever la posibilidad de concluir:

- Acuerdos marco con un solo empresario; en este caso, los contratos basados en ellos se tienen

14 Vid. la ficha explicativa de la Comisión «Explanatory Note-Framework agreements-Classic Directive- (CC/2005/03) de 14-7-2005.

15 He tenido ocasión de sistematizar dicha doctrina administrativa en GALLEGO CÓRCOLES, I., «La racionalización técnica de la contratación. Aspectos prácticos», *Contratación Administrativa práctica*, núm. 120, año 2012, pág. 88 a 103.

16 La existencia de una excepción a la duración máxima cuatrienal de un acuerdo marco o sistema dinámico ha de entenderse de forma restrictiva. Vid. el Informe 7/2009, de 30 de julio de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias. El informe concluye que la especialidad del objeto de los conciertos de asistencia sanitaria y sus características habituales no justifican por sí mismas la necesidad excepcional de aumentar el periodo de vigencia del acuerdo marco como procedimiento previo en que se ha de basar la adjudicación de los conciertos. La consideración de tales circunstancias lo que en realidad justifica, de forma generalizada para los conciertos de asistencia sanitaria, es que, una vez adjudicado un concierto, éste pueda tener un mayor plazo de vigencia que el que ordinariamente tienen otras modalidades de contratos.

demanda permita tanto reducir los costes de gestión, como mejorar la eficacia de los procedimientos mediante la reducción del precio ofertado por las empresas licitadoras.

13 Como ejemplo, el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (Sescam), como organismo autónomo (vid. Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha) somete toda su actividad contractual al TRLCSP.

En cambio, el art. 20 de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación sanitaria de Euskadi, creó el ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, bajo la naturaleza jurídica de ente público de Derecho privado y adscrito al Departamento de la Administración General competente en materia de sanidad. De esta forma, este ente tiene condición de poder adjudicador, de modo que se han aprobado las pertinentes instrucciones internas para la regulación de la adjudicación sus contratos no sometidos a regulación armonizada.

que adjudicar de conformidad con los términos que se establezcan y los órganos de contratación pueden hacer consultas por escrito al empresario, para pedirle, si es necesario, que complete su oferta.

- Acuerdos marco con diversos empresarios; en este caso la adjudicación de los contratos en él basados se tiene que efectuar bien aplicando los términos fijados en el propio acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación, bien convocando a las partes a una nueva licitación, de acuerdo con el procedimiento regulado en el mismo 198 TRLCSP cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco. En esta segunda modalidad, a través de acuerdo marco, los poderes adjudicadores cuentan con la posibilidad de celebrar un acuerdo marco con varios operadores económicos y de organizar posteriores «mini licitaciones», abiertas a la participación de las partes en el acuerdo marco, a medida que se vayan haciendo patentes las necesidades del poder adjudicador. Frente a los mecanismos habituales de licitación, en los que el poder adjudicador busca un proveedor que le suministre todos los bienes o servicios durante un período determinado —lo que podría favorecer a empresas de mayores dimensiones—, los acuerdos marco pueden brindar a varias empresas la posibilidad de competir por contratos que se hallen en condiciones de ejecutar¹⁷.

Por su parte, los sistemas dinámicos de contratación se desarrollan mediante un procedimiento abierto, tanto en el sentido riguroso de procedimiento de adjudicación abierto a todo contratista que cumpla las condiciones de la oferta, como también en el sentido de «constantemente abierto» (o dinámico) de modo que permite la presentación de ofertas durante todo el desarrollo del sistema, aunque obviamente se ciñe, en cada concreta licitación, a las que hayan sido presentadas y evaluadas hasta el momento de celebrar aquella. Además, a diferencia de los acuerdos marco —que necesariamente no tienen por qué adoptar esta fórmula—, los sistemas dinámicos de contratación son procedimientos de selección de contratistas totalmente electrónicos.

Por otro lado, mientras que durante la vigencia de los sistemas dinámicos de contratación todo empresario interesado podrá presentar una oferta indi-

cativa a efectos de ser incluido en el mismo, el artículo 198.1 TRLCSP establece que «sólo se podrán celebrar contratos basados en un acuerdo marco entre los órganos de contratación y las empresas que hayan sido originariamente partes en aquél». Por ello, como resaltan el Informe 7/2008 de la JCCA de Cataluña, de 7 de julio de 2008 y el Informe de la JCCA 36/2010, de 28 de octubre de 2011, queda descartado que, a través del mecanismo del acuerdo marco, se puedan incorporar a lo largo de su vigencia, empresas que inicialmente no figuraban en el sistema.

Finalmente, no podrá recurrirse a acuerdos marco o sistemas dinámicos de contratación de forma abusiva, o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada (arts. 196.1 y 199.1 TRLCSP). La previsión es ciertamente oportuna, ya que dada la cuantía que puede alcanzar la contratación agregada, la posibilidad de que la utilización de las técnicas de racionalización de compras produzca efectos restrictivos de la competencia es real¹⁸. El diseño del instrumento de racionalización empleado no resulta neutro en este sentido. De esta forma, será aconsejable que la duración del mecanismo de compra agregada no sea excesivamente amplia —dado que en el caso de los acuerdos marcos, se cierra durante el periodo el mercado—, que se permita la participación de un número adecuado de licitadores, y que, finalmente, las prescripciones técnicas se establezcan de la forma más menos restrictiva posible¹⁹.

18 Vid. Acuerdo 29/2011, de 15 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que ha anulado el acuerdo marco de contratación centralizada de los servicios postales y telegráficos para la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, sus Organismos autónomos y demás Entes Públicos autonómicos y locales adheridos. Vid. igualmente, SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Una visión crítica sobre la guía sobre contratación pública y competencia publicada por la CNC», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y la competencia*, núm. 21, 2011, p. 21 y SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, 2011, pp. 292 y ss.

19 Desde la perspectiva específica de las compras sanitarias, resulta de especial interés la resolución 144/2011 del TACRC, de 25 de mayo. Esta resolución anuló una de las cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobados para regir la adjudicación del acuerdo marco para la selección de suministradores de vacunas de gripe estacional para determinados órganos de contratación de la Administración General del Estado, Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) y varias Comunidades Autónomas del Sistema Nacional de Salud, porque en uno de los lotes la descripción del objeto mencionaba una patente y no añadía fórmula alguna que permitiese ofertar productos que cumpliendo una función equivalente, no contuviesen el adyuvante protegido por la patente mencionada. En relación con el mismo supuesto, vid. Resoluciones TACRC 186/2011, de 13 de julio y 221/2011, de 14 de septiembre.

17 Informe 6/2012, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En todo caso, mientras los acuerdos marco se encuentran totalmente implantados en la práctica contractual española, los sistemas dinámicos de contratación no han resultado especialmente atractivos para los poderes adjudicadores, tanto desde la perspectiva europea como desde la nacional. Por eso, no ha de extrañar que la adquisición de medicamentos o productos sanitarios a través de sistemas dinámicos de contratación en nuestro país sea anecdótica²⁰.

En este sentido, la práctica ha demostrado que el diseño normativo de los sistemas dinámicos de contratación no es el más adecuado. Una primera diferencia que dificulta su implantación es el hecho de que la oferta que permite la incorporación al sistema es meramente indicativa, frente al carácter vinculante que tiene la realizada en el proceso de celebración de un acuerdo marco. Es preciso resaltar igualmente que la tramitación de un sistema dinámico de contratación puede resultar menos expeditivo –y por tanto menos atractivo– que un acuerdo marco con varios licitadores ya que siempre es necesario abrir una nueva licitación para adjudicar un concreto contrato. Además, cuando, por razón de su cuantía, los contratos a adjudicar estén sujetos a regulación armonizada, antes de proceder a la licitación los órganos de contratación publicarán un anuncio simplificado, invitando a cualquier empresario interesado a presentar una oferta indicativa, en un plazo no inferior a quince días, que se computarán desde el envío del anuncio a la Unión Europea. Hasta que se concluya la evaluación de las ofertas indicativas presentadas en plazo no podrán convocarse nuevas licitaciones (art. 202.2 TRLCSP).

De esta forma, la propuesta de Directiva sobre contratación pública actualmente en tramitación²¹ plantea una importante reforma de la regulación de los sistemas dinámicos de contratación, mediante su puesta en práctica en forma de procedimiento restringido, lo que haría innecesarias las ofertas indicativas lo que, como ya hemos señalado, ha resultado ser uno de los aspectos más gravosos relacionados con estos sistemas.

²⁰ Se pueden citar, no obstante, ejemplos de establecimiento de este sistema para la adquisición de productos farmacéuticos. Vid. el establecimiento de un sistema dinámico de adquisición celebrado por la [Dirección del Centro Militar de Farmacia de la Defensa](#) para la adquisición de 5.325 kg. Fosfato dicalcico dihidratado, 4.100 kg. Paracetamol polvo denso, 7.000 kg. Glicerina bidestilada, 575 kg. Repelente 3535, 3.264 kg. Sorbitol 70% líquido. La misma empresa fue la adjudicataria de los tres lotes. Toda la información se encuentra disponible en <http://contrataciondelestado.es/>.

²¹ Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, 20-12-2011, COM (2011) 896 final.

2.3 Centrales de contratación

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, el art. 1.10 de la Directiva 2004/18/CE establece que una «central de compras» es un poder adjudicador que adquiere suministros y/o servicios destinados a poderes adjudicadores, o adjudica contratos públicos o celebra acuerdos marco de obras, suministros o servicios destinados a poderes adjudicadores. Por su parte, el art. 11 de la norma se limita a establecer que «los Estados miembros podrán establecer que los poderes adjudicadores adquieran obras, suministros y/o servicios por medio de centrales de compras», obligando en este caso a que la central de compras respete la disciplina de la Directiva. Por tanto, el diseño normativo de las centrales de contratación pertenece prácticamente de forma exclusiva al Derecho nacional.

El vigente TRLCSP dedica su art. 203 a la «funcionalidad y principios de actuación» de las centrales de contratación, reproduciendo el contenido de la Directiva. Según el precepto, las centrales de contratación pueden adquirir suministros y servicios para otros órganos de contratación, o adjudicar contratos o formalizar acuerdos marco para llevar a cabo obras, suministros o servicios destinados a éstos, pero tienen que sujetarse al TRLCSP en los procedimientos para la adjudicación de los contratos y para la celebración de acuerdos marco. De esta forma, como señala el Informe 22/2008, de 1 de octubre, de la JCCA de Aragón, es posible distinguir dos modalidades de contratación centralizada: la adquisición centralizada y la homologación. En el primer caso el órgano de contratación especializado adquiere suministros y contrata servicios para el resto de los órganos de contratación, repercutiendo después el coste económico de forma proporcional al gasto realizado por las unidades peticionarias. En el caso de la homologación, el órgano competente para la contratación centralizada celebra acuerdos marco con arreglo a los cuales posteriormente los órganos de contratación podrán celebrar contratos derivados²². En todo sistema de contratación centralizada, dada la complejidad y variedad de las actividades de los órganos de la Administración se suele articular algún sistema de establecer excepciones a determinadas adquisiciones o contratos de los catálogos de homologación²³.

²² En el modelo estatal, no obstante, es la Dirección General del Patrimonio del Estado quien celebra los contratos derivados, si bien lo hace a propuesta del organismo interesado en la adjudicación del contrato. Vid. art. 206.2 TRLCSP.

²³ En el modelo estatal, esta posibilidad está expresamente prevista ya en el art. 206.3 TRLCSP.

En todo caso, el objetivo de las centrales de contratación es conseguir una mayor eficacia de la actividad contractual de los entes públicos, tanto desde el punto de vista de gestión, ya que concentra la tramitación de los procedimientos en órganos especializados, evitando que haya una multiplicidad de órganos de contratación dedicados a la adquisición de productos similares y favoreciendo la simplificación administrativa, como desde el punto de vista económico, ya que se aprovecha la reducción de costes que se puede obtener mediante adquisiciones a gran escala, lo que permite una mayor eficiencia de los recursos²⁴.

Además de poder adherirse al sistema de contratación centralizada estatal (art. 205 TRLCSP), las CCAA pueden crear sus propias centrales de contratación (art. 204 TRLCSP). Y así lo han ido haciendo²⁵. Algunas normas autonómicas prevén la participación de los Servicios de Salud Autonómicos en la central de compras que han creado²⁶.

Al margen de todo ello, dada la necesidad de respetar las necesidades autorganizativas de las distintas Administraciones, la regulación básica de las centrales de contratación se limita a los preceptos reseñados, permitiendo por tanto un régimen muy flexible.

Finalmente, interesa destacar que el art. 206 TRLCSP crea el sistema de contratación centralizada estatal. Según el precepto, en el ámbito de la

24 Informe 5/09, de 18 de diciembre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de las Islas Baleares.

25 La regulación de los sistemas de contratación centralizada autonómica se contiene en las siguientes normas: Cataluña: Decreto 96/2001, de 20 de marzo; Murcia: Decreto 82/2001, de 16 de noviembre; Castilla-León: Decreto 51/2003, de 30 de abril; Madrid: Decreto 49/2003, de 3 de abril; Canarias: Decreto 163/2004, de 23 de noviembre; Extremadura: Decreto 163/2004, de 26 de octubre; Andalucía: Decreto 39/2011, de 22 de febrero; Aragón: Decreto 207/2008, de 21 de octubre; La Rioja: Decreto 29/2011, de 8 de abril; Castilla-La Mancha: Decreto 294/2011, de 10 de noviembre; Valencia: Decreto 16/2012, de 20 de enero; Baleares: Decreto 56/2012, de 12 de julio.

26 Así por ejemplo en el ámbito de Castilla-La Mancha, en el que se declaró de adquisición centralizada un buen número de suministros (mobiliario de oficina; material de oficina; fotocopadoras y complementarios; combustibles de automoción; vehículos de turismo; equipos de climatización; equipos de informática; material auxiliar de informática; productos de limpieza) y servicios (mantenimiento de edificios; limpieza de edificios; vigilancia de edificios; seguridad de edificios; desinfección, desinsectación; mensajería y paquetería; recogida de tóner y cartuchos de tinta; destrucción de documentos; mantenimiento y reparación de vehículos).

En cambio, en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares se excluyen del ámbito de aplicación del Decreto 56/2012, de 12 de julio las obras, los suministros y los servicios específicos del ámbito sanitario.

Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, el Ministro de Economía y Hacienda podrá declarar de contratación centralizada los suministros, obras y servicios que se contraten de forma general y con características esencialmente homogéneas por los diferentes órganos y organismos²⁷.

3. LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y LA APROBACIÓN DE MEDIDAS ESPECÍFICAS DE RACIONALIZACIÓN TÉCNICA DE LA CONTRATACIÓN SANITARIA

3.1 El Real Decreto-Ley 2010 y la incorporación de fórmulas específicas de agregación de la demanda

El artículo 13 del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público²⁸ incluyó una nueva disposición adicional – en este caso la trigésimo cuarta- a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Tras la derogación de esta norma, el contenido del precepto se ha mantenido en la disposición adicional vigésimo octava del TRLCSP.

En todo caso, la aprobación del TRLCSP no se ha aprovechado para corregir la equívoca rúbrica de la ahora DA 28. Aunque esta rúbrica hace referencia a la «Adquisición Centralizada de medicamentos y productos sanitarios con miras al Sistema Nacional de Salud» regula en realidad dos supuestos distintos: la creación de una central de compras a nivel estatal de medicamentos y productos sanitarios y la posibilidad de que se puedan agregar las demandas ligadas al suministro de medicamentos y productos sanitarios a través de la celebración de acuerdos marcos de los que formen parte varios entes adjudicadores distintos. Por tanto, en sentido técnico jurídico, sólo una de las dos medidas adoptadas es auténticamente de

27 En relación con el desarrollo reglamentario de esta disposición, vid. [Orden EHA/1049/2008](#), de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada. Por su parte, el art. 24 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público regula la composición de la mesa de contratación del sistema estatal de contratación centralizada.

28 El capítulo V de la norma es el relativo a «Medidas en materia de sanidad». En este ámbito, según la exposición de motivos, se adoptan medidas complementarias a las ya adoptadas en el Real Decreto-ley 4/2010, de 26 de marzo, de racionalización del gasto farmacéutico con cargo al Sistema Nacional de Salud.

centralización²⁹.

La regulación de la central de compras sanitarias y de los acuerdos marco de suministros sanitarios comparte elementos comunes. En primer lugar, su objeto son tanto los medicamentos, como los productos sanitarios. La definición de ambos conceptos se encuentra en el art. 8 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, del medicamento. Así, el medicamento se define como «toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos o que pueda usarse en seres humanos o administrarse a seres humanos con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico». Por su parte, la definición de producto sanitario incluye cualquier instrumento, dispositivo, equipo, material u otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas informáticos que intervengan en su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con fines de: diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad; diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia; investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico; regulación de la concepción, siempre que no ejerza la acción principal que se desee obtener en el interior o en la superficie del cuerpo humano por medios farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales medios.

Desde un punto de vista subjetivo, las técnicas descritas abarcan todo el Sistema Nacional de Salud. Y más allá de las limitaciones que como veremos supondrá la creación de la central estatal de compras para los órganos estatales integrados en él, su empleo es voluntario para los distintos órganos de contratación.

3.2 El diseño normativo de la central estatal de compras sanitarias

Según establece la DA 28 del TRLCSP, mediante Orden del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, y previo informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado, se podrá declarar de adquisición centralizada los suministros

de medicamentos y productos sanitarios que se contraten en el ámbito estatal por los diferentes órganos y organismos. La contratación de estos suministros deberá efectuarse a través del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. La financiación de los correspondientes contratos correrá a cargo del organismo o entidad peticionarios. Las competencias que el artículo 206 atribuye a la Dirección General del Patrimonio del Estado y al Ministerio de Economía y Hacienda corresponderán en relación al suministro de medicamentos y productos sanitarios al Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.

Por lo demás, añade el precepto que las Comunidades Autónomas y las entidades locales, así como las entidades y organismos dependientes de ellas e integradas en el Sistema Nacional de Salud, podrán adherirse al sistema de adquisición centralizada estatal de medicamentos y productos sanitarios, para la totalidad de los suministros incluidos en el mismo o sólo para determinadas categorías de ellos. La adhesión requerirá la conclusión del correspondiente acuerdo con el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.

En definitiva, la central de compras sanitarias constituye una translación al ámbito sanitario de la central de compras estatal regulada en el art. 206 TRLCSP. Su funcionamiento, por tanto, tiene como elemento fundamental la declaración de contratación centralizada de determinados bienes. Esta declaración produce el único y relevante efecto de que, en el ámbito de la Administración sanitaria estatal, en principio³⁰, la adquisición del suministro sólo puede realizarse a través del servicio especializado. La incorporación a la central, total o parcial, para el resto de entidades integradas en el Sistema Nacional de Salud, como medida de cooperación es voluntaria y está condicionada a la celebración del correspondiente convenio.

Las razones que justifican la regulación paralela de la central de compras sanitarias, más allá de una llamada a la potenciación de la racionalización de la contratación en el ámbito de la sanidad, es la necesidad de atribuir al Ministerio de Sanidad las correspondientes competencias³¹. De esta forma, la nueva central de compras sanitarias conserva la lógica de la central de contratación estatal creada en el art. 206

30 Vid. art. 206.3 TRLCSP.

31 SEGURA GARCÍA, B., «Adquisición centralizada de medicamentos y productos sanitarios», en Parejo Alonso y Palomar Olmeda (dir.), *El nuevo marco de la contratación pública*, 2012, p. 387.

29 Del art. 203 TRLCSP se puede concluir que la centralización consiste en la atribución de la contratación a servicios especializados. Los acuerdos marco, más bien, permiten únicamente una agregación de la demanda.

TRLCSF, con una serie de modulaciones. En primer lugar, las competencias en materia de contratación centralizada no pertenecen ya a la Dirección General de Patrimonio, sino al Ministerio de Sanidad. En este ámbito, corresponde a la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia la gestión de los procesos de adquisición centralizada de medicamentos, productos sanitarios y tecnología con miras al Sistema Nacional de Salud³². Como se puede comprobar, en este desarrollo reglamentario, todavía parcial, se prevé que la central de compras no se limite a medicamentos y productos sanitarios, sino también a la compra de tecnología.

Por lo demás, a diferencia del art. 205 TRLCSF, la DA 28 TRLCSF hace referencia a «adquisición centralizada», en lugar de «contratación centralizada». En nuestra opinión, no ha de interpretarse que se restringe a una sola las modalidades de compra –recuérdese que estas modalidades eran adquisición centralizada y homologación– que la central de compras sanitarias puede efectuar. Es más, la propia DA 28 TRLCSF emplea igualmente el término «contratación». De esta forma, puede interpretarse que el cambio semántico obedece a que a diferencia de la central estatal «general», que puede actuar en el ámbito de los contratos de suministros, servicios y obras³³, la central sanitaria estatal se limita a la celebración de contratos de suministros.

En todo caso, como ya hemos resaltado, la operatividad efectiva de la central de compras sanitarias precisa de un desarrollo reglamentario que, dos años después de su creación legal, todavía no se ha producido.

3.3 Las especificidades de los acuerdos marco en el ámbito de la contratación de suministros sanitarios

Como ya hemos señalado, como fórmula de agregación de las demandas la DA 28 TRLCSF prevé la celebración de acuerdos marco conjuntos por parte de varios entes del sector público distintos. Según el precepto que glosamos, los órganos de contratación de la Administración General del Estado, de las Co-

munidades Autónomas y de las entidades locales, así como las entidades y organismos dependientes de ellas e integradas en el Sistema Nacional de Salud, podrán concluir de forma conjunta acuerdos marco de los previstos en el artículo 196, con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos de suministro de medicamentos y productos sanitarios que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

El precepto no es en modo alguno superfluo, ya que responde de forma expresa a la duda planteada sobre la posibilidad de que varios poderes adjudicadores distintos puedan recurrir a la celebración de un único acuerdo marco sin recurrir a una central de compras. Esta opción, cuya admisibilidad es evidente en el Derecho europeo, no se ha admitido de forma evidente en el art. 196 TRLCSF³⁴.

El artículo 1.5 de la Directiva 2004/18/CE, determina expresamente que el acuerdo marco es un acuerdo entre «uno o diversos poderes adjudicadores», y uno o diversos operadores económicos. Esta definición no se ha incorporado al TRLCSF. Por su parte, el art. 196 TRLCSF, dispone que los acuerdos marco se pueden concluir entre «los órganos de contratación del sector público» y «uno o diversos empresarios». En definitiva, la duda que plantea la redacción del artículo 196.1 de la TRLCSF es si la expresión «los órganos de contratación del sector público» permite interpretar que se refiere a «uno o diversos órganos de contratación» o bien si debe entenderse que es una expresión general y que sólo puede haber una entidad adjudicadora por cada acuerdo marco.

En este sentido, el Informe de la JCCA de Baleares 5/2009, de 18 de diciembre de 2009³⁵, concluyó que la Ley de Contratos del Sector Público no ha incorporado al Derecho español la posibilidad de que exista una pluralidad de órganos de contratación en

32 Vid. art. 12.3 Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

33 En todo caso, no se ha desarrollado reglamentariamente la posibilidad de que obras sean objeto de contratación centralizada.

34 El 196.1 TRLCSF se limita a establecer: «los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada». La cursiva es nuestra.

35 También se ocupa de esta cuestión, insistiendo en las dudas que plantea la regulación estatal, el informe 5/2010 de la JCCA de la Comunidad de Aragón.

la conclusión de un acuerdo marco. Sin embargo, añade el Informe, este hecho no supone un obstáculo para que una Comunidad Autónoma incorpore esta opción al Derecho autonómico, siempre que se respete la normativa básica estatal y las disposiciones de la Directiva, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de crear una central de contratación. El informe dio origen a una reforma en la legislación balear sobre contratos públicos, que ahora no sólo permite expresamente sino que también regula la celebración de acuerdos marco por parte de distintos órganos de contratación³⁶.

En nuestra opinión, la celebración de un mismo acuerdo marco por parte de varias entidades adjudicatarias puede facilitar la incorporación de fórmulas de cooperación interadministrativa más o menos ocasional, sin el grado de formalización que exige la

36 En efecto, el art. 6 de [Ley 6/2010, de 17 de junio, por la que se adoptan medidas urgentes para la reducción del déficit público](#), recientemente modificado por el [Decreto Ley 7/2012, de 15 de junio de medidas urgentes para la activación económica en materia de industria y energía, y otras actividades](#), prevé la realización de acuerdos marco por varios órganos de contratación. El precepto establece que en el caso de que el acuerdo marco haya de afectar a varios órganos de contratación, éstos designarán previamente, mediante un convenio, a uno de ellos, que deberá tener carácter de Administración pública a efectos de la [Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público](#), como órgano que ha de tramitar y resolver el procedimiento de licitación y adjudicación del acuerdo marco.

En el caso de que ninguno de los órganos de contratación tenga carácter de Administración pública a efectos de la [Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público](#), designarán previamente, mediante un convenio, a uno de ellos, que deberá tener, en caso de haber alguno, carácter de poder adjudicador, como órgano que ha de tramitar y resolver el procedimiento de licitación y adjudicación del acuerdo marco.

En todos estos casos, y sin perjuicio de lo establecido en el [artículo 181.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público](#), el régimen jurídico aplicable al acuerdo marco será el régimen jurídico que sea aplicable a la contratación de la entidad adjudicadora designada para tramitar y resolver el procedimiento de licitación y adjudicación del acuerdo marco.

El convenio que firmen los órganos de contratación que, de forma conjunta, concluyan un acuerdo marco, así como dicho acuerdo, indicará la información relativa a los órganos de contratación que intervienen en el mismo y la financiación que asume cada uno de ellos.

Por lo demás, en los casos en los que intervengan varios órganos de contratación, los contratos basados en el acuerdo marco se regirán por las normas aplicables al ente que adjudique el contrato derivado del acuerdo marco.

Por último, excepcionalmente, en caso de que el elevado número de órganos de contratación a los que afecte el acuerdo marco lo aconseje, y por razones de economía y de eficiencia, el Consejo de Gobierno puede, por medio de un acuerdo, designar el órgano que debe tramitar y resolver el procedimiento de licitación y adjudicación del acuerdo marco. Este acuerdo del Consejo de Gobierno debe concretar los órganos de contratación que intervienen y la financiación que asume cada uno de estos órganos. En estos casos, no es necesario que se firme el convenio a que se refiere el apartado 2 anterior.

creación de un central de contratación como órgano o ente especializado. Desde esta perspectiva, no existe inconveniente para su admisión, tal y como se prevé el Derecho de la Unión Europea. Bien es verdad que su regulación expresa en relación con las compras de medicamentos y productos sanitarios efectuada en la DA 28 TRLCSP puede hacer concluir que, *a sensu contrario*, la celebración de un mismo acuerdo marco por entes del sector público distintos está vedada por el art. 205 TRLCSP fuera del ámbito sanitario.

En todo caso, en el ámbito de las compras sanitarias, esta posibilidad está siendo utilizada con éxito, de forma que está experimentando una implantación progresiva. Durante dos años consecutivos, la compra de vacunas para la gripe estacional se ha articulado mediante la celebración de un mismo acuerdo marco por varios órganos de contratación. Los ahorros producidos en la última campaña, en la que han participado catorce Comunidades Autónomas³⁷, han superado 6 millones de euros³⁸. A la vista de los logros obtenidos, el reciente Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 ha autorizado la celebración de tres nuevos acuerdos marco: **Acuerdo Marco para vacunas de calendario y otras (en el que participarán todas las CCAA, a excepción de País Vasco y Andalucía)**, **Acuerdo Marco para vacuna conjugada frente al meningococo C (en el que participarán todas las CCAA, a excepción de Andalucía, Navarra y País Vasco)** y **Acuerdo Marco para vacuna frente al virus del papiloma humano (en el que participarán quince Comunidades Autónomas)**³⁹.

Desde el punto de vista jurídico, el diseño del acuerdo marco para la compra de vacunas de gripe estacional para la campaña 2012-2013⁴⁰ destaca por estar dirigido a selección de cuatro proveedores

37 En 2011 se adhirieron al Acuerdo Marco ocho Comunidades Autónomas: Aragón, Principado de Asturias, Baleares, Cantabria, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Extremadura y Madrid. En el año 2012, se han sumado a éstas Canarias, Castilla-La Mancha, Galicia, Murcia, Navarra y La Rioja, lo que resulta suficientemente indicativo del éxito alcanzado.

38 Vid nota de prensa del Ministerio de Sanidad de 24 de agosto de 2012. Disponible en: <http://www.msc.es/en/gabinete/notasPrensa.do?id=2537>

39 Vid nota de prensa del Ministerio de Sanidad de 24 de agosto de 2012. Disponible en: <http://www.msc.es/en/gabinete/notasPrensa.do?id=2537>

40 Se puede consultar el pliego de condiciones administrativas en la siguiente URL: <http://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/d0003062-62e5-4f45-8154-68b9bea18ef7/DOC20120417120204PCAP.pdf?MOD=AJPERES>. A la fecha de cierre de este trabajo, es el último de los publicados.

por cada uno de los dos lotes en los que se divide el acuerdo, así porque su objetivo es la obtención de unos precios unitarios máximos. El órgano competente para la tramitación del acuerdo marco es el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Dado que, por tanto, no están fijados todos los términos del acuerdo marco, la adjudicación de los contratos basados en el mismo se efectúa convocando a los participantes a una nueva licitación, de forma que los órganos peticionarios han de ajustarse a lo establecido en el art. 198.4 TRLCSP.

Por otro lado, la duración del acuerdo marco es anual, opción que resulta aconsejable por ser la menos restrictiva de la competencia. Por idénticos motivos, la celebración del acuerdo con varios proveedores, adjudicándose después los contratos derivados de forma competitiva⁴¹, resulta igualmente la idónea. En este sentido, es preciso recordar que, además de las disposiciones generales del TRLCSP, que exigen un diseño del acuerdo marco lo menos restrictivo de la competencia posible, el art. 97 ter de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos farmacéuticos contiene un mandato de estímulo de la competencia entre proveedores de insumos farmacéuticos⁴².

3.4 Algunas medidas de incierta concreción: el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones

Sin que todavía se haya desarrollado la normativa que permitiría la entrada en funcionamiento de la central de compras sanitarias, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y se-

guridad de sus prestaciones, fue anunciado entre otros muchos y controvertidos aspectos, como la norma que establecía la creación de una Plataforma de Compras Centralizada, generando un ahorro mínimo de mil millones de euros, «que podría llegar a mil quinientos millones»⁴³.

Según la exposición de motivos del Real Decreto-Ley, «se incorporan medidas de eficiencia que tanto necesita el Sistema para afrontar sus problemas de suficiencia financiera, posibilitando la adopción de estrategias de gestión centralizada de suministros que pongan en valor una relación de volumen-precio en la adquisición de productos, materiales y equipamientos de forma coordinada en el Sistema Nacional de Salud». Ahora bien, el contenido normativo del precepto es menos ambicioso del anunciado.

La disposición adicional cuarta de la norma es la relativa la «eficiencia en el ámbito del sistema nacional de salud». En su primer apartado se contemplan dos medidas directamente relacionadas con la contratación pública en el ámbito de la salud: contratación conjunta e implantación de modelos de servicios compartidos. El resto del contenido de la disposición hace referencia a la necesidad de elaborar planes de ahorro energético (apartado segundo) y a la obligatoriedad de aprobar medidas legislativas que permitan garantizar la adecuación de los envases a las pautas y tiempos de tratamiento habituales (apartado tercero).

Por lo que a las medidas relativas a la contratación pública se refiere, la norma establece que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud fomentará las actuaciones conjuntas de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas para la adquisición de cualquier producto que por sus características sea susceptible de un mecanismo de compra conjunta y centralizado.

La densidad normativa del precepto es escasa, ya que establece únicamente el mandato de fomentar la cooperación en el ámbito de las compras sanitarias. Desde un punto de vista sistemático, probablemente hubiera encontrado mejor ubicación incorporándose a la DA 28 del TRLCSP. En todo caso, el impulso a medidas de este tipo probablemente no hubiera necesitado reconocimiento expreso⁴⁴.

41 En cualquier caso, la Junta Consultiva de Contratación administrativa considera igualmente ajustado a Derecho que se seleccione mediante acuerdo marco en el que consten la totalidad de las especificaciones empresarios proveedores de productos o servicios de naturaleza similar, siendo después los organismos o destinatarios finales de los productos o servicios quienes podrán optar entre cualquiera de ellos motivadamente. Vid. Informes de 28 de julio de 2008 y 24 de noviembre de 2010. En el ámbito autonómico, no es excepcional que los acuerdos marco celebrados en el ámbito de la sanidad permitan una elección discrecional del proveedor por parte de los organismos peticionarios.

42 El precepto ha sido añadido por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

43 Vid. referencia del Consejo de Ministros de 20 de abril de 2012. Disponible en la URL: http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2012/refc20120420.htm#ReformaSanidad.

44 Recuérdese que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud es «el órgano permanente de coordinación,

Por lo demás, destaca que la cooperación se busca entre los propios sistemas autonómicos salud y que su ámbito objetivo es más amplio que el previsto en la DA 28 TRLCSP, pues incluye no sólo medicamentos y productos sanitarios, sino «cualquier producto susceptible de un mecanismo de compra conjunto y centralizado». De esta forma abarcaría la adquisición de productos fuertemente estandarizados y de uso corriente tales como lencería, menaje, etc. que son ya objeto de contratación centralizada por parte de los sistemas autonómicos de salud. Del mismo modo, la adquisición de tecnología médica podría realizarse de forma conjunta.

Las fórmulas que posibilitarán esta compra conjunta y centralizada son las ya conocidas: bien la celebración de un mismo acuerdo marco por varios servicios autonómicos de salud, bien la adhesión de los sistemas de salud a centrales de contratación autonómicas ya creadas, o bien, incluso, la creación mediante fórmulas de tipo consorcial de centrales de contratación de ámbito supraautonómico⁴⁵, de modo que se podrían crear, sin presencia estatal, centrales que no limitasen su operatividad a una única Comunidad Autónoma.

Por otro lado, el primer apartado de la disposición adicional cuarta de la **Real Decreto-ley 16/2012 dispone que** los servicios de salud de las Comunidades Autónomas fomentarán la implantación de modelos de servicios compartidos mediante el establecimiento de un solo proveedor del servicio para una red de centros, en cuestiones tales como radiodiagnóstico, laboratorio de análisis clínicos, farmacia hospitalaria, así como el desempeño de especialidades médicas que precisen una población grande para ser autosuficientes o padezcan dificultades para encontrar profesionales. Al igual que la anterior medida, tiene escaso contenido prescriptivo y simplemente trata de orientar a los servicios de salud hacia un modelo sobre el que existen ya experiencias en algunas CCAA.

cooperación, comunicación e información de los servicios de salud, entre ellos y con la Administración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado». De esta forma, dentro de las funciones art. 71 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud podrían incardinarse sin dificultad las ahora encomendadas por la DA 28 TRLCSP.

45 En relación con la posibilidad de que un Consorcio se actué como órgano centralizado de contratación vid. Informe 10/2011, de 27 de octubre, de la JCCA de Cataluña.

Finalmente, el RDL 16/2012 contiene igualmente una medida, que si bien directamente no se refiere a fórmulas de contratación, puede igualmente coadyugar a la racionalización en sentido lato de las compras sanitarias. En efecto, el art. 6 de la norma establece, con algunas matizaciones, la obligatoriedad de establecer un servicio de farmacia hospitalaria propio en: a) Todos los hospitales que tengan cien o más camas; b) Los centros de asistencia social que tengan cien camas o más en régimen de asistidos; c) Los centros psiquiátricos que tengan cien camas o más. Esta medida permitirá adquirir los medicamentos directamente al laboratorio y reducir el número de compras efectuadas.

4. LA CENTRALIZACIÓN DE COMPRAS EN LOS SISTEMAS AUTONÓMICOS DE SALUD; UN MISMO RETO, DISTINTOS NIVELES DE INTEGRACIÓN

Todas las Comunidades Autónomas están adoptando iniciativas que permiten la racionalización de su contratación sanitaria mediante la agregación de las demandas⁴⁶. Esta batería de medidas responde a unas motivaciones comunes a todas las CC.AA.: reducir los costes de adquisición, favorecer las economías de escala en las ofertas que realicen los proveedores mediante la agregación de la demanda de pequeños compradores, lograr una mayor agilidad y simplificación de los procedimientos administrativos -minimizando los costes de transacción en los procedimientos de gestión de los expedientes de compra-, promover la eficacia, transparencia y concurrencia en las licitaciones públicas y unificar definiciones y conceptos para todas las gerencias, lo que en definitiva puede repercutir en la homogeneización de criterios clínicos y en la mejora de la calidad de los tratamientos o pruebas ofrecidos a los pacientes.

No obstante, el nivel de implantación de las concretas iniciativas en los distintos sistemas autonómicos de salud es diferente, al igual que lo es su grado de formalización jurídica. Del mismo modo, existen diferencias sustanciales en los productos que son objeto de compra agregada y de los instrumentos utilizados. Dada la enorme dispersión existente, en estas páginas no se pretende describir en su integridad los modelos empleados en las distintas Comunidades Autónomas, sino simplemente dar cuenta de algunos

46 Un estudio detallado de la situación, aunque ya algo obsoleto, se encuentra en el citado *Informe del Grupo de Trabajo de Análisis Gasto Sanitario*, 2007, pp. 30 a 43. Vid. *supra* nota 6.

referentes normativos a título meramente ejemplificativo.

Una de las Comunidades Autónomas más activas en el ámbito de la centralización de compras ha sido País Vasco, que inició en 1992 la gestión integrada de compras de material sanitario, y en 1998 la compra integrada de productos farmacéuticos. En este sentido, el art. 20 del Decreto 255/1997, de 11 de noviembre, por el que se establecen los Estatutos Sociales del Ente Público «Osakidetza-Servicio vasco de salud» regula el régimen orgánico de la contratación, estableciendo una diferencia entre contrataciones centralizadas -aquellas que determine el Consejo de Administración del Ente Público en atención a su carácter estratégico, así como los procedimientos de homologación que acuerde la Dirección General del Ente Público- y compras de suministros integradas -aquellas que, estando sujetas a cualquiera de las condiciones anteriormente expuestas para la contratación centralizada, se apliquen en todas las organizaciones del Ente Público y se sometan a una planificación específica con participación activa de los destinatarios de los suministros-. La implementación del sistema, que ha adquirido un éxito notable, se basa en los acuerdos anuales del Consejo de Administración de Osakidetza por el que se declaran estratégicas y de contratación centralizada las adquisiciones de medicamentos y otros productos farmacéuticos, así como el programa de compras integradas de material sanitario y otros⁴⁷.

Por su parte, la Comunidad Valenciana reguló mediante la ya derogada Orden de 16 de junio de 1996 la Central de Compras de Bienes y Servicios para todos los centros pertenecientes a la Consejería de Sanidad y Consumo. Como se advierte ya de la lectura del título de la norma, la central no operaba sólo para la celebración de contratos de suministro, sino también de servicios. En la actualidad, la Central de Compras de Bienes y Servicios valenciana se regula en la Orden núm. 2/2011, de 7 febrero, que ha creado también el Catálogo de Productos Sanitarios, no sanitarios y Productos Farmacéuticos⁴⁸. Desde la

perspectiva jurídica, en la dinámica de la central de contratación destaca que los expedientes de contratación centralizada tendrán como destino todos los centros dependientes de la Conselleria de Sanidad y de la Agencia Valencia de Salud, en tramitación única y común para todos los centros, con cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas comunes. En cambio, para la contratación de servicios de forma centralizada, la selección de los adjudicatarios irá en todo caso unida a los centros gestores que hayan de ser receptores de dichos servicios y por tanto con un presupuesto estimado en su adjudicación, de forma individual para cada centro gestor.

Del mismo modo, la Comunidad de Canarias reguló a través de la Orden 9 de julio de 2001, la adquisición centralizada de determinados bienes y productos de naturaleza sanitaria. El catálogo se ha ido ampliando progresivamente⁴⁹. Según el modelo establecido, se declara de contratación centralizada la adquisición de distintos bienes o productos, de forma que se han celebrado concursos para la adopción del tipo que permiten establecer un número determinado de proveedores que serán suministradores.

A un modelo similar al canario respondía la normativa madrileña⁵⁰. En esta Comunidad se ha procedido a crear recientemente a través de norma rango de Ley la Central de Compras del Servicio Madrileño de Salud⁵¹. Resulta en todo caso llamativo que la propia disposición reconozca expresamente que la iniciativa no pretende ser incompatible con la instauración de medidas de integración de compras a nivel nacional. En este sentido, el art. 22.1 de la Ley 4/2012 establece que «esta Central de Compras, en modo alguno supondrá un obstáculo para que la Comunidad de Madrid se adhiera a los procesos de contratación centralizada que pudiera instar el Estado para lograr una mayor eficiencia en el Sistema Nacional de Salud conforme a lo dispuesto en la disposición adicional cuarta del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de

47 Informe del Grupo de Trabajo de Análisis Gasto Sanitario, Septiembre de 2007, pp. 40 y ss.

48 El Catálogo de Productos Sanitarios, no Sanitarios y productos Farmacéuticos responde a la necesidad de contar con una herramienta única que permita identificar y catalogar de forma progresiva los distintos grupos, subgrupo, familias y subfamilias de artículos a utilizar por los distintos centros gestores dependientes de la Conselleria de Sanidad y de la Agencia Valenciana de Salud, contando con un repositorio único de información, permanentemente mantenida y actualizada. El catálogo será de uso obligado a todos los efectos, y en especial para

identificar los productos que sean adquiridos o sean objeto de cualquier tipo de transacción por los centros dependientes de la Conselleria de Sanidad y de la Agencia Valenciana de Salud.

49 Vid. Decreto 32/1997, de 6 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de la actividad económico-financiera del Servicio Canario de la Salud.

50 Vid. Orden 15/2008, de 14 de enero, del Consejero de Sanidad, por la que se acuerda la uniformidad de determinados medicamentos y se declara de gestión centralizada su contratación.

51 Ley 4/2012, de 4 de julio, de Modificación de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012, y de medidas urgentes de racionalización del gasto público e impulso y agilización de la actividad económica.

abril, [...]».

Por su parte, en Servicio Murciano de Salud cuenta desde el año 2001 con una Junta de Contratación⁵². De forma más reciente, en el año 2010, adjudicó un contrato para el servicio para la integración del Sistema SAP y el Sistema de gestión de la Plataforma Logística del Servicio Murciano de Salud⁵³. El objeto del contrato es gestionar de forma centralizada el almacenaje, preparación de pedidos y suministro a punto final de consumo de material fungible sanitario y no sanitario.

En ese último año, han sido numerosas las iniciativas relativas a la centralización de compras en el ámbito de los servicios autonómico de salud. Así, la Orden SAN/ 19/2012, de 13 de enero, ha creado la Comisión Central de Compras y Contratación Administrativa de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León. Entre sus competencias se encuentra la de planificar y programar las familias de productos, o los servicios externos, cuya adquisición va a ser gestionada bien mediante acuerdos marco o mediante contratos centralizados, así como seleccionar los procedimientos y criterios de adjudicación más adecuados en función de la tipología y del volumen de compra de los bienes y servicios a licitar.

En Asturias, el reciente Decreto 163/2012, de 11 de julio, que establece la estructura orgánica básica del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ha creado Comisión Central de Compras, cuya función será la elaboración del catálogo de productos y material sanitario de utilización en los diferentes centros del Ente, así como la planificación y coordinación del proceso de adquisición de los mismos.

Mención aparte merece el modelo implantado en el Servicio Andaluz de Salud, en el que dada la dispersión, número de centros y también su peso en la demanda global en el Sistema Nacional de Salud, la integración se realiza a nivel provincial y no regional, existiendo, no obstante, determinadas compras gestionadas a nivel regional⁵⁴.

52 Resolución del Servicio Murciano de Salud de 7 de noviembre 2001.

53 En relación con esta Plataforma Logística de Compras, vid. FERNÁNDEZ GÓMEZ, V., «La Plataforma Logística de Compras: modelos de gestión», *Derecho y Salud*, vol. 22, 2011, pp. 165 y ss.

54 Desde el punto de vista normativo, vid. la Resolución de Servicio Andaluz de Salud de 11 de julio de 2008, modificada por Resolución de 19 febrero 2010. Vid. igualmente la Resolución del Servicio Andaluz de Salud de 6 de julio de 2012, Modifica la de 7-7-2011 que establece con carácter permanente

En definitiva, como ya hemos resaltado, todas las Comunidades Autónomas están realizando esfuerzos para implantar modelos de gestión que permitan dotar de mayor racionalidad a los sistemas de aprovisionamiento de sus servicios de salud. Más allá de esta nota común, existe una gran disparidad en cuanto al grado de formalización, al nivel de integración de la contratación y al volumen de suministros centralizados. Desde la perspectiva jurídica, es recurrente el empleo a la técnica de los acuerdos marco, si bien su diseño es dispar y así lo demuestra una selección aleatoria de algunos de los pliegos publicados de forma más reciente. En la mayor parte de las ocasiones, la racionalización se limita a la celebración de acuerdos marco que permiten seleccionar una serie de proveedores a los que los organismos receptores han de realizar sus pedidos de forma discrecional. Pero aún así, no es infrecuente que algunos servicios de salud se recurra a la celebración de acuerdos marco con un único proveedor. En cualquier caso, dado el objeto heterogéneo sobre el que recae el acuerdo, y el diferente mercado en el que se puede integrar, resultaría quizás inoportuno fijar condiciones excesivamente homogéneas de licitación para todo tipo de compra agregada.

El nivel regional de integración probablemente no sea el más idóneo para conseguir un grado óptimo de ahorro económico en las compras sanitarias⁵⁵. No obstante, los esfuerzos realizados permiten superar prácticas que obstaculizan un uso eficiente de los recursos públicos.

5. CONCLUSIONES

En la actualidad, la contratación pública de los Estados miembros de la Unión Europea está experimentando ya —más allá del ámbito de la sanidad— algunos cambios estructurales orientados hacia una

la composición y designación de los miembros de las mesas de contratación.

55 Vid. en este sentido SÁNCHEZ PRIETO, F., «Medidas de racionalización del gasto sanitario y su aplicación: un enfoque alternativo sobre las centrales de compra», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 49, 2007, pp. 190. Como advierte el citado autor, la capacidad de compra de las Comunidades se fragmenta respecto a la que podía llegar a articular el antiguo INSALUD, de modo que la prestación de servicios o suministros se aborda desde una óptica local y las economías de escala que antes se podía ofertar a los proveedores se ven reducidas. De esta forma, al actuar a través de múltiples centrales de contratación, los oferentes fragmentarían el mercado y aplicarían diferentes condiciones, no extendiendo siempre los mejores precios y condiciones dentro de cada central de compras.

mayor complejidad y agregación de la demanda a través de contratos marco y centrales de compras, unidos con frecuencia al desarrollo de plataformas de contratación electrónica. El recurso a acuerdos marco, a contratos públicos centralizados/conjuntos y a la contratación electrónica ha registrado un sensible incremento en toda Europa⁵⁶. En este contexto, el importante peso de la sanidad en los presupuestos públicos ha hecho inaplazable –al menos en nuestro país– profundizar en la racionalización técnica de la contratación sanitaria. Lo que de forma paralela se realiza tanto a nivel estatal como autonómico.

Las ventajas de la agregación de la contratación en el ámbito de la sanidad son bien conocidas. En primer lugar, los estudios empíricos realizados demuestran que se producen significativos ahorros en virtud de las economías de escala generadas. Por otro lado, se reducen igualmente gastos de gestión, ya que se limita el número y se simplifica los procedimientos realizados. En tercer lugar, la eliminación prácticas tales como el recurso al contrato menor o a la prórrogas de contratos anteriores incrementa el nivel del cumplimiento de los principios de transparencia y publicidad y, en consecuencia, la competencia. Desde el punto de vista de la gestión, igualmente, permite la racionalización del sistema de pedidos.

No obstante, la agregación de las demandas debe enfrentarse a distintos retos. En primer lugar, desde el punto de vista técnico, precisa de la creación de catálogos de productos bien únicos o bien suficientemente integrados. Por otro lado, puede existir cierta resistencia al cambio por parte de los profesionales que pierden capacidad de decisión a favor de los servicios especializados. Finalmente, existe el riesgo de que un abuso de estas técnicas produzca efectos restrictivos de la competencia, por lo que a largo plazo, pueden desaparecer las ventajas económicas obtenidas si eventualmente se refuerzan posiciones

de dominio en el mercado. Ello exige un cuidadoso diseño de cada procedimiento de licitación en base a un conocimiento técnico preciso tanto del bien o servicio a adquirir como del mercado en el que se integra.

Finalmente, aunque la integración de compras a nivel estatal ha conseguido importantes logros, y sin duda es la que mayores economías de escala produciría, se enfrenta a problemas adicionales. De hecho, todavía no existe el desarrollo reglamentario que posibilite la puesta en marcha de una auténtica central de compras estatal. Pero cuestiones tales como la ausencia de un catálogo unificado y las diferencias de gestión entre los servicios autonómicos de salud –por ejemplo, es evidente que el plazo de pago que aplica cada uno de ellos condiciona las ofertas– dificultan la implantación de un sistema de centralización de compras demasiado ambicioso a corto plazo. De forma consecuente, las últimas iniciativas normativas ponen el acento en instrumentos menos formalizados como la celebración de acuerdos marco conjuntos o la implantación de fórmulas supraautonómicas de escasa concreción normativa.

A nivel autonómico, se están realizando esfuerzos reseñables, algunos de los cuales cuentan ya con largo recorrido y han producido resultados notables. Es evidente que estas iniciativas no son incompatibles con las anteriores, y que existe un amplio espacio para el contraste crítico de los resultados obtenidos y para el diálogo técnico. El auténtico éxito de la racionalización de la contratación en el conjunto del Sistema Nacional de Salud dependerá de que se continúe potenciando la cooperación entre las distintas entidades adjudicadoras concernidas.

⁵⁶ Informe de evaluación del impacto y la eficacia de la legislación de la UE sobre Contratación pública. Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión, SEC(2011) 853 final, p. 7. En concreto, entre 2006 y 2009, el número de contratos marco se ha multiplicado prácticamente por cuatro. En 2009, más de 25 000 contratos marco representaban alrededor de una séptima parte del valor de todos los contratos publicados en el DOUE. Ese mismo año, el 6,8 % de todos los contratos fueron otorgados por poderes adjudicadores que actuaban por cuenta de otras autoridades. Más del 40 % del valor de los contratos publicados por órganos de adquisición conjuntos o centrales correspondía a acuerdos marco.

El resumen ejecutivo del documento está disponible en castellano: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/executive-summary_es.pdf (fecha de consulta: 1 de julio de 2012).

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD SANITARIA; ESPECIAL REFERENCIA A CUANDO SE USAN FORMULAS DE GESTIÓN PRIVADA

José Guerrero Zaplana

*Magistrado Especialista en lo Contencioso Administrativo.
Gabinete Técnico del Tribunal Supremo*

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN
2. LA RESPONSABILIDAD POR LA INDEBIDA PRESTACIÓN SANITARIA
3. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN COMO FORMA DE SOLIDARIDAD SOCIAL
4. LA PRESTACIÓN SANITARIA PÚBLICA DISPENSADA FUERA DE LOS CENTROS PÚBLICOS
5. INTERVENCIÓN DEL MÉDICO Y DE LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS EN LAS RECLAMACIONES POR DEFECTUOSA ASISTENCIA SANITARIA
6. QUIEN DEBE PAGAR LA INDEMNIZACIÓN
7. APRECIACIÓN FINAL.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La cuestión a la que se trata de dar respuesta en este trabajo es la que se refiere a las posibles dificultades que se pueden plantear a la hora de conseguir la plena ejecución de sentencias condenatorias dictadas con ocasión de la asistencia médica pública cuando la asistencia generadora del daño no se ha prestado directamente por la administración encargada del servicio público de salud.

Es necesario delimitar bien la cuestión objeto de nuestro estudio y debemos centrarnos en la asistencia sanitaria pública que es la que puede generar reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se deben haber tramitado, fundamentalmente, por la vía señalada por los artículos 139 y ss de la Ley 30/92

(y por el R.D. 429/93 regulador del procedimiento); obviamente, en los supuestos de asistencia médica privada las reclamaciones se tramitan por la vía de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil y la condena a indemnizar, en su caso, se dirigirá, frente al médico ó hospital prestador de la asistencia sanitaria.

Como luego veremos, es posible (y cada vez es más frecuente) que la asistencia sanitaria pública no se preste directamente por la administración sanitaria sino que se acuda a otras formulas en las que intervienen personas jurídicas diferentes prestando esa asistencia; aquí es donde se plantea el problema a la hora de ejecutar una sentencia condenatoria que haya declarado el derecho del particular/paciente a recibir una indemnización consecuencia de la defectuosa asistencia sanitaria recibida.

Lo que se trata de defender es la posición jurídica del perjudicado partiendo de la base de que su posición quedará reforzada si su indemnización puede reclamarla y recibirla directamente frente a la administración, sin que sea exigible dirigir la acción frente al responsable subsidiario ó frente a la aseguradora.

Obviamente, solo se plantean problemas cuando se trata de sentencias condenatorias en las que se fija una indemnización por un importe determinado que la persona reclamante tiene derecho a recibir como compensación del año sufrido. Las sentencias desestimatorias de la reclamación, que confirman la regularidad de la asistencia, se ejecutan por su mera declaración.

A la hora de delimitar el objeto de estudio, también es necesario señalar que los problemas que analizaremos se plantearán en relación, exclusivamente,

a sentencias dictadas por la Jurisdicción contencioso administrativa y ello puesto que, tras unos años en que se plantearon dudas y vacilaciones, se puede afirmar con contundencia que la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones derivadas de la asistencia sanitaria pública es la contencioso administrativa como resulta de diversos preceptos y así lo ha ratificado, también, la jurisprudencia mas unánime:

- El artículo 2.e) de la Ley 29/98 reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa estableció que la jurisdicción contenciosa era competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

- También es importante señalar lo que dispone el artículo 21.1 LJCA según el cual se considera parte demandada en los recursos contencioso administrativos las aseguradoras de las administraciones públicas, que siempre serán parte codemanda junto con la administración a quien aseguren. (Disp. Adic. 14ª L.O. 19/2003)†

Mas específico es lo que resulta de la Disposición Adicional Duodécima de esa misma Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (añadido por el Art. 2 de Ley 4/1999 de 13 enero 1999 el 14/4/1999) que bajo la rúbrica de Responsabilidad en materia de asistencia sanitaria afirma que: La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.

- La Ley Orgánica del Poder Judicial en el segundo párrafo de su artículo 9.4 eleva el rango normativo de la decisión de atribuir el conocimiento de estos asuntos a la jurisdicción contenciosa y,

con gran contundencia, a la hora de definir los asuntos de los que deberá conocer la jurisdicción contencioso administrativa, señala que los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa “Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva”. La reforma operada por la Ley 19/2003 (vigente desde el 15 de Enero de 2004) añadió la mención de que “También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas”. De este precepto, que con contundencia proclama la universalidad de la jurisdicción contencioso administrativa en esta clase de asuntos, se deriva la importancia y necesidad, que ya podemos adelantar, de emplazar a las aseguradoras en los recursos relativos a la responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria.

- El Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 3 de Mayo de 2000 hizo imposible que continuaran produciéndose supuestos de peregrinaje jurisdiccional y zanjó la cuestión afirmando que «Ante el ejercicio de acciones por responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas, este Tribunal, en sus distintas Salas, se ha pronunciado de forma contradictoria. Esto ha determinado numerosos pronunciamientos de la Sala especial de este Tribunal para resolver conflictos de competencia constituida al amparo del Art. 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En ellos se ha declarado la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de este tipo de acciones». Tras la cita de la disposición adicional duodécima de la ley 30/92, concluye el Tribunal Supremo afirmando que «Con ello vienen a despejarse algunos de los obstáculos que anteriormente eran opuestos doctrinal y jurisprudencialmente a la interpretación que creemos obligada sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa ...».

Mas reciente en el tiempo es el artículo 3.g) de la

Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social que excluye del conocimiento de los órganos jurisdiccionales del orden social las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, sean estatales o autonómicos, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

El tenor literal de este precepto es casi tan contundente como el artículo 9.4 de la LOPJ puesto que señala que la jurisdicción contenciosa es la competente para conocer, obviamente por la vía de la responsabilidad patrimonial, de las reclamaciones frente a entidades gestoras y servicios comunes e incluye también centros sanitarios concertados e incluso también cuando la reclamación se plantee frente a las aseguradoras.

Queda, pues, poco resquicio, al conocimiento de otra jurisdicción que no sea la contenciosa para el enjuiciamiento de cualquier reclamación derivada de cualquier forma de asistencia sanitaria pública. De lo que se trata ahora es de lograr que esta clara voluntad del legislador se convierta en efectiva y real como garantía de la posición jurídica del perjudicado.

2. LA RESPONSABILIDAD POR LA INDEBIDA PRESTACIÓN SANITARIA

Antes de entrar en el fondo de la cuestión a la que tratamos de dar respuesta en esta ponencia, es necesario realizar algunas consideraciones preliminares sobre la responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario; sobre la configuración actual de la responsabilidad patrimonial y su regulación procedente de la Ley 30/1992, así como sobre la jurisprudencia que la analiza e interpreta. Hay que partir de que nos encontramos ante una forma de responsabilidad que se caracteriza por su carácter directo y objetivo; estas dos son sus notas esenciales y que determinaran su naturaleza y predefinen los supuestos en que debe procederse a la estimación de la reclamación.

La responsabilidad patrimonial es una **responsabilidad directa** lo significa que la Administración no responde de modo subsidiario sino que el perju-

dicado tiene abierta la vía directamente contra la administración de la que procede el acto generador del daño sin que sea preciso reclamar contra el personal ó funcionario autor de la actuación generadora del daño; ahora bien, ello sin perjuicio del derecho de la Administración de repetir contra el personal a su servicio que sea responsable del daño causado.

La segunda nota esencial de la responsabilidad patrimonial de la administración es que se trata de una **responsabilidad objetiva** y la consecuencia de que la responsabilidad sea objetiva es que no es menester demostrar que los titulares o gestores de la actividad administrativa hayan actuado con dolo o culpa, ni es necesario demostrar que el servicio público haya actuado de manera anómala, y ello pues hay obligación de indemnizar aun en los casos de funcionamiento normal del servicio público; así lo establece la Ley 30/1992 en el primero de sus artículos dedicados a la responsabilidad patrimonial de la Administración (artículo 139.1) cuando dice que: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

De lo dicho se desprende que el **daño** producido por el funcionamiento del servicio público debe ser **antijurídico** y lo será en los casos en que el riesgo inherente a la utilización de dichos servicios públicos debe haber rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. Aunque puede parecer innecesario, es útil señalar que en materia sanitaria la administración no responde de todo daño que se derive de la prestación asistencial sanitaria pública y ello pues hay muchos daños que derivan de dicha prestación asistencial que tienen su base en la propia existencia de la enfermedad ó en la evolución de la patología de que se trate y no derivan de la forma ó modo de la prestación asistencial sanitaria. La responsabilidad patrimonial sanitaria, pues, solo hace responsable a la administración de los daños que tienen la consideración de antijurídicos y en los que el perjudicado sufre un daño que no tenía obligación de soportar.

La forma más correcta de delimitar los supuestos de verdadera responsabilidad, consiste en añadir un “plus” a la exigencia de la relación de causalidad: no basta solo con exigir que exista relación de causalidad, se debe exigir, además, que la prestación sanitaria se haya producido con **infracción del criterio**

de la *lex artis* de modo que la simple existencia de la relación de causalidad no determina por sí la existencia de responsabilidad siendo exigible que la asistencia prestada, aún siendo formalmente correcta, haya infringido ese criterio de normalidad.

Como estamos ante una responsabilidad que tiene, por su propia naturaleza, un carácter claramente objetivo, la aplicación de ese “plus” que permita reducir los supuestos en que haya lugar a la responsabilidad patrimonial de la administración solo a los supuestos de verdadera necesidad, hace necesario atender no a criterios de ilicitud ó de culpa (propios de otras formas de responsabilidad) sino que debe atenderse a un criterio distinto como puede ser el de la corrección de la asistencia sanitaria prestada sobre la base de ese criterio de normalidad que representa la *lex artis* que se convierte en elemento que inclinará la balanza a favor ó en contra de la estimación de la reclamación.

De no obrar de este modo se produciría una objetivización excesiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración; la jurisprudencia más moderna ha insistido reiteradamente en el criterio de la *lex artis* como delimitador de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Igualmente, se ha señalado por la Jurisprudencia¹ como obrar de otro modo convertiría a la Administración en aseguradora universal de toda clase de riesgos lo que, obviamente, parece carente de justificación.

3. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN COMO FORMA DE SOLIDARIDAD SOCIAL

Cuando la administración (sea sanitaria ó no) presta un determinado servicio y ocasiona un daño, debe reparar el daño causado; obviamente, si la actividad dañosa la ha realizado la administración, la obligación de reparar el daño recaerá sobre la misma administración autora del acto. Es decir, si el daño se ha generado a consecuencia de una prestación sani-

taria facilitada por un hospital público la indemnización deberá abonarla la administración pública titular del mismo.

El problema al que tratamos de dar respuesta es quien estará obligado a reparar el daño en el caso de que la asistencia sanitaria se haya prestado por otra persona jurídica diferente a la administración pública; es decir, lo que se propone es que hay que evitar que en el caso de que la asistencia se haya prestado por alguna de las formulas jurídicas a las que nos referiremos más adelante, se produzca alguna modificación en el régimen de la responsabilidad patrimonial sobre todo a la hora de ejecutar las sentencias condenatorias y que ello vaya en perjuicio del reclamante.

La respuesta que demos a esta cuestión tendrá mucho que ver con el concepto y fundamento general de la responsabilidad patrimonial y ello pues, como hemos visto más arriba, en todo caso, la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria pública (aunque en la producción del daño hayan intervenido sujetos privados como pueden ser hospitales concertados), se debe declarar por la jurisdicción contenciosa una vez que se haya tramitado el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Lo que tratamos de justificar es que todos los supuestos de responsabilidad patrimonial de la administración derivada de la asistencia sanitaria en la que se ha producido una sentencia condenatoria deberían dar lugar a igual procedimiento de ejecución de esa sentencia condenatoria puesto que otra cosa supondría atentar al principio constitucional de igualdad y generaría situaciones de verdadera discriminación entre pacientes que deberían encontrarse en idéntica situación.

La responsabilidad patrimonial es una institución jurídica que tiene una tradición relativamente reciente en nuestro sistema jurídico y que trata de hacer efectiva la equitativa distribución en el reparto de las cargas públicas de modo tal que se repartan entre todos los ciudadanos de modo igualitario. La responsabilidad patrimonial surge a partir de la idea de que si la actuación administrativa tiene por objeto beneficiar a todos los ciudadanos, cuando dicha actuación causa daño a alguno de ellos lo justo es que dicho perjuicio se distribuya también entre todos.

El dato de la causación de un daño a un particular a consecuencia del funcionamiento del servicio público se convierte en el fundamento de la responsabilidad patrimonial. La responsabilidad surge así con

¹ Puede citarse, por ejemplo, la Sentencia de la Sala Tercera de fecha 29 de Septiembre de 2010; Rec. 648/2007 que habla de que «Como hemos afirmado en sentencia de 4 de noviembre de 2009, es evidente que constituye jurisprudencia de esta Sala, reiteradamente declarada, la de que en materia sanitaria no cabe ampararse en el principio objetivo de la responsabilidad que se proclama en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/92 para intentar convertir a la Administración en una especie de aseguradora universal de todo daño sufrido por el paciente, cualquiera que sea la correcta actuación de la Administración sanitaria. »

el perjuicio que se causa, independientemente de que éste se haya debido a una actuación lícita o ilícita de los poderes públicos y de quién haya sido concretamente su causante; el fundamento radica en la necesidad de que la administración se haga responsable del daño causado a cualquier particular derivado del funcionamiento del servicio.

Se fundamenta de este modo, también, la responsabilidad patrimonial en el principio de solidaridad que resulta del estado social y de derecho (artículo 1 de la Constitución) de modo tal que se viene a configurar la responsabilidad patrimonial como una institución que tiende a lograr el aseguramiento colectivo frente a todo daño que pueda resultar de la actividad de la Administración. Si un particular sufre un daño provocado por la actuación de otro particular debe repararse dicho daño por aplicación de lo previsto en el artículo 1902 del Código Civil, pero si el daño deriva del funcionamiento del servicio público, debe ponerse en marcha el mecanismo de la responsabilidad patrimonial.

Siendo cierto que la responsabilidad patrimonial surge como una forma de aseguramiento colectivo derivado de la posibilidad de que se produzca un daño derivado del funcionamiento del servicio público, no puede desconocerse como hoy día, es fácil encontrar jurisprudencia que reclama contra la consideración de la administración como simple aseguradora colectiva y trata de reconducir la responsabilidad patrimonial a los casos en que verdaderamente sea exigible.

En los tiempos que vivimos, la realidad es que la actividad de la Administración es cada vez más amplia y abarca campos de actuación más diversos. La configuración del Estado que procede de la Constitución de 1978 hace que coexistan en el mismo territorio diversas administraciones: estatal, autonómica y local (junto a entes integrados en la Administración corporativa) por lo tanto, es fácil siempre encontrar alguna administración que se encuentra cerca de nuestra actividad ó a la que podamos imputar el daño que hemos sufrido. A su vez, las administraciones tienen una innegable tendencia expansiva por lo que se hace necesario establecer los máximos controles posibles de modo que se pueda sujetar al poder público (que por naturaleza también es expansivo) y someterlo a lo que deben ser sus normas y límites de actuación; para ello, no resultan suficientes los controles judiciales de legalidad ordinaria y cuyo ejercicio se encomienda ya a los órganos jurisdiccionales contencioso administrativos; resulta preciso, además, que se constituyan otros mecanismos de control, y de

entre ellos, uno de los más importantes es el que resulta de someter a la Administración a la obligación de responder de los daños que pueda ocasionar en el ejercicio de su actividad. Así, la responsabilidad patrimonial de la Administración se convierte, también, en una forma de control de la actividad de la administración y de garantizar que se someta al principio de legalidad.

Los controles de legalidad no son suficientes para asegurar el sometimiento de la administración al ordenamiento jurídico; es decir, debe haber actuaciones no contrarias a la ley pero que generan responsabilidad patrimonial de la administración. Resulta, pues, que la responsabilidad patrimonial supera el criterio de ilicitud de una conducta: no se indemniza el daño cuando se ha ocasionado por una conducta ilegal; cuando se indemniza por la vía de la responsabilidad patrimonial es cuando el daño es antijurídico, es decir, cuando un particular sufre un daño que no debía sufrir y que procede del funcionamiento del servicio público. La responsabilidad patrimonial es una forma de solidaridad colectiva que indemniza cuando el funcionamiento del servicio público ha ocasionado un daño a un determinado particular que reclama.

La obligación de reparar los daños causado por la administración a consecuencia de la realización de un acto antijurídico es posible mediante la impugnación contencioso administrativa de ese acto, pero existen multitud de otros actos que emanan de las administraciones publicas que no son ilegales ni ilícitos (no son antijurídicos) pero que, sin embargo, ocasionan daños a los administrados y para la reparación de estos daños (y solo de estos daños) existe la responsabilidad patrimonial de la Administración. El problema surgirá a la hora de someter a límites las exigencias de reparación con el fin de que la administración solo repare aquello a lo que está verdaderamente obligado siguiendo los parámetros que sirvieron para la creación de la responsabilidad patrimonial.

La importancia de la cuestión hace que sea necesario que la regulación de esta materia se realice por normas con rango legal; no se olvide que se trata de un derecho de los llamados de «configuración legal» y ello pues su regulación no deriva directamente de la Constitución sino que los preceptos constitucionales (artículo 106) exigen un desarrollo con norma de rango de ley; con ello se realiza la aplicación, además de lo dispuesto en el artículo 149.18 de la Constitución según el cual el Estado tiene competencia exclusiva sobre, entre otras materias «el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas».

Retomaremos estas consideraciones sobre la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria más adelante en este trabajo, a la hora de reclamar que todas las sentencias condenatorias que proceden de la responsabilidad patrimonial se ejecuten de igual modo como garantía de la posición jurídica del reclamante.

4. LA PRESTACIÓN SANITARIA PÚBLICA DISPENSADA FUERA DE LOS CENTROS PÚBLICOS.

De todos es conocido, por la realidad diaria en la que nos movemos, la posibilidad de que la asistencia sanitaria se preste por servicios médicos que no dependen directamente de la administración pública sanitaria. No es nuevo en la administración moderna la “externalización de servicios”; quizás por la excesiva carga de prestaciones que las administraciones públicas asumen se viene produciendo un efecto claro que es acudir a formulas privadas de gestión.

No es nuevo hablar de la llamada huida del derecho administrativo con la que la propia administración trata de eludir los rígidos controles y procedimientos a los que se debe someter al regular su actuación por los preceptos derecho público. La actuación de la administración pública por medio de empresas públicas, fundaciones ó entidades de diverso tipo no es sino una manifestación de esta huida del derecho administrativo.

Nuestro Estado moderno, configurado como Estado social según señala el artículo 1 de la propia Constitución, hace que sean muchas las nuevas modalidades de prestación de los servicios viniéndose a configurar lo que se llama un derecho administrativo social como aquel sector del derecho administrativo que regula la forma con la que la administración presta esos servicios cada vez más numerosos e intensos

Lo que se debe tratar de evitar es que esa fuga del derecho administrativo en la prestación de la asistencia sanitaria vaya en menoscabo de las garantías de los posibles perjudicados; garantías que recoge nuestro ordenamiento jurídico, y que no son sino una protección de la parte más débil que es el paciente/reclamante.

Diversos son los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico que permiten esta externalización del servicio público sanitario; nos referiremos a los supuestos de convenios singulares, los conciertos,

las nuevas formas de gestión que se mencionan en el R.D. 29/2000 así como a los contratos de servicios a que se refiere el artículo 10 de la actual ley de Contratos del Sector Público.

El artículo 66 de la Ley General de Sanidad (ley 14/1986) recoge, junto a la existencia de una red integrada de hospitales del sector público, la posibilidad de establecer convenios singulares con hospitales privados para que se integren en dicha red pública: Los hospitales generales del sector privado que lo soliciten serán vinculados al Sistema nacional de salud, de acuerdo con un protocolo definido, siempre que por sus características técnicas sean homologables, cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y si las disponibilidades económicas del sector público lo permiten².

El artículo siguiente establece las condiciones que debe reunir el convenio que vincule un determinado hospital a la red pública, aunque se establece que la titularidad de las relaciones laborales del personal que preste servicios se mantendrá con la titular de los centros, claramente se establecen algunas indicaciones que permiten entender que la asistencia se debe prestar en condiciones de igualdad en relación a la asistencia sanitaria pública:

- Se establece la igualdad en cuanto al régimen de jornada.
- La asistencia debe prestarse en condiciones de gratuidad y el cobro de alguna cantidad por “atenciones no sanitaria” debe estar previamente autorizada.
- Estos centros se someten a las mismas inspecciones y controles que los hospitales públicos.

Junto al uso de la figura del convenio, se prevé la posibilidad del empleo de la fórmula del concierto que establece el artículo 90 de la misma Ley General de Sanidad: Las Administraciones públicas sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas.

² Por ejemplo, en Castilla La Mancha, la Orden de 22/6/2010 de la Consejería de Salud y Bienestar Social establece el procedimiento para la vinculación de centros privados de atención sanitaria especializadas a la red sanitaria pública y se contemplan unos modelos normalizados de convenio singular entre el Servicio de Salud de Castilla la Mancha y las empresas titulares de los establecimientos sanitarios. Sin duda otras CC.AA tendrán regulada la misma cuestión.

Como es natural, también aquí, se establece determinadas indicaciones respecto a los límites en que se puede concertar la asistencia sanitaria:

- Con carácter previo es necesario garantizar la utilización óptima de los recursos sanitarios públicos.
- Se debe dar prioridad, a los establecimientos, centros y servicios sanitarios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo.
- Se debe establecer las condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a los conciertos. Las condiciones económicas se establecerán en base a módulos de costes efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración.
- Los centros sanitarios susceptibles de ser concertados por las Administraciones públicas sanitarias deberán ser previamente homologados de acuerdo con un protocolo definido por la Administración que establece el concierto.

La indicación más importante, desde el punto de vista de la cuestión que ahora nos ocupa, es lo que establece el apartado 6 del artículo 90 cuando habla de que “quedará asegurado que la atención sanitaria y de todo tipo que se preste a los usuarios afectados por el concierto será la misma para todos sin otras diferencias que las sanitarias inherentes a la naturaleza propia de los distintos procesos sanitarios, y que no se establecerán servicios complementarios respecto de los que existan en los centros sanitarios públicos dependientes de la Administración pública concertante”.

Esta última indicación es la más relevante puesto que si la asistencia sanitaria debe ser igual en todos los casos, cabe concluir que deberían ser iguales las consecuencias de dicha asistencia.

En la búsqueda de nuevas formas de prestación asistencial sanitaria se ha movido nuestro ordenamiento jurídico dictando una serie de normas que han permitido también la que al inicio llamábamos “externalización” de servicios

La ley 15/97 fue un primer paso en este sentido estableciendo que la gestión de los centros y servicios sanitarios y socio sanitarios podría llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho: ampara la gestión a través de entes

interpuestos dotados de personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones u otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en nuestro ordenamiento jurídico. Es importante el segundo apartado de su artículo único cuando señala que “La prestación y gestión de los servicios sanitarios y socio sanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad”

Actualmente es importante referirse a lo que señala el R.D. 29/2000 sobre nuevas formas de Gestión del Instituto Nacional de la Salud que se dicta como desarrollo reglamentario de la Ley 15/97 y que será de aplicación a los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria gestionados por el Instituto Nacional de la Salud, que adopten cualesquiera de las nuevas formas de gestión previstas.

Lo más importante es lo que señala en su artículo 3 cuando habla de que “La gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, en el ámbito del Instituto Nacional de la Salud, podrá llevarse a cabo a través de fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, consorcios, sociedades estatales y fundaciones públicas sanitarias, así como mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público”.

Es de vital importancia señalar como, a la vez que admite cualquier forma de personación para los centros, servicios y establecimientos, en el último inciso de este precepto se habla de que se debe preservar en todo caso la condición de servicio público; esta condición es lo que garantiza y asegura que se deba facilitar la asistencia en condiciones de igualdad. No se olvide que no hay razón alguna que justifique que un servicio público se preste en condiciones de desigualdad en atención a la forma de personificación jurídica del ente prestador de la asistencia.

En este punto es importante recordar como el artículo 41 de la Constitución reconoce que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad especialmente en caso de desempleo y el artículo 43 reconoce el derecho a la

protección de la salud. Ambos derechos se reconocen con una forma de generalidad que debe interpretarse, pues, en términos de absoluta universalidad e igualdad para todos los ciudadanos.

Independientemente del empleo de una u otra forma de personación, el artículo 7 del R.D. garantiza la concepción integral propia de toda la red de asistencia sanitaria, garantizando la continuidad asistencial entre niveles y preservando el cumplimiento de los principios que inspiran el Sistema Nacional de Salud; a su vez, se establecen disposiciones comunes de gestión en los artículos 4 a 6:

- Las actividades de las entidades se desarrollarán con estricta sujeción a los criterios de planificación que se elaboren, con carácter general, por el Instituto Nacional de la Salud.
- Se garantizará la coordinación entre todos los centros sanitarios de la red del Instituto Nacional de la Salud y entre los distintos niveles asistenciales.
- Los centros sanitarios mantendrán entre ellos una cooperación permanente en el ámbito asistencial, administrativo y de actividades complementarias.

Lo más importante, desde el punto de vista que ahora nos interesa, es la garantía de prestación que se incorpora al artículo 8 del R.D. cuando se habla de que “El Instituto Nacional de la Salud garantizará, en todo caso, que la atención sanitaria que se preste en todos los centros sanitarios, con independencia de que tengan personalidad jurídica, se efectúe con el alcance y en los términos previstos en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”. (Obviamente la referencia al R.D. 63/95 debe entenderse realizada al R.D. 1030/2006 que establece la cartera de Servicios Comunes del sistema Nacional de Salud y cuya Disposición Derogatoria Única 1 deroga expresamente aquella norma). Es decir, también ahora se trata de preservar la igualdad en la prestación de la asistencia pública sanitaria de modo que se convierte en esencial la garantía de que, sea cual fuera la forma de personación del centro que preste la asistencia, se garantiza la igualdad entre todos los ciudadanos en cuanto a la asistencia recibida.

Los artículos 2 y ss del R.D. 1030/2006 en relación con los Anexos definen las prestaciones sanitarias que pueden ser reclamadas y que deberán ser

prestadas por los servicios públicos de salud (empleando cualquiera de las formas a las que nos hemos referido); así el artículo 2.1 define la cartera de servicios y habla de que es el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias. En los Anexos se detallan cada uno de los servicios y el Anexo III se refiere a la Atención Especializada incluyendo tanto la asistencia especializada en consultas, la asistencia especializada en Hospital de día y en régimen de Internamiento. Los apartados 4 y 5 del artículo 2 del R.D. 1030/2006 señalan que:

- Los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a la cartera de servicios comunes reconocida en este Real Decreto, siempre que exista una indicación clínica y sanitaria para ello, en condiciones de igualdad efectiva, al margen de que se disponga o no de una técnica, tecnología o procedimiento en el ámbito geográfico en el que residan.
- El acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, detalladas en la cartera de servicios comunes que se establece en este Real Decreto, se garantizará con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento los usuarios del sistema.

Quiere decir, pues, que cuando se utilizan las nuevas formas de gestión se garantiza la igualdad en las prestaciones por lo que también hay que ocuparse de que la ejecución no perjudique a una de las partes.

Anunciamos al principio de este apartado que nos referiremos también a los contratos de servicios que menciona el artículo 10 de R.D. Legislativo 3/2011 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público cuando habla de que “Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”. La categoría 22 de ese Anexo menciona expresamente los servicios sociales y de salud³.

El artículo 2 define los contratos del sector públi-

³ Los artículos 275 a 289 son los que recogen la regulación detallada del contrato de gestión de servicios públicos.

co, y establece que están sometidos a dicha Ley en la forma y términos previstos en la misma, aquellos contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el Art. 3. Dicho precepto incluye en sus dos primeros apartados a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local; b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

La Disposición Adicional Vigésima establece que los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren MUFACE y el ISFAS con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán también la naturaleza de contratos de gestión de servicio público y por lo tanto se regulan por las mismas normas. Lo importante, en relación a la cuestión que ahora nos ocupa, no es el nombre que se de al contrato sino el efecto que pueda tener en cuanto a la responsabilidad que derive de un supuesto daño ocasionado por la asistencia sanitaria prestada por medio de un contrato de esta naturaleza.

Por lo que ahora nos interesa es especialmente importante lo que señala el artículo 280 cuando señala que el contratista está sujeto, entre otras, a la obligación de c) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.

Esta fórmula permite, pues, que la administración preste el servicio público sanitario por medio de esa clase de contratos y el artículo 19 declara que estos contratos tienen el carácter de contratos administrativo y se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. (apartado 3). A su vez, el artículo 21 señala que “El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”.

La consideración de estos contratos como administrativos y su claro sometimiento al derecho admi-

nistrativo y la remisión a la jurisdicción contencioso administrativa supone claramente una garantía para el particular y servirá para frenar esa huida del derecho administrativo pero no garantiza, por si sola, la posición jurídica del perjudicado, tal como pretendemos poner de manifiesto en este trabajo.

El artículo 132 se refiere al régimen jurídico y señala como antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

Por lo tanto, resulta que existen diversas formulas y posibilidades para que la asistencia sanitaria, aún siendo una competencia propia de la Administración Autonómica (el artículo 148.1.21 de la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia en Sanidad e Higiene) se facilite por entes ajenos a la propia administración que tiene encomendada la prestación de la asistencia sanitaria. En todo caso se exigen unas garantías de igualdad que proceden de la competencia estatal (artículo 149.1.16 de la Constitución) en materia de bases y coordinación general de sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos)

La cuestión a la que nos referimos como objeto central de este trabajo es la posibilidad (más real que hipotética) y contra la que hay que luchar, de que al amparo de estas formas de personación se difumine la naturaleza propia de la prestación de asistencia sanitaria, y la responsabilidad patrimonial de la administración que pudiera declararse, haciendo ineficaces las garantías que amparan a aquellas personas que han sufrido un daño a resultas del funcionamiento de los servicios públicos.

La igualdad a la que se refieren los preceptos citados más arriba y que se predica respecto de la asistencia médica y de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, no puede limitarse a la igualdad en cuanto a la definición de las prestaciones sino que dicha igualdad (para que sea real y efectiva) debe trasladarse a la igualdad en cuanto a los procedimientos de ejecución de la sentencia condenatoria que se pueda obtener a la hora de valorar la producción de un daño antijurídico derivado de la prestación sanitaria recibida.

Como veremos más adelante, la normativa aplicable a esta forma de personación en la prestación de servicios públicos favorece que la reclamación se dirija contra la persona jurídica prestadora del servicio público y ello va en claro menoscabo de las garantías que supone el funcionamiento de un sistema homogéneo de responsabilidad patrimonial.

Cuestión distinta, y de la que no nos ocuparemos ahora, es el supuesto en el que el propio perjudicado acuda voluntariamente a la medicina privada a recibir toda ó parte de la asistencia, en cuyo caso son los órganos de la jurisdicción civil los que deben dilucidar la cuestión; es el supuesto de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 4 de Mayo de 2007 (Rec. 86/2003) en el que fue el tratamiento rehabilitador realizado incorrectamente el generador del daño y que se realizó absolutamente al margen del servicio público de salud pues para ello se acudió a un seguro privado que tenía suscrito el paciente. Con base en ello, y de lo dispuesto en el art. 9.4 de la LOPJ se desestimó la responsabilidad patrimonial del INSALUD, sin que resulte competente al amparo de lo dispuesto en el art. 9.4 de la LOPJ para pronunciarse sobre responsabilidades de otras entidades demandadas, que al no concurrir con la Administración pública en la causación de un daño, no pueden ser examinadas en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa. Entiende la sentencia que los perjuicios por los que se reclama se han ocasionado en el ámbito de la ejecución de un contrato privado, y es a la jurisdicción civil a la que corresponde pronunciarse sobre las incidencias que del mismo se deriven y ante esa jurisdicción en su caso, si lo estima procedente, podrá accionar la recurrente, debiendo limitarse la jurisdicción contenciosa a desestimar la responsabilidad patrimonial planteada ante la administración pública y no existiendo esta no cabe apreciar concurrencia ó derivación en una inexistente responsabilidad patrimonial de la Administración por parte de las codemandadas.

5. INTERVENCIÓN DEL MÉDICO Y DE LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS EN LAS RECLAMACIONES POR DEFECTUOSA ASISTENCIA SANITARIA.

Antes de seguir adelante con nuestro razonamiento, no podemos dejar de plantear si en el pleito contencioso administrativo que se debe tramitar para dilucidar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria debe intervenir tanto el médico (y su aseguradora) como la compañía aseguradora que garantiza la responsabilidad del servicio público

de salud e incluso, si es precisa y necesaria la intervención directa de la entidad mercantil que pueda ser titular del centro u hospital en el que se haya prestado la asistencia generadora de responsabilidad patrimonial.

En cuanto a la intervención del médico, y tal como hemos expuesto más arriba resulta que la jurisdicción contenciosa es la competente para conocer de todo tipo de reclamaciones derivadas de la defectuosa asistencia sanitaria pública y esta jurisdicción valora la existencia ó no de responsabilidad en la forma y con los requisitos que resultan de la aplicación de los artículos 139 y ss de la Ley 30/92, resulta que, como hemos visto en los apartados anteriores, el perjudicado por una actuación administrativa causante de un daño, puede obtener su reparación sin necesidad de la intervención del médico puesto que la responsabilidad se plantea en relación al daño antijurídico y no en relación a la posible conducta antijurídica del médico ó del personal sanitario al que se impute la producción del resultado dañoso.

Así resulta que no solo no es necesaria la intervención del médico sino que, en la realidad de cada día, resulta que el médico no interviene y ello pues no se personan en los recursos contenciosos tramitados ni su intervención ha sido necesaria en el procedimiento administrativo previo que se ha debido tramitar antes de dictarse la resolución que pone fin a la reclamación de responsabilidad patrimonial. La consideración de la responsabilidad patrimonial como objetiva hace que no sea necesaria la intervención del médico pues se responde del daño causado por la actuación administrativa y no de la actuación personal de uno u otro médico.

Como muestra de la innecesariedad de la intervención del médico en el correspondiente recurso no puede dejar de citarse el criterio jurisprudencial que se denomina como del “Conjunto de deficiencias asistenciales” que justifica la declaración de responsabilidad patrimonial, precisamente, no en una concreta actuación médica sino en alguna deficiencia general del sistema; como es natural en esta clase de supuestos, la intervención del médico se vuelve más innecesaria desde el momento en que la justificación de la indemnización es un defectuoso funcionamiento general y no una actuación puntual que fuera imputable a una concreta persona. No es necesario analizar una actuación concreta de ningún médico ni profesional sanitario para determinar que ha existido un indebido funcionamiento general que debe ser reparado.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 19 de Mayo de 2006 (Recurso 3159/99) expone esta doctrina haciendo referencia a la Sentencia de fecha 16 de Diciembre de 1987. El supuesto de hecho era el de un paciente atendido en el Servicio de Urgencias de un Hospital y que fue diagnosticado de obstrucción intestinal siéndole indicado un tratamiento conservador y que fue atendido por varios cirujanos (a consecuencia del cambio de turnos) e ingresado en el Servicio de Traumatología, pues no existían camas libres en Cirugía, sin que fuera visitado por el médico hasta que presentó un cuadro brusco de taquicardia y que, aunque se intentó la intervención de urgencia, no evitó el fallecimiento del paciente. Esta sentencia considera que no le es exigible al paciente una prueba de cuál es el momento concreto en el que se produjo la anomalía en el tratamiento, sobre todo en atención sanitaria prestada en hospitales con intervención de muchos profesionales a lo largo de un dilatado periodo de tiempo no siendo posible una individualización de la responsabilidad. Por todo ello, citando otras sentencias que han aplicado el mismo criterio, considera que la declaración de responsabilidad procede “abstracción hecha del personal médico individualizado a quien correspondiera su adopción, (los medios para el tratamiento) y que ha de ser atribuida, por vía de omisión al Hospital ...”.

También utiliza este criterio, para justificar la condena a la Administración, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 6 de Abril de 2004 (Rec. 3560/99) que trata del supuesto de un niño al que se le suministra deficientemente oxígeno durante su estancia en una incubadora lo que le produce una ceguera que se acumula a otras deficiencias que padecía por su inmadurez. Entiende la sentencia que el defectuoso funcionamiento del servicio sanitario se despliega en tres hechos: inadecuado tratamiento con oxígeno; omisión en el informe de alta de toda referencia a la sordera y falta de toda información a la familia. Resulta, pues, que son varios los médicos que infringieron las exigencias de la *lex artis* (en relación cada uno a su propia responsabilidad) sin que eso modifique el criterio general de atribución de responsabilidad patrimonial general del sistema público sanitario sin hacer mención detallada ni personalizada de la concreta infracción en que haya podido incurrir cada médico.

Estos supuestos nos sirven para afirmar como, en general, no es necesaria la intervención directa del médico en ningún supuesto de responsabilidad patrimonial (sin perjuicio de que pueda intervenir en la

fase de prueba si se solicita su declaración como testigo); la posición del médico, resulta, pues, bastante clara y es ajena a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial; otra cosa hay que decir respecto de la posición de la Compañía Aseguradora.

Sobre la base de normas tan contundentes como las que hemos transcrito en el apartado I de esta ponencia⁴, parecía claro de que la reclamación ante la Administración y ante la Cia. Aseguradora debía plantearse ante la jurisdicción contenciosa, pero esta conclusión se vio truncada por los autos de la Sala de Conflictos dictados con los números 54/2004, 77/2004 ó 31/2005 según los que la llamada al pleito de dicha compañía se había producido en virtud de la acción directa recogida en el artículo 76 de la Ley de contratos de seguro; en base a los efectos de esta acción directa (que se examinaban en el fundamento jurídico cuarto) se concluía en el fundamento quinto que el derecho del perjudicado a ejercer la acción directa obligaba a que “lo razonable, mientras la ley no recoja, como ha hecho con los sujetos concurrentes a la producción del daño, una llamada expresa al proceso contencioso, es mantener en este supuesto la tradicional vis atractiva de la jurisdicción civil, reconocida en el artículo 9,2 de la LOPJ (...). De lo contrario, se obligaría al perjudicado a entablar dos procesos distintos ante dos jurisdicciones diferentes, la civil para la compañía aseguradora y la contenciosa administrativa para la administración. Tal alternativa, al margen de los problemas de economía procesal, riesgo de resoluciones no del todo acordes en ambos órdenes jurisdiccionales, provocaría una merma de las garantías del ciudadano y, en ultimo termino, un debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva”.

Por esta vía, habría sido posible derivar prácticamente todos los asuntos de los que conoce la jurisdicción contencioso administrativa en materia sanitaria desde la jurisdicción contenciosa a la civil con el único requisito de plantear exclusivamente la reclamación contra la compañía de seguros. Con este sencillo sistema se podría burlar todo lo dispuesto con tanta contundencia por la Ley 29/98, por el artículo 9,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por el resto de preceptos que los desarrollan.

Por lo tanto, con la redacción actual del artículo 9.4 de la LOPJ y con el añadido de su último párrafo según el cual también será competente este orden

⁴ Artículo 2.e) y 21.1 y Disposición Adicional Decimosegunda de la ley de la jurisdicción contenciosa; artículo 9.4 de la LOPJ

jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas, resulta que el hecho de que una compañía de seguros se persone en un recurso contencioso administrativo relativo a estas cuestiones, permite justificar que la competencia recaiga en un órgano de la jurisdicción civil aunque lo mas acomodado a la legalidad, sería que la Compañía Aseguradora defienda sus intereses ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

En esta cuestión debemos partir de lo que señala el artículo 76 de la Ley Contrato de Seguro según el cual: El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero”. El problema que se plantea es la dificultad de encajar la acción directa derivada del contrato de seguro en una reclamación de responsabilidad patrimonial. No cabe duda de que la voluntad del legislador es clara: la responsabilidad patrimonial se exige ante la jurisdicción contencioso administrativa. El objeto del pleito es determinar si ha existido responsabilidad patrimonial: funcionamiento normal ó anormal del servicio público y, por lo tanto, los criterios que se deben aplicar son los de la responsabilidad patrimonial: directa y objetiva.

Muy clarificadora sobre la atribución competencial es la sentencia de la Sala Primera de fecha 18 de Diciembre de 2007 (Rec.4953/2000) que realiza una detallada exposición de los criterios aplicables para la atribución competencial y permite distinguir varios supuestos:

a) Cuando se trata de demandas presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada en el Art. 9.4 LOPJ la jurisprudencia de esta Sala ha venido aceptando la vis atractiva [fuerza atractiva] del orden jurisdiccional civil en aquellos casos en los cuales se demanda conjuntamente por responsabilidad civil a la Administración y al personal sanitario dependiente de la misma.

b) Cuando se trata de demandas presentadas después de su entrada en vigor (se refiere a la Ley 4/99), la jurisdicción competente es la que corresponde a la Administración y, consiguientemente, el orden jurisdiccional competente es el de los

tribunales de lo contencioso- administrativo.

c) En el periodo que se desenvuelve entre la entrada en vigor de las reformas llevadas a cabo en 1998 y 1999 y la que se produce mediante la Ley Orgánica 19/2003, la Sala de Conflictos de jurisdicción, así como esta Sala, han venido aceptando que, dado que el perjudicado no puede verse privado del ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de la Administración, que nace en virtud de una norma imperativa que afecta al seguro de responsabilidad civil como contrato legalmente caracterizado como de naturaleza privada, se mantiene excepcionalmente la vis atractiva del orden civil en los casos en que se demanda a la Administración junto con su aseguradora.

d) A partir de la reforma llevada a cabo en el año 2003, el conocimiento del ejercicio de la acción conjunta contra la Administración y la aseguradora corresponde a los tribunales del orden contencioso-administrativo por expreso mandato del art. 9.4 LOPJ, nuevamente reformado, pero no en los casos en que se ejercita únicamente la acción directa contra la aseguradora, pero no se demanda a la Administración.

El auto de la Sala de Conflictos de 19 de Noviembre de 2007 ha sido claro al establecer como la reforma de la LOPJ llevada a cabo por la LO 19/2003, reconoce expresamente la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo “cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, junto a la Administración respectiva”. Este mismo criterio resulta del Auto de la misma Sala de Conflictos numero 76/2009 que establece como doctrina la siguiente: “El conocimiento de la responsabilidad extracontractual de la Administración sólo queda atribuido a la jurisdicción contencioso- administrativa cuando dicha reclamación se dirija frente a una Administración pública, mas no cuando --como en el presente caso-- la acción se ejercita exclusivamente frente a la empresa contratista que gestiona un servicio público y que tiene forma societaria privada y mercantil con personalidad jurídica propia.

Distinta sería la solución a adoptar si el demandante hubiera dirigido la acción conjuntamente contra la Administración concedente titular del servicio y contra la entidad mercantil que lo gestiona sobre la base de argumentar que se trata de un daño causado por el anormal funcionamiento de un servicio público; de haberse hecho así, sería aplicable lo dispuesto

en el Art. 2.e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, correspondiendo el conocimiento del asunto a la Jurisdicción contencioso-administrativa, pero como de modo único y exclusivo se ha demandado a la concesionaria del servicio, olvidando a la Administración como tal, la Jurisdicción competente es la Civil».

Al analizar la jurisprudencia que resulta de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo debemos concluir que hay dos supuestos que, claramente se excluyen del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

En primer lugar aquellos en los que solo se plantea la reclamación frente a la Compañía de Seguros no dirigiéndose reclamación alguna frente a la administración (aunque esta pueda haberse personado en condición de codemandada), es decir, los supuestos de acción directa. Sobre esto se ha pronunciado la Sala de conflictos en multitud de ocasiones y cabe citar autos muy recientes como los dictados en el año 2011 con el numero 49/2011 ó el auto 4/2010, 25/2009 y 8/2010; este último declara que el conocimiento y resolución de la demanda interpuesta contra la entidad aseguradora, en ejercicio de la acción directa que regula el Art. 76 Ley 50/1980, corresponden a los órganos judiciales del orden civil por entender que, aunque para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración asegurada no resulta en ningún modo extravagante atribuir la competencia al orden jurisdiccional civil, cuya vis atractiva sigue proclamando nuestro ordenamiento. Para llegar a esta conclusión utiliza el siguiente razonamiento: «El artículo 42 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil⁵ prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que sólo producirá efectos en el proceso de que se trate. La eventualidad de que en uno y otro orden (el civil y el contencioso-administrativo) se llegue a conclusiones fácticas distintas se encuentra resuelta en nuestro ordenamiento desde hace tiempo, en el que la jurisprudencia de nuestros tribunales, interpretando el artículo 24.1 de la Constitución y,

en el caso de afectar al ejercicio del ius puniendi del Estado, el 25.1, ha sentado que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para diferentes órganos o instituciones públicas, de modo que, fijados por el juez de una jurisdicción, vinculan a los demás, salvo que estos últimos cuenten con elementos de juicio que no estuvieron a disposición del primero. En fin, la máxima que aconseja no dividir la continencia de la causa opera siempre y cuando no suponga la restricción de los derechos sustantivos y procesales de los contendientes. En definitiva, cuando los perjudicados, al amparo del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, se dirigen directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora de una Administración pública, el conocimiento de la acción corresponde a los tribunales del orden civil.»

No puede dejar de señalarse que no parece fácil determinar cuáles puedan ser las razones que lleven a un perjudicado a entablar su acción exclusivamente frente a la aseguradora de la administración pública autora del acto del que deriva la responsabilidad patrimonial; no se olvide que aunque la existencia de la acción directa pueda justificar el establecimiento de dicha relación jurídica, la realidad es que para llegar a un pronunciamiento sobre el fondo será necesario realizar un previo razonamiento (aunque solo sea a efectos prejudiciales) sobre la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la administración. La defensa de la aseguradora frente a la acción directa no podrá realizarse de modo independiente sino que deberá plantearse conjuntamente con la defensa que pudiera hacer la administración prestadora del servicio público por lo que, en el fondo, se está realizando una construcción jurídica artificial.

No cabe desconocer los diferentes criterios que en esta cuestión mantienen las diversas Audiencias Provinciales puesto que no todas se pliegan al criterio de la Sala de Conflictos⁶.

En segundo lugar aquellos en los que se dirige la reclamación de responsabilidad patrimonial frente a las sociedades mercantiles que gestionan servicios públicos y que están participadas por capital público.

⁵ Los dos primeros párrafos del artículo 42 de la LEC establecen que: 1. A los solos efectos prejudiciales, los Tribunales civiles podrán conocer de asuntos que estén atribuidos a los Tribunales de los órdenes contencioso-administrativo y social. 2. La decisión de los Tribunales civiles sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirá efecto fuera del proceso en que se produzca.

⁶ Las Audiencias Provinciales de Cádiz (Sentencia de fecha 13/12/2011; Rec. 353/201) y de Sevilla (Sentencia de fecha 30/9/2009; Rec. 2976/2009) son conformes en reconocer la competencia de los órganos de la jurisdicción civil para conocer de las reclamaciones que se plantean, exclusivamente, frente a la Compañía aseguradora. Por el contrario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sentencia de fecha 14 de Enero de 2009; Rec. 1/09) insiste en considerar que también en este caso la competencia debe recaer en los órganos de la jurisdicción contenciosa por estar en la base una reclamación de responsabilidad patrimonial.

Es el caso del Auto número 18/2010 en el que la Sala indica que la vis atractiva del orden contencioso-administrativo para conocer de las reclamaciones que, por responsabilidad patrimonial, se dirijan contra las Administraciones Públicas opera si aquella responsabilidad se atribuye a personas jurídico-públicas, aun cuando cuenten con un seguro de responsabilidad o en la producción del daño hayan concurrido particulares, sin embargo, cuando la acción se plantea exclusivamente frente a sociedades mercantiles que, pese a gestionar un servicio municipal y estar participadas por capital público, se rigen por el derecho privado y no ejercen potestades públicas, la competencia corresponde a los tribunales del orden civil; la reclamación se referiría a los daños sufridos por un gimnasio a consecuencia de la inundación sufrida por la subida excesiva de la presión de la conducción del agua potable encomendada a la empresa Aqualia, razona la Sala que: «La vis atractiva del orden contencioso-administrativo para conocer de las reclamaciones que, por responsabilidad patrimonial, se dirijan contra las Administraciones Públicas opera si aquella responsabilidad se atribuye a personas jurídico-públicas, aun cuando cuenten con un seguro de responsabilidad o en la producción del daño hayan concurrido particulares (artículos 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 2 .e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción (BOE de 14 de julio)). Sin embargo, cuando la acción se plantea exclusivamente frente a sociedades mercantiles que, pese a gestionar un servicio municipal y estar participadas por capital público, se rigen por el derecho privado y no ejercen potestades públicas, sin que les convenga la calificación de Administraciones Públicas a la luz de lo dispuesto en los artículos 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (BOE de 27 de noviembre), y 1.2 de la Ley 29/1998, la competencia corresponde a los tribunales del orden civil que, con arreglo al artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conocen, además de las materias que les son propias, todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional».

En la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 25 de Mayo de 2010 (Rec. 7584/2005) se establece que condenar a la aseguradora cuando no ha sido demandada por el perjudicado es improcedente aún reconociendo que existe acción directa contra la aseguradora por aplicación del artículo 76 de la ley de Contrato de Seguro y ello pues «como es obvio, tener “acción directa” para exigir una indemnización no es lo mismo que obtener ésta

“por ministerio de la ley”. Que quepa dirigirse directamente contra el asegurador no exime de la carga de ejercer la acción. En otras palabras, si, aun teniendo acción directa contra el asegurador, el perjudicado no lo demanda, no es posible que el órgano judicial extienda al asegurador la condena pronunciada contra el causante del daño.»

Así la jurisdicción contencioso administrativa queda excluida tanto cuando se dirige la acción solo frente a la aseguradora como cuando se dirige contra la entidad privada que ha prestado el servicio público. En estas situaciones, el peligro contra el que se trata de alertar consiste en reconocer que si un paciente recibe asistencia sanitaria y le es facilitada por una entidad que no es administración pública, la reclamación posterior podría dirigirla solo frente a la prestadora de la asistencia ó solo frente a la aseguradora con lo que se desvirtúa el sistema de responsabilidad patrimonial y disminuyen notablemente sus garantías a la hora de hacer efectiva la indemnización a la que pudiera tener derecho por la vía de la responsabilidad patrimonial.

Resulta, que queda en manos del reclamante constituir adecuadamente la relación jurídico procesal con el fin de asegurar y garantizar su posición jurídica: planteando su reclamación frente a la administración, frente a la entidad titular del Centro ó Hospital en el que se pueda haber prestado la asistencia y frente a la aseguradora; de este modo se garantiza que del asunto conozca la jurisdicción contenciosa (por aplicación de los preceptos que citamos al principio) y se garantiza también la posibilidad de solicitar la ejecución de la sentencia, y el pago de la indemnización, frente al administración.

Por lo tanto, y como conclusión de este apartado, resulta que los médicos en ningún caso tienen necesidad ni obligación de personarse en los recursos contencioso administrativos que se tramiten para la determinación de la responsabilidad patrimonial; otra cosa cabe decir en relación a las Compañías aseguradoras que tienen legitimación suficiente y, además, las normas aplicables les atribuyen interés definitivo en la determinación de la responsabilidad que pueda generarse. Esto, a su vez, debe combinarse con los supuestos en los que planteándose la reclamación solo frente a la aseguradora ó solo frente a la entidad prestadora del servicio, se excluye a la jurisdicción contenciosa del conocimiento de dichas reclamaciones que se tienen que tramitar ante la jurisdicción civil.

No puede dejar de señalarse, después de citar algunas resoluciones de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo como no podemos desconocer la escasa entidad jerárquica de sus resoluciones que, según es norma reconocida, no integran la jurisprudencia y en ningún caso son vinculantes⁷. Ahora bien, qué duda cabe que la seguridad jurídica que debemos ofrecer a los ciudadanos obligarían a que sus criterios fueran seguidos de modo generalizado y ello como único modo de evitar supuestos de peregrinaje jurisdiccional que tanto daño han hecho a la seguridad jurídica.

6. QUIÉN DEBE PAGAR LA INDEMNIZACIÓN.

Llegamos así al planteamiento de la cuestión nuclear de la ponencia; en los casos en que se ha dictado una sentencia condenatoria que reconoce el derecho de un particular a ser indemnizado a consecuencia de la indebida prestación sanitaria pública, es necesario garantizar que esa condena pueda hacerse efectiva frente a la administración independientemente de la participación de las personas jurídicas públicas prestadoras directas de la asistencia ó de compañías aseguradoras.

Hay que dar por supuesto que la cuestión de quien sea titular obligado al pago no es una cuestión baladí y que, en principio, cabe pensar que la posición jurídica del particular acreedor de la indemnización queda más garantizada y reforzada cuando puede reclamar directamente a la administración cuya solvencia parece universalmente reconocida.

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 214 (dentro del Capítulo dedicado a la Ejecución del Contrato) y en relación a lo que denomina Indemnización de daños y perjuicios habla de que “Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes”⁸.

Este criterio de atribución de responsabilidad al contratista (consecuencia del principio de riesgo y ventura del contratista que se recoge tanto en el artículo 215 del R.D.Leg. 3/2011 como del artículo 199 de la Ley 30/2007) no viene a ser sino la transposición del mismo principio general que recogía el clásico artículo 134 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, que aprobaba el Reglamento General de Contratación del Estado, cuando decía que “Será de cuenta del contratista indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras.

A su vez, es importante lo que señala el artículo 280 del R.D.Legislativo 3/2011, que ya citamos antes, que recoge el Texto Refundido de la Ley de Contratos cuando, en relación al contrato de gestión de servicio público menciona como obligación del contratista la de Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.

Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será ésta responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de vicios de proyecto.

Las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de un año ante el órgano de contratación, que decidirá en el acuerdo que dicte, oído al contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su acuerdo

198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público según el cual 1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

⁷ Sobre esto basta remitirse a las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictadas en fecha 5/11/2002 (Rec. 1059/1997) ó 21/6/2005.

⁸ Este precepto no hace sino reproducir lo que decía el artículo 97 del R.D.Legislativo 2/2000 así como el artículo;

podrá interponerse recurso ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa”.

La solución que parecería encontrar un más fácil apoyo legal sería entender que, aplicando estos preceptos (que tienen tradición en nuestro ordenamiento pues aunque cambien las leyes su contenido permanece) cuando la administración presta su asistencia por medio de cualquier clase de concierto, convenio ó forma de personalización independiente del propio poder público, la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria debe atribuirse a la persona jurídica prestadora de la asistencia (y que es la autora material de la actuación médica que genera la responsabilidad patrimonial) y ello por tratarse de una responsabilidad derivada de una forma de contratación entre la administración y el centro hospitalario (o la persona jurídica ó entidad titular del mismo).

Esta solución es claramente aplicable con resultados satisfactorios en todos los supuestos de daños derivados del funcionamiento de servicios públicos ó de daños derivados de la construcción ó ejecución de proyectos de obras públicas. En estos casos, exigir al contratista la reparación de los daños que pueda haber causado su actividad no genera preocupación ni insatisfacción puesto que parece la solución derivada de unos criterios de justicia material inatacables.

Aplicar esta misma solución a los casos de asistencia sanitaria prestada por convenio ó por concierto no produce efectos satisfactorios; sobre todo por el hecho de que se produce una clara diferencia en relación a aquellos otros pacientes que han recibido la asistencia prestada directamente por la administración responsable del servicio público de salud los que se limitaran a entablar una reclamación frente a la administración prestadora del servicio sanitario (sin perjuicio de que también puedan personarse en aquel procedimiento las aseguradoras)

No debe olvidarse que nos encontramos ante pleitos de responsabilidad patrimonial que tienen una finalidad muy determinada y concreta como es responder ante la existencia de un daño antijurídico sufrido por un particular consecuencia de la prestación del servicio público sanitario; por lo tanto, debe garantizarse la reparación siguiendo los parámetros de socialización del riesgo que derivan de lo que hemos señalado en el punto referido a la naturaleza de la responsabilidad patrimonial. La realidad es que esta función de socialización del riesgo no se cumple si, ante la misma clase de asistencia, unos pacientes deben dirigirse a la administración y otros ante una

empresa titular del hospital en el que le han prestado la asistencia.

La aplicación literal de lo previsto en el artículo 214 del R.D.Legislativo 3/2011 y la consiguiente derivación de las reclamaciones en las que la asistencia se ha prestado por vía de concierto, convenio u otra forma de personificación de la administración sanitaria a una reclamación (aunque sea en sede de la jurisdicción contencioso administrativa) dirigida contra un particular puede ocasionar efectos claramente contraproducentes y podría utilizarse para conseguir burlar la eficacia de la responsabilidad patrimonial como forma de responsabilidad social.

El primer efecto contraproducente al que nos podemos referir y que hay que mencionar consiste en que resultaría que una forma sencilla de evitar la responsabilidad de la administración sería acudir a estas formas que hicieran posible que la responsabilidad no le fuera exigible directamente a las administraciones públicas prestadoras del servicio público sino a esas otras entidades. La administración se descargaría, así, la responsabilidad directa en buena parte de reclamaciones derivadas de la asistencia sanitaria.

En segundo lugar, también se produciría otro efecto contraproducente que, a mi juicio habría que evitar: en la gran mayoría de supuestos, la elección de que la asistencia sanitaria se preste directamente por la administración ó por estas formulas “externalizadas” es completamente ajena al particular/paciente, que no debe verse perjudicado por esta circunstancia que no ha buscado y no debería afectar a la naturaleza de la responsabilidad patrimonial.

Por último, en tercer lugar, hay que señalar que esta forma de actuación, que se está generalizando, produce un efecto completamente indeseable que consiste en que se está huyendo de la responsabilidad patrimonial por la vía de la privatización y la externalización de servicios. Esto, independientemente de consideraciones de tipo político que no son del caso, producen un claro efecto perverso que consiste en debilitar la posición jurídica del perjudicado/paciente que obtiene una sentencia condenatoria a su favor y que no es igualmente ejecutable frente a la administración que frente a un particular (hospital ó aseguradora).

La solución que se propone (que cuando la asistencia sanitaria ha sido prestada por formulas que hemos venido a llamar de externalización, el importe de la sentencia condenatoria deba ser satisfecha por

la administración responsable de prestar el servicio público de salud) no es una solución voluntarista sino que tiene apoyo legal suficiente.

Son pocas las sentencias, sin embargo, que se han pronunciado claramente sobre esta cuestión relativa a la posibilidad de derivar la responsabilidad sanitaria a los centros concertados ó convenidos pero que prestan asistencia sanitaria que correspondía a la administración sanitaria pública; la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de Noviembre de 2010 dictada en el recurso 1866/209 conoció de una reclamación planteada frente a una administración sanitaria autonómica y un Ayuntamiento titular del Hospital concertado con dicha Administración y en el que se había producido la asistencia generadora de responsabilidad; ante la pretensión de la administración de que se declarase la responsabilidad exclusivamente del Ayuntamiento (aplicando para ello el artículo 97 del R.D. Legislativo 2/2000), se recogió el razonamiento de la sentencia de instancia que, básicamente, consistía en afirmar que: que la finalidad del surgimiento del instituto de responsabilidad de la Administración permite constatar que el título de imputación, aparte de otros que lo contemplan, es el de la integración del servicio público en la organización administrativa, de forma que sólo cuando el agente dañoso aparezca obrando dentro de la propia estructura organizativa administrativa, podrá ser posible atribuir a aquélla el resultado dañoso; en consecuencia, hay que considerar como idea rectora en esta materia la de que en toda clase de daños producidos por servicios y obras públicas en sentido estricto, cualquiera que sea la modalidad de la prestación -directamente, o a través de entes filiales sometidos al Derecho privado o por contratistas o concesionarios-, la posición del sujeto dañado no tiene porqué, ser recortada en su esfera garantizadora, frente a aquellas actuaciones de titularidad administrativa, en función de cuál sea la forma en que son llevadas a cabo, y ello sin perjuicio, naturalmente, de que el contratista y el concesionario puedan resultar también sujetos imputables

La reclamación de responsabilidad patrimonial se debe dirigir también frente al sujeto privado que haya intervenido en la producción del daño (hospital ó empresa titular del centro prestador de asistencia por convenio ó concierto) según dispone el artículo 9.4 de la LOPD; por lo tanto la condena deberá hacerse extensiva tanto a la administración como al sujeto privado

El artículo 140 de la ley 30/92⁹ se refiere a los supuestos en los que se produce la concurrencia de varias administraciones en la producción del daño y establece la solidaridad en cuanto a la responsabilidad en el pago de las indemnizaciones. Este mismo criterio de solidaridad debería aplicarse en los casos de condena no a varias administraciones sino de una administración y ente privado (hospital concertado ó Cia. Aseguradora) con lo que, en todo caso, se garantizarían los derechos del particular afectado por la deficiente asistencia sanitaria.

También hay que tomar en consideración lo previsto en los artículos 35 y 36 del R.D. 29/2000 sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de Salud y ello pues son especialmente importantes a la hora de valorar la cuestión que nos ocupa y que es la que se refiere a la igual posición jurídica que, a mi juicio, debe ostentar una persona que haya recibido la asistencia sanitaria pública directamente facilitada por los servicios públicos de salud ó por medio, bien de concierto ó convenio ó en cualquier centro constituido al amparo de artículo 3 del R.D. 29/2000 sobre nuevas formas de gestión cuando hablaba, como hemos visto, de fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, consorcios, sociedades estatales y fundaciones públicas sanitarias, así como mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público.

El artículo 35 del R.D. 29/2000 señala en relación a las posibles reclamaciones por daños y perjuicios que:

1. Las reclamaciones que formulen los ciudadanos encaminadas al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada a través de las entidades recogidas en el Art. 3 del presente Real Decreto, se regirán por lo dispuesto en la Ley 30/1992,

9 1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas.

2. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación

de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

2. Tales reclamaciones, conforme a lo previsto en el Título X de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se dirigirán por los interesados al Instituto Nacional de la Salud, contra cuya resolución cabe recurso contencioso-administrativo, pudiendo actuar los centros sanitarios, en virtud de su personalidad jurídica, como codemandados. En tal caso, se considerarán parte demandada las personas legitimadas, conforme se establece en el Art. 21.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El artículo 36, a su vez, habla del aseguramiento de responsabilidades y señala que el personal que preste sus servicios en los centros sanitarios regulados en el dicho Real Decreto tendrá cubierta la responsabilidad profesional derivada de los daños y perjuicios no intencionados causados a terceros, por acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones asistenciales.

A tal fin, el centro sanitario o el Instituto Nacional de la Salud suscribirá la correspondiente póliza de responsabilidad civil que determinará los riesgos incluidos y excluidos.

De estos preceptos debemos deducir que cuando estamos ante una reclamación que da lugar a la sentencia condenatoria que tratamos de ejecutar nos encontramos ante una reclamación de responsabilidad patrimonial que sigue sus parámetros habituales del que no es el menos importante, por lo que ahora nos interesa, que la condena recae sobre la administración autora del acto. La estimación de una reclamación de responsabilidad patrimonial debería obligar, en todo caso, a dictar sentencia condenatoria frente a la administración.

La consideración que ahora propugnamos de que en estos supuestos nos encontramos ante formas de responsabilidad patrimonial pública entendiendo que la entidad prestadora directa de la asistencia ó la Compañía aseguradora (aseguradora del hospital ó del servicio de salud) deben aparecer como ajenas al pago directo de la indemnización, no priva a ambas,

como es natural, de la posibilidad de personarse en el expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial ó en el recurso contencioso que se tramite y ello pues tienen un interés legítimo que les atribuye legitimación en el recurso en aplicación de lo que señala el artículo 19 de la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuyo artículo 19 señala que están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.

Resulta así, que la personación de las aseguradoras en esta clase de reclamaciones (y en el procedimiento jurisdiccional posterior) se produce de forma habitual a su propia instancia ó inducido por la administración aseguradora y ello ya que no es descabellado que se produzca la acción de regreso una vez condenada la administración al pago de la responsabilidad patrimonial. Esta personación en muchas ocasiones pasa desapercibida en el fallo de las sentencias.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de Mayo de 2010 (Rec. 7584/05), que ya hemos citado más arriba) estimó el recurso de una compañía aseguradora por entender que la demanda se dirigió únicamente contra administración autonómica prestadora de la asistencia sanitaria por lo que consideró que hacer un pronunciamiento condenatorio también contra la aseguradora de la Administración suponía incongruencia por exceso al otorgar a la demandante más de lo pretendido, en manifiesta vulneración de lo ordenado por el art. 33.1 LJCA: “Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición”. Se rechazó la reclamación dirigida en el escrito de conclusiones contra una Cia. Aseguradora que se había personado voluntariamente, pero que no había sido demandada inicialmente por el recurrente y ello sobre la base de que se trataba de una personación realizada por una persona jurídica cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos podían verse afectados por la sentencia, que se había personado por propia iniciativa en el proceso para sostener igual posición que la Administración. Mientras que si la reclamación se hubiera dirigido frente a la aseguradora es claro que cabe condenar al codemandado, por la evidente razón de que la acción se dirigió contra él, ello no ocurría igual en el supuesto enjuiciado pues la acción no se dirigió contra el codemandado, sino sólo contra la Administración; y, por ello, la posición del codemandado es similar a la que tenía el llamado “coadyuvante” en la antigua Ley Jurisdiccional de 1956: alguien que, por tener interés

en el asunto, acude a apoyar a la Administración demandada. El hecho de que en el escrito de conclusiones se haya pedido que la condena se haga extensiva al codemandado que se persona espontáneamente después de la demanda no cambia las cosas, porque el demandante no puede alterar su pretensión en ese momento y, sobre todo, porque el codemandado no ha acudido al proceso a iniciativa del demandante.

Prueba de que las entidades privadas (hospitales ó Compañías aseguradoras) son relativamente ajenas a la relación jurídica establecida en materia de responsabilidad patrimonial y que las reclamaciones pueden tramitarse en la vía administrativa y jurisdiccional sin su participación aunque tienen un evidente interés que pueden defender mediante su oportuna personación es el siguiente fenómeno que se aprecia al analizar las sentencias del Tribunal Supremo: es muy frecuente que la Compañía Aseguradora se haya personado como codemandada y la sentencia condenatoria no la incluya como obligada al pago aunque su condición de codemandada le permite interponer recurso de casación. Es el caso, por ejemplo de la STS de fecha 25 de Mayo de 2010 dictada en el recurso 3021/2008: la sentencia del TSJ era condenatoria para la administración autonómica y no menciona el fallo para nada a la aseguradora pero sin embargo es esta la que recurre en casación y el Tribunal Supremo, como no podía ser de otra manera responde a los argumentos impugnatorios de fondo planteados por la aseguradora recurrente no condenada expresamente en la sentencia objeto del recurso de casación y en el fallo de la sentencia se sigue sin mencionar a la Cia. Aseguradora.¹⁰

Por lo tanto, resulta frecuente que sentencias de la Sala Tercera no incluyan en el fallo a las aseguradoras, a las que, sin embargo, el encabezamiento sí que incluyen como parte recurrente: STS de fechas 1/2/08 (Rec. 2033/03); 16/10/07 (Rec. 9768/03) ó 3/10/07 (Rec. 1817/03). Quiere decir, pues, que la intervención de las aseguradoras está justificada puesto que sobre ellas recaerá la obligación de pago pero la responsabilidad patrimonial se declara respecto de la administración y es a esta a la que se imputa la producción del daño y la obligación de indemnizarlo.

Lo que se propone en esta ponencia es que se debe evitar que la intervención de la aseguradora convierta la relación jurídica establecida inicialmente entre el perjudicado y la administración en una re-

lación, a la hora del pago de la indemnización, solo entre el perjudicado y la aseguradora.

7. APRECIACIÓN FINAL.

Lo que ahora se propone está referido a las relaciones con el particular/paciente al que hay que evitar someter a un calvario jurisdiccional de reclamaciones, pero nada tiene que ver con las relaciones internas que se puedan establecer en relación a los contratos ó conciertos previamente acordados entre las aseguradoras y la administración a la que aseguran ó las empresas propietarias de los hospitales ó centros concertados ó convenidos.

Parece que lo más aconsejable es constituir la relación jurídico procesal de modo que las pretensiones se ejerciten frente a la administración prestadora del servicio público de salud y, si se considera necesario ó útil, también frente al centro prestador de la asistencia y/ó frente a la aseguradora de la administración ó del centro.

La condena solidaria a la administración y a la aseguradora ó solo de la administración garantiza suficientemente los derechos del particular por cuanto le permite dirigir su reclamación de cobro directamente frente a la administración (artículo 1.137 del Código Civil) sin perjuicio de las acciones que se puedan ejercitar posteriormente entre la administración y el otro obligado al pago.

No es infrecuente que en las sentencias condenatorias dictadas por algunos TSJ se utilicen formulas de gran imprecisión y que se condene a la administración autonómica y se añada la coletilla de “sin perjuicio del derecho a repetir si lo hubiera”¹¹ ó se utiliza la formula de condenar a la Administración “y, en la parte que le corresponda la Entidad aseguradora, viene obligada a satisfacer a la recurrente la cantidad en la que se fije el importe de la indemnización fijada”¹².

¹¹ Es de señalar como la STS de fecha 9 de febrero de 2011 (Rec. 5934/08) conoció del recurso contra una sentencia del TSJ que había reconocido el derecho de la recurrente a ser indemnizada en la cantidad de 300.000 euros en concepto de daños y perjuicios a cuyo pago se condena a la Comunidad Autónoma de Madrid (dejando a salvo su derecho de repetición si hubiere lugar a ello); el fallo del Tribunal supremo es desestimatorio pero, sin embargo, omite es mención final al derecho de repetición.

¹² Es el caso de la Sentencia del TSJ de Galicia dictada en el recurso 970/2001.

¹⁰ Otras muchas sentencias recientes del TS responden al mismo parámetro; así la dictada en el recuso 3021/2008 ó 3038/2008

Otras sentencias¹³ contienen el siguiente tenor: “debemos anular y anulamos la citada resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial por no ser conforme a derecho, al tiempo que condenamos a la Administración y a su aseguradora al abono de la suma ** euros”. Parece difícil que se pudiera ejecutar este fallo frente a la aseguradora que no ha sido mencionada específicamente y, por lo tanto, no ha sido condenada. Este tipo de fallo servirá, obviamente, para la ejecución extrajudicial de dicha sentencia.

El Tribunal Supremo afirmó en la sentencia de fecha 19 de junio de 2007 (Rec. 10231/2003), posteriormente reproducida por otras en materia sanitaria, que “es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”.

Ahora bien, esto está dicho en un asunto de responsabilidad por un suicidio de un funcionario de los Cuerpos de Seguridad y lo que no es posible es extrapolar ese criterio y aplicarse en supuestos de responsabilidad sanitaria para escudarse la administración en la actuación del centro privado concertado para no hacer frente a la responsabilidad patrimonial derivada de la deficiente asistencia sanitaria prestada. Esta situación de clara injusticia es contra la que se trata de alertar.

Cabe pensar en diversas posibilidades en relación al contenido de sentencias condenatorias:

- Ante cualquier forma de reclamación de responsabilidad patrimonial, la condena se pronunciará en relación a la administración prestadora del servicio y ella será la obligada al pago. No parece que hubiera inconveniente en ejecutar esta sentencia frente a la aseguradora de la administración, aunque no esté incluida en el fallo, y eso por imponerlo así el artículo 538.2.2 de la LEC

13 Sentencia dictada en el recurso contencioso administrativo núm. 192/2006, seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Novena, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid,

que considera que podrá despacharse ejecución frente a quien, sin figurar como deudor, responda personalmente de la deuda por disposición legal ó afianzamiento acreditativo mediante documento público.

- Si la acción se dirige frente a la administración, la entidad privada y la aseguradora, la sentencia condenatoria declararía una responsabilidad solidaria y sería ejercitable frente a todos los incluidos en el fallo de la sentencia.

- También puede ocurrir que se formule reclamación de responsabilidad patrimonial y la administración autonómica, en aplicación del artículo 214 de la Ley de contratos dictamina que la responsable es la entidad prestadora de la asistencia (es decir, el hospital). Esta resolución deberá ser impugnada por el perjudicado tanto en relación a la determinación de la responsable como en relación al importe de la indemnización que se pueda haber fijado pues la administración de este modo ha derivado la cuestión a un pleito civil entre el perjudicado y el hospital¹⁴.

- También puede ocurrir que el concierto prevea específicamente la responsabilidad derivada de la asistencia que pudiera prestarse por el centro privado.¹⁵ De este modo, a mi juicio, se está externalizando la responsabilidad aunque eso no puede nunca perjudicar al paciente que debe disponer de la garantía que le facilita la responsabilidad patrimonial. Ante esta situación pueden ocurrir dos cosas:

- Que la administración haya “provocado” la personación como codemandado de la entidad privada. Si la condena incluye a la administración y a dicha entidad privada, el recurrente/perjudicado elegirá frente a quien interesa la ejecución.
- Si el paciente ha dirigido solo acción frente a la entidad privada, se produce el efecto frente al que tratamos de alertar puesto que supone desnaturalizar el ejercicio de la res-

14 Es el supuesto de la STS de Andalucía (Sevilla) dictada en el recurso 748/2008)

15 El Convenio de colaboración entre el SESCAM y la Diputación de Toledo en relación al Hospital Provincial de Toledo recoge la obligación de la Diputación de indemnizar los daños que se causen a terceros a consecuencia de la ejecución de las prestaciones convenidas y de las intervenciones, pruebas, tratamientos y cuidados realizados por el Hospital en ejecución de dicho convenio.

ponsabilidad patrimonial convirtiéndola en una simple acción civil

Como ya hemos adelantado, la realidad de las cosas es que el paciente, cuando es derivado a un centro concertado ó que presta la asistencia por convenio, jamás conoce los términos del concierto ó convenio ni conoce las condiciones ó circunstancias por las que se le ha derivado y tampoco es participe de las condiciones que puedan haberse establecido entre la administración y el centro. Por esta razón, entiendo que no le deben perjudicar esos términos que ni conoce ni ha aceptado.

En estos supuestos que hemos señalado se sometería al paciente a un peregrinaje injusto por cuanto, una vez que ha formulado su reclamación de responsabilidad patrimonial (cumpliendo las exigencias y plazos que señalan la ley 30/92 y el R.D. 429/93) se encontraría con una resolución que lo remite a iniciar un procedimiento civil frente a la entidad prestadora de la asistencia ó frente a la aseguradora lo que conlleva molestias e inversión de tiempo y dinero cuando el perjudicado/paciente debiera poder utilizar el mecanismo de la responsabilidad patrimonial para accionar directamente por la vía de la responsabilidad patrimonial.

UNIVERSALIZACIÓN DE LA ASISTENCIA Y COLECTIVOS DESFAVORECIDOS

Juan Siso Martín

*Profesor de Deontología Profesional y Legislación Sanitaria
Facultad de Ciencias de la Salud – Universidad Rey Juan Carlos*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL LARGO CAMINO A LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA ASISTENCIA
3. LAS VARIABLES ECONÓMICAS DE LA ASISTENCIA
4. EL REAL DECRETO 16/2012, DE 20 DE ABRIL
5. ¿COMIENZA UNA NUEVA ÉPOCA PARA LA UNIVERSALIZACIÓN?
6. REACCIONES A LA NORMA Y SU APLICACIÓN
7. UNA REFLEXIÓN PARA CONCLUIR

1. INTRODUCCIÓN

En cualquier sociedad evolucionada tienen la máxima importancia tres pilares sobre los que aquella se sustenta: La Educación, la Justicia y la Sanidad. Es inevitable, e incuestionable la importancia relevante de cualquiera de ellos, pero en particular del mencionado en tercer lugar, al sustentar los bienes jurídicos más preciados por las personas: su salud y su vida. Esta percepción evidencia la importancia de una adecuada planificación de la Sanidad, de la suficiente dotación de sus recursos y de la ejecución de las prestaciones sanitarias, por la valoración que alcanza en la ciudadanía y por el hecho de que, en consecuencia, debe constituir un objetivo prioritario de la acción pública.

2. EL LARGO CAMINO A LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA ASISTENCIA

El derecho a la protección de la salud, concebido como derecho individual y ejercitable frente a los

poderes públicos tiene como primer hito histórico relevante, y comienzo de nuestra historia a la Ley de 14 de diciembre de 1942, creadora del llamado Seguro Obligatorio de Enfermedad. Marcó el comienzo de una bipartición de honda raigambre posterior en nuestro país: la Sanidad como prestación dirigida a la colectividad, por un lado y la asistencia sanitaria de la Seguridad Social como atención personal individualizada, por otro.

En el primer espacio se ubicaba institucionalmente la Dirección General de Sanidad (del, entonces, Ministerio de la Gobernación) y las administraciones provincial y local, para el ejercicio de toda aquella actividad sanitaria no asistencial. La asistencia sanitaria se gestionaría, en ejecución de la antes mencionada Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad, institucionalmente por el Instituto Nacional de Previsión, a partir de 1943.

A partir de ahí la asistencia sanitaria se dispensaba como una prestación de la Seguridad Social, para los afiliados a la misma, por causa de enfermedad común, accidente de trabajo o enfermedad profesional o maternidad. La atención sanitaria a los no afiliados, sin recursos económicos suficientes, se dispensaba a través de la red de la Beneficencia. Así permaneció esta cuestión hasta la nueva concepción introducida por la Constitución.

El artículo 43 de nuestra Constitución de 1978 recoge el mandato a los poderes públicos de regular cuantas cuestiones se deriven del reconocimiento constitucional del derecho de protección de la Salud para los ciudadanos. El expresado mandato ha venido cumpliéndose mediante la promulgación de disposiciones de rango legislativo y a través de otras disposiciones de inferior rango (por el Poder Ejecutivo).

vo) fundamentalmente de aplicación y desarrollo de las primeras.

Son las de rango legal aquellas que interesa mencionar ahora, por su mayor relevancia jerárquica, y sobre todo por el significado alcanzado en la historia normativa española de las últimas décadas.

- Ley 14/1986, de 25 de Abril, General de Sanidad.
- Ley 41/2002, de 14 de Noviembre, Básica de Autonomía del Paciente.
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública
- Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril de sostenibilidad del sistema

La Ley 14/1986, de 25 de Abril, de talante inequívocamente organizativo, tenía como cometido el sentar las bases del futuro Sistema Nacional de Salud, conjunto institucional que alcanzaría su definitivo desarrollo con la culminación del proceso transfereencial de las competencias sanitarias el 1 de Enero del año 2002. Su aportación, sin embargo, más importante, en la materia que nos ocupa, es la de desarrollar el derecho a la asistencia universal, apuntado en la Constitución y recogido en el artículo primero de dicha Ley. Trajo consigo, también, en su artículo 80 la supresión de la anterior Beneficencia, que recogía la posibilidad de dispensar asistencia a aquellas personas que carecieran de derecho a la misma por la Seguridad Social. Se instrumentaría, más adelante, normativamente esta cuestión mediante el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, que extiende la cobertura sanitaria a las personas sin recursos económicos suficientes. Hoy queda un colectivo residual, mínimo (calculado entre 90.000 y 180.000 personas) que han de financiarse la asistencia y que, resumiendo, puede decirse que son aquellos que sin estar encuadrados en alguno de los regímenes de Seguridad Social, disponen de recursos suficientes como para no poder ser incluidos en el campo de aplicación del R.D. 1088/1989. Es preciso dejar constancia de que la asistencia hoy, como consecuencia de lo expresado, viene siendo más que universal tendencialmente universalista, en el conjunto del territorio nacional.

En el curso de este progreso normativo, otra pieza de gran importancia es la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que tiene como objetivo el establecer las garantías de igualdad y homogeneidad entre los 17 Servicios

de Salud actualmente existentes, bajo la dirección y coordinación del Estado. Los instrumentos principales son, desde luego, la alta Inspección de Ministerio de Sanidad y Consumo y el Consejo Interterritorial del sistema Nacional de Salud, ubicado en dicho Ministerio e integrado por el titular del Ministerio y los diecisiete consejeros autonómicos.

En el pasado reciente y dentro del modelo hasta ahora existente, de extensión de la cobertura sanitaria, la Ley 33/2011, General de Salud Pública definió la posibilidad de cerrar el círculo de la universalización, mediante la inclusión del antes citado colectivo de entre 90.000 y 180.000 personas que aún quedaban fuera de la asistencia sanitaria pública. Su potencialidad quedaba, sin embargo, limitada en el propio texto de la misma, cuando en su Disposición Adicional Sexta (Extensión del derecho a la asistencia sanitaria) condiciona este derecho “a la evolución de las cuentas públicas”.

Ha venido después el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, sobre medidas para garantizar la sostenibilidad del Sistema a ajustar las condiciones del derecho a la asistencia. Lo veremos más adelante. Veamos ahora el terreno que ha propiciado este giro.

3. LAS VARIABLES ECONÓMICAS DE LA ASISTENCIA

3.1 Del Estado Liberal al Estado Bancarrota

Un sistema de asistencia sanitaria cuasi universal y con un amplio abanico prestacional es indudablemente deseable, pero necesariamente caro. El Sector Público, el poderoso Sector Público, ha pasado de ser el instrumento de solución de los problemas sociales a constituir el principal problema de cualquier Estado de nuestro entorno sociocultural. Los dos grandes modelos de referencia, hasta ahora, del papel del Estado en las sociedades democráticas han sido el Estado Liberal y el Estado de Bienestar. Superados ambos y actualmente en la crisis del segundo de ellos se buscan referencias para construir un nuevo modelo de Estado. En realidad, seguramente, lo que ha entrado en crisis no ha sido el propio Estado de Bienestar sino la manera en la que históricamente se ha desarrollado aquel y, sustancialmente, el hecho de que en su desarrollo ya alcanzan voces manifestando que no podemos pagarlo. El Estado de Bienestar no es una forma de Estado, es una modalidad de una forma de Estado, concretamente del Estado Democrático de Derecho. Del Estado liberal hemos extraído

la separación entre los ámbitos de lo público y de lo privado, a lo que de inmediato hemos añadido la supremacía de lo público y hemos asignado al Estado el papel de gestor de sus intereses y el reconocimiento de sus ilimitadas capacidades para resolver, por si mismo, el conjunto de los problemas sociales. Esta concepción del Estado que hace suyos los problemas sociales y dispone, de forma omnipotente, de las soluciones nos ha llevado al espejismo del Estado Providencia como garante del remedio de cuantas necesidades surgen para el conjunto de la ciudadanía y conseqüidor máximo de soluciones.

La consecuencia indeseada de estas premisas es que la única forma de dar respuesta a estas necesidades, en continuo e imparable crecimiento, es disponer de más recursos públicos, también en creciente cuantía. Esta tendencia sólo es posible sostenerla mediante el incremento de la presión fiscal para obtener la financiación y el límite lo tenemos ya a la vista.

3.2 El protagonismo del sector público

Es antigua la idea de la bondad intrínseca de lo público para la resolución de las cuestiones públicas. En este terreno no es difícil el asiento conceptual de la autosuficiencia y el paternalismo del sector público. Este sector genera importantísimos gastos en su funcionamiento haciendo cierta la afirmación del profesor Fuentes Quintana de que gobernar es gastar y con ello de que la capacidad de gestión y gobierno dependen siempre del presupuesto disponible para ello.

Esta concepción acumulativa e incrementalista del Estado solamente es sostenible en un crecimiento económico continuado y progresivo, como ha quedado expresado recientemente. Así las cosas y en el descontento de las clases sociales más desfavorecidas aparecen, irremediablemente, las dudas acerca de la sostenibilidad del sistema y explican modelos normativos orientados a lograr la suficiencia económica, siempre en entredicho.

3.3 El sistema de las prioridades

El gasto sanitario es tendencialmente ilimitado y la presupuestación del mismo necesariamente limitada. Ante esta inevitable controversia surge la ineludible necesidad del sector público de actuar en pro de la sostenibilidad del sistema. En la certeza de unas posibilidades limitadas las posibilidades son claras en las opciones siguientes:

- a) Limitar el número de beneficiarios de las prestaciones.
- b) Reducir el número o el contenido de aquellas.
- c) Introducir mecanismos de financiación por los beneficiarios.
- d) Optimizar la gestión del sistema.

Veamos, siquiera de forma somera, estos apartado aquí expuestos:

a) Limitación del número de beneficiarios.

España ha pasado varias etapas en lo relativo al acceso de los ciudadanos a la asistencia sanitaria. Ha sido, evidentemente éste un campo en el que se ha expuesto con notoria claridad la impronta del progreso social. Han pasado ya casi setenta años de aquel Seguro Obligatorio de Enfermedad de 1943, incuestionable jalón de progreso en la sociedad de entonces. Junto con otros seguros (vejez, invalidez...) dejó paso a un sistema integral de Seguridad Social, consolidado normativamente en la Ley General de 1974 de todos conocida. En aquel momento, aún, se encontraba ligada la condición de beneficiario a las prestaciones de Seguridad Social (asistencia sanitaria entre ellas) a la de cotizante del sistema, básicamente como trabajador. El hito fundamental lo marcó la Constitución de 1978 con la inserción, en su artículo 43, del derecho universal a la asistencia sanitaria. La Ley General de Sanidad, por su parte, en el artículo primero de su texto, reafirmaría este reconocimiento y sentaría las bases futuras de uno de los principios más relevantes de nuestro orden jurídico. Completarían esta trayectoria, como hemos visto, la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad y la Ley 33/2011, General de Salud Pública. Con esta base normativa el número de beneficiarios de la asistencia, ahora ya por su sola condición de ciudadanos, ha venido siendo creciente.

b) Reducir el número o el contenido de las prestaciones.

Se dispone, a este respecto, de una garantía normativa. La Constitución garantiza el derecho a la protección de la salud, lo cual constituye un derecho a derechos y que se materializa en la exigibilidad del contenido de las prestaciones, necesaria concreción de aquel derecho. Es preciso destacar que esa cartera prestacional es una mención de

mínimos, un suelo infranqueable hacia abajo, evidentemente, pero siempre superable, hacia arriba, por los Servicios de Salud autonómicos. Cada Comunidad, en el ejercicio de sus prioridades, decide acometer mejoras en diversos campos de acción social y puede priorizar la Sanidad sobre la Educación o ésta respecto de las obras públicas, por ejemplo. El repertorio es amplísimo y dentro, incluso, de la sanidad existen opciones diversas en el espacio territorial español. La cirugía transexual o las financiaciones complementarias de los fármacos son claros ejemplos de ello.

c) Mecanismos de financiación por parte de los beneficiarios.

Hay pocos asuntos, en el terreno de la Sanidad, tan controvertidos como éste de la aportación económica por parte de los preceptores de las prestaciones sanitarias. El planteamiento básico en España es el de una Sanidad gratuita y universal. A partir de esto se muestra extremadamente difícil degradar cualquiera de estas cualidades del sistema. La universalidad resulta un valor básico en el actual estado normativo, o más exactamente la tendencia universalista de la asistencia. Se valoran, pues, las correcciones financieras en lo que atañe a la gratuidad, a lo que Costas Lombardía llamaba “la cruel ilusión de la gratuidad del sistema”. Las opciones presentadas se asientan en la coparticipación en el gasto sanitario y se encuentra actualmente operativas en las prestaciones de dar, es decir en aquellas en las que la prestación que recibe el ciudadano es un producto, no una acción. Es el caso de los fármacos, a través de la aportación económica porcentual de los trabajadores, o de las prestaciones ortoprotésicas en lo relativo a la participación que los beneficiarios tienen en el precio de las mismas. El nuevo planteamiento surge al introducir una aportación de los ciudadanos, usuarios de la asistencia sanitaria, por la utilización de la misma en el terreno de las prestaciones de hacer. Admite diferentes formas como el llamado ticket moderador o el copago, sistemas ambos que tienen como orientación, respectivamente, el reducir en lo posible una demanda sanitaria creciente y no siempre razonable o ayudar económicamente a la financiación de las prestaciones.

d) Optimizar la gestión del Sistema

El gestionar un sistema que garantice la atención sanitaria para todos, sin coste para sus beneficia-

rios, y con un contenido prestacional suficiente es cada vez más difícil de sostener, en el aumento progresivo del número de beneficiarios, que consumen prestaciones durante más tiempo y en uso de una Medicina más tecnificada y más cara. Los gestores redoblan sus esfuerzos para administrar los recursos y optimizar el sistema. Se combinan y relacionan los distintos niveles de la autoridad sanitaria, la compra y la provisión de los servicios, se implementan nuevas formas de gestión de las organizaciones sanitarias en la continua inquietud de alcanzar el “todo para todos y gratis”. ¿Será éste el espejismo inalcanzable hacia el que caminamos alucinados por la fiebre de nuestra imparable exigencia al Estado?

La regulación más actual, dirigida a preservar la sostenibilidad del sistema sanitario, ha incidido en todos estos apartados, con el objetivo de garantizar los resultados que pretende, como enseguida veremos.

En este estado de cosas quiero, sin embargo, aportar ahora unas reflexiones, no me atrevo a llamarlas recomendaciones, extraídas del análisis de los expertos y de la experiencia internacional, en orden a garantizar la viabilidad (me cuesta hablar de sostenibilidad) del sistema.

- Delimitar de forma inequívoca, con la participación de los ciudadanos, el elenco de las prestaciones intocables que deben de quedar integradas, inexcusablemente, por aquellas inasequibles en su coste para un beneficiario de economía básica.
- Fijar el rango de priorización del abanico prestacional en el conjunto del Estado, con el objeto de eliminar disparidades regionales en asuntos básicos. El papel del Consejo Interterritorial del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad sobra decir, es en extremo relevante en este aspecto.
- Es imprescindible lograr una fidelización de los profesionales. Conseguir el “ganarles para la causa”. Sin esto nada es posible ya que se encuentra en sus manos la administración del gasto. Son el más próximo y principal elemento de optimización del sistema. Reformas legales, reordenaciones organizativas, implicaciones de los usuarios, nada de todo esto es eficaz si no se logra implicar a los profesionales.

- Delimitar los principios éticos del sistema. Esta recomendación es la más relevante de todas ellas en cuanto que constituye el necesario sustrato ontológico del sistema. Identificar qué valores se protegen y qué finalidades se persiguen, situando al ciudadano como objetivo de la acción pública, evitando a las Administraciones la fácil tentación de creerse un fin en sí mismas.

4. EL REAL DECRETO 16/2012, DE 20 DE ABRIL

El propósito de esta norma es la reordenación del dispositivo prestacional para el conjunto de sus usuarios (trabajadores y pensionistas, nacionales y extranjeros) con el propósito de racionalizar la gestión y economizar una cifra estimada en 7.000 millones de euros en el gasto sanitario nacional.

En la web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad se declara que: ...la reforma tiene como objetivo fundamental garantizar la sostenibilidad del sistema, preservando siempre el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud y asegurando que la asistencia sanitaria española sea universal, pública, gratuita y de la máxima calidad... la reforma es fruto de un gran acuerdo entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que garantiza la viabilidad del Sistema Nacional de Salud para los ciudadanos de hoy y para las generaciones futuras...

Afecta este Real Decreto Ley a un importante repertorio de normas de nuestro sistema jurídico, directa o indirectamente. Se señalan las más notorias:

- Decreto 2065/74, Ley General de la Seguridad Social
- Ley 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud
- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias
- Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario del SNS
- Ley 29/2006, de 29 de julio, de Garantías y Uso Racional del Medicamento
- Real Decreto 29/2007, sobre Entrada, Libre Circulación y Residencia de Extranjeros.
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública

El Real Decreto Ley 16/2012 recoge una serie

de variaciones de primera importancia en numerosos asuntos de la relación de los pacientes con el Sistema Sanitario, como declara el Ministerio del ramo en la web antes referida.

- Universalidad de la asistencia
- Cartera común de servicios
- Prestación farmacéutica y cartera suplementaria
- Medidas de eficiencia
- Ordenación de los recursos humanos
- Sector sociosanitario

El propósito de estas páginas va, solamente dirigido a la universalización de la asistencia y a la evolución que ha experimentado, por lo que me ceñiré a ello en esta exposición.

4.1 El derecho a la asistencia sanitaria

Recoge esta norma los siguientes grupos, diferenciando la asistencia a dispensar a españoles de la que deben recibir quienes no tienen esta nacionalidad:

Ciudadanos españoles

- ASEGURADOS
 - Trabajadores por cuenta propia o ajena
 - Pensionistas
 - Perceptores de prestaciones periódicas
 - Demandantes de empleo, inscritos como tales
- BENEFICIARIOS
 - Cónyuge del asegurado o persona en situación afectiva equivalente
 - Excónyuge del asegurado
 - Descendientes menores de 26 años o mayores con discapacidad igual o sup. al 65%

Extranjeros, inmigrantes y turistas

- ASEGURADOS
 - Inmigrantes regulares
 - Oros inmigrantes, sólo en situación de urgencia
 - Residentes con más de 3 meses de estancia en España
 - Embarazadas durante el embarazo y los procesos de parto y puerperio
 - Menores de 18 años en cualquier proceso y hasta esa edad
- QUEDAN EXCLUÍDOS

- Inmigrantes empadronados en situación de irregularidad
- Turistas con estancia inferior a 3 meses en el Estado español

Residen actualmente en España unos 5.800.000 extranjeros, de los cuales se encuentran regularmente en nuestro país aproximadamente 5.340.000. El número de irregulares se obtiene cruzando el Padrón, con el Registro Central de Extranjeros. El primero arroja unos 460.000 más que el segundo, de los cuales son comunitarios unos 310.000, de lo que se deduce que la cifra de inmigrantes en situación irregular podría ser de unos 150.000.

Precisamente éstos últimos que, aún encontrándose empadronados, estén en situación de irregularidad, si no logran regularizarse, perderán la tarjeta sanitaria el 1 de agosto 2012.

El segundo grupo de lo que se entiende en la nueva norma como “extranjeros asegurados” son los que cumplen un período de 3 meses, mínimo de estancia para acceder a la asistencia, exigencia que va dirigida a acabar con el denominado “turismo de bisturí”, que atraía a numerosos extranjeros a ser beneficiarios de prestaciones a las que en su país no tenían derecho y sobre cuya dispensación, luego, el sistema español no lograba reembolsarse en su importe. Hay que decir que estas personas a menudo no tienen apellido subsahariano o sudamericano, sino inglés o alemán, por ejemplo. El Real Decreto Ley actual hace una correcta adaptación de la Directiva Europea 2004/38 en este sentido de exigir un período mínimo de residencia, ante la inaplicación en nuestro país de la Directiva 2011/24.

El efecto exclusión de los inmigrantes irregulares abre severas interrogantes, desde las estructurales (posible colapso y sobreutilización de las urgencias) hasta las puramente conceptuales (si la urgencia se interpreta como hospitalaria, se rompe la continuidad asistencial al inmigrante en la Atención Primaria) o las de salud pública (enfermedades infecto contagiosas no atendidas).

5. ¿COMIENZA UNA NUEVA ÉPOCA PARA LA UNIVERSALIZACIÓN?

La trayectoria comenzada con el artículo 43 de la Constitución, de acceder a la asistencia por la sola condición de ciudadano necesitado de la misma, fue completándose y concretándose en la Ley 14/1986,

General de Sanidad, La Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y quedó completada con la reciente Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública en su propósito de extender la asistencia sanitaria pública a unos 180.000 ciudadanos que aún quedan fuera de ella.

Esta trayectoria, bajo los principios de universalidad, solidaridad, gratuidad y equidad, conformaban un sistema modélico y tomado como referente mundial. La situación actual y un cambio de paradigma han motivado la concepción asistencial de la nueva norma.

Pero quizás el mayor calado de la reforma se muestra ya en lo puramente conceptual y aparece en su articulado, apenas comenzamos su atenta lectura y resucita términos como “asegurado” o “beneficiario” que pertenecen a una época pasada, en la que la condición de usuario de la asistencia se vinculaba a la de trabajador. No olvidemos que a partir de la Ley 49/1998, de Presupuestos Generales del Estado para 1999, la financiación de la asistencia sanitaria pública se viene haciendo vía impuestos exclusivamente, dejando atrás la financiación mixta cuotas – impuestos utilizada hasta dicha fecha y que comportaba la vinculación de la asistencia sanitaria al mundo del trabajo.

El vehículo legal utilizado no parece, por otra parte, muy adecuado. La vía del Real Decreto Ley, posibilitada por el artículo 86 de la Constitución requiere que: en caso de extraordinaria y urgente necesidad el Gobierno podrá adoptar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos Leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos...

La precisión terminológica de este enunciado es muy limitativa: “extraordinaria y urgente necesidad”, “disposiciones provisionales” o la limitación de no poder afectar a “instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos”. Se ha adoptado un recurso normativo que supone aplicar, medidas graves que modifican un importante número de normas de la máxima relevancia y afectan a derechos básicos de la población, Se ha hecho sin el debate y consenso que deben entenderse imprescindibles, bajo el que hubiera sido modo ordinario de la tramitación parlamentaria. Esta realidad ha hecho que un sector crítico se haya posicionado sobre esta vía que, apoyado en los razonamientos aludidos, alude a la posible inconstitucionalidad de la norma.

6. REACCIONES A LA NORMA Y SU APLICACIÓN

En el espacio autonómico la aceptación de la nueva norma y de las modificaciones que introduce no ha sido uniforme. Andalucía y el País Vasco han manifestado en la Comisión Delegada del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud su desacuerdo con el nuevo estatus de asegurado o no asegurado que recibirán todos los españoles a partir del 1 de julio. “Se trata de un conflicto de terminología, en línea con su oposición plena al Real Decreto 16/2012”, En cualquier caso, el resto de comunidades aprobará que se elimine la categoría de ciudadanos “sin recursos” y que los mayores de 26 años que no hayan cotizado sean asegurados y no “beneficiarios”. Las posiciones están encontradas y por diversos motivos hay enfrentamiento a la norma, completo en el caso de Cataluña, por entender que se invaden competencias autonómicas propias o declaraciones de inaplicación como en el caso del País Vasco. Se fijan posturas en diversas autonomías, por otra parte, para reembolsar a los pensionistas diversos importes de la aportación farmacéutica que ahora tendrán que hacer. En el otro extremo, de aceptación de la nueva norma, la comunidad Navarra considera que ni es inconstitucional ni invade competencias autonómicas.

No hay aceptación decidida, tampoco, en protagonistas muy destacados de la Sanidad Nacional o del Derecho, como es el caso de la Organización Médica Colegial o del Consejo General de la Abogacía.

El propio Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, consciente del impacto social que ha suscitado la norma, con la impresión de retroceso y desprotección a determinados sectores ha insertado en su web, bajo el título: Todos los españoles tienen garantizado el derecho a la asistencia sanitaria gratuita con el nuevo Real Decreto Ley 16/2012 de 20 de abril, unas matizaciones acerca de cómo pueden obtener su tarjeta sanitaria los mayores de 26 años, no trabajadores, o aquellas personas denominadas rentistas. Se condiciona el derecho a la asistencia como persona sin recursos a la no obtención de determinados niveles de renta, por determinar, pero que se anuncian muy elevados con el objeto de dar acogida casi general a la asistencia para quien la necesite. Suavizando el rigor de la letra de la norma para los ciudadanos españoles, queda patente su dureza para los colectivos de extranjeros no regularizados y para los turistas con menos de tres meses de residencia en España, respecto de cuya situación a efectos del derecho a la asistencia no se hace paliativo alguno.

7. UNA REFLEXIÓN PARA CONCLUIR

Se configura ahora la asistencia sanitaria pública para trabajadores asegurados, pensionistas y quienes se encuentran en situación de carencia de recursos. Esta era la situación en la época de los Seguros Sociales, previa a los cambios antes referidos, operados por la Constitución y su legislación complementaria.

Se endurece considerablemente el acceso a la atención sanitaria a inmigrantes que carecen de condiciones para obtenerla por otra vía que la asistencia pública. ¿Cómo enfrentarán una demanda de asistencia, de estas personas desasistidas, los profesionales del Sistema Nacional de Salud, a la luz de sus códigos deontológicos? ¿Qué consecuencias de salud pública puede tener el hecho de no asistir una enfermedad contagiosa o transmisible en sus etapas iniciales, por carecer del derecho a la asistencia de su portador?

En esta nueva situación puede que, en el nuevo modelo, se queden con la asistencia pública, como único instrumento de protección, los indigentes y las clases sociales más débiles, acudiendo los demás a protecciones complementarias con aseguradoras privadas. Este sistema, hay que decir que es el utilizado en algunos países europeos de nuestro entorno cultural, pero la diferencia, hasta ahora, era positiva para nosotros y ponía en valor internacional el Sistema Nacional de Salud español.

La Sanidad es una cuestión de Estado con una importancia que pocas otras tienen. Es necesario el compromiso de todos los factores que confluyen en ella y sobre todo lograr situarla al margen de la confrontación política. Los valores en juego merecen que el protagonismo tenga como referente al ciudadano, en cuanto usuario de los servicios sanitarios, en la constante inquietud de mantener o recuperar la atención sanitaria a la que, como seres humanos, tenemos legítimo derecho.

LA NUEVA LEY GENERAL DE SALUD PÚBLICA COMO SUPERACIÓN DE UN MARCO ESENCIALMENTE ASISTENCIAL: UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Federico de Montalvo Jääskeläinen
Profesor propio adjunto, UPComillas (ICADE)

ÍNDICE

1. Introducción
2. De la proclamación constitucional de la protección de la salud pública a su desarrollo normativo
3. La insuficiencia (e insostenibilidad) de un sistema meramente asistencial
4. ¿Un modelo de salud pública basado en el principio de autonomía?
5. El principio de información en el ámbito de la salud pública
6. La clave de bóveda del nuevo sistema de salud pública: El principio de integración de políticas
7. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 4 de octubre de 2011, las Cortes Generales aprobaban la Ley General de Salud Pública, Ley 33/2011¹. Dicha norma supone una novedad importante en nuestro ordenamiento jurídico, en general, y en nuestro ordenamiento sanitario, en particular, al venir a completar una vertiente de nuestro sistema sanitario, la salud pública, que, si bien ya habido sido objeto de reconocimiento constitucional en el artículo 43 de la Constitución, no había sido aún objeto de un desarrollo sistemático, sin perjuicio de algunas menciones singulares en las normas que regulaban el sistema de prestación de servicios sanitarios. Así pues, podemos perfectamente afirmar que tras dicha Ley, el derecho a la protección a la salud de los ciudadanos que consagra el citado artículo 43 se ha visto culminado en su doble vertiente, tanto asistencial como preventiva y de salud pública.

A través del presente trabajo pretendemos hacer un análisis y valoración crítica de varias de las cuestiones que, desde un punto de vista jurídico-constitucional, ofrece dicha Ley. No aspiramos, por razones sustancialmente de espacio, a abordar de una manera global todos los aspectos que recoge la norma, ya que la misma abarca materias muy diferentes que van más allá del ámbito sanitario en sentido estricto, como son el medio ambiente, la salud laboral, etc., sino tan sólo ofrecer nuestra opinión sobre algunas cuestiones que entendemos que tienen un importante calado jurídico-constitucional.

2. DE LA PROCLAMACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA A SU DESARROLLO NORMATIVO

La Ley viene a desarrollar normativamente la previsión contenida en el artículo 43 de la Constitución, el cual, tras proclamar el derecho a la protección de la salud, dispone que “*compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*”. Dicho precepto recoge, como puede comprobarse, una doble dimensión de la protección de la salud, tanto en su aspecto asistencial (prestaciones y servicios necesarios) como en su aspecto preventivo. Podría decirse, de este modo, que el contenido del derecho a la protección de la salud tiene una doble vertiente: de una parte, abarca el ámbito de la denominada salud pública, contemplando todas las medidas que un estado debe desarrollar para preservar la salud de su ciudadanía; de otra, comprende las acciones a adoptar para garantizar la asistencia sanitaria que cada ciudadano pueda llegar

¹ BOE de 5-X-2011.

a precisar².

Pese a ello, el derecho a la protección de la salud que proclama nuestra Constitución en su artículo 43.1 ha venido tradicionalmente sustentado, en su desarrollo normativo, en la lucha por la curación de las enfermedades (aspecto asistencial de la salud) y en un ámbito más individual que colectivo³. Sin embargo, desde hace ya tiempo junto a tal objetivo se han abierto paso las políticas de salud pública⁴, en virtud de las cuales, el objetivo no es curar, sino, más aún, prevenir la enfermedad, todo ello, sobre la base del principio de atención integral a la salud⁵. Tal idea ya aparece recogida en la propia Constitución, la cual hace referencia, como hemos visto, a la protección de la salud pública a través de medidas preventivas⁶.

2 ORTIZ DE ELGEA GOICOECHEA, P.J., “La asistencia sanitaria en la Unión Europea y la libre circulación de ciudadanos”, *Derecho y Salud*, número extraordinario XI Congreso Derecho y Salud, p. 63.

3 Cierco Sieira señala que durante la segunda mitad del Siglo XX este ha sido el objetivo del sistema sanitario en detrimento de las políticas de protección de la salud colectiva. Vid. CIERCO SIEIRA, C., “Epidemias y Derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 13, núm. 2, diciembre 2005, p. 211. Téngase en cuenta, en todo caso, que el Estado liberal de Derecho característico del siglo XIX y comienzos del siglo XX se había caracterizado en el ámbito sanitario, precisamente, por su configuración esencialmente preventiva. Vid. REBOLLO PUIG, M., “Sanidad preventiva y salud pública en el marco de la actual Administración Sanitaria española”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* 239, año 1988, p. 1410. Sobre el alcance de la protección de dicho artículo en lo que atañe a la salud individual y colectiva, vid. BORRAJO DA CRUZ, E., “Artículo 43. Protección de la salud”, en ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, tomo IV, Madrid, 1983, Edersa, pp. 149 a 196.

4 Para Muñoz Machado nuestra Constitución no ha incorporado el histórico concepto de salud pública como salud colectiva, sino un concepto menos restrictivo que incorpora todo tipo de prestaciones de carácter preventivo, curativo, rehabilitador o educativo. Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Madrid, Alianza, 1995, p. 96.

5 Hace ya tiempo la doctrina administrativista había distinguido dentro de la acción administrativa sanitaria entre la actividad preventiva y la reparadora. Vid. BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “La incidencia de la actividad administrativa sanitaria en los derechos y libertades fundamentales de las personas”, *Revista Vasca de Administración Pública* 6, 1983, p. 156. Vid. también, MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad pública en España (evolución histórica y situación actual)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, p. 19; y REBOLLO PUIG, M., “Sanidad preventiva y salud pública ...”, *cit.*, pp. 1406 a 1410.

6 Recuérdesse que en el Anteproyecto de Constitución no se hacía mención a la salud pública, sino tan sólo a la sanidad y la higiene. Será como consecuencia de una enmienda presentada en el Senado por Sánchez Castiñeiras cuando se introduce el concepto más moderno de salud pública que se toma del concepto

Sin embargo, como es de sobra conocido, si bien nuestro Estado constitucional se dotó desde sus inicios de importantes normas que desarrollaban esta última vertiente asistencial, y, entre ellas, destacan singularmente tanto la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁷ (en adelante, Ley General de Sanidad), como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud⁸ (en adelante, Ley de Cohesión), no ocurrió lo mismo en el campo de la salud pública. El modelo que se diseña como Sistema Nacional de Salud se vendrá a fundamentar, si bien no exclusivamente, casi prioritariamente en la dimensión asistencial.

Cierto es que tanto la Ley General de Sanidad como la posterior Ley de Cohesión recogían importantes previsiones normativas acerca de la salud pública. Así, el artículo 3.1 de la Ley General de Sanidad consagra, como principio general del sistema, la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades. En similares términos, su artículo 8.1 considera como actividad fundamental del sistema sanitario la realización de los estudios epidemiológicos necesarios para orientar con mayor eficacia la prevención de los riesgos para la salud, así como la planificación y evaluación sanitaria, debiendo tener como base un sistema organizado de información sanitaria, vigilancia y acción epidemiológica. Pese a ello, la preocupación por la salud colectiva en dicha Ley General no posee un carácter preferente⁹.

Por su lado, la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud recoge en su artículo 11 las prestaciones de salud pública y, entre ellas, la información y vigilancia epidemiológica; la protección de la salud; la promoción de la salud; la prevención de las enfermedades; o la vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros, por parte de la Administración sanitaria competente.

norteamericano (*public health*). Vid. SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, pp. 3484 y 3485; y LEÓN ALONSO, M., *La protección constitucional de la salud*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 140 y 141. Según Pemán Gavín el apartado segundo del artículo 43 supone proclamar un derecho a la protección de la salud que va más allá de un mero derecho prestacional. Vid. PEMÁN GAVÍN, J., *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pp. 82 y 83.

7 BOE de 19-IV-1986.

8 BOE de 29-V-2003.

9 Vid. CIERCO SIEIRA, C., “Epidemias y Derecho administrativo ...”, *cit.*, p. 212.

Debe hacerse mención también al catálogo de prestaciones sanitarias aprobado por Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización¹⁰. El artículo 1 dispone que entre los objetivos de la norma figura “1. Establecer el contenido de la cartera de servicios comunes de las prestaciones sanitarias de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención de urgencia, prestación farmacéutica, ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario”.

A continuación, el Real Decreto recoge en su Anexo I las prestaciones de salud pública que quedan garantizadas en el Sistema Nacional de Salud, es decir, la que se denomina literalmente “Cartera de servicios comunes de salud pública”. El Anexo define la prestación de salud pública como “*el conjunto de iniciativas organizadas por las administraciones públicas para preservar, proteger y promover la salud de la población. Es una combinación de ciencias, habilidades y actividades dirigidas al mantenimiento y mejora de la salud de todas las personas a través de acciones colectivas o sociales*”.

La estructura administrativa desde la que se desarrollará dichas prestaciones es la Atención Primaria y dicha prestación se hará efectiva a través de una doble orientación, general e individual:

a) En primer lugar, a través del diseño e implantación de políticas de salud, como son la valoración del estado de la salud de la población mediante el análisis de la información obtenida a través de los sistemas de información sanitaria y la vigilancia en salud pública; seguimiento y evaluación de riesgos para la salud; y la verificación, control e intervención en salud pública en ejercicio de la autoridad sanitaria.

b) En segundo lugar, a través del desarrollo de políticas orientadas directamente al ciudadano, con la definición de programas para la protección de riesgos para la salud, promoción de la salud y prevención de enfermedades, deficiencias y lesiones.

Así pues, parece que el propio Real Decreto consagra, a través de esta doble orientación, la distinción entre salud pública y medicina preventiva¹¹. A este

respecto, debemos recordar que se viene considerando que los conceptos de salud pública y medicina preventiva no son equivalentes. Si bien la salud pública ha sido definida como “*el arte y la ciencia de prevenir las enfermedades, promover la salud y prolongar la vida mediante los esfuerzos organizativos de la sociedad*” o como “*una actividad organizada de la sociedad para promover, proteger, mejorar y, cuando sea necesario, restaurar la salud de los individuos, grupos específicos o de la población entera*”, el concepto de medicina preventiva es más amplio. El objetivo de ésta sería la prevención de la enfermedad mediante intervenciones y consejos médicos llevados a cabo por el médico y su equipo, aplicándose a los pacientes y usuarios en el ámbito clínico asistencial. Así pues, como puede comprobarse, si bien ambas tienen como finalidad la prevención de la enfermedad, la medicina preventiva se desarrolla en un ámbito eminentemente clínico asistencial, mientras que la salud pública se puede desarrollar fuera de dicho ámbito¹².

Por último, el ordenamiento jurídico comunitario ha consagrado igualmente tales políticas de salud pública. A este respecto, puede destacarse singularmente el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que dispone que “*al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana*”¹³, añadiendo, a continuación, que “*la*

les de salud pública parece recogerse en un trabajo del *Institute of Medicine*, que ha sido tomado como marco por el *Public Health Functions Steering Committee* de los Estados Unidos de América y que ha tenido una notable influencia en Europa. Vid. *Institute of Medicine, Committee on the future of public health. The future of public health*, National Academy Press, Washington, 1988, y *Public Health Functions Steering Committee, Public Health and Essential Public Health Services*, U.S. Department of Health and Human Services, Washington, 1995. Puede accederse a este último documento a través de la página web, <http://www.health.gov/phfunctions/public.htm>. Se ha tenido conocimiento de ambos documentos a través de VILLALBÍ, J.R., CARRERAS, F., MARTÍN MORENO, J.M. y HERNÁNDEZ AGUADO, I., “La cartera de servicios de salud pública en el Sistema Nacional de Salud: la aportación de la Administración General del Estado”, *Revista Española de Salud Pública*, núm. 3, vol. 84, mayo-junio 2010, pp. 249 a 252.

¹² VVAA, *Medicina preventiva y salud pública*, 11.ª ed., Elsevier Masson, Barcelona, 2008, p. 3.

¹³ El logro de un alto nivel de protección de la salud constituye ya un objetivo de la acción comunitaria. Los propios responsables de la Unión tomaron conciencia, sobre todo, a partir del Tratado de Maastricht, de que la participación directa de los ciudadanos en la construcción europea sólo era posible si éstos percibían una mejora en su calidad de vida y la atribuían directa o indirectamente a dicho proceso. Por ello, la protección de la salud se convirtió ya en uno de los fines principales de la Unión. Sobre dicha cuestión, puede verse RODRÍGUEZ MEDINA, C., *Salud pública y asistencia sanitaria en la*

¹⁰ BOE de 16-IX-2006.

¹¹ La definición más completa de los servicios esencia-

acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica”¹⁴.

Por su lado, el Tratado de Maastricht también se ocupó de este campo. En concreto, su artículo 129 dispone, literalmente, que: “1. La Comunidad contribuirá a la consecución de un alto nivel de protección de la salud humana fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, apoyando la acción de los mismos” y añade, a continuación, que “La acción de la Comunidad se encaminará a la prevención de las enfermedades, especialmente de las más graves y ampliamente difundidas, incluida la toxicomanía, apoyando la investigación de su etiología y de su transmisión, así como la información y la educación sanitarias”.

Sin embargo, como puede verse, la política común sanitaria queda limitada a una mera competencia de fomento de la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, de apoyo a la acción de los mismos. Ciertamente es, en todo caso, que la política sanitaria referida a la salud pública sí parece encontrar en dicha norma un mayor espacio de desarrollo, lo que ha provocado que si en la actualidad pudiera hablarse de una verdadera política común sanitaria, esta vendría referida principalmente a la salud pública¹⁵.

Igualmente, la Carta de los Derechos Fundamen-

Unión Europea, Comares, Granada, 2008, pp. 8 a 10. Ello, incluso, ha sido reconocido por el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su decisión de 12-VII-1996 (caso Reino Unido v. Comisión): “Furthermore, none of the documents before the Court supports the argument that the Commission’s exclusive or main purpose was of an economic nature rather than to protect health”.

14 De este modo, puede perfectamente afirmarse que, si bien no existe aún una política común europea en lo que se refiere a la regulación y gestión de la asistencia sanitaria, siendo ésta una competencia propia de los Estados miembros, sí existe, por el contrario, una política común en materia de salud pública. Ejemplo de tal política común lo constituye, entre otros, la creación hace unos años del Centro Europeo de Control y Prevención de Enfermedades con sede en Estocolmo, cuya misión es identificar, evaluar y comunicar amenazas para la salud humana por causa de enfermedades transmisibles. A este respecto, el Centro ha venido trabajando en el ámbito de la vacunación y, así, celebra anualmente una reunión sobre esta cuestión (*Eurovaccine, European Vaccination Conference*). Puede accederse a las funciones y actividades de dicho Centro a través de la página web <http://www.ecdc.europa.eu>. Así pues, el logro de un alto nivel de protección de la salud constituye ya un objetivo de la acción comunitaria.

15 DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “El espacio común sanitario en la Unión Europea: ¿una realidad o un mito?”, *Revista de las Cortes Generales*, segundo cuatrimestre 2011, núm. 83, pp. 218 y 219.

tales de la Unión Europea dispone en su artículo 35 que “Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria conforme a las condiciones establecidas en las disposiciones nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”¹⁶.

En definitiva, podemos afirmar que antes de la aprobación de la Ley General de Salud Pública ya existía un marco regulador de la salud pública, tanto a nivel nacional como comunitario, estando incluso la misma garantizada por norma constitucional. Sin embargo, resultaba también evidente que dicho marco era harto insuficiente a los efectos de poder promover una política eficaz de protección de la misma, y ello, porque la salud pública no había sido abordada en nuestro ordenamiento jurídico de una manera sistemática, faltando igualmente una base jurídica para muchos de los instrumentos e instituciones que se mostraban necesarios para poder desarrollar tales políticas.

Un ejemplo palmario de este déficit, no jurídico pero sí económico, es el porcentaje que se ha venido dedicando a la salud pública en el gasto sanitario total. Así, en el año 2009 el nivel de gasto orientado hacia la prevención y salud no superaba el 1,7% del gasto sanitario público, dato que resulta especialmente relevante si lo comparamos con el resto de porcentajes: un 55,5% en atención especializada (hospitalaria y ambulatoria), un 19,1% en gasto farmacéutico y un 15,4%, en atención primaria. Nuestro modelo sanitario, como puede comprobarse a través de dicho dato, se ha venido fundamentando en un sistema sustancialmente asistencial y no preventivo.

3. LA INSUFICIENCIA (E INSOSTENIBILIDAD) DE UN SISTEMA MERAMENTE ASISTENCIAL

La insuficiencia de un sistema sanitario basado en meras prestaciones asistenciales y no preventivas ha sido ya denunciada por múltiples especialistas.

16 En la propia Constitución Europea (*European Convention*) la salud ocupaba un papel secundario, aunque muchos de sus objetivos prioritarios estuvieran directa o indirectamente relacionados con la salud. Vid. KÜHN, W.M., “El modelo social instaurado por la Constitución Europea: análisis desde la perspectiva de la protección de la salud pública”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 14, marzo 2006, p. 30. Vid., también, BELCHER, P., McKEE, M. y ROSE, T., “Is health in the European Convention?”, *Eurohealth*, vol. 9, núm. 2, 2003, p. 1.

La propia Exposición de Motivos de la Ley General de Salud Pública se hace eco de este déficit manifestando que si bien “*Los servicios sanitarios resultan imprescindibles para dar respuesta a los problemas de salud de la colectividad, pues consiguen atenuar los perjuicios de las enfermedades y permiten que se pueda recobrar la salud perdida y mejorar la calidad de vida de las personas enfermas ... no es el dispositivo asistencial el principal condicionante de nuestro nivel de salud*”, ya que “*la salud se gana y se pierde en otros terrenos: antes del nacimiento pueden producirse exposiciones a distintos factores que de forma indeleble determinen la salud futura, y desde el nacimiento hasta la muerte se van acumulando experiencias vitales positivas o negativas que perfilan la salud. El entorno familiar, la educación, los bienes materiales, las desigualdades sociales y económicas, el acceso al trabajo y su calidad, el diseño y los servicios de las ciudades y barrios, la calidad del aire que se respira, del agua que se bebe, de los alimentos que se comen, los animales con los que convivimos, el ejercicio físico que se realiza, el entorno social y medioambiental de las personas, todo ello determina la salud*”.

En el plano de desarrollo normativo, la Exposición de Motivos apunta que “*El derecho a la protección de la salud reconocido en la Constitución se interpretó usualmente como derecho a recibir cuidados sanitarios frente a la enfermedad. Por ello, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, uno de los hitos fundamentales en nuestro esfuerzo organizado por hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, estableció como uno de los principios generales en su art. 3 que el sistema sanitario se orientase prioritariamente hacia la prevención y la promoción de la salud. La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, dispuso las bases para una prestación asistencial de calidad por los servicios sanitarios. Este imprescindible desarrollo legislativo se orientó fundamentalmente a la importante tarea de ordenar y coordinar las actividades de la asistencia sanitaria, sin embargo, los esfuerzos que el conjunto de la sociedad debe hacer para asegurar un buen estado de salud mediante la prevención de la enfermedad y la promoción de la salud no se han desarrollado de igual manera*”.

Por otro lado, no debe olvidarse que, sin perjuicio de los beneficios que para la salud de las personas ha tenido el avance de la medicina asistencial, los factores que tienen mayor incidencia en el estado de la salud de las personas conectan directamente con

elementos ajenos al propio proceso asistencial. Así, el ya clásico *Informe Lalonde* publicado en Canadá en 1974 estableció que los cuatro determinantes de la salud eran la biología, el entorno y estilos de vida, y estos alcanzan una incidencia del noventa por ciento en el estado de salud de una persona, frente al sistema sanitario, que representaría tan sólo un diez por ciento¹⁷. Por ello, resulta paradójico que el mayor gasto se destine precisamente al determinante con menor incidencia en la salud de las personas.

En dicho informe se señala que “*The traditional or generally-accepted view of the health field is that the art or science of medicine has been the fount from which all improvements in health have flowed, and popular belief equates the level of health with the quality of medicine. Public health and individual care, provided by the public health physician, the medical practitioner, the nurse and the acute treatment hospital, have been widely-regarded as responsible for improvements in health status. Individual health care, in particular, has had a dominant position, and expenditures have generally been directed at improving its quality and accessibility*”, de manera que “*In most minds the health field and the personal medical care system are synonymous*”¹⁸.

Tal concepción ha provocado que “*most direct expenditures on health are physician-centered, including medical care, hospital care, laboratory tests and prescription drugs. When one adds dental care and the services of such other professions as optometrists and chiropractors, one finds that close to seven billion dollars a year are spent on a personal health care system which is mainly oriented to treating existing illness*”.

Sin embargo, como el informe acredita, dicha visión no resulta acertada en la medida que, como antes hemos destacado, atiende a un elemento cuya incidencia en la salud de las personas representa un porcentaje no significativo, sobre todo, si lo comparamos con otros elementos como los estilos de vida o el medio ambiente.

Por otro lado, la insuficiencia de un sistema basado en lo asistencial ha alcanzado mayor trascendencia en tiempos recientes desde el momento que parece que la sostenibilidad del modelo sanitario exi-

17 LALONDE, M., *A New Perspective on the Health of Canadians: a Working Document*, Office of the Canadian Minister of National Health and Welfare, Ottawa, abril, 1974.

18 *Ibidem*, p. 11.

ge implementar medidas de ahorro de costes y entre dichas medidas parecen cobrar especial virtualidad las políticas públicas de salud pública.

Dicha conexión entre salud pública y sostenibilidad aparece también recogida en la nueva Ley General de Salud Pública. Su Exposición de Motivos señala, al respecto, que *“Los poderes públicos han de asegurar y mejorar la salud de la población, la actual y la futura, entendiendo la inversión en salud como una contribución decisiva al bienestar social, tanto por el efecto neto de la ganancia en salud como por la contribución a la sostenibilidad de los servicios sanitarios y sociales, sin olvidar la contribución a la sostenibilidad general por el aumento de la productividad asociada a la salud y por el efecto positivo que las políticas de cuidado del medio tienen en el entorno y en la salud humana. La excelente respuesta que hemos dado al requerimiento constitucional de protección de la salud desde la vertiente del cuidado de las personas enfermas, debe ahora complementarse con la vertiente preventiva y de protección y promoción de la salud”*.

Este objetivo público de promoción de las políticas de prevención tiene ahora, por tanto, mayor trascendencia a medida que nuestros sistemas sanitarios empiezan a presentar problemas de financiación en atención al incremento del gasto. Por ello, si bien el fin principal de la salud pública es la mejora del estado de salud general, también se ha demostrado su valor desde una perspectiva coste-efectividad, suponiendo una importante contribución al mantenimiento de la sostenibilidad de los sistemas sanitarios, reduciendo la incidencia de enfermedades con gran impacto económico¹⁹.

El importe de actividad que supone la gestión y prestación de servicios sanitarios en la Unión Europea alcanza una media superior ya al nueve (9.6%) por ciento del Producto Interior Bruto (PIB)²⁰. Dicho importe viene incrementándose año a año, de manera que las perspectivas futuras nos sugieren una media bastante superior. Así, el gasto global de sanidad aumentó desde aproximadamente el 5 % del PIB en 1970 hasta más del 8 % en 1998, produciéndose el incremento más importante antes de 1990. El gasto público de sanidad ha seguido la misma tendencia: crecimiento más rápido que el del PIB desde 1970

hasta 1990 (su porcentaje en el PIB se incrementó del 3,9 % al 6% aproximadamente), y evolución más moderada desde 1990, en particular debido a los esfuerzos realizados por todos los países para controlar los gastos²¹. Además, los datos relativos a los últimos diez años sugieren que se está produciendo una ralentización de la ratio “gastos sanitarios/PIB”²².

Por lo que a España en concreto se refiere, los estudios muestran que el gasto sanitario, que representaba un 5,5% del PIB en 2007, se cifrará en el 7,2% en 2060. Este aumento se alcanza en tres etapas claramente distintas. Hasta 2020 la presión demográfica y de otros factores es relativamente contenida. Así, en 2020, y siempre de acuerdo con las proyecciones comunitarias, el gasto sanitario se situaría en el 5,9% del PIB. Las siguientes dos décadas serán las de más presión sobre el gasto sanitario: en 2040 éste alcanzará el 6,8% del PIB. Después seguirían dos décadas de aumento más contenido, de manera que en 2050 el gasto sanitario ascendería hasta el 7,1% del PIB, sumando sólo una décima porcentual adicional hasta 2060²³.

En todo caso, la importancia de esta partida presupuestaria sigue siendo significativa y aumenta de forma regular²⁴. Así, se ha afirmado que *“increasing effectiveness and efficiency of health care and long-term care and getting more money out of the resources allocated to the sector are likely to become one of the most important challenges in the coming years”*²⁵.

Este crecimiento del gasto es consecuencia, sustancialmente, de tres hechos bien conocidos: el envejecimiento de la población, el avance tecnológico y el incremento constante de la demanda por parte de los

21 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 5 de diciembre de 2001, sobre el futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera, p. 4.

22 Sin embargo, no parece que quepa atribuir dicha ralentización a la crisis económica, ya que no se ha observado una disminución significativa del gasto sanitario ni siquiera cuando se aminora el crecimiento económico. Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 16 de julio de 2003, sobre “La asistencia sanitaria”, p. 3.

23 Informe La Caixa sobre “Los determinantes del gasto sanitario: mucho más que envejecimiento demográfico”, noviembre 2010.

24 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 16 de julio de 2003, sobre “La asistencia sanitaria”, p. 3.

25 European Commission, *Joint Report on Health Systems*, Occasional Papers 74, December 2010, p. 13.

19 VVAA, *Diez temas candentes de la Sanidad española para 2012. Dos agendas simultáneas: recortes y reformas*, PwC, Madrid, 2012, p. 84.

20 European Commission, *Joint Report on Health Systems*, Occasional Papers 74, December 2010, p. 13.

ciudadanos²⁶. Junto a estos, también se ha apuntado algún otro, tal como sería el cambio climático y su incidencia en la salud de la población²⁷. También se menciona, en ocasiones, el incremento de la litigiosidad sobre la actuación de los médicos y el incremento de coste que provoca la medicina defensiva que puede derivarse del temor de los profesionales a verse expuestos a una reclamación. Sin embargo, los estudios que han analizado dicha cuestión no le otorgan excesiva importancia en relación con el incremento del coste de los servicios sanitarios²⁸.

El elemento del envejecimiento de la población tiene especial relevancia en España si tenemos en cuenta las previsiones que se han hecho al respecto. En España se prevé que existan cincuenta y dos millones de habitantes en 2060, de los cuales aproximadamente un tercio tendrá más de sesenta y cinco años y un catorce por ciento más de ochenta años. Las cifras actuales rondan el diecisiete por ciento y el cinco por ciento, respectivamente. En términos absolutos, en cincuenta años los españoles mayores de sesenta y cinco años habrán pasado de ocho a diecisiete millones de personas, y los mayores de ochenta años serán ocho millones, frente a los dos millones actuales²⁹.

En este ámbito de la tercera edad se han propuesto ya nuevas políticas públicas que conectan con la salud pública, tales como las que se agrupan bajo el concepto de *envejecimiento sano* o *saludable*. Tal propuesta parte de la idea de que el envejecimiento como tal de la población no genera mayores gastos, sino el envejecimiento acompañado de falta de salud³⁰.

26 Algunos trabajos consideran que el valor que tradicionalmente se otorga al envejecimiento de la población como elemento principal de crecimiento del gasto sanitario no tiene fundamento empírico. A ese respecto, se apunta que el principal elemento que determina dicho aumento sería el desarrollo de las nuevas tecnologías sanitarias. Vid. CABASÉS HITA, J.M. (Dir.), *La financiación del gasto sanitario en España. Valoración del sistema de financiación, medida de la necesidad relativa y equidad*, Informes 2010, Fundación BBVA, Bilbao, 2010, pp. 190 y 191.

27 European Commission, *Joint Report on Health Systems*, Occasional Papers 74, December 2010, p. 13.

28 Véase, por ejemplo, ANDERSON, G.F. et al., "Health spending in the United States and the rest of The industrialized World. Examining the impact of waiting lists and litigation reveals no significant effects on the U.S. health spending differential", *Health Affairs*, vol. 24, n. 4, pp. 903 a 914.

29 Informe La Caixa sobre "Los determinantes del gasto sanitario: mucho más que envejecimiento demográfico", noviembre 2010.

30 Dictamen 2011/C44/02 del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Los efectos del envejecimiento de la población en el sistema sanitario y la protección social»

Como apunta el Comité Económico y Social Europeo, "el ser humano envejece desde el momento en que nace. Por eso es importante que toda su vida discurra —en la medida de lo posible— en condiciones satisfactorias. Se trata de comenzar y acabar bien la vida. El envejecimiento sano empieza mucho antes de la jubilación y está influido, entre otras cosas, por las condiciones de vida y de trabajo, así como por la disponibilidad de recursos. Si se es consciente de lo anterior, resulta lógica la exigencia de responsabilizarse del propio envejecimiento. El envejecimiento responsable exige un aprendizaje permanente. Para ello es preciso elaborar nuevas estrategias y políticas de aprendizaje permanente a escala nacional, regional y local en el ámbito de la educación sanitaria, que deberán abarcar todas las modalidades del aprendizaje"³¹.

Esta misma idea de envejecimiento sano o saludable se recoge en el Libro Blanco de la Comisión, "Juntos por la salud: un planteamiento estratégico para la UE (2008-2013)", de 23 de octubre de 2007. Para la Comisión, favorecer el envejecimiento saludable significa, por un lado, promover la salud a lo largo de toda la vida, a fin de prevenir desde una edad temprana los problemas de salud y las discapacidades, y por otro, luchar contra las desigualdades en materia de salud asociadas a factores sociales, económicos y medioambientales³².

Por otro lado, y dentro de la misma perspectiva de sostenibilidad del sistema sanitario, la salud pública ocupa una posición relevante dentro de las políticas públicas de responsabilización del ciudadano en su propia salud y en la utilización del sistema. Así, la puesta en marcha de medidas dirigidas a obtener un mayor grado de concienciación sobre la necesidad de mantener conductas saludables (véase, por ejemplo, en el ámbito escolar) que además de revertir directamente en la salud general de la población, contribu-

(Dictamen exploratorio), C 44/11.

31 *Ibidem*, C 44/12.

32 Debe recordarse también que el envejecimiento de la población afecta a la sanidad en un doble sentido. No sólo supone, como acabamos de señalar, un incremento de los gastos, sino que también afecta a los propios profesionales que trabajan en el sector. Entre 1995 y 2000, el número de médicos menores de cuarenta y cinco años descendió un 20 % en toda Europa, mientras el número de los que superan esa edad aumentó más del 50 %. También va subiendo la media de edad del personal de enfermería; en cinco Estados miembros, casi la mitad de este personal tiene más de cuarenta y cinco años. Vid. Libro verde de la Comisión de 10 de diciembre de 2008, sobre el personal sanitario europeo, p. 6.

yen a la sostenibilidad del sistema, disminuyendo el coste asociado a las *enfermedades evitables*³³.

Así pues, resulta patente que entre las políticas públicas que pudieran promover un sistema sanitario sostenible parece que han de ocupar un papel protagonista todas aquellas que pretendan proteger la salud de las personas, no desde la tradicional perspectiva de la asistencia sanitaria (acción curativa y asistencial), sino desde la perspectiva de la prevención de las enfermedades y la salud pública.

4. ¿UN MODELO DE SALUD PÚBLICA BASADO EN EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA?

En un plano estrictamente jurídico, el término salud pública queda plenamente enmarcado en uno de los supuestos comunes que integran el concepto de interés general³⁴. Como tal, la salud pública cobraría virtualidad en el difícil equilibrio entre intereses individuales e intereses colectivos como un límite a aquellos. De este modo, un modelo de salud pública como el que pretende promoverse sobre la base de lo dispuesto en la Ley General de Salud Pública habría de venir fundamentado, desde un punto de vista estrictamente legal, en una relación proporcional entre la libertad de los ciudadanos y los intereses colectivos, porque, en definitiva, como vamos a ver, la cuestión central, tanto jurídica como ética, en salud pública es responder a la pregunta de en qué medida es admisible el establecimiento y promoción de políticas por el Estado que, si bien pueden tener efectos muy beneficiosos para la población, afectan habitualmente a derechos y libertades de ciudadanos concretos³⁵. La respuesta a esta cuestión es especialmente compleja por dos motivos:

En primer lugar, por el riesgo que, intencionada o no intencionadamente, pudiera derivarse de las políticas públicas de salud pública para la libertad moral de los ciudadanos. Nos estamos refiriendo, obviamente, a la posibilidad, nada descabellada, de

que dichas políticas pudieran desembocar en verdaderas prácticas paternalistas, en las que el Estado, en beneficio de un sujeto plenamente capaz, adopta una decisión que atenta a su libertad, o incluso, peor aún, en perfeccionismo moral, cuando detrás de estas políticas públicas se esconde la discutible pretensión estatal de imponer una vida más sana a sus ciudadanos de acuerdo con una moralidad determinada.

En segundo lugar, por la multitud de conflictos de diferente naturaleza que pueden plantearse al amparo de dichas políticas de salud pública. Así, una solución global se muestra muy difícil, habiendo de atenderse en cada caso a los derechos y valores en conflicto. No pueden equipararse casos tales como aquellos en los que un sujeto se niega a que se le practique una prueba de diagnóstico genético con el fin de determinar predictivamente su predisposición a desarrollar determinada enfermedad en el futuro y poder así adoptar medidas terapéuticas preventivas, que el caso bien distinto en el que unos padres rechazan la vacunación de sus hijos menores de edad con un riesgo efectivo o, incluso, potencial para los propios hijos y su entorno.

Sin embargo, aún admitiendo que las políticas de salud pública presentan variados y complejos conflictos ético-jurídicos y que pueden entrañar riesgos para la autonomía moral de los ciudadanos, no es menos cierto que un pleno respeto de dicha autonomía individual sin atender al bien común o, mejor dicho, al interés de otros ciudadanos que conforman el concepto de comunidad no parece admisible en un modelo social como el nuestro que ya ha superado el concepto clásico de Estado liberal y la mera dimensión subjetiva de los derechos y libertades que la Constitución proclama como mínimos de convivencia social. A este respecto, debemos recordar que dentro del actual Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución los derechos y libertades ya no son entendidos en su visión liberal como meros instrumentos de defensa de los individuos frente al Estado, sino, como verdaderos valores que informan a todo el ordenamiento jurídico, ostentando la mayoría de ellos una faz colectiva.

Además, tampoco puede olvidarse que el concepto de interés público como límite tradicional a los derechos no es ajeno a la propia naturaleza de éstos, ya que bajo dicho interés quedan protegidos, no los intereses del poder público en sí, sino los derechos y libertades de otros ciudadanos que se integran colectivamente bajo tal concepto.

33 VVAA, *Diez temas candentes de la Sanidad española para 2012*, op. cit., p. 28.

34 La salud pública constituye uno de los principales ejemplos del interés general como límite a los derechos y libertades, junto con la seguridad nacional, integridad territorial o la prevención de delitos, es decir, todos ellos, en palabras del Tribunal Constitucional, “*finés sociales o intereses colectivos deben constituir en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y su prioridad sobre un derecho fundamental debe resultar de la propia Constitución*” (STC 22/1984).

35 VVAA, *Public health: ethical issues*, Nuffield Council on Bioethics, Londres, 2007, p. XVI.

Por lo tanto, ello no es óbice para que a través de las herramientas que el Derecho nos ofrece en el campo de los derechos y libertades y de sus límites, especialmente, el principio de proporcionalidad, puedan perfectamente llevarse a cabo determinadas políticas públicas que promuevan la salud colectiva, aún cuando para ello haya que afectar a la esfera de la libertad individual.

El principio de proporcionalidad se constituye en la herramienta esencial en el abordaje de los conflictos derivados de las políticas de salud pública, de manera que habrá que atender en cada caso concreto a que el interés general satisfaga los tres elementos que configuran tradicionalmente tal principio³⁶: idoneidad³⁷, necesidad³⁸ y proporcionalidad en sentido estricto³⁹. Junto a este principio también habrá de entrar en juego el concepto de núcleo esencial como límite al límite, de manera que la política que suponga una restricción del derecho individual tendrá, en todo caso, que garantizar el contenido esencial del derecho, el cual conecta directamente con el concepto de dignidad que consagra el artículo 10 de la Constitución.

En resumen, si bien hay que ser cautos a la hora de valorar las políticas de salud pública con el fin de impedir la limitación injustificada de derechos y libertades individuales, no pudiendo admitirse, en virtud del principio de dignidad, que todo bien colectivo permita su sacrificio, tampoco podemos olvidar que si sólo se opta por proteger la autonomía individual, tales políticas están necesariamente abocadas al fracaso. Optar por la protección de la salud de las personas a través de las políticas de salud pública exige, desde un punto de vista jurídico, admitir que el interés colectivo es también digno de tutela.

Situándonos ya en el análisis concreto de lo que

la Ley General de Salud Pública ofrece respecto a dicho equilibrio entre libertad individual e interés general, podemos destacar dos cuestiones:

En primer lugar, la norma no contiene prácticamente ninguna previsión acerca de las políticas de salud pública que pudieran incidir en la integridad y autonomía de los ciudadanos. A tales efectos, la Ley se remite a la regulación que de tal cuestión se recoge en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública. Ello, en principio, puede venir justificado tanto por el hecho de que la norma no se haya aprobado con el carácter de orgánica, de manera que cualquier medida que tuviera una incidencia directa sobre los derechos y libertades consagrados en los artículos 15 y 17 de la Constitución estaría viciada de inconstitucionalidad⁴⁰, como por el hecho de que la regulación de los tratamientos sanitarios involuntarios que pudieran derivarse de la salud pública ya se encuentra regulada en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁴¹. El artículo 9.2 de esta última dispone, literalmente, que *“Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas”*.

En todo caso, sí podría haberse aprovechado

36 La Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1991 manifiesta, al respecto, lo siguiente: “no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan, y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor”.

37 Al amparo de dicho elemento se valora si la medida permite alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

38 Al amparo de dicho elemento se valora si la medida es indispensable para alcanzar el fin. No cabe otra vía menos lesiva para alcanzar dicho fin

39 En este elemento se valora si existe un equilibrio entre el sacrificio que produce la medida y el beneficio que se obtiene a través de la misma.

40 Puede traerse aquí a colación la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 132/2010, por la que el Alto Tribunal declara inconstitucional el art. 763.1 LEC que posibilita el internamiento de una persona por razón de enfermedad psíquica, ya que tal norma no se aprobó con el carácter de orgánica. Sin embargo, no anula la norma, ya que ello provocaría un vacío en el ordenamiento no deseable. Será el legislador el que tendrá que remediar a la mayor brevedad posible tal cuestión aprobando una nueva norma que sí tenga naturaleza orgánica

41 La Ley, acertadamente creemos, ha optado frente al Anteproyecto que precedió al texto definitivamente aprobado por el Parlamento por remitir gran parte de la regulación de los derechos y deberes de los ciudadanos en el ámbito de la salud pública a lo ya regulado con anterioridad en la Ley de autonomía del paciente. El Anteproyecto recogía, por el contrario, un catálogo muy completo de derechos y deberes que, como no podía ser de otra manera, venía prácticamente a reproducir lo ya dispuesto por la Ley de autonomía del paciente.

la oportunidad para completar y aclarar el régimen jurídico contenido en la Ley Orgánica de medidas especiales en este campo tan complejo de las intervenciones y tratamientos involuntarios al albor de la salud pública, ya que recordemos que la citada norma orgánica tiene ya más de veinticinco años y no incorpora la doctrina más reciente tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia que es cuantiosa. Ello podría haberse perfectamente salvado en el trámite parlamentario si la Ley se hubiera aprobado con carácter mixto, como ocurre con muchas de las normas que se ha aprobado en nuestro Parlamento o bien aprobando en la misma legislatura una reforma parcial de la citada Ley Orgánica.

Cierto es que al final de la Ley General de Salud Pública sí se recoge una norma que pretende completar el régimen de la Ley Orgánica, pero sólo en relación a medidas que no afectan a la integridad y autonomía de las personas. Se trata de medidas tales como la inmovilización y decomiso de productos y sustancias, el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias o la suspensión del ejercicio de actividades (vid. art. 54).

En segundo lugar, la norma viene a optar por un modelo que prima el interés individual sobre el interés colectivo y que, por tanto, se fundamenta en la voluntariedad de las medidas derivadas de las políticas de salud pública y, es decir, en el principio de autonomía. Así se proclama en el artículo 5.2 cuando se dispone que “2. Sin perjuicio del deber de colaboración, la participación en las actuaciones de salud pública será voluntaria, salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública”.

Dicha autonomía en la que se fundamenta el modelo no significa, sin embargo, que sobre los ciudadanos no recaiga deber alguno de colaboración. Así, la Ley tras proclamar dicho principio de autonomía, establece como encabezamiento de los deberes que “Los ciudadanos facilitarán el desarrollo de las actuaciones de salud pública y se abstendrán de realizar conductas que dificulten, impidan o falseen su ejecución” (art. 8), que se completa en el artículo siguiente con el deber de comunicación (o denuncia): “Las personas que conozcan hechos, datos o circunstancias que pudieran constituir un riesgo o peligro grave para la salud de la población los pondrán en conocimiento de las autoridades sanitarias, que velarán por la protección debida a los datos de carácter personal” (art. 9).

También, puede afirmarse que el modelo se fundamenta más en la promoción de políticas educativas que de medidas coercitivas. Así, la Exposición de Motivos dispone a este respecto que “La salud, definida como una forma de vivir autónoma, solidaria y gozosa, proporciona junto con la educación las mejores oportunidades para que una sociedad tenga bienestar. Por ser autónoma, la salud reconoce la libertad de escoger siendo consciente de las consecuencias, para lo cual hay que proporcionar una educación que asegure la capacidad crítica, la posibilidad de madurez democrática y participativa. Al fin y al cabo, educación y salud conforman parte de la materia prima que sustenta una sociedad democrática”.

Ello también es razonable porque gran parte de los trabajos que se han realizado acerca de cómo promover la concienciación de los ciudadanos respecto de las políticas de salud pública concretas apuntan, precisamente, al recurso a la educación como instrumento principal. Así puede verse, a título de ejemplo, en el campo de las vacunas, y en uno de los países en el que mayores conflictos se han planteado en relación a la negativa de los ciudadanos a la vacunación, los Estados Unidos de América. Así, amplios sectores de la doctrina de aquel país proponen el desarrollo de estrategias no compulsivas para promover la vacunación⁴². Una de las estrategias más frecuentemente propuestas es la de fomentar la información personalizada a los padres⁴³.

42 Ello viene motivado, en parte, porque se percibe cierto fracaso del sistema de excepciones para la vacunación obligatoria que han venido aprobando diferentes Estados. Así, algunos autores señalan que el problema radica en que las actuaciones necesarias para obtener una exención son más simples y consumen menos tiempo que el esfuerzo necesario para cumplir con los requisitos de inmunización, lo que parece no reflejar ya la importancia que la sociedad ha otorgado a la inmunización a través de sus leyes. Vid. VVAA, “Processes for obtaining nonmedical exemptions to State Immunization Laws”, *American Journal of Public Health*, vol. 91, núm. 4, abril 2001, pág. 648.

43 SMAILBEGOVIC, M.S., LAING, G.J. y BEDFORD, H. (2003): “Why do parents decide against immunization? The effect of health beliefs and health professionals”, *Child Care Health Dev.* 29, págs. 303-311. Vid., también, por lo que al ámbito europeo se refiere, VVAA (2005): “Parents’ reported reasons for avoiding MMR vaccination. A telephone survey”, *Scandinavian Journal of Primary Health Care* 23, págs. 149-153. Esta es la reciente recomendación del Comité Asesor de Vacunas de la Asociación Española de Pediatría que propone mejorar la relación de confianza médico-padres y desarrollar estrategias de manejo de los supuestos más conflictivos. Vid. *Diario Médico* en su edición de 25 de marzo de 2010. Puede accederse a dicha noticia a través de la página web, www.diariomedico.com. Los expertos afirman que dar la información en el contexto adecuado es fundamental, ya que en la mayoría

Parece, por tanto, que la autonomía y la educación en salud pública vendrán a sustentar el nuevo modelo, y ello, sin perjuicio de ser muy loable, puede olvidar que en ocasiones la necesidad de recurrir a medidas coercitivas se muestra como ineludible si se quiere proteger la salud pública.

También es cierto, sin embargo, que el valor del principio de autonomía ha quedado algo mitigado en el texto final aprobado por el Parlamento, sobre todo, si lo comparamos con el Anteproyecto en el que trabajó el Ministerio. Esta primacía de la autonomía personal se apreciaba, concretamente, en el ámbito de las vacunas. Así, el artículo 69.5 del Anteproyecto disponía, en términos similares a como ha quedado redactada definitivamente la norma que *“La participación en las actividades preventivas por parte de la población es voluntaria y no puede tener carácter coercitivo salvo los casos considerados en la normativa sectorial vigente”*.

Sin embargo, se establecían dos excepciones concretas en el ámbito de las vacunas: a) una primera en relación a los profesionales sanitarios, de manera que el siguiente apartado 6 señalaba que *“Los profesionales sanitarios tienen absoluta libertad en decidir si se vacunan o no frente a enfermedades que pueden transmitir a los pacientes e incluso de aquellas que transmitidas a ciertos pacientes pueden acarrearles consecuencias graves. Esta libertad acarrea la necesidad ineluctable de que estos profesionales informen de su situación de no vacunación y adopten medidas de prevención adecuadas durante los periodos en que la enfermedad objeto de vacunación es prevalente. Una vez informados, los pacientes pueden decidir que ese profesional sanitario no le atienda”*; b) y una segunda en lo que venía referido a la exigencia de vacunación para el ingreso en centros escolares, en el artículo 64.11: *“No será necesario ningún certificado médico para incorporarse a la comunidad escolar; sin embargo, cualquier miembro de la comunidad escolar está obligado a seguir las*

de los casos los padres no saben interpretar los porcentajes de riesgo, sobre todo, si se consultan páginas de internet contrarias a la vacunación. Además, varias de las páginas web que informan sobre las vacunas presentan información inadecuada. Vid. MAYER, M.A., LEIS, A., SANZ, F.: “Información sobre salud en internet y sellos de confianza como indicadores de calidad: el caso de las vacunas”, Atención Primaria 41, págs. 534-542. La Unión Europea también ha recogido dicha estrategia de desarrollo de campañas públicas de información como el instrumento para evitar o minorar las consecuencias de las negativas colectivas a la vacunación. Vid. Assessment Report on EU-wide Pandemic Vaccine Strategies, Health Protection Agency, 25 de agosto de 2010, pág. 112. Puede accederse a dicho Informe a través de la página web de la Comisión Europea, en <http://ec.europa.eu>.

indicaciones dispuestas por las autoridades sanitarias ante cualquier contingencia que exponga a un mayor riesgo de enfermedad al conjunto de la comunidad escolar”.

En todo caso, esta parca regulación que finalmente se ha incluido en el texto aprobado por el Parlamento puede que haya atendido al hecho de que ya existe en nuestro sistema jurídico una doctrina abundante y consolidada por parte de nuestro Tribunal Constitucional y por parte del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la solución a estos conflictos y, siendo la casuística tan amplia en este campo, su solución quede en manos del buen criterio de los Jueces, no exponiéndose a recoger una regulación que aspire a resolver conflictos tan heterogéneos y cambiantes.

5. EL PRINCIPIO DE INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD PÚBLICA

Uno de los elementos esenciales para desarrollar una política de salud pública en general viene constituido por el principio de información. A este respecto, resulta evidente que unos de los elementos esenciales de las políticas públicas de salud pública es la colaboración de los ciudadanos, sobre todo, en la adaptación de sus conductas y actividades en función de los riesgos para la salud que se establezcan con carácter general o particularmente en determinados lugares y tiempos. Así pues, podría afirmarse que sin información es harto difícil desarrollar una política efectiva de protección de la salud pública.

Nuestro ordenamiento jurídico ha atendido a dicha necesidad y así ya en la Ley de autonomía del paciente, se distingue dentro de la información sanitaria entre información asistencial e información epidemiológica. La primera sería la información sobre el diagnóstico y posibilidades terapéuticas que el médico proporciona a un paciente sobre su enfermedad y aparece regulada en el artículo 4 de la Ley 41/2002.

La segunda, información epidemiológica, comprende un concepto más amplio y podría definirse como la información que debe proporcionarse a los ciudadanos —enfermos y sanos— sobre la prevención, los cuidados y hábitos de vida saludables para mantener o mejorar el estado de salud⁴⁴. La información epidemiológica aparece regulada en el artículo 6

44 GALENDE DOMÍNGEZ, I., “Derecho a la información sanitaria”, en ROMEO CASABONA, C.M., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, op. cit., p. 544.

de la Ley 41/2002 en los siguientes términos: “Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley”.

Ambas modalidades de información sanitaria pueden desarrollarse en el marco de una concreta relación médico-paciente (véase, por lo que se refiere a la epidemiológica, la actividad de salud pública que los médicos de Atención Primaria desarrollan en el ámbito de su consulta), aunque la información epidemiológica se desenvuelve con más frecuencia en un marco más amplio como es el de las relaciones Administraciones Públicas-ciudadanos (campañas públicas de salud pública, información sobre niveles de contaminación, sobre riesgos en la salud por exposición a agentes contaminantes, etc).

La información epidemiológica ha recibido atención también en la reciente Ley General de Salud Pública. Así, su artículo 3 que proclama los principios generales del nuevo modelo de salud público que promueve la Ley consagra el principio de transparencia que conecta directamente con el derecho a la información de los ciudadanos⁴⁵: “f) Principio de transparencia. Las actuaciones de salud pública deberán ser transparentes. La información sobre las mismas deberá ser clara, sencilla y comprensible para el conjunto de los ciudadanos”.

Además, el artículo 4 proclama el derecho a la información de los ciudadanos, el cual queda concretado en el derecho a recibir información “sobre los condicionantes de salud como factores que influyen en el nivel de salud de la población y, en particular, sobre los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos o de otro carácter, relevantes para la salud de la población y sobre su impacto”. Si el riesgo es inmediato la información se proporcionará con carácter urgente”. Tal información, añade el mismo artículo, habrá de proporcionarse con carácter urgente si el riesgo es inmediato. Además, se establece también que la información ha de ser comprensible, adecuada y de fácil acceso:

45 Sin embargo, algún autor ha propuesto un concepto de transparencia que trascienda al derecho a recibir información, de manera que conecte también con el derecho de participación. Vid. VVAA, “Principios inspiradores en materia de salud pública”, en SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN, F. (Coords.), *Retos en Salud Pública. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Comares, Granada, 2011, p. 116.

“Toda la información se facilitará desagregada, para su comprensión en función del colectivo afectado, y estará disponible en las condiciones y formato que permita su plena accesibilidad a las personas con discapacidad de cualquier tipo”.

Interesante resulta igualmente lo que dispone el artículo 11 cuando señala que las Administraciones sanitarias exigirán transparencia e imparcialidad a las organizaciones científicas y profesionales y a las personas expertas con quienes colaboren en las actuaciones de salud pública, y, a tales efectos, será pública la composición de los comités o grupos que evalúen acciones o realicen recomendaciones de salud pública, los procedimientos de selección, la declaración de intereses de los intervinientes, así como los dictámenes y documentos relevantes, salvo las limitaciones previstas por la normativa vigente.

En todo caso, este derecho a la información que se muestra esencial para promover una política efectiva de protección de la salud pública no ha sido aún objeto de desarrollo ni está dotado de garantías e instrumentos de defensa y tutela efectivos.

Finalmente, resulta también interesante mencionar que la Ley ha optado en este campo por una regulación de mínimos, si lo comparamos con el texto del Anteproyecto de la Ley que resultaba mucho más explícito y completo (vid., concretamente, el art. 8 del Anteproyecto).

6. LA CLAVE DE BÓVEDA DEL NUEVO SISTEMA DE SALUD PÚBLICA: EL PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN DE POLÍTICAS

Uno de los elementos claves para el desarrollo de una efectiva política pública de protección de la salud pública viene constituido por el principio de integración de políticas, y ello, porque, como hemos visto antes, muchos de los factores que tienen directamente incidencia en la salud de las personas son ajenos al propio sistema sanitario, como son el urbanismo, el medio ambiente, la climatología, etc. Una política de salud pública ha de promover necesariamente una integración de políticas de manera que la salud se convierta en un elemento transversal que sea atendido por todas aquellas actividades que incidan directa o indirectamente en ella.

Si el concepto actual de salud pública se refiere a “la ciencia y el arte de prevenir las enfermedades, prolongar la vida y mejorar la salud mediante el es-

*fuerzo organizado de la sociedad*⁴⁶, resulta evidente que la salud pública no es sólo un componente del sistema sanitario, sino que tiene una dimensión más general como infraestructura social que afecta a todos los sectores de la comunidad implicados en la salud⁴⁷.

El principio de integración aparece ya mencionado en el propio Informe *Lalonde* de 1974 al que antes nos hemos referido cuando señala que *“One of the main problems in improving the health of Canadians is that the essential power to do so is widely dispersed among individual citizens, governments, health professions and institutions. This fragmentation of responsibility has sometimes led to imbalanced approaches, with each participant in the health field pursuing solutions only within his area of interest. Under the Health Field Concept, the fragments are brought together into a unified whole which permits everyone to see the importance of all factors, including those which are the responsibility of others. This unified view of the health field may well turn out to be one of the Concept’s main contributions to progress in improving the level of health”*⁴⁸.

También se hace referencia al mismo desde la perspectiva de la protección de la salud en Real Decreto que regula el catálogo de prestaciones en cuyo Anexo I, al regular las prestaciones de salud pública, dispone que dicha prestaciones se harán efectivas, entre otras medidas, a través de lo que se denominan *Programas transversales*, en los que los servicios prestados en el ámbito de la salud pública se agrupan en programas y actividades en las distintas etapas de la vida, programas y actuaciones sobre enfermedades transmisibles, no transmisibles, lesiones y accidentes, o programas para grupos de población con especiales necesidades.

El citado principio aparece igualmente recogido en el ámbito de la Unión Europea. Así, puede verse, singularmente, el Libro Blanco de la Comisión, *“Juntos por la salud: un planteamiento estratégico para la UE (2008-2013)”*, de 23 de octubre de 2007. La base normativa de la estrategia que pretende proponerse a través de dicho Libro Blanco es el ya citado artículo

168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (anterior artículo 152 del Tratado Constitutivo). A través del mismo, la Comisión pretende definir la primera estrategia comunitaria en materia de salud con un marco coherente, el cual permita orientar las actividades de la Unión en este ámbito. Se proponen, como prioridad para los próximos años, cuatro grandes principios en apoyo de tres objetivos estratégicos. Entre tales principios se recoge el principio de transversalidad, de manera que la política sanitaria sea atendida en otros ámbitos con cuyas políticas se encuentra interconectada, tales como el medioambiente o investigación.

6.1 ¿Qué valor otorga a dicho principio la nueva Ley General de Salud Pública?

El principio aparece ya citado en la propia Exposición de Motivos cuando se afirma que *“Son imprescindibles instrumentos que, más allá de las acciones iniciadas desde el ámbito sanitario, aseguren que la salud se considera como uno de los resultados esperados de las diversas políticas e intervenciones en todos los niveles de gobierno. La salud de la población está determinada por las políticas e intervenciones en otros ámbitos, por tanto, se hace necesario que desde las Administraciones Públicas se asegure el marco normativo que maximice el nivel de salud sin detrimento de otros bienes sociales que contribuyen al bienestar de la sociedad. Los grandes retos de salud actuales sólo pueden abordarse con garantías de éxito si el conjunto de la sociedad se gobierna teniendo en cuenta y maximizando los resultados que las diversas actuaciones y normas tienen en la salud. Poner la salud y equidad en todas las políticas requiere una organización que permita una adecuada coordinación entre el sector salud y otros sectores, buscando las sinergias en sus políticas o la necesaria protección de la salud cuando éstas no sean posibles”*.

También, se menciona dicho principio cuando en la misma Exposición de Motivos se resumen los tres ámbitos de acción de la salud pública: *“1) el propio de los dispositivos de salud pública; 2) las acciones de prevención y promoción de la salud en los servicios sanitarios, y 3) las acciones y programas que, sin ser sanitarios, tienen efecto sobre la salud y que gestionados adecuadamente pueden alcanzar sus objetivos primarios asegurando al tiempo los mejores resultados en salud”*.

A continuación, el principio de integración se proclama ya normativamente en el artículo 3 de la

46 The Acheson Committee Report, *Public Health in England: The Report of the Committee of Inquiry into the Future Development of the Public Health Function*, HMSO, Londres, 1988.

47 URBANOS, R. (Edit.), *Orientación de la futura Ley de salud pública*, Informe monográfico, SESPAS, 2009, pp. 7 y 8.

48 LALONDE, M., *A New Perspective on the Health of Canadians: ..., cit.*, p. 34.

Ley como uno de los principios generales de nuestro modelo de salud pública: “*b) Principio de salud en todas las políticas. Las actuaciones de salud pública tendrán en cuenta las políticas de carácter no sanitario que influyen en la salud de la población, promoviendo las que favorezcan los entornos saludables y disuadiendo, en su caso, de aquellas que supongan riesgos para la salud*”.

El principio se articula institucionalmente mediante la creación del Consejo Asesor de Salud Pública como órgano colegiado de consulta y participación, adscrito al Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, en el que están representados los departamentos de la Administración General del Estado cuyas políticas inciden en la salud y aquellas otras Administraciones, organismos y organizaciones que aseguren una adecuada gobernanza del sistema (vid. art. 45). En similares términos, se establece el Centro Estatal de Salud Pública, que queda también adscrito al Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad y que tendrá como objetivo el asesoramiento técnico en materia de salud pública y la evaluación de intervenciones en salud pública en el ámbito de la Administración General del Estado, llevando también a cabo labores de asesoramiento técnico y científico y de evaluación de intervenciones de salud pública en el ámbito de otras Administraciones (vid. art. 47)⁴⁹.

Igualmente, se dispone que el Comité Consultivo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud actuará como órgano especializado, colegiado y permanente de consulta y participación social en las políticas de salud pública, de tal modo que se asegure una adecuada gobernanza del sistema (art. 46).

Algunos autores han criticado la escasa presencia de la Administración Local en este marco institucional en el que han de desenvolverse las futuras políticas de salud pública, lo cual, además, es relevante dadas las importantes competencias que en esta materia tienen los Ayuntamientos⁵⁰.

49 Un grupo de experto había propuesto pocos años antes la creación de una Agencia Española de Salud Pública, bajo la forma jurídica de organismo autónomo adscrito al Ministerio de Sanitario. Vid. URBANOS, R. (Edit.), *Orientación de la futura Ley de salud pública*, cit., p. 12. En todo caso, para hacer una valoración sobre la forma institucional habrá que esperar al correspondiente reglamento de desarrollo. En todo caso, con independencia de la forma jurídica que se adopte lo verdaderamente relevante es que se dote a la correspondiente Institución de funciones efectivas de coordinación de las diferentes políticas de salud pública autonómicas.

50 HERNÁNDEZ AGUADO, I., BENAVIDES, F.G. y PORTA, M., “Los profesionales españoles de la salud pública ante la Ley General de Salud Pública”, *Gaceta Sanitaria*, vol.

También se crea como instrumento principal de integración la *evaluación de impacto en salud* que se define como “*la combinación de procedimientos, métodos y herramientas mediante la cual un programa o norma pueden ser evaluados en relación con sus efectos y la distribución de los mismos sobre la salud de la población*”.

Dicha evaluación se desarrolla en el artículo 35 exigiendo que las Administraciones Públicas sometan a evaluación del impacto en salud, las normas, planes, programas y proyectos que seleccionen por tener un impacto significativo en la salud, en los términos previstos en esta Ley. El resultado de dichas evaluación quedará integrado en el sistema de información de salud pública y en la Red de Vigilancia de Salud Pública.

7. CONCLUSIONES

1.^a La Ley General de Salud Pública supone el desarrollo normativo del derecho a la protección de la salud, entendido éste en un sentido amplio que, como proclama el propio artículo 43 de la Constitución, ha de ir más allá de la vertiente estrictamente asistencial.

2.^a La Ley pretende superar un marco de protección de la salud que se ha mostrado ya desde hace tiempo insuficiente y que, además, cobra especialmente importancia en la actualidad cuando se pone en duda la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud por motivos económicos.

3.^o El nuevo marco jurídico de protección de la salud pública que establece la Ley General de Salud Pública se fundamenta, aunque en menor medida que algunos de los borradores iniciales (véase, en especial, el Anteproyecto), en el principio de autonomía, lo que plantea ciertas dudas desde el momento que la salud pública constituye precisamente uno de los ejemplos de interés general como límite a los derechos y libertades individuales.

4.^o La Ley General no renueva la regulación, ya algo antigua, contenida en la Ley Orgánica de medidas especiales en materia de salud pública, pareciendo haberse optado por dejar su concreción a la casuística de los Tribunales.

5.^o Tal principio de autonomía en el que se funda-

menta la Ley General no obsta para que se proclame conjuntamente un deber de colaboración de los ciudadanos.

6.º La Ley General proclama el derecho de información como elemento sustancial de las políticas de salud pública, aunque éste no ha sido aún objeto de desarrollo ni está dotado de garantías e instrumentos de defensa y tutela efectivos.

7.º Igualmente, en este ámbito de la información, la Ley General ha optado por una regulación de mínimos, si lo comparamos con el texto del Anteproyecto de la Ley que resultaba mucho más explícito y completo.

8.º El nuevo modelo se construye, además, al amparo del principio de integración de políticas, lo que conecta con la idea de que muchos de los factores que tienen directamente incidencia en la salud de las personas son ajenos al propio sistema sanitario, como son el urbanismo, el medio ambiente, la climatología, etc. Una política de salud pública ha de promover necesariamente una integración de políticas de manera que la salud se convierta en un elemento transversal que sea atendido por todas aquellas actividades que incidan directa o indirectamente en ella.

9.º El principio de integración se articula institucionalmente mediante la creación del Consejo Asesor de Salud Pública, del Centro Estatal de Salud Pública y del correspondiente Comité Consultivo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, siendo objetable que no se haya otorgado mayor presencia a la Administración Local.

10.º Finalmente, se crea, como instrumento principal de integración, *la evaluación de impacto en salud*, que exigirá que las Administraciones Públicas sometan a evaluación del impacto en salud, las normas, planes, programas y proyectos que seleccionen por tener un impacto significativo en la salud.

LA TRASPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA DE ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA

Pilar Calvo Pérez

*Subdirectora General para el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud
Consejería de Sanidad. Comunidad de Madrid.*

La Directiva de Atención Transfronteriza fue publicada el 9 de marzo de 2011 y el plazo para hacer la transposición finaliza el 25 de octubre de 2013. Supone un reto para el Sistema Sanitario español, no solo por la adaptación necesaria, sino por tener que hacerlo en un tiempo de restricción presupuestaria.

La movilidad de los pacientes por Europa está circunscrita a los países pequeños y a las zonas transfronterizas, siendo un fenómeno marginal en el resto de los Estados, pero previsiblemente irá en aumento, y esta Directiva puede contribuir a ello

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA SALUD DE LOS TRATADOS
3. CONTEXTO SOCIAL
4. LA DIRECTIVA DE ATENCIÓN TRANSFRONTERIZA
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea está formada por 27 países con una gran diversidad cultural, económica y social de la que dan idea las cifras: 27 países, casi 500 millones de habitantes, 23 lenguas oficiales y 60 regionales. Posee unos indicadores sanitarios excelentes a pesar de haber descendido tras la incorporación de los 12 países en 2004 y 2007. Su esperanza de vida al nacer está cercana a los 80 años y el 95% de su población dispone de un seguro sanitario, siendo el 5% restante en general, el sector más favorecido. El gasto sanitario alcanza casi los 2200€ por habitante y supone alrededor del 8,3% del PIB..¹

Uno de los retos a los que se enfrenta en los próximos años, además de a la crisis económica, es el progresivo envejecimiento de la población, lo cual implica un gran consumo de servicios sanitarios y sociales.

Los Estados miembros siempre han sido recelosos a la hora de “hacer Europa” con sus sistemas de asistencia sanitaria. Todos tienen los mismos valores, y no les fue difícil establecerlos en un documento que después veremos, pero son muy diferentes a la hora de la financiación, de la organización o de la provisión, que son fruto de su historia y su cultura, por lo que están poco dispuestos a armonizarlo.

El mercado único europeo, cuya creación se culminó en el tratado de Maastrich está basado en las cuatro libertades de circulación: de capitales, de mercancías de personas y de servicios. En lo que se refiere al sector sanitario, los Estados han sido reticentes a la armonización.

En el tema de la libertad de los servicios, la Directiva de servicios en el mercado interior de 2006² contemplaba en su primera propuesta la inclusión de los servicios sanitarios, pero los Estados rechazaron esta posibilidad, quedando excluidos en su redacción final.

En el tema de las mercancías, es en donde más se han elaborado normativas. La creación de la Agencia Europea del Medicamento, el mercado CE, así como los reconocimientos mutuos han hecho que los asuntos relativos a equipamientos sanitarios, medi-

¹ Health at a glance. Europe 2010. Datos referidos a 2008

² Directiva [2006/123/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior [Diario Oficial L 376 de 27.12.2006].

camentos y productos sanitarios al igual estándares de calidad de productos orgánicos sean homogéneos en Europa³

En el tema de las personas, si hablamos de profesionales, no solamente se fueron elaborando las Directivas de reconocimiento de títulos sino que con el proceso de Bolonia se ha armonizado también la formación. Incluso la Directiva 2005/36 de cualificaciones profesionales que aglutina a todas las anteriores en esta materia se refiere también a la formación continuada.⁴

Pero, ¿qué ocurre con la movilidad de los pacientes? El Reglamento 1408/71, actualizado mediante el 883/2004, se refiere a la portabilidad de los derechos de seguridad social, estableciendo la posibilidad de que los trabajadores, pensionistas y sus familiares puedan moverse por Europa sin tener que volver a su país en caso de enfermedad. Regula, por tanto, situaciones específicas como la de los estudiantes, los trabajadores transfronterizos o los trabajadores desplazados por su empresa, así como otras más habituales como la de la movilidad en vacaciones y la de los pensionistas que deciden vivir en otro país.⁵ En esta última situación, nuestro país es receptor de ciudadanos principalmente británicos, alemanes y nórdicos, que deciden o bien establecer su domicilio en nuestro país o bien pasar largas temporadas en invierno, cuando el clima de sus países es más riguroso que el

nuestro.

En todos estos casos, el paciente recibe “todas las prestaciones en especie que resulten necesarias desde un punto de vista médico durante una estancia en el territorio de otro Estado miembro, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia”. Las prestaciones deben estar incluidas en la cartera de servicios del país de destino y es tratado como si fuera un ciudadano nacional.

El reglamento antes mencionado contempla también la posibilidad de recibir tratamiento en otro país de manera específica, (E-112, actual S2), que es utilizada de manera restrictiva, en los casos en que un paciente se puede beneficiar de un tratamiento que por alguna circunstancia no es posible efectuar en el país de origen.

Los ciudadanos europeos, sin embargo, comenzaron a utilizar los servicios sanitarios sin tener en cuenta las fronteras del propio país, generando una jurisprudencia que ha ido empujando a los Estados hacia la redacción inevitable de una Directiva que clarificara los derechos de los pacientes⁶.

La primera de ellas, la sentencia Kroll-Decker, estableció que “los ciudadanos de la UE pueden obtener tratamiento médico en otro Estado miembro sin necesidad de autorización previa y ser reembolsados según los baremos del país en el que están asegurados. Los asuntos se referían al reembolso de gafas y de un tratamiento de ortodoncia ambulatorio”. La otra sentencia determinante fue la sentencia Watts, que dictaminó que “la obligación de reembolsar el coste del tratamiento hospitalario prestado en otro país miembro también rige para los servicios de sanidad nacionales que prestan este tratamiento gratuitamente. Si un paciente solicita al National Health Service (NHS) del Reino Unido autorización para recibir tratamiento hospitalario en el extranjero en

3 Relación no exhaustiva de Directivas referentes a mercancías sanitarias:

- Productos sanitarios

- Directiva 93/42 Productos sanitarios
- Directiva 98/79 Productos para diagnóstico in vitro
- Directiva 2003/12 Implantes mamarios
- Directiva 2003/32 Productos sanitarios de origen animal
- Directiva 2005/50 Prótesis de cadera, rodilla y hombro
- Directiva 2007/47 Productos sanitarios implantables

- Medicamentos

- Directiva 2001/83 Medicamentos de uso humano
- Directiva 2001/20 Ensayos clínicos con medicamentos
- Directiva 2005/28 Medicamentos en investigación
- Directiva 2009/120 Terapias avanzadas
- Directiva 2010/84 Farmacovigilancia

- Estándares

- Directiva 2002/98 Sangre
- Directiva 2004/23 Células y tejidos
- Directiva 2010/53 Órganos

4 Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales

5 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 Comunidad

Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social

6 Sentencias Kroll y Decker, 28 de abril de 1998, asuntos C-120/95 y C-158/96

Sentencia Geraets-Smits y Peerboms, 12 de julio de 2001, asunto C-157/99

Sentencia Vanbraekel, 12 de julio de 2001, asunto C-368/98
Sentencia Müller-Fauré y Van Riet, 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99

Sentencia Inizan, 23 de octubre de 2003, asunto C-56/01
Sentencia Leichtle, 18 de marzo de 2004, asunto C-8/02
Sentencia Keller, 12 de abril de 2005, C-145/03
Sentencia Watts, 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04
Sentencia Stamatelaki, 19 de abril de 2007, asunto C-444/05

razón del tiempo de espera para dicho tratamiento en el país de residencia, éste no se la puede denegar salvo si demuestra que el tiempo de espera es un periodo médicamente aceptable teniendo en cuenta el estado del paciente y las necesidades clínica”.

La Comisión comenzó en 2003 un proceso de reflexión de alto nivel, que se plasmó en un documento como comunicación de la Comisión⁷. La mayoría de las propuestas allí efectuadas han sido recogidas en la Directiva de atención transfronteriza.

Los Estados, a su vez, establecieron también en 2006, mediante unas Conclusiones del Consejo, los valores y principios de los sistemas sanitarios.⁸ Los valores que fueron declarados como esenciales y compartidos en toda Europa fueron la universalidad, el acceso a una atención sanitaria de buena calidad, la equidad y la solidaridad. Como objetivos comunes establecieron la reducción de las desigualdades mediante la prevención y la promoción de modos de vida saludables, centrarse en el paciente y responder a las necesidades individuales. Asimismo enunciaron como principios operativos compartidos la calidad, la seguridad, la atención basada en pruebas y ética, la participación del paciente, el derecho a reparación y también a la intimidad y confidencialidad. Como rasgo esencial de los sistemas fue declarado el tratar de hacer sostenibles los sistemas para preservar los valores enunciados.

Se establecían, de esta manera los fundamentos de la Directiva que nos ocupa, dejando claro que no se iban a armonizar los sistemas sanitarios y que la definición de los mismos era competencia de cada Estado. No obstante se abría la puerta a buscar a una solución para lo que la jurisprudencia europea estaba estableciendo, es decir el que los sistemas sanitarios no quedaran fuera del alcance de las leyes comunitarias.

Merece la pena destacar el profundo análisis que, por encargo de la Comisión, elaboró en 2007 el Observatorio Europeo de Sistemas Sanitarios⁹.

⁷ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN Seguimiento del proceso de reflexión de alto nivel sobre la movilidad de los pacientes y los progresos de la asistencia sanitaria en la Unión Europea. Bruselas, 20.04.2004 COM (2004) 301 final

⁸ Conclusiones del Consejo sobre los valores y principios comunes de los sistemas sanitarios de la Unión Europea (2006/C 146/01)

⁹ Cross-border Health care in the European Union. Mapping and analysing practices and policies. Varios autores. European Observatory on Health Systems and Policies.

2. LA SALUD EN LOS TRATADOS

En el tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) actualmente en vigor, la salud está recogida en el artículo 168, cuya redacción dice lo siguiente:

Artículo 168. (antiguo artículo 152 TCE)

1. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

La acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica. Dicha acción abarcará la lucha contra las enfermedades más graves y ampliamente difundidas, apoyando la investigación de su etiología, de su transmisión y de su prevención, así como la información y la educación sanitarias, y la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la alerta en caso de tales amenazas y la lucha contra ellas.

La Unión complementará la acción de los Estados miembros dirigida a reducir los daños a la salud producidos por las drogas, incluidas la información y la prevención.

2. La Unión fomentará la cooperación entre los Estados miembros en los ámbitos contemplados en el presente artículo y, en caso necesario, prestará apoyo a su acción. Fomentará, en particular, la cooperación entre los Estados miembros destinada a mejorar la complementariedad de sus servicios de salud en las regiones fronterizas.

Los Estados miembros, en colaboración con la Comisión, coordinarán entre sí sus políticas y programas respectivos en los ámbitos a que se refiere el apartado 1. La Comisión, en estrecho contacto con los Estados miembros, podrá adoptar cualquier iniciativa útil para fomentar dicha coordinación, en particular iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos. Se informará cumplidamente al Parlamento Europeo.

3. La Unión y los Estados miembros favorecerán la cooperación con terceros países y las organi-

zaciones internacionales competentes en materia de salud pública.

4. No obstante lo dispuesto en el apartado 5 del 2 y en la letra a) del artículo 6, y de conformidad con la letra k) del apartado 2 del artículo 4, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, contribuirán a la consecución de los objetivos del presente artículo adoptando, para hacer frente a los problemas comunes de seguridad:

- a. 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; estas medidas no impedirán a ningún Estado miembro mantener o introducir medidas de protección más estrictas;
- b. medidas en los ámbitos veterinario y fitosanitario que tengan como objetivo directo la protección de la salud pública;
- c. medidas que establezcan normas elevadas de calidad y seguridad de los medicamentos y productos sanitarios.

5. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, podrán adoptar también medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana y, en particular, a luchar contra las pandemias transfronterizas, medidas relativas a la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, a la alerta en caso de tales amenazas y a la lucha contra las mismas, así como medidas que tengan directamente como objetivo la protección de la salud pública en lo que se refiere al tabaco y al consumo excesivo de alcohol, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

6. El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá también adoptar recomendaciones para los fines establecidos en el presente artículo.

7. La acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la

organización y prestación de servicios sanitarios y atención 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 destinan a dichos servicios. Las medidas contempladas en la letra a) del apartado 4 se entenderán sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de donaciones o uso médico de órganos y sangre.

Como puede deducirse, los Estados miembros han querido dejar muy claro que los servicios de salud son un tema interno a resguardo de toda armonización posible. No obstante la Unión Europea, posee una “legislación soft” mediante sus Estrategias de Salud y sus programas de Salud Pública, así como las recomendaciones del Consejo y las comunicaciones de la Comisión, que, aunque no sean normas legales, están influyendo cada vez más en las políticas nacionales. Los documentos elaborados por instancias europeas suponen una referencia a la hora de elaborar Estrategias nacionales y la asignación de recursos económicos europeos hace que los Estados miembros las prioricen en sus agendas sanitarias.

3. CONTEXTO SOCIAL

Viajar a otro país para recibir asistencia sanitaria es un fenómeno todavía marginal pero que se va incrementando, siendo todavía la primera opción la de ser tratado cerca de casa.¹⁰ Hemos visto en los últimos años como estudiar en una Universidad extranjera ha pasado de ser un hecho excepcional y al alcance únicamente de las élites a ser un hecho no mayoritario pero sí habitual gracias al programa Erasmus. De la misma manera el hecho de acudir a otro país en busca de asistencia sanitaria dejará de ser un fenómeno excepcional para convertirse en algo no mayoritario pero sí habitual. Lo hará en la misma medida que el hecho de viajar a un país europeo empieza a estar incorporado en la agenda de trabajo o de visitas familiares y no solo en la turística.

Podemos identificar algunos hechos de especial relevancia que justifican el carácter habitual en los desplazamientos de un país a otro, y que este hecho haya dejado de ser una excepcionalidad incluso en países tan periféricos como el nuestro.

¹⁰ Patients mobility in the European Union. Learning from experience. Magdalene Rosenmöller, Martin McKee, Rita Baeten

- La aparición de las líneas de bajo coste. Desde la creación de “Virgin Atlantic” en 1984 y “Ryan Air” en 1985, no solamente se introdujo un nuevo concepto de líneas aéreas, que dejan atrás la idea de lujo para pasar a la de un nuevo medio de transporte público, sino que la competencia ha hecho que las líneas tradicionales hayan bajado sus precios y viajar esté al alcance de casi todos los bolsillos. También han producido un hecho curioso, que es el de que el precio de los billetes de avión ya no sea proporcional a la distancia, sino que la existencia de una línea de bajo coste operando en un destino baja los precios de las líneas regulares y no lo hace si esta competencia no existe en el destino.

- El acuerdo Schengen, en primer lugar, que borró las fronteras, y la introducción del euro, a continuación, hicieron innecesarios los cambios de moneda y los farragosos controles fronterizos.

- El programa Erasmus, con 230.000 intercambios en sus 25 años de existencia, es, posiblemente, el programa europeo de mayor éxito. No solo implica una experiencia educativa en otro país que conlleva el aprendizaje de otra lengua, sino que ha creado redes de amistad y colaboración laboral a través de toda Europa, por no hablar de la normalidad con la que los jóvenes que han pasado por esta experiencia aceptan una propuesta laboral en otro país.

- La circulación entre países de Europa, que también ha tenido su repercusión en las relaciones personales y familiares. Las parejas de carácter binacional se incrementan y los cambios de residencia también. En estos momentos, según el Instituto Nacional de Estadística, hay más de 600.000 españoles residiendo en otro país de la Unión Europea y hay más de 2.000.000 de ciudadanos de la Unión residiendo en España.

- El reciente fenómeno del turismo sanitario.¹¹ Aunque el rigor de las cifras de turismo sanitario deja mucho que desear,¹² es un hecho que las personas están dispuestas a viajar a otro país, en ocasiones lejano, si con ello consiguen o un abaratamiento de costes, o un mejor tratamiento que

en su país. Muchas empresas se han generado alrededor de este fenómeno, en el que se incluye en un mismo paquete un tratamiento (cirugía electiva, tratamiento de esterilidad, cirugía estética, tratamiento dental...) y una oferta turística de ocio en la ciudad o en los alrededores del centro sanitario. Los centros hospitalarios suelen estar acreditados por un organismo externo, en general la Joint Commission, y el gobierno del país correspondiente impulsa este tipo de negocio, que en algunos países asiáticos constituye un porcentaje no despreciable del PIB. En los últimos congresos de turismo médico¹³, la Directiva de atención transfronteriza ha ocupado un papel preeminente, lo que demuestra las posibilidades de negocio que el sector ve en la movilidad de los pacientes.

El Eurobarómetro 210¹⁴ de 2007 incluyó algunas preguntas sobre la disposición y los motivos de los europeos para viajar a otro país a recibir asistencia sanitaria, siendo las repuestas muy diferentes para cada país. Algunos de los resultados para España fueron:

- Un 67% estaría dispuesto a hacerlo (media UE 53%)

- Un 70% lo haría para recibir tratamiento de forma más rápida (media UE 64%)

- Un 97% lo haría para recibir un tratamiento no disponible en España (media UE 91%)

- Un 81% lo haría para recibir un tratamiento de mejor calidad que en casa (media UE 78%)

- Un 61% lo haría para recibir tratamiento por un especialista de renombre (media UE 68%)

- Un 44% lo haría para recibir tratamiento más barato que en España (media UE 48%)

Parece por tanto que nuestro país está cerca de la media, cuando no por encima, en cuanto a las motivaciones. Es de destacar que, en el Eurobarómetro, los más dispuestos a viajar son los jóvenes que, aunque no son la mayoría de los pacientes actuales, sí lo serán en el futuro.

11 Medical Tourism: Treatments, Markets and Health System Implications: A scoping review. Varios autores. OECD. Directorate for Employment, Labour and Social Affairs.

12 The Medical Tourism number game. Part 1, 2 and 3. Keith Pollard. International Medical Travel Journal

13 European Medical Travel Conference. Barcelona 2011. Berlín 2012

14 Flash Eurobarometer 210. Cross-border health services. Analytical report

Por otra parte, según las publicaciones de turismo sanitario, el perfil del paciente que se desplaza para recibir tratamiento médico es el mismo que el del turista. De ahí que se oferten los paquetes médicos en conjunto con los paquetes turísticos. Podemos colegir que los españoles utilizarían la posibilidad de viajar a otro país de la Unión en la misma medida que viajan por otros motivos, y ahí las diferencias son muy altas entre Comunidades Autónomas. Las Comunidades de Cataluña y Madrid son las que más viajes al extranjero efectúan, casi el 50% del total de los españoles¹⁵. El perfil del español que viaja es el de una persona entre 30 y 39 años, con estudios universitarios, que vive en una ciudad de más de 500.000 habitantes y es empleador o asalariado fijo.

Los Estados miembros, pese a su celo, no han quedado al margen de experiencias impuestas por el comportamiento social. Podemos citar las experiencias del National Health Service, que envió pacientes a otros países como estrategia de gestión de sus listas de espera¹⁶; o los acuerdos de cajas alemanas con médicos de habla alemana establecidos en Mallorca para atender a sus asegurados residentes en las islas y evitar la intermediación de los colegios médicos en las tarifas¹⁷.

También han surgido iniciativas a partir de una de las conclusiones del proceso de reflexión de Alto Nivel, que es el de compartir la capacidad disponible en las zonas fronterizas. En este sentido, en España se firmó un acuerdo de cooperación sanitaria con Portugal¹⁸ que abarca a todas las provincias fronterizas entre ambos países. Con una mayor complejidad administrativa, lingüística y de gestión está próximo a su apertura el Hospital de la Cerdanya, que, aunque situado en Puigcerdá, en territorio español, atenderá a la población de la Cerdanya catalana y francesa así como a la comarca del Capcir francés. La Unión Europea alienta este tipo de iniciativas y financia, mediante fondos FEDER o INTERREG, las expe-

riencias concretas.

4. LA DIRECTIVA DE ATENCIÓN TRANSFRONTERIZA

La Directiva tiene como objetivo fundamental garantizar el derecho a la movilidad de los pacientes, clarificar los derechos de los mismos y promover la cooperación entre los Estados.

A continuación se presentan resumidos los principales aspectos de la Directiva

Consideraciones generales

La Directiva establece 3 situaciones en la prestación de asistencia sanitaria para las que no será de aplicación: la asignación de órganos para trasplante, las vacunas y los cuidados de larga duración. En la asignación de órganos se ha tenido en cuenta el efecto perverso que podría producirse como consecuencia del conocido como “turismo de trasplantes” en el que el desplazamiento de pacientes de los países menos generosos en donación hacia los países que lo son más, puede conllevar el debilitamiento de la capacidad de estos últimos para ofrecer servicios de trasplante a su propia población y la consiguiente reducción en sus tasas de donación. Hay que recordar que nuestro país es el que tiene las mayores cifras de donación de Europa.

Insiste en las competencias nacionales en cuanto a la organización de los sistemas de salud:

En particular, corresponde adoptar a nivel nacional las decisiones sobre la cartera de servicios sanitarios a los que tienen derecho los ciudadanos y los mecanismos de financiación y de prestación de asistencia sanitaria, tales como la determinación de hasta qué punto procede recurrir a los mecanismos de mercado y la presión de la competencia para gestionar los sistemas sanitarios. (Considerando 5)

La presente Directiva respeta y no va en perjuicio de la libertad de cada Estado miembro de decidir el tipo de asistencia sanitaria que considera adecuado. Ninguna de las disposiciones de la presente Directiva debe interpretarse de manera que se socaven las opciones éticas fundamentales de los Estados miembros. (Considerando 7)

En particular, nada de lo dispuesto en la

¹⁵ Instituto de Estudios Turísticos. Informe anual Familitur 2010

¹⁶ Evaluation of treating patients overseas. Final report. York Health Economics Consortium.

¹⁷ Patients mobility in the European Union. Learning from experience. Magdalene Rosenmöller, Martin McKee, Rita Baeten

¹⁸ Acuerdo marco entre el Reino de España y la República portuguesa sobre cooperación sanitaria transfronteriza, hecho “ad referendum” en Zamora el 22 de Enero de 2009 y su Acuerdo administrativo entre el Ministerio de Sanidad y Consumo de España y el Ministerio de Salud de Portugal relativo a las modalidades de aplicación de dicho acuerdo marco. BOE 13 de Abril de 2010.

presente Directiva obligará a un Estado miembro a reembolsar los gastos de la asistencia sanitaria prestada por prestadores establecidos en su propio territorio, si dichos prestadores no forman parte del sistema de seguridad social o de sanidad pública de dicho Estado miembro. (Artículo 1.4)

Aunque por un lado parece que alienta la movilidad de los pacientes, por otro no considera que deba publicitarse esta posibilidad:

Por regla general el Estado miembro de afiliación no debe supeditar la asunción de los costes de la asistencia sanitaria dispensada en otro Estado miembro a autorización previa en los casos en que dicha asistencia, de haber sido dispensada en su territorio, hubiera sido asumida por su sistema de seguridad social o sistema nacional de sanidad obligatorio. (Considerando 38)

La transposición de la presente Directiva a los ordenamientos nacionales y su aplicación no deben conllevar que se aliente a los pacientes a recibir tratamiento fuera de su Estado miembro de afiliación. (Considerando 4)

Obligaciones para los Estados

La Directiva establece obligaciones tanto para el Estado en el que se hace el tratamiento como para el Estado de afiliación

Obligaciones para el Estado de tratamiento:

- Crear un punto nacional de contacto en el que se canalice toda la información necesaria para ayudar en la elección al posible paciente, tanto sobre normas de calidad y seguridad como sobre facturas y precios.
- Existencia de un procedimiento transparente de reclamaciones
- Garantía de seguros de responsabilidad profesional
- Derecho a la intimidad en el tratamiento de datos
- Derecho obtención de la historia clínica
- Principio de no discriminación: tratar a los pa-

cientes extranjeros de la misma manera que a los nacionales y aplicarles las mismas tarifas.

Obligaciones para el Estado de afiliación:

- Obligación de informar sobre los derechos que establece la Directiva
- Garantía de reembolso de los gastos
- Seguimiento sanitario del tratamiento efectuado en otro país
- Acceso a la historia clínica

Reembolso y autorización previa

La Directiva dedica todo el capítulo III (artículos 7, 8 y 9) al reembolso y la autorización previa. En síntesis viene a decir:

- El reembolso se garantizará siempre que la asistencia figure entre las prestaciones a las que el asegurado tiene derecho.
- El estado de afiliación determina el nivel de asunción de dichos gastos hasta la cuantía que habría asumido en su territorio sin exceder del coste real.
- Debe abarcar no solo la asistencia sanitaria sino también la prescripción, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios
- Debe aplicarse a los destinatarios que deseen recibir la asistencia sanitaria que se presta en otro Estado a través de otros medios, como por ejemplo los servicios de salud electrónicos
- Debe existir un procedimiento transparente para el cálculo de los costes
- Puede imponer los mismos trámites administrativos y reglamentarios que en el propio territorio

La Directiva recoge en lo que respecta a la autorización previa los criterios que ha ido estableciendo la jurisprudencia. La autorización está limitada a:

- La asistencia sanitaria que requiere necesidades de planificación o de controlar los costes.
- En caso de ingreso hospitalario
- La asistencia sanitaria que requiera infraestruc-

turas o equipos especializados y costosos

- Los tratamientos que entrañen riesgo para el paciente o la población

- La asistencia que sea proporcionada por un prestador que suscite inquietud sobre calidad o seguridad

- En caso de enfermedades raras el Estado de afiliación puede solicitar evaluación clínica por un experto.

A este respecto hay que destacar dos apartados especialmente importantes para un Sistema Nacional de Salud como el nuestro, en el que las listas de espera son consustanciales.

...el Estado miembro de afiliación no podrá denegar una autorización previa.... cuando esa asistencia sanitaria no pueda prestarse en su territorio en un plazo que esté médicamente justificado, sobre la base de una evaluación médica objetiva del estado de salud del paciente, su historial y la evolución probable de su enfermedad, el grado de dolor que padezca o la naturaleza de su discapacidad en el momento en que la solicitud de autorización fue efectuada o renovada (Artículo 8.5).

El Estado miembro de afiliación podrá denegar una autorización previad) cuando la atención sanitaria pueda prestarse en su territorio en un plazo que sea médicamente justificable, teniendo en cuenta el estado de salud de cada paciente y la posible evolución de su enfermedad. (Artículo 8.6 d) .

La Directiva no establece plazos por lo que puede haber discrepancias entre países en lo que se considera médicamente justificado. Hay que recordar que por ejemplo los plazos que han fijado algunas Comunidades Autónomas como garantías de tiempo de espera en algunas intervenciones quirúrgicas no son homogéneos.

Hay una posibilidad para restringir la aplicación de la Directiva por circunstancias excepcionales, pero a su vez los Estados deben notificar a la Comisión dicha restricción.

El Estado miembro de afiliación podrá limitar la aplicación de las normas de reembolso de la asistencia sanitaria transfronteriza por razones imperiosas de interés general, como necesidades de planificación relacionadas con el objeto de

garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el Estado miembro de que se trate, o la voluntad de controlar los costes y evitar, en la medida de lo posible, cualquier despilfarro de los recursos financieros, técnicos y humanos. (Art. 7.9).

La decisión de limitar la aplicación ... no podrá constituir un medio de discriminación arbitraria ni un obstáculo injustificado a la libre circulación de las personas, los bienes y los servicios. Los Estados miembros notificarán a la Comisión cualquier decisión de limitar el reembolso por los motivos estipulados en el apartado 9. (Art.7.11).

Coexistencia con el Reglamento 883/2004

La coexistencia está recogida en varios apartados de la Directiva, haciendo responsable a los Estados de aplicar en su caso la opción más beneficiosa para el paciente.

La presente Directiva no afecta a los derechos de la persona asegurada en relación con la asunción de los costes de la asistencia sanitaria que se haya hecho necesaria, por razones médicas, durante la estancia temporal en otro Estado miembro, con arreglo al Reglamento (CE) n o 883/2004. (Considerando 27).

Así pues, por lo que respecta a los pacientes, los dos sistemas deben ser coherentes; o bien se aplica la presente Directiva, o bien se aplican los Reglamentos de la Unión sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. (Considerando 30).

Cuando las condiciones se cumplen, no debe privarse a los pacientes de los derechos más beneficiosos que les garantizan los Reglamentos de la Unión sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. (Considerando 31).

En lo que respecta a las solicitudes de autorización previa que realice una persona asegurada con objeto de recibir asistencia sanitaria transfronteriza, el Estado miembro de afiliación deberá comprobar que se cumplen las condiciones establecidas en el Reglamento (CE) n o 883/2004. Cuando se cumplan esas condiciones, la autorización previa se concederá de conformidad con dicho Reglamento, salvo que el paciente solicite otra cosa. (Art 8.3).

Cooperación entre Estados

Esta es la parte de la Directiva que más repercusión va a tener en los Sistemas de Salud. Si la Co-

misión dispone de los instrumentos económicos par el desarrollo de todas las acciones previstas, no solamente supondrá un aumento de la calidad de los mismos, sino que tendrá una positiva repercusión en la asistencia recibida por los pacientes, y, en muchos casos puede evitar el desplazamiento de los mismos.

Las líneas en la que está prevista la cooperación son las siguientes:

- Cooperación en normas de calidad y seguridad
- Intercambio de información sobre el derecho a ejercer de los profesionales
- Fomento de acuerdos en regiones fronterizas
- Reconocimiento de recetas en otro Estado miembro
- Creación de redes europeas de referencia
- Cooperación en diagnóstico y tratamiento de Enfermedades Raras.
- Cooperación e intercambio de información en una red voluntaria de Sanidad Electrónica
- Cooperación en evaluación de tecnologías sanitarias

5. CONCLUSIONES

La Directiva intenta aunar el respeto a los Sistemas Nacionales de asistencia sanitaria con el derecho a la movilidad de los pacientes por el territorio europeo. Al no crear una armonización en los sistemas, trata de defender los derechos de los pacientes considerándolos consumidores de servicios sanitarios, poniendo énfasis en la información de la que disponen y en la seguridad y calidad de los servicios.

Por otro lado, la coexistencia de la Directiva con el Reglamento de coordinación de sistemas de seguridad social previsiblemente será complicada, puesto que, en la primera, el paciente recibe el tratamiento “como lo recibiría en su Estado”, mientras que, con la aplicación del Reglamento lo recibe “como si fuera nacional del país en el que se encuentra”.

En la aplicación en España, nos encontraremos con contradicciones importantes, como es el hecho de que un ciudadano español podrá acudir a un centro

privado en el extranjero con garantía de reembolso y no podrá hacerlo en el territorio nacional.

La aplicación de la Directiva en nuestro país supone unos retos evidentes pero también una oportunidad.

Entre los retos, podemos enumerar la transparencia en la información a la que obliga, la fijación de precios nacionales, o la voluntariedad en las normas de acreditación de calidad. Pero, estos retos, suponen a la vez oportunidades. No hay duda de que la obligación de transparencia en la información puede hacernos más competitivos, así como también el desarrollo de centros de referencia europeos, aspecto en el que España está en condiciones de competir.

Hay un reto por encima de todos que la transposición tiene que intentar solventar, y es el evitar la falta de equidad que puede suponer poner la sanidad europea al alcance de solo aquellos que puedan asumir el coste por anticipado.

Obliga también a reconsiderar en positivo el papel del turismo sanitario. Somos un país con prestigio como receptores de turismo y con amplia experiencia en el sector. ¿Por qué no aprovechar la conjunción de una infraestructura turística de calidad con un Sistema sanitario excelente y explorar una vía de financiación adicional?

De lo que no hay duda es de que las vías de cooperación entre Estados, que se fomentarán ampliamente por la Comisión serán el principio de la convergencia entre los sistemas sanitarios. Se adivina una convergencia próxima en estándares de calidad de los centros o en sistemas de información. Mucho más lejana está la que pudiera haber en cartera de servicios o de la forma de provisión.

Comunicaciones

LA NECESARIA INTEGRACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y DE LA SALUD PÚBLICA ¿UN LOGRO CONSEGUIDO CON LA LEY GENERAL DE SALUD PÚBLICA?

Federico de Montalvo Jääskeläinen
Profesor propio adjunto, UPComillas (ICADE)

ÍNDICE

1. Introducción
2. De la protección del medio a la protección del sujeto: breve historia de un cambio de paradigma
3. La salud ambiental y su protección en nuestro sistema jurídico
4. El principio de información en el ámbito de la salud ambiental
5. Conclusiones

RESUMEN

La protección del medio ambiente y la lucha contra la contaminación atmosférica no ha atendido de manera principal al impacto que tales políticas pueden tener en la salud de las personas, de manera que la determinación de las mismas hubiera de procurar priorizar aquellas medidas que vayan en beneficio de la salud de las personas en detrimento de otras. Tal perspectiva ha estado muy olvidada hasta tiempos muy recientes, cuando determinados trabajos epidemiológicos sobre el impacto efectivo que la contaminación atmosférica tiene en la salud de las personas han aportado datos concretos que se muestran bastante alarmantes. En nuestro trabajo pretendemos analizar, al amparo del derecho a la salud que consagra el artículo 43 de la Constitución, si la implementación de políticas de lucha contra la contaminación atmosférica tiene que encontrar su principal fundamento y sustento en la salud pública. Además, el debate que nos va a ocupar entendemos que cobra especial relevancia en un contexto como el actual en el que el crecimiento del gasto sanitario en la mayoría de las economías occidentales exige adoptar diversas medidas que hagan sostenible el modelo, y entre éstas pudieran encontrarse las que pretendan proteger la

salud de las personas, no desde la tradicional perspectiva de la asistencia sanitaria (acción curativa y asistencial), sino de la perspectiva de la prevención de las enfermedades.

PALABRAS CLAVE

Medio ambiente, cambio climático, contaminación atmosférica, salud pública, derecho a la salud

ABSTRACT

The environmental protection and the fight against pollution has not addressed the impact that such policies may have on the health of people, so that the determination of these should have tried to prioritize the benefit for health of people over other different goals. This perspective has been largely forgotten until recently, when specific epidemiological studies on the actual impact that air pollution on the health of the people have provided specific data which are quite alarming. In our work we analyze, under the right to health enshrined in Article 43 of the Constitution, if the implementation of policies to combat air pollution has to find its main foundation and basis in public health. Furthermore, the debate is particularly relevant in the current context in which the growth of health spending in most Western economies requires the adoption of sustainable measures to make the model. Between them could be found policies which main target is to protect the health of individuals, not from the traditional perspective of health care (curative and care), but from the perspective of disease prevention.

KEYWORDS

Environment, climate change, air pollution, public health, right to health.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo pretendemos analizar si nuestro sistema jurídico está suficientemente dotado de los instrumentos legales necesarios para que en la determinación y desarrollo de las políticas públicas de protección del medio ambiente, concretamente, en el ámbito de la lucha contra la contaminación atmosférica, se atienda, como elemento sustancial de dichas políticas, a los riesgos efectivos y no potenciales que tal contaminación tiene sobre la salud pública¹. Concretamente, analizaremos también qué incidencia ha tenido a este respecto la reciente Ley General de Salud Pública.

Con carácter preliminar, y pese a que nuestro estudio es esencialmente jurídico, vamos a tratar de establecer en qué medida la protección del medio ambiente en general, y de la lucha contra la contaminación atmosférica en particular, ha de valorar necesaria y preferentemente el impacto que tales políticas pueden tener en la salud de las personas. Es decir, si la propia lucha contra la contaminación atmosférica ha de conectar necesariamente con las políticas de salud pública y medicina preventiva.

Como vamos a comprobar a lo largo de este trabajo, tal perspectiva ha estado muy olvidada hasta tiempos muy recientes, cuando determinados trabajos epidemiológicos sobre el impacto efectivo que la contaminación atmosférica tiene en la salud de las personas han aportado datos concretos que se muestran bastante alarmantes².

Además, el debate que nos va a ocupar entendemos que cobra especial relevancia en un panorama como el actual en el que el crecimiento del gasto sanitario en la mayoría de las economías occidentales exige adoptar diversas medidas que lo contrarresten y que, en definitiva, lo hagan sostenible. Este crecimiento del gasto es consecuencia, sustancialmente, de varios hechos: el envejecimiento de la población, el avance tecnológico y el incremento constante de la demanda por parte de los ciudadanos. Junto a estos, también se ha apuntado otro más, el cambio climático y su incidencia en la salud de la población³.

1 Vamos a utilizar el término salud pública en el sentido de salud del conjunto de la población o de salud colectiva.

2 BHASKARAN, K. y otros, "The effects of hourly differences in air pollution on the risk of myocardial infarction: case crossover analysis of the MINAP database", *British Medical Journal*, núm. 343, d5531.

3 European Commission, *Joint Report on Health Systems*, Occasional Papers 74, December 2010, p. 13.

Así pues, resulta patente que entre las políticas públicas que pudieran promover un sistema sanitario sostenible parece que han de ocupar un papel protagonista todas aquellas que pretendan proteger la salud de las personas, no desde la tradicional perspectiva de la asistencia sanitaria (acción curativa y asistencial), sino de la perspectiva de la prevención de las enfermedades, porque, en palabras literales del Comité Económico y Social Europeo, "*A estas alturas no es necesario ya demostrar la función fundamental que desempeña el medio ambiente, entendido en su sentido más amplio, en la evolución del gasto sanitario*"⁴.

Además, como recuerda BRIGGS, "*many of these risks and health effects are readily avoidable. Rarely does the solution lie in advanced technologies or even expensive drugs. Instead, the need is for preventive action to reduce the emission of pollutants into the environment in the first place—and that is largely achievable with existing know-how. Indeed, in many cases it has already been implemented in many of the richer countries. Science, therefore, certainly has a role to play in addressing these issues. More research is undoubtedly needed on a range of emerging environmental health issues*"⁵.

En definitiva, si la implementación de políticas de lucha contra la contaminación atmosférica viene a encontrar un fundamento en la salud pública, podemos perfectamente anticipar, como vamos a ver, que tal política será la clave de bóveda no sólo de la protección del medio ambiente, sino también de la protección de salud, como derechos subjetivos y principios rectores consagrados en nuestra Constitución de 1978.

Por último, nuestro debate atenderá también al hecho de que nuestro Estado se configura como un Estado descentralizado de manera que las políticas que pudieran conectar protección del medio ambiente con salud habrán de ser necesariamente establecidas y desarrolladas tanto en el ámbito estatal como autonómico, siendo, precisamente, la protección del medio ambiente y de la salud pública dos de los ejemplos más significativos de la dificultad que entrañan las competencias compartidas entre Estado central y las Comunidades Autónomas.

4 Dictamen sobre asistencia sanitaria, Comité Económico y Social Europeo, 16 de julio de 2003, SOC/140, p. 5.

5 BRIGGS, D., "Environmental pollution and the global burden of disease", *British Medical Bulletin*, vol. 68, año 2003, p. 22.

2. DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO A LA PROTECCIÓN DEL SUJETO: BREVE HISTORIA DE UN CAMBIO DE PARADIGMA

2.1 Un modelo basado en la protección del medio

La protección del medio ambiente ha estado tradicionalmente fundada en una visión esencialmente ecologista, de manera que el medio había de ser protegido como garantía del propio ecosistema o de las necesidades de las generaciones futuras⁶. El hombre ocupaba una posición principal en dicho ecosistema, pero también se atendía a la necesaria protección de otras especies que integraban el mismo (vegetales, animales, ...). Además, esa loable visión que atendía al propósito de ofrecer a las generaciones futuras un medio que pueda garantizar sus necesidades y aspiraciones, creemos que olvidaba, en ocasiones, las necesidades de las generaciones presentes, sobre todo, en el ámbito de la salud.

De este modo, la salud del ser humano como fundamento de la protección del medio ambiente quedaba siempre relegada. Tampoco se valoraba el impacto efectivo sobre la salud de las agresiones al medio ambiente, sino tan sólo el impacto potencial. Se trata de dos cuestiones diferentes, ya que la primera va más allá al establecer a través de determinados estudios no sólo en qué medida la agresión pudiera afectar a la salud, sino de qué modo está afectando. La segunda (impacto potencial) ofrecerá necesariamente menos evidencia y, al no incorporar trabajo de campo sobre pacientes y clínica asistencial, contendrá mayores sesgos.

Como denuncian los expertos, la experiencia de los últimos años en nuestro país parece indicar que los dispositivos de gestión de la salud ambiental en España no son los más adecuados para afrontar con criterio los problemas existentes. Muchas de las funciones de la salud pública relacionadas con el medio ambiente han sido asumidas por los nuevos departamentos de medio ambiente sin que este hecho haya

venido acompañado de una redefinición del papel de la salud pública en el control y vigilancia de los riesgos ambientales sobre la salud⁷. Además, todavía planea entre los gestores sanitarios la duda y la dificultad de integrar la salud ambiental en los programas de salud pública⁸.

Un elemento importante en el origen de las limitaciones de las políticas en sanidad ambiental es la falta de sistemas de información de calidad utilizables desde la salud pública, lo que impide realmente valorar el estado de la sanidad ambiental en nuestro país; además, la falta de perspectiva sanitaria es preocupante. Así, con frecuencia se vigila el riesgo pero no los daños a la salud; los sistemas de información sobre los riesgos no se analizan conjuntamente con los sanitarios; se confunden los patrones normativos de calidad del aire o de las aguas de consumo con la protección de la salud, todo ello dificultando el avance de la regulación jurídica, el avance de los programas de prevención e incluso el avance en la protección de la salud⁹.

Así, los estudios realizados en distintas ciudades han encontrado que, aún por debajo de los niveles de calidad del aire considerados como seguros, los incrementos de los niveles de la contaminación atmosférica se asocian con efectos nocivos sobre la salud. Y añaden que lo que más preocupa son aquellos riesgos de agentes para los que no existe una evaluación satisfactoria, de manera que importantes sectores de la población se encuentran expuestos a contaminantes atmosféricos con posibles repercusiones negativas sobre su salud. Para responder a estos riesgos sería necesaria la evaluación de los mismos por médicos clínicos, toxicólogos y epidemiólogos, el clínico evaluando la salud de los individuos expuestos, el toxicólogo definiendo el daño causado por el contaminante, y el epidemiólogo estudiando

6 Recuérdese que el concepto de desarrollo sostenible que se recoge en el denominado Informe Brundtland de 1987, "Nuestro Futuro Común" aparece descrito de la siguiente manera: "el desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades". Obviamente, desarrollo sostenible y protección del medio ambiente no son conceptos idénticos, ya que aquél comprende un número mayor de actuaciones que éste. Sin embargo, también es cierto que entre ambos conceptos existe una conexión directa de manera que la protección del medio ambiente constituye una de los principios en los que ha de fundamentarse la sostenibilidad.

7 BALLESTER DÍEZ, F., "El medio ambiente saludable: evaluación de los objetivos 18 a 25", en VVAA, *La salud pública ante los desafíos de un nuevo siglo, Informe SESPAS 1999*, Escuela Andaluza de Salud, Granada 2000, p. 3. Puede accederse a dicho informe a través de la página web de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria, en www.sespas.es.

8 ORDÓÑEZ IRIARTE, J.M. y AVELLO DE MIGUEL, A., "Mejorar la gestión de la salud ambiental", en VVAA, *La salud pública ante los desafíos de un nuevo siglo, Informe SESPAS 1999*, Escuela Andaluza de Salud, Granada 2000, p. 2.

9 DAPONTE COLINA, A., LÓPEZ DEL AMO, P. y SUNYER DEU, J., "Desarrollar e implantar políticas sobre medio ambiente y salud", en VVAA, *La salud pública ante los desafíos de un nuevo siglo, Informe SESPAS 1999*, Escuela Andaluza de Salud, Granada 2000, p. 3.

los efectos en los grupos expuestos¹⁰.

La epidemiología ambiental ha distinguido dos ámbitos diferentes de actuación: la identificación de los efectos sobre la salud potencialmente relacionados con el ambiente, por un lado, y la identificación y cuantificación de asociaciones causales entre exposiciones ambientales y problemas de salud. La primera sí ha que ha sido objeto de abordaje desde el prisma de la protección del medio ambiente desde hace, no muchas, pero sí algunas décadas, mientras que la segunda ofrece un nuevo panorama de estudio y de orientación de la protección del medio ambiente.

Por otro lado, y en el plano estrictamente jurídico, los propios términos en los que aparece consagrado el derecho al medio ambiente en nuestra Constitución de 1978 muestran cuál era el fundamento de las políticas medioambientales que habían garantizar tal derecho. Su artículo 45 proclama en su apartado primero que *“Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”*, añadiendo, a continuación, en el apartado siguiente, que *“Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”*.

La salud pública y la salud de las personas como objetivo y, más aún, propio fundamento de la protección del medio ambiente no aparecen directamente en dicha norma, aunque pudieran deducirse de la mención que se recoge a la calidad de la vida que ha de conectarse necesariamente con la enfermedad y mortalidad.

Ocurre lo mismo con el derecho a la salud que se consagra en el artículo 43 de la Constitución que, tras proclamar el derecho a la protección de la salud, dispone que *“compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”*, debiendo, además, fomentar *“la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”*.

Esta falta de conexión entre la protección del medio ambiente y salud pública, en cierto modo, pudo

venir motivado no sólo por la falta de desarrollo de la epidemiología y de la medicina preventiva hasta épocas muy recientes, de manera que se pudiera contar con datos más o menos exactos sobre el impacto del medio ambiente en la salud de las personas, sino, también, por circunstancias ajenas a lo científico y que caen de lleno en lo ideológico.

En primer lugar, las primeras políticas del medio ambiente quedan muy vinculadas a determinados movimientos progresistas en los años sesenta y setenta. Para dichos movimientos el impacto del medio ambiente en la salud se establece a partir de determinadas hipótesis o a partir de determinados hechos concretos. De este modo, quien no vendrá a compartir dichas ideologías progresistas habrá de colocarse, en muchas ocasiones, en el lado contrario, no admitiendo que dichos daños hipotéticos en la salud puedan ser ciertos o tan importantes. Un ejemplo paradigmático de ello, lo encontramos en relación a la disputa sobre la seguridad de la energía nuclear que aún perdura en nuestros días. Se trata de un debate que, más allá de determinados sucesos históricos, muestra siempre una vertiente excesivamente ideológica.

Cierto es, por otro lado, que por mucho que haya avanzado la epidemiología, no se trata de una ciencia exacta, pese a que venga basada en el método científico. Si hay algo en lo que la ciencia coincide es en que en la medicina y más concretamente en el estudio de la salud de las personas es fácil encontrar excepciones que no permiten establecer una previsión o evidencia absolutamente fiable. Ejemplo de ello es la conocida frase de que *“no existen enfermedades sino enfermos”*, la cual refleja con meridiana claridad que la evidencia científica no tiene por qué cumplirse en todos los casos, por muy idénticos que estos sean.

En segundo lugar, la reconstrucción de Europa tras la tragedia de la Segunda Guerra Mundial exigió el desarrollo de modelos de crecimiento económico en los que la protección del medio ambiente constituía un obstáculo al desarrollismo. Ello provocó que se asentara la idea de que los daños al medio ambiente tenían escasa o ninguna incidencia en la salud de las personas. A este respecto, por ejemplo, el criterio asentado en la Ciencia era que la contaminación provocada por los vehículos de motor no afectaba notablemente a la salud de los ciudadanos, como ya hemos comentado en la introducción.

Sin embargo, desde hace unos años se ha iniciado un cambio de criterio, de manera que ya comienza a

10 BALLESTER DÍEZ, F., TENÍAS, J.M. y PÉREZ-HOYOS, S., “Efectos de la contaminación atmosférica sobre la salud: una introducción”, *Revista Española de Salud Pública*, núm. 2, vol. 73, marzo-abril 1999, p. 110.

valorarse dentro de las diferentes políticas públicas de protección del medio ambiente el elemento de la salud.

2.2 Precedente histórico del cambio: la Gran Niebla de Londres

El primer antecedente histórico de este cambio de paradigma fue la *Gran Niebla* de Londres de diciembre de 1952 que cubrió densamente la ciudad durante cuatro días seguidos, produciendo un brusco aumento en la mortalidad. El fenómeno fue debido a la coincidencia en el tiempo de una intensa niebla que se vio acentuada por la contaminación industrial y la derivada del carbón empleado para calentar las viviendas. El número de muertes en exceso atribuidas a este episodio fue de entre 3.500 y 4.000, aunque estudios posteriores consideran que el número de muertes fue superior al que fue oficialmente comunicado y así establece una mortalidad que alcanzó 12.000 personas, teniendo en cuenta varios fallecimientos producidos meses después del suceso y que tuvieron también su causa directa en tal hecho¹¹. Se produjeron picos de mortalidad que coincidieron con el mayor incremento de los elementos contaminantes que alcanzaron la cifra de 900 personas por día.

Esta tragedia permitió comprobar cómo la lucha por la protección del medio ambiente tenía una incidencia directa en la mejora de la salud de la población y en el descenso de la mortalidad. Sin embargo, pese a ello y a que se tomó ya conciencia de que la contaminación de la ciudades podía afectar muy negativamente a la salud de las personas y a su esperanza de vida, el verdadero cambio no tuvo lugar hasta varios años después. La comunidad científica siguió considerando que, salvo en situaciones muy concretas, con los niveles de contaminación que se registran en la mayoría de las ciudades de los países más desarrollados, la contaminación atmosférica no representaba un peligro importante para la salud.

La situación cambia con la publicación de diferentes estudios y trabajos que establecen que la inhalación de contaminantes, especialmente partículas finas en suspensión, representa un incremento de riesgo de defunción prematura. Tales estudios han provocado que, incluso, se haya llegado a concluir que el cambio climático es la mayor amenaza para la salud del siglo XXI¹².

11 BELL, M.L. y DAVIES, D.L., "Reassessment of the Lethal London Fog of 1952: ...", *cit.*, pp. 389 a 394.

12 COSTELLO, A. y otros, "Managing the health effects

2.3 La nueva posición de la Organización Mundial de la Salud

Dentro de esta nueva posición frente a la contaminación, podemos destacar la que viene manteniendo ya la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS). Esta Organización ha publicado en los últimos años diferentes estudios e informes que abordan los problemas que para la salud tiene el cambio climático y, más concretamente, la contaminación del aire. Así, en un estudio de 2006, bajo el título *Ambientes saludables y prevención de enfermedades. Hacia una estimación de la carga de morbilidad atribuible al medio ambiente*, se confirma que alrededor de la cuarta parte de la carga mundial de morbilidad (años de vida sana perdida) y, concretamente, más de un tercio de la carga de morbilidad infantil son consecuencia de factores ambientales modificables. Además, la carga de morbilidad causada por factores ambientales es mucho más elevada en el mundo en desarrollo que en los países desarrollados, a excepción del caso de determinadas enfermedades no transmisibles como las enfermedades cardiovasculares y el cáncer, cuya carga de morbilidad per cápita es superior en los países desarrollados¹³. El 24% de la carga de morbilidad mundial y el 23% de todos los fallecimientos pueden atribuirse a factores ambientales¹⁴. Y entre las enfermedades con mayor carga absoluta atribuible a factores ambientales modificables figuran las infecciones de las vías respiratorias inferiores, pudiéndose atribuir en los países desarrollados un veinte por ciento de estas infecciones a causas ambientales.

Por último, el estudio destaca los efectos que la contaminación tiene especialmente en las poblaciones infantiles. En todo el mundo, el número de años de vida sana perdidos por habitante debido a factores de riesgo ambientales era aproximadamente cinco veces mayor entre los niños de 0 a 5 años que en la población en general.

of climate change", *The Lancet*, vol. 373, mayo 2009, pp. 1693. Puede encontrarse un resumen en español de este trabajo en *Impacto. Boletín clínico, sanitario y social al servicio del Sistema Nacional de Salud*, vol. 2, núm. 6, año 2009, al que puede accederse a través de la página web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en www.msc.es.

13 PRÜSS-ÜSTÜN, A. y CORVALÁN, C., *Ambientes saludables y prevención de enfermedades. Hacia una estimación de la carga de morbilidad atribuible al medio ambiente (resumen del informe en español)*, Organización Mundial de la Salud, 2006, p. 2.

14 *Ibidem*, p. 5.

El citado estudio considera que un mejor conocimiento de la repercusión en la morbilidad asociada a diversos factores ambientales puede ayudar a orientar a los poderes públicos en el establecimiento de medidas de salud preventivas que no sólo reduzcan la morbilidad, sino también los costos para el sistema sanitario. Muchas intervenciones de salud ambiental son económicamente competitivas con las intervenciones curativas más convencionales del sector sanitario. Para ello, deben fortalecerse, entre otras, las alianzas entre políticas de protección del medio ambiente y protección de la salud pública.

Otro estudio de la misma OMS publicado más recientemente, año 2010, señala que la contaminación atmosférica de las ciudades europeas causa un importante número de problemas de salud, reduciendo la esperanza de vida de sus ciudadanos año a año. Además, apunta que pese a que en los años noventa se produjo una importante reducción de la contaminación atmosférica, en la primera década del siglo XXI los progresos en este ámbito han sido mínimos. Y así, el 92% de la población urbana de Europa en cuyas ciudades existen datos de calidad del aire, vive bajo una calidad del aire que excede las recomendaciones de la OMS¹⁵. Como datos concretos de tales efectos de la contaminación del aire con partículas finas, la OMS afirma que provoca un acortamiento de nueve meses de la esperanza de vida en Europa. Y dentro de las poblaciones más afectadas por la contaminación atmosférica destacan los menores de edad, con un relevante impacto en la mortalidad infantil por enfermedades pulmonares derivadas de partículas finas en suspensión (*particulate matter*). Además, la elevada concentración de partículas en suspensión se asocia con 500.000 defunciones prematuras anuales en Europa.

La OMS está desarrollando igualmente el proyecto denominado *Evidence on health aspects of air pollution to review EU policies* (REVIHAAP Project) con el que se pretende dar asesoramiento basado en la evidencia científica a la Comisión Europea sobre aspectos de la contaminación del aire que afecten a la salud de las personas. Dicho proyecto va a llegar a cabo una revisión de la literatura científica sobre los efectos que sobre la salud producen los gases contaminantes regulados en las Directivas 2008/50/CE y 2004/107/CE¹⁶.

Por último, la OMS también ha promovido el concepto de *Ciudad Saludable*, lo que exige la coordinación de los programas de promoción de la salud pública y de política de la salud ambiental. Al amparo del mismo se han creado las redes nacionales y regionales de ciudades saludables. En España, concretamente, la Red Española de Ciudades Saludables tiene asociadas a más de cien ciudades que comprenden un total de quince millones de personas.

2.4 El cambio en la Unión Europea

Como precedente de las políticas europeas de protección del medioambiente desde la perspectiva de la salud puede destacarse la Carta Europea de Salud y Medio Ambiente, aprobada en Frankfurt en 1989. Dicha Carta establece los principios esenciales de la relación entre los factores ambientales (físicos, químicos, biológicos y psicosociales) que determinan la salud humana. En la misma reunión de Frankfurt se acordó la creación del Centro Europeo de Salud y Medio Ambiente como órgano responsable de liderar las políticas de salud ambiental en Europa.

Posteriormente, en 1994 se celebró la 2.^a Conferencia de Helsinki que aprobó el Plan Europeo de Acción en Salud y Medio Ambiente y la creación del Comité Europeo de Salud y Medio Ambiente (EEHC, en inglés) responsable de velar por el cumplimiento del Plan.

También puede destacarse lo dispuesto en el Tratado de Ámsterdam en sus artículos 152 y 174, en virtud de los cuales, se promueve la instauración de una acción comunitaria en el ámbito del medio ambiente y la salud, y lo que se establece en el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “*Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria conforme a las condiciones establecidas en las disposiciones nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana*”.

Sin embargo, la verdadera interacción entre medio ambiente y salud se ha producido en Europa con la Estrategia europea sobre medio ambiente y salud, de la Comisión Europea, de 11 de junio de 2003. La estrategia tiene como objeto crear un marco que ayu-

¹⁵ *Health and environment in Europe: progress assessment*, Organización Mundial de la Salud, 2010, p. ii.

¹⁶ Puede accederse a dicho proyecto a través de la página web de la Oficina Regional para Europa de la OMS, en <http://www.euro.who.int/en/what-we-do/health-topics/environment-and-health/air-quality/activities/evidence-on-health-aspects-of-air-pollution-to-review-eu-policies-the-revihaap-project>.

de a comprender mejor las relaciones de causa-efecto entre el medio ambiente y la salud, y a disponer de la información necesaria para desarrollar una política comunitaria integrada. Porque, como reconoce la Estrategia, *“las medidas políticas no están lo suficientemente integradas (p. ej.: los datos de vigilancia atmosférica no están relacionados con los datos de vigilancia de las aguas, ni con los datos de vigilancia del suelo, etc... ni con los datos de seguimiento de la salud) y, por lo tanto, no siempre abordan eficazmente la interacción entre el “medio ambiente y la salud”. Para lograr esta integración es esencial desarrollar tanto la legislación medioambiental como las medidas de protección de la salud humana”*¹⁷. El valor añadido que aporta es *“el desarrollo de un sistema comunitario que integre toda la información sobre el estado del medio ambiente, el ecosistema y la salud humana”*.

Para la Comisión Europea, pese a que ya era posible establecer desde hace tiempo un vínculo entre algunos factores medioambientales concretos y determinados efectos sobre la salud, no ha existido tradicionalmente una visión de conjunto que mostrara el impacto de una exposición compleja y empírica sobre la salud. De este modo, se pretende alcanzar un mayor conocimiento de la incidencia en la UE de los factores medioambientales sobre la salud humana, con el fin de determinar cuál es la carga de enfermedades de la que son responsables aquéllos y cuál puede ser la respuesta.

Los objetivos últimos de la estrategia propuesta son: a) reducir la carga de enfermedades causadas por factores medioambientales en la UE; b) identificar y prevenir las nuevas amenazas a la salud derivadas de factores medioambientales; y c) facilitar la instauración de políticas de este ámbito en la UE.

Además, la Estrategia se fundamenta en el principio de integración, de manera que se obtenga a través del mismo un enfoque integrado de los efectos del medio ambiente sobre la salud de las personas. Dicho enfoque supone, fundamentalmente, integrar información, investigación e intervención. Dicha integración se efectuará de manera progresiva, de modo que se empezará por algunos ámbitos para extenderse, posteriormente, a otros diferentes.

El primer enfoque integrado por el que opta la Estrategia es el de la infancia. Así, la Comisión Eu-

ropea puso en marcha el proyecto SCALE (Science, Children, Awareness, Legal Instrument, Evaluation). Tal proyecto, como su nombre indica, está centrado en la infancia, ya que, como dispone, literalmente, la Estrategia, *“invertir en su salud es la clave para garantizar el desarrollo tanto humano como económico”*, y ello, porque *“Los niños son especialmente vulnerables a los peligros medioambientales y no pueden ser considerados como “pequeños adultos”, porque su fisiología, metabolismo, dieta y comportamiento son diferentes”*. Además, tal vulnerabilidad es única, en atención a que los niños deben recorrer un cierto número de fases de desarrollo y aprendizaje, fase fetal, primera infancia, edad escolar y pubertad, y en cada una de ellas, la vulnerabilidad es diferente y se expone a distintos agentes. Un adolescente será más vulnerable a los ataques contra el sistema reproductivo, mientras que un bebé lo es más al polvo por encontrarse nivel del suelo. También, hay que tener en cuenta, según manifiesta la Estrategia, que los niños tienen potencialmente una exposición más prolongada a los productos tóxicos y constituyen, debido a la duración de su esperanza de vida, el colectivo de población que sufrirá más exposiciones durante un período más largo.

Desde el punto de vista normativo, debemos destacar la Directiva 2008/50/EC, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa, la cual conecta la protección del medio ambiente en lo que se refiere a la calidad del aire con la promoción de la salud pública. Dicha Directiva tiene como objetivo combatir las emisiones de contaminantes en la fuente y determinar y aplicar medidas de reducción de emisiones más eficaces a nivel local, nacional y comunitario, todo ello, sobre la base de los riesgos para la salud de tales emisiones. Para la Directiva la protección de la salud humana exige evitar, prevenir o reducir las emisiones de contaminantes de la atmósfera nocivos, y fijar objetivos oportunos aplicables al aire ambiente, teniendo en cuenta las normas, las directrices y los programas correspondientes de la Organización Mundial de la Salud.

La Directiva considera que dado que está demostrado que las partículas finas (PM_{2,5}) tienen importantes repercusiones negativas para la salud humana y que, no habiéndose fijado un umbral por debajo del cual las PM_{2,5} resulten inofensivas, debe procurarse una reducción general de concentraciones en el medio urbano partiendo de unos valores límite¹⁸. Tales

¹⁷ Estrategia Europea de medio ambiente y salud, Comisión de las Comunidades Europeas, COM (2003), p. 4.

¹⁸ La propia Directiva define en su artículo 2.5 el concepto

valores límite que pudieran resultar nocivos para la salud humana han de ser establecidos de acuerdo con criterios objetivos y comunes de evaluación.

Además, la Directiva considera que es muy importante que tales valores límite sean controlados mediante la implantación en las zonas de mayor concentración de mecanismos de medición de niveles de concentración. Para ello, los Estados miembros deberán designar previamente zonas y aglomeraciones en todo su territorio, en las que deberán llevarse a cabo actividades de evaluación y gestión de la calidad del aire (art. 4) y, concretamente, para el caso de que no puedan reducirse los niveles en determinados plazos de tiempo, establecer un plan específico de calidad del aire para dichas zonas (art. 22).

Por último, la Directiva destaca la relevancia que en este ámbito tiene el desarrollo de sistemas de información a los ciudadanos sobre los niveles de concentraciones y de sus efectos sobre la salud (art. 26).

2.5 España: el estudio EMECAS y otras evidencias

Puede afirmarse que el Estudio multicéntrico en España de los efectos a corto plazo de la contaminación atmosférica sobre la salud (conocido por el acrónimo de Estudio EMECAS) supuso el inicio de una nueva cultura en el abordaje de la lucha por la protección del medio ambiente desde la perspectiva de su impacto en la salud¹⁹. Dicho Estudio se llevó a cabo mediante la evaluación de la asociación de la contaminación atmosférica con indicadores de morbilidad y mortalidad en la población urbana española en dieciséis ciudades españolas (Barcelona, Bilbao, Cartagena, Castellón, Gijón, Granada, Huelva, Las Palmas de Gran Canaria, Madrid, Oviedo, Pamplona, Santa Cruz de Tenerife, Sevilla, Valencia, Vigo, Vitoria y Zaragoza)²⁰, es decir, una población cercana a los diez millones de personas.

de "valor límite" en los siguientes términos: "nivel fijado con arreglo a conocimientos científicos con el fin de evitar, prevenir o reducir los efectos nocivos para la salud humana y el medio ambiente, que debe alcanzarse en un periodo determinado y no superarse una vez alcanzado".

19 Sobre dicho Estudio, vid., fundamentalmente, VVAA, "El Proyecto EMECAS: Protocolo Estudio multicéntrico en España de los efectos a corto plazo de la contaminación atmosférica sobre la salud", *Revista Española de Salud Pública*, núm. 2, vol. 79, marzo-abril 2005, pp. 229 a 242.

20 Existe un Estudio previo, el Estudio EMECAM, en el que se incluyeron trece ciudades y en el que no se habían estudiado algunas cuestiones que sí se valoraron después en el Estudio EMECAS.

Los objetivos específicos del proyecto fueron: a) Caracterizar la situación sanitaria española respecto de la contaminación atmosférica urbana; b) Valorar el impacto agudo de la contaminación atmosférica en la salud de la población urbana de España; c) Aplicar determinada metodología de análisis, meta-análisis y análisis combinado; y d) Examinar la oportunidad de establecer un sistema de vigilancia epidemiológica de la contaminación atmosférica en España.

Según los resultados del estudio, los niveles de contaminantes estudiados son moderados para algunos contaminantes, aunque en otros, especialmente NO₂ y partículas, podrían representar un problema para el cumplimiento de la normativa vigente. Además, el Estudio permitió establecer una relación directa entre mayores niveles de polución atmosférica y mayor número de ingresos hospitalarios por enfermedades cardiovasculares y, más específicamente, enfermedades del corazón²¹.

3. LA SALUD AMBIENTAL Y SU PROTECCIÓN EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

3.1 La salud pública como bien jurídico constitucionalmente protegido

El derecho a la protección de la salud que proclama nuestra Constitución en su artículo 43.1 ha venido tradicionalmente sustentado en la lucha por la curación de las enfermedades (aspecto asistencial de la salud) en un ámbito más individual que colectivo. Sin embargo, desde hace ya tiempo junto a tal objetivo se han abierto paso las políticas de salud pública, en virtud de las cuales, el objetivo no es curar, sino, más aún, prevenir la enfermedad, todo ello, sobre la base del principio de atención integral a la salud. Tal idea ya aparece recogida en la propia Constitución, la cual señala en su artículo 43.2 que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas²². Podría decirse, de este modo, que el contenido del derecho a la protec-

21 VVAA, "Air pollution and cardiovascular admissions association in Spain: results within the EMECAS project", *Journal of Epidemiol Community Health*, vol. 60, año 2006, pp. 328 a 336.

22 Recuérdese que en el Anteproyecto de Constitución no se hacía mención a la salud pública, sino tan sólo a la sanidad y la higiene. Será como consecuencia de una enmienda presentada en el Senado por Sánchez Castiñeiras cuando se introduce el concepto más moderno de salud pública que se toma del concepto norteamericano (*public health*).

ción de la salud tiene una doble vertiente: de una parte, abarca el ámbito de la denominada salud pública, contemplando todas las medidas que un estado debe desarrollar para preservar la salud de su ciudadanía; de otra, comprende las acciones a adoptar para garantizar la asistencia sanitaria que cada ciudadano pueda llegar a precisar.

Igualmente, la norma encargada de regular las acciones que permiten hacer efectivo el derecho consagrado en el artículo 43 y que constituye el denominado Sistema Nacional de Salud, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, consagra en su artículo 3.1, como principio general del sistema, la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades. Tal previsión se completa con lo dispuesto por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo artículo 11 recoge las prestaciones de salud pública y, entre ellas, la información y vigilancia epidemiológica; la protección de la salud; la promoción de la salud; la prevención de las enfermedades; o la vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros, por parte de la Administración sanitaria competente.

Finalmente, en fechas recientes se ha aprobado por el Parlamento la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que viene a completar el marco regulatorio de las políticas de salud pública. En la Exposición de Motivos se manifiesta, por lo que a nuestro debate interesa, que si bien *“Los servicios sanitarios resultan imprescindibles para dar respuesta a los problemas de salud de la colectividad ... no es el dispositivo asistencial el principal condicionante de nuestro nivel de salud”*, ya que *“la salud se gana y se pierde en otros terrenos: antes del nacimiento pueden producirse exposiciones a distintos factores que de forma indeleble determinen la salud futura, y desde el nacimiento hasta la muerte se van acumulando experiencias vitales positivas o negativas que perfilan la salud. El entorno familiar, la educación, los bienes materiales, las desigualdades sociales y económicas, el acceso al trabajo y su calidad, el diseño y los servicios de las ciudades y barrios, la calidad del aire que se respira, del agua que se bebe, de los alimentos que se comen, los animales con los que convivimos, el ejercicio físico que se realiza, el entorno social y medioambiental de las personas, todo ello determina la salud”*.

Así pues, la Ley establece una conexión directa entre salud y medio ambiente, y, concretamente,

entre salud y contaminación atmosférica. Sin embargo, la propia Ley reconoce que dicha conexión no ha sido habitual en nuestro sistema jurídico, y por ello, en la misma Exposición de Motivos dispone que *“El derecho a la protección de la salud reconocido en la Constitución se interpretó usualmente como derecho a recibir cuidados sanitarios frente a la enfermedad ... sin embargo, los esfuerzos que el conjunto de la sociedad debe hacer para asegurar un buen estado de salud mediante la prevención de la enfermedad y la promoción de la salud no se han desarrollado de igual manera”*.

Tal conexión exige, como ya hemos visto que se ha destacado en el ámbito de la Unión Europea, la promoción del principio de integración de políticas públicas: *“Son imprescindibles instrumentos que, más allá de las acciones iniciadas desde el ámbito sanitario, aseguren que la salud se considera como uno de los resultados esperados de las diversas políticas e intervenciones en todos los niveles de gobierno. La salud de la población está determinada por las políticas e intervenciones en otros ámbitos, por tanto, se hace necesario que desde las Administraciones Públicas se asegure el marco normativo que maximice el nivel de salud sin detrimento de otros bienes sociales que contribuyen al bienestar de la sociedad”*. El principio de integración se proclama en el artículo 3 de la Ley como uno de los principios generales de nuestro modelo de salud pública: *“b) Principio de salud en todas las políticas. Las actuaciones de salud pública tendrán en cuenta las políticas de carácter no sanitario que influyen en la salud de la población, promoviendo las que favorezcan los entornos saludables y disuadiendo, en su caso, de aquellas que supongan riesgos para la salud”*.

Por otro lado, la Ley considera también que la necesaria conexión entre salud y medio ambiente habrá de incidir indiscutiblemente en la sostenibilidad del sistema sanitario. Así, señala que *“Los poderes públicos han de asegurar y mejorar la salud de la población, la actual y la futura, entendiendo la inversión en salud como una contribución decisiva al bienestar social, tanto por el efecto neto de la ganancia en salud como por la contribución a la sostenibilidad de los servicios sanitarios y sociales, sin olvidar la contribución a la sostenibilidad general por el aumento de la productividad asociada a la salud y por el efecto positivo que las políticas de cuidado del medio tienen en el entorno y en la salud humana”*.

También, el ordenamiento jurídico comunitario ha consagrado tales políticas de salud pública. A este

respecto, puede verse el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que dispone que “*al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana*”, añadiendo, a continuación, que “*la acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica*”. Igualmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone en su artículo 35 que “*Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria*”.

Este objetivo público de promoción de las políticas de prevención ha cobrado, además, mayor trascendencia y actualidad a medida que nuestros sistemas sanitarios empiezan a presentar problemas de financiación por el incremento incesante de la demanda y la evolución de la tecnología sanitaria.

Así pues, las políticas de Salud Pública, en su modalidad de políticas de prevención de la enfermedad, constituyen uno de los principales retos y logros de la medicina en este nuevo siglo y como tales han sido consagrados por nuestra Constitución y por las normas encargadas del desarrollo del derecho constitucional a la protección de la salud proclamado en el artículo 43. De este modo, podemos igualmente afirmar que la salud pública y la prevención de las enfermedades constituyen un fin constitucionalmente legítimo.

3.2 Un nuevo concepto: salud ambiental

La reciente y necesaria conexión entre políticas de protección del medio ambiente y salud pública ha permitido acuñar un nuevo concepto, el de salud ambiental. La Organización Mundial de la Salud la define como el “*Área de la salud pública que identifica, caracteriza, vigila, controla y evalúa los efectos sobre la salud humana, de los distintos factores de riesgo ambiental*”, incluyéndose “*tanto los efectos patológicos directos de las sustancias químicas, la radiación y algunos agentes biológicos, como los efectos (con frecuencia indirectos) en la salud y el bienestar derivados del medio físico, psicológico, social y estético en general, comprendida la vivienda, el desarrollo urbano, el uso del terreno y el transporte*”. Ha sido también definida como “*el estudio de los factores y condiciones del medio ambiente que favorecen la ausencia de enfermedad y el aumento de*

bienestar para el hombre”²³.

La conexión entre protección de la salud y lucha contra el cambio climático en general y la contaminación atmosférica en particular ha provocado que desde varios foros médicos se haya ya propuesto que dicho fenómeno, sus efectos en la salud y el papel que les corresponde ya a la profesión médica que va más allá de la mera labor asistencial, cobrando un nuevo sentido la labor de educación a la población, forme parte de los planes de estudios de Medicina²⁴. Para la OMS el papel de los profesionales de la salud es importante como catalizadores para defender que la salud debe ser uno de los motores para establecer las políticas que lleven a mitigar las emisiones, así como para velar por el establecimiento de sistemas de información apropiados para evaluar los riesgos en la salud y las diferencias en la vulnerabilidad, predecir los efectos y estimar los costes, promoviendo programas específicos para los países en desarrollo a partir de la cooperación global²⁵.

Así, puede afirmarse que al amparo de dicho concepto se ha pasado de una de una política de medio ambiente basada en la protección del medio a una política basada en la protección de la salud humana, y ello, como vamos a ver a continuación exige, principalmente, un marco normativo adecuado que promueva la coordinación y cooperación entre las políticas públicas de protección del medio ambiente y de la salud pública ¿Existe dicho marco adecuado en nuestro sistema jurídico?

No hace falta insistir en que nuestro sistema jurídico está dotado desde hace tiempo de instrumentos legales que permiten desarrollar una política de protección del medio ambiente. Sin embargo, ¿atienden dichas normas a la coordinación o, más aún, integración de dichas políticas con la protección de la salud pública?

Si acudimos a las normas que regulan la protección del medio ambiente podemos comprobar cómo la salud queda prácticamente olvidada como criterio de desarrollo de políticas de protección. Obviamente-

23 VVAA, *Medicina preventiva y salud pública*, op. cit., p. 311.

24 DAS, A., “Climate change: A global health emergency”, *Student British Medical Journal*, vol. 17, año 2009, b2484.

25 McMICHAEL, A.J., NEIRA, M. Y HEYMANN, D.L., “World Health Assembly 2008: climate change and health”, *Lancet*, vol. 371, año 2008, pp. 1895 y 1896. Vid. también, SUNYER, J., “Promoción de la salud frente al cambio climático”, *Gaceta Sanitaria*, núm. 24 (2), año 2010, p. 102.

te, muchas de las políticas de protección del medio ambiente que recogen dichas normas supondrán necesariamente una mejor protección de la salud de las personas. Sin embargo, esto último constituirá un objetivo indirecto o, al menos, un objetivo que no aparece suficientemente explicitado en la norma.

Así, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, si bien menciona la salud humana en su propia Exposición de Motivos y recoge a lo largo de su articulado diferentes referencias a la misma, no establece una política de protección del medio ambiente en materia de contaminación atmosférica que quede integrada con las políticas de protección de la salud pública. En todo caso, la previsión que recoge su artículo 16, relativo a los planes y programas para la protección de la atmósfera y para minimizar los efectos negativos de la contaminación atmosférica, en su apartado final, y en virtud de la cual se señala que *“los citados planes y programas incorporarán las evidencias epidemiológicas y la perspectiva de protección de salud pública en las decisiones que afectan a la calidad del aire”*, supone al menos cierta integración de ambas políticas. Lo mismo puede decirse de la previsión contenida en el artículo 22 de la misma Ley cuando señala que *“La Administración General del Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, fomentarán e incentivarán, en su caso, la investigación, el desarrollo y la innovación para prevenir y reducir la contaminación atmosférica y sus efectos en las personas, el medio ambiente y demás bienes de cualquier naturaleza, prestando particular atención a promover: ... La colaboración multidisciplinar en la investigación de los aspectos relativos a la interacción entre la calidad del aire y la salud de la población”*.

Tómese en cuenta, en todo caso, que la integración de la protección del medio ambiente y la salud pública aparece siempre, en dicha Ley, en último lugar de sus disposiciones, lo que, más allá, de la mera anécdota, constituye una muestra de la importancia efectiva que la protección de la salud tiene en dicho ámbito de regulación.

Así pues, no podemos afirmar que la regulación sobre protección del medio ambiente y, más concretamente, sobre contaminación atmosférica desatienda la incidencia que ésta tiene en la salud de las personas. Sin embargo, lo que parece indiscutible es que tales normas no promueven una integración de tales políticas con las de protección de la salud pública o, más específicamente, que la protección del

medio ambiente venga en gran medida determinada por la evidencia científica que puede ofrecer la epidemiología y el estudio de los daños, no potenciales, sino efectivos del medio ambiente en la salud de las personas.

En todo caso, este vacío ha sido en parte cubierto por la ya citada Ley General de Salud Pública, la cual sí recoge ya menciones concretas al factor medioambiental como elemento que reviste sustancial importancia en la salud. La Ley define la salud pública en su artículo 1, párrafo segundo, como *“el conjunto de actividades organizadas por las Administraciones Públicas, con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en el ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales”*. Y es, precisamente, dicha transversalidad la que parece mostrarse esencial en el campo que nos ocupa.

Y ya será, concretamente, el artículo 30 el que regule la sanidad ambiental y, así, dispone que ésta tiene como funciones la identificación, la evaluación, la gestión y la comunicación de los riesgos para la salud que puedan derivarse de los condicionantes ambientales; la vigilancia de los factores ambientales de carácter físico, químico o biológico y de las situaciones ambientales que afectan o pueden afectar a la salud; así como la identificación de las políticas de cualquier sector que reducen los riesgos ambientales para la salud. Además, el mismo artículo, en su apartado 2, establece la exigencia de que las Administraciones Públicas coordinen programas de programas de sanidad ambiental con las Administraciones sanitarias, para elevar el nivel de protección de la salud ante los riesgos derivados de los condicionantes ambientales.

El siguiente artículo 31 convierte al Ministerio de Sanidad, Protección Social e Igualdad, en el organismo público encargado de hacer efectiva la coordinación del Estado con las Administraciones Públicas y los organismos competentes, en el ejercicio de las actuaciones destinadas a la prevención y protección frente a riesgos ambientales para la salud. Y a tales efectos se crea por el artículo 45 el Consejo Asesor de Salud Pública como órgano colegiado de consulta y participación, adscrito al Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, en el que están representados los Departamentos de la Administración General del Estado, cuyas políticas inciden en la salud, las Comunidades Autónomas, y aquellos otros organismos y organizaciones relacionados con la salud pública que aseguren una adecuada gobernanza del sistema.

Estas previsiones se completan con lo dispuesto en el artículo 35 que viene a proclamar el deber de los poderes públicos de someter a evaluación del impacto en salud, las normas, planes, programas y proyectos que seleccionen por tener un impacto significativo en la salud, y ello, a través de la combinación de procedimientos, métodos y herramientas con los que puede ser analizada una norma, plan, programa o proyecto, en relación a sus potenciales efectos en la salud de la población y acerca de la distribución de los mismos.

En definitiva, la Ley General de Salud Pública hace posible afirmar, al menos en el plano estrictamente normativo, que ya existe en nuestro sistema el marco necesario que permite integrar las políticas de protección del medio ambiente con la efectiva protección de la salud pública.

Interesante es destacar, también, en relación a esta necesaria coordinación de políticas públicas, el Acuerdo de encomienda de gestión entre Ministerio de Sanidad y Consumo, Ministerio de Medio Ambiente y el Instituto de Salud Carlos III para la asistencia técnica para la elaboración del Plan Nacional de Salud y Medio Ambiente, de 24 de abril de 2007, publicado por medio de Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia de 9 de mayo de 2007.

Para concluir, debemos citar el también reciente Plan Nacional de mejora de la calidad del aire que fue aprobado por el Consejo de Ministros de 4 de noviembre de 2011. Este Plan pretende impulsar un modelo de desarrollo y bienestar sostenible, basado en la innovación y la eficiencia y que, además, mejora la calidad de la información que reciben los ciudadanos. Se pretende fortalecer la coordinación de diferentes políticas y medidas, de manera que se logren centros urbanos saludables a través de la peatonalización y fomentar las alternativas de movilidad y el uso racional del vehículo privado.

El Plan incluye noventa medidas estructuradas por áreas de actuación. Partiendo del diagnóstico de situación actual, se ha constatado que el tráfico es el elemento clave para mejorar la calidad del aire, por lo que en torno al tráfico rodado articulan muchas de ellas. Entre las principales medidas se encuentran la creación de herramientas para delimitar Zonas Urbanas de Atmósfera Protegida (ZUAP) en las ciudades con tráfico limitado en función de un nuevo sistema de etiquetado para automóviles basado en su grado de emisión de contaminantes; la renovación del par-

que automovilístico favoreciendo la adquisición de coches eléctricos o híbridos y la limitación de la velocidad máxima de circulación en la periferia de las ciudades, según franjas horarias.

El Plan pretende también promover la sensibilización ciudadana acerca de los problemas que se derivan de la contaminación creada en las ciudades por el tráfico rodado, sobre todo, en las propias escuelas. Sin embargo, el Plan no recoge medidas concretas que promuevan la lucha contra la contaminación atmosférica desde la perspectiva de la salud pública ni de la investigación epidemiológica.

Sin embargo, al margen de esta última iniciativa, no existe aún un marco jurídico que promueva de manera efectiva la integración de ambas políticas, aunque es cierto que la Ley General de Salud Pública ha supuesto un avance importante en la materia. En todo caso, habrá que esperar al desarrollo efectivo de esta pretensión integradora que preside dicha Ley al amparo de la protección de la salud.

4. EL PRINCIPIO DE INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD AMBIENTAL

Uno de los elementos esenciales para desarrollar una política de salud pública en general y de salud ambiental en particular viene constituido por el principio de información. A este respecto, resulta evidente que unos de los elementos esenciales de las políticas públicas de salud ambiental viene constituido por la colaboración de los ciudadanos, sobre todo, en la adaptación de sus conductas y actividades en función de los riesgos ambientales para la salud que se establezcan con carácter general o particularmente en determinados lugares y tiempos. Así pues, podría afirmarse que sin información es harto difícil desarrollar una política efectiva de protección de la salud ambiental.

Nuestro ordenamiento jurídico ha atendido a dicha necesidad y así ya en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se distingue dentro de la información sanitaria entre información asistencial e información epidemiológica. La primera sería la información sobre el diagnóstico y posibilidades terapéuticas que el médico proporciona a un paciente sobre su enfermedad y aparece regulada en el artículo 4 de la Ley 41/2002.

La segunda, información epidemiológica, comprende un concepto más amplio y podría definirse como la información que debe proporcionarse a los ciudadanos –enfermos y sanos– sobre la prevención, los cuidados y hábitos de vida saludables para mantener o mejorar el estado de salud²⁶. La información epidemiológica aparece regulada en el artículo 6 de la Ley 41/2002 en los siguientes términos: “*Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley*”.

Ambas modalidades de información sanitaria pueden desarrollarse en el marco de una concreta relación médico-paciente (véase, por lo que se refiere a la epidemiológica, la actividad de salud pública que los médicos de Atención Primaria desarrollan en el ámbito de su consulta), aunque la información epidemiológica se desenvuelve con más frecuencia en un marco más amplio como es el de las relaciones Administraciones Públicas-ciudadanos (campañas públicas de salud pública, información sobre niveles de contaminación, sobre riesgos en la salud por exposición a agentes contaminantes, etc).

La información epidemiológica ha recibido atención también en la reciente Ley General de Salud Pública. Así, su artículo 3 que proclama los principios generales del nuevo modelo de salud público que promueve la Ley consagra el principio de transparencia que conecta directamente con el derecho a la información de los ciudadanos: “*f) Principio de transparencia. Las actuaciones de salud pública deberán ser transparentes. La información sobre las mismas deberá ser clara, sencilla y comprensible para el conjunto de los ciudadanos*”.

Además, el artículo 4 proclama el derecho a la información de los ciudadanos, el cual queda concretado en lo que a nuestro debate interesa en el derecho a recibir información sobre los condicionantes de salud como factores que influyen en el nivel de salud de la población y, en particular, sobre los riesgos medioambientales y climáticos relevantes para la salud de la población y sobre su impacto. Tal información, añade el mismo artículo, habrá de proporcio-

narse con carácter urgente si el riesgo es inmediato.

Interesante es también lo que dispone el artículo 11 cuando señala que las Administraciones sanitarias exigirán transparencia e imparcialidad a las organizaciones científicas y profesionales y a las personas expertas con quienes colaboren en las actuaciones de salud pública, y, a tales efectos, será pública la composición de los comités o grupos que evalúen acciones o realicen recomendaciones de salud pública, los procedimientos de selección, la declaración de intereses de los intervinientes, así como los dictámenes y documentos relevantes, salvo las limitaciones previstas por la normativa vigente.

En todo caso, este derecho a la información que se muestra esencial para promover una política efectiva de protección de la salud ambiental no ha sido aún objeto de desarrollo ni está dotado de garantías e instrumentos de defensa y tutela efectivos.

5. CONCLUSIONES

1.^a Desde finales del siglo XX existe ya una concienciación acerca de los riesgos evidentes que para la salud presenta la contaminación atmosférica y los gases contaminantes, partiendo no de meras hipótesis ni de riesgos potenciales, sino de estudios epidemiológicos que permiten determinar cuál es el riesgo sobre la salud de las personas que presenta dicha contaminación.

2.^a El avance de los estudios de salud pública y de la epidemiología ha desmontado algunos mitos sobre los escasos efectos que sobre la salud de las personas tenían la contaminación atmosférica. Entre tales mitos puede destacarse el de los coches diesel a los que tradicionalmente se les venían atribuyendo determinadas virtudes desde la perspectiva de la protección del medio ambiente y que recientemente se ha comprobado que sus efectos nocivos sobre la salud de las personas son superiores a los vehículos de gasolina.

3.^a La lucha contra los gases contaminantes desde la salud pública supone, además, un elemento sustancial de contención del gasto sanitario, en la medida que permite prevenir o mitigar enfermedades que suponen un importante coste para el sistema sanitario, como son las enfermedades cardiovasculares y las enfermedades respiratorias, con una incidencia, además, destacada en poblaciones con un alto nivel de supervivencia como son la población infantil.

²⁶ GALENDE DOMÍNGEZ, I., “Derecho a la información sanitaria”, en ROMEO CASABONA, C.M. (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, Comares, Granada, 2011 p. 544.

4.^a Existe un déficit en materia de coordinación de las políticas medio ambientales en la lucha frente a los gases contaminantes con las políticas de salud pública.

5.^a Los últimos avances normativos no superan dicha separación, aunque suponen un importante avance y, entre dichos cambios, hay que destacar la reciente Ley General de Salud Pública y la posición que la misma otorga al Ministerio de Sanidad, Igualdad y Protección Social.

6.^a Existe también un déficit en materia de transparencia e información acerca de la incidencia que tiene la contaminación atmosférica en la salud de la población, existiendo ya, al menos, una consagración normativa del derecho de información de los ciudadanos en el ámbito de la salud ambiental. En todo caso, falta por desarrollar y dotar de garantías e instrumentos de defensa y tutela efectivos a tal derecho.

LA ASISTENCIA SANITARIA EN VIAJE. EL GASTO SANITARIO Y EL TERCERO OBLIGADO AL PAGO

José Domingo Valls Lloret

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Barcelona

Este trabajo es consecuencia de un dictamen realizado a los efectos de determinar la perseguibilidad, la reclamación y el cobro de facturas emitidas por hospitales públicos respecto de ciertos servicios sanitarios prestados a ciudadanos europeos titulares de tarjeta sanitaria europea.

ÍNDICE

1. Introducción
2. El beneficiario del servicio y el tercero obligado de pago
3. El pago o cumplimiento del servicio prestado por un hospital público
4. Conclusiones
5. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

En estos momentos la crisis que afecta a Europa, y en particular a ciertos miembros de la Unión Europea, está conduciendo a muchos de éstos a situaciones económicas internas que requieren la toma de medidas económicas de ahorro y austeridad de una magnitud y severidad inimaginables hace unos pocos años. La urgencia con que las referidas medidas han debido ser tomadas, ha provocado que, en ocasiones, los órganos políticos encargados de ejecutarlas, no hayan diferenciado con suficiente nitidez y capacidad estratégica los gastos superfluos, de aquellos gastos cuya reducción inmediata comporta, como contrapartida, una reducción significativa de la calidad de los servicios.

En concreto me refiero al gasto sanitario, donde resulta sorprendente la lentitud con la que se están introduciendo instrumentos de control del desmesurado gasto público que el sistema sanitario público genera, por el mero hecho de su existencia, y con independencia de los servicios que presta, habiéndose dado la paradoja de que las distintas administraciones sanitarias, que se han visto draconianamente adelgazadas en relación con sus recursos dedicados a fines directamente asistenciales, no han actuado en

relación con su verdadero agujero negro, que no es otro que unos sistemas de gestión interna desfasados e ineficientes.

Ello ha dado pie a que ciertos síntomas, resultantes de este descontrol público, cuanto menos ya se hayan detectado, aunque no atajado. El diagnóstico parece claro y fácil, pero tomar decisiones es más difícil, o al menos lo es para todo aquello que depende del dinero público. En este trabajo me voy a referir a una situación como es la referida a los gastos generados por tratamientos sanitarios recibidos en hospitales públicos por aquellos ciudadanos europeos que siendo titulares de tarjeta sanitaria lo son también de un seguro de asistencia en viaje.

Excluimos el turismo sanitario entendido como tal, que no es mas que un fenómeno asistencial y que, salvo excepciones, no afecta a las arcas públicas. Si alguien acude expresamente a un país para tratarse de alguna enfermedad deberá hacerse cargo de los gastos resultantes de su actuación. Dentro de los países europeos ese turismo sanitario se produce en su mayoría respecto de instalaciones y hospitales privados, que no públicos. El viajar de un país a otro para ser tratado en un centro público, no es más que una picaresca que apenas se produce respecto de ciudadanos europeos aunque, quizás con mayor frecuencia, respecto de nacionales de país ajenos a la Unión europea. En este caso no se trata de turistas, sino de extranjeros que vienen a tratarse a Europa, más concretamente a España.

De lo que vamos a hablar aquí es de quién ha de pagar el gasto sanitario producido por el tratamiento recibido por un ciudadano europeo en un hospital público español, en el periodo en que está de vacaciones. Es decir en tanto que tiene el calificativo de

turista, por estar temporalmente en España y no ser residente. Que sea ciudadano europeo, por ser nacional de un país integrado en la Unión europea y por tanto es titular de una tarjeta sanitaria europea. Y, no menos importante, que sea titular de un seguro de asistencia en viaje, que incluya la cobertura de sus gastos sanitarios médicos y asistenciales.

El supuesto de hecho está perfectamente perfilado. Se trata de un supuesto que en España se da respecto de millones de ciudadanos europeos cada temporada turística.

PALABRAS CLAVE

Gasto sanitario. Pago por tercero. Tercero obligado al pago. Sanidad Pública. Tarjeta Sanitaria Europea. Asistencia sanitaria a Turistas.

2. EL BENEFICIARIO DEL SERVICIO Y EL TERCERO OBLIGADO DE PAGO.

Una muestra de lo anterior es la dejadez con la que las administraciones suelen gestionar las reclamaciones de pago a los pacientes privados de la sanidad pública y, también, la facturación a terceros obligados al pago y la reclamación a los mismos. En este sentido, las malas prácticas de gestión sanitaria han permitido una perversión del principio de gratuidad de las prestaciones, hasta el punto de generarse la falsa creencia de que en España los servicios sanitarios siempre van a cargo de los fondos públicos.

Sin embargo, semejante afirmación, aceptada por desconocimiento en la mayoría de los casos, pero elevada a categoría de dogma por intereses comerciales en muchos otros, no recoge en absoluto ni la letra ni el espíritu de la normativa española que regula quién debe hacerse cargo de los gastos y honorarios médicos y en qué casos. Así se establece en la normativa sobre la sanidad pública española, y en concreto en la Ley General de la Seguridad Social y Ley 14/1986, de 25 de abril, Ley General de Sanidad. Ésta en el apartado II de su Exposición de motivos, lo que establece, es únicamente un principio de gratuidad respecto del usuario que acredite su condición de asegurado en el sistema sanitario público: *“La Ley da respuesta al primer requerimiento constitucional aludido, reconociendo el derecho a obtener las prestaciones del sistema sanitario a todos los ciudadanos y a los extranjeros residentes en España, si bien, por razones de crisis económica que no es preciso su-*

brayar, no generaliza el derecho a obtener gratuitamente dichas prestaciones”; pero en ningún caso se establece que el gasto médico deberá ser siempre a cargo de las arcas públicas. Más bien al contrario, la misma norma, en su artículo 83 y concordantes, establece que la Sanidad Pública Española únicamente deberá asumir el pago de los gastos y honorarios derivados de las atenciones médicas prestadas a un paciente, siempre que no exista un tercero obligado al pago, es decir, que la Sanidad Pública Española únicamente debe pagar por defecto, entendiéndose obligado al pago aquel que esté obligado a cubrir los gastos asistenciales en viaje. Se trata de una determinación de quién ha de pagar y quién es el tercero obligado de pago, que si bien en la ley puede existir algún claroscuro, la jurisprudencia, como veremos, se ha encargado de determinar con exactitud.

Todo ello, sin que en ningún momento se resientan los dos principios básicos constitucionales que son la igualdad de trato de los extranjeros respecto de los nacionales ni, como ya he apuntado anteriormente, el principio de gratuidad de la sanidad española

En este sentido, cabe citar las siguientes disposiciones concretas:

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad:

Art. 83. Los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente. Los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social. En ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos clientes.

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

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso aclarar el alcance de la figura del “tercero obligado al pago”, aclaración que se halla contenida en la normativa complementaria y de desarrollo de la referida Ley general de Sanidad. No se trata de una construcción dogmática ni doctrinal, sino que la ley, lo define expresamente:

Apartado 1. 1) de la Disposición Adicional Vigésima segunda 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.

1. No tendrán la naturaleza de recursos de la Seguridad Social los que resulten de las siguientes atenciones, prestaciones o servicios:

1) Los ingresos a los que se refieren los artículos 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, procedentes de la asistencia sanitaria prestada por el Instituto Nacional de Salud, en gestión directa a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, así como en los supuestos de seguros obligatorios privados y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago.

Apartado f) de la Disposición Adicional cuarta del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

f) La reclamación del coste de los servicios prestados siempre que aparezca un tercero obligado al pago o cuando no constituyan prestaciones de la Seguridad Social artículo 83 de la Ley General de Sanidad y disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización en relación con el Anexo IX del mismo.

7. Conforme a lo señalado en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el Anexo IX.

Procederá asimismo la reclamación del importe de los servicios a los usuarios sin derecho a la asistencia de los servicios de salud, admitidos como pacientes privados, conforme a lo esta-

blecido en el artículo 16 de la Ley General de Sanidad.

Anexo IX

Conforme a lo previsto en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley general de Seguridad Social, aprobado por el real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en el artículo 2.7 del presente real decreto y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios públicos de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, incluido el transporte sanitario, la atención de urgencia, la atención especializada, la atención primaria, la prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica, las prestaciones con productos dietéticos y la rehabilitación, en los siguientes supuestos:

4.- Seguros obligatorios:

c) Seguro obligatorio de viajeros.

6.- Ciudadanos extranjeros:

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

7.- Otros obligados al pago:

c) Cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes.

Asimismo, es preciso resaltar que, en virtud de una interpretación integradora de las anteriores disposiciones, la jurisprudencia también ha establecido que debe entenderse las figuras de “tercero obligado al pago” y “tercero responsable” como equivalentes, sin que quepa interpretar el término “responsable” como el requisito de la supuesta existencia de una responsabilidad civil de un tercero como causante de la situación que ha dado lugar a la necesidad, del paciente, de recibir atenciones médicas:

SAP A Coruña (Sección 5ª) de 25 de octubre de 2001. F.J. 3º

TERCERO.- Tampoco podemos compartir la in-

interpretación que se hace en el recurso del artículo 83 de la Ley General de Sanidad que comentamos por cuanto el adjetivo «responsable» aplicado al tercero no ha de considerarse sinónimo de culpa o dolo causantes, como si la prestación sanitaria se hubiera producido como consecuencia del hecho de un tercero, en el decir de la recurrente, sino que tal calificativo ha de ser entendido como uno de los elementos de toda obligación –deuda y responsabilidad–. En efecto, el citado precepto sienta la regla general de que en todos aquellos supuestos en que exista un tercero obligado al pago, cualquiera que sea la causa de la obligación de ese tercero –contractual, extracontractual o procedente de delito– pues no se hace distinción alguna, los gastos de la prestación no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social sino precisamente por el tercero obligado al pago al que se hace referencia en el párrafo primero del precepto comentado. Por tercero hemos de entender quien ni presta ni recibe la atención médica y es por tanto ajeno a dicha relación jurídica asistencial por no ser parte en la misma de acuerdo con el artículo 1.257 del Código Civil. Para facilitar la efectividad del principio que establece la regla general se ha creído conveniente establecer, en el párrafo segundo, la acción directa pues el precepto analizado no comprende sólo supuestos que puedan ampararse en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguros o en el 117 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), sino que es más amplio y abarca casos diferentes al seguro de responsabilidad civil, cual sucede en el supuesto que nos ocupa por razón del seguro de asistencia sanitaria concertado por el asegurado, diabético, que hubo de ser atendido con carácter urgente por cuanto llegó a perder la conciencia como consecuencia de una hipoglucemia. En consecuencia todos los criterios interpretativos del artículo 3 del Título Preliminar del Código Civil –gramatical, sistemático y teleológico– nos llevan a la conclusión expuesta pues de otra manera, si seguimos la interpretación propuesta por el recurrente el precepto sería superfluo pues bastaría con el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguros o el 117 del Código Penal.

SAP Huesca Nº 145/2003, de 11 de junio. F.J. 1º

PRIMERO.- Insiste la recurrente en que deben aplicarse los precedentes de esta Audiencia para dar lugar a la íntegra estimación de la deman-

da, que procede conforme al reiterado criterio expuesto por este Tribunal en las sentencias de 7 de septiembre de 1993 (AC 1993, 1635) (en el que se trata de un caso análogo al presente, lesiones del conductor del único vehículo implicado con asistencia sanitaria cubierta por seguro voluntario privado), 19 de octubre de 1993, 28 de septiembre de 1994 [AC 1994, 1446], 31 de diciembre de 2002 [RJ 2000, 1348], 27 de febrero de 2003 [JUR 2003, 85655] y 13 de marzo de 2003 [JUR 2003, 117538]. Es de resaltar que en las tres primeras resoluciones este tribunal, como recuerda la de 31 de diciembre de 2002, sostenía sustancialmente que «los gastos de asistencia sanitaria deben correr por cuenta de la aseguradora y no de la Seguridad Social, pues la solución contraria supondría dejar vacío de contenido el seguro concertado con las aseguradoras privadas, las cuales obtendrían un enriquecimiento a costa de un tercero, al percibir la correspondiente prima o precio del contrato sin asumir a cambio ninguna contraprestación, con el consiguiente menoscabo económico de las entidades gestoras de la Seguridad Social por la asunción de siniestros que, en buena lógica, no deben soportar» (RJ 2000, 1348), siendo de resaltar que aunque la actora cuente naturalmente con sus recursos la misma como mutua patronal de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social, conforme al artículo 68 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825), carece de ánimo de lucro y, conforme al artículo 68.4, en relación con el 17 y 80.1, sus ingresos obtenidos como consecuencia de las primas de accidentes de trabajo aportadas a las mismas por los empresarios a ella asociados, así como los bienes muebles o inmuebles en que puedan invertirse dichos ingresos, forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y están afectados al cumplimiento de los fines de ésta. Y si en las tres primeras resoluciones citadas se invocaba el artículo 1158 del Código Civil (LEG 1889, 27) y se ponía de manifiesto la especialidad del riesgo cubierto por el seguro voluntario del automóvil frente a la cobertura general de la seguridad social, a partir de la sentencia de 31 de diciembre de 2002, además de invocar el citado principio o criterio de la especialidad del riesgo, venimos razonando el derecho de reembolso partiendo de la misma legislación especial, señalando que «el artículo 83 de la Ley General de Sanidad (14/1986, de 25 de abril [RCL 1986, 1316]) declara, en su párrafo primero, que no serán finan-

ciados con los ingresos de la Seguridad Social los gastos inherentes a la prestación de servicios de asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos otros, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago; y, en su párrafo segundo, que, a estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en los supuestos regulados en el párrafo primero tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados. La expresión *tercero responsable* no significa que, para dar lugar a la acción de repetición o de reembolso, deba haber una persona que haya causado las lesiones que determinen la asistencia sanitaria, sino que basta que haya un tercero obligado, como puede ser una compañía de seguros en virtud de un seguro de daños o de personas. Así resulta, decíamos en la repetida sentencia de 31 de diciembre de 2002, de una interpretación sistemática del indicado párrafo segundo del artículo 83, de acuerdo con la redacción contenida en su párrafo primero y las normas complementarias sobre la materia: apartado 6 del anexo II del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero (RCL 1995, 439) (de Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud) y disposición adicional vigésima segunda de la Ley General de la Seguridad Social (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio [RCL 1994, 1825]). Una interpretación literal de la expresión *tercero responsable* apoya la anterior tesis, pues responsable, según el diccionario, no es sólo el culpable de alguna cosa, sino también genéricamente el obligado a responder» (RJ 2000, 1348).

Este mismo criterio lo reiteramos en las sentencias ya citadas de 27 de febrero de 2003 y 13 de marzo de 2003, con lo que vinimos a coincidir con el defendido por las sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares, de 21 de enero de 1999 (AC 1999, 2818) y 17 de febrero de 2000 (AC 2001, 2426) (sección tercera), de 25 de marzo de 1999 (AC 1999, 4615) y 8 de julio de 2002 (AC 2002, 2035) (sección cuarta) y de 26 de abril de 2002 (JUR 2002, 185232) (sección quinta); así como por la sentencia de Audiencia Provincial de Gerona, sección primera, de 25 de abril de 2000 (JUR 2000, 209417) (que también invoca el principio de especialidad anteriormente aludido) y por la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña, sección quinta, de 25 de octubre de 2001 (JUR 2002, 17523), de la que ya nos hi-

cimos eco en nuestra sentencia de 27 de febrero de 2003 indicando que «la misma (JUR 2002, 17523) señala que en realidad el último párrafo del citado art. 83 de la Ley General de Sanidad (RCL 1986, 1316) no hace sino establecer una acción directa a favor de las Administraciones públicas sanitarias frente al tercero responsable del coste de los servicios prestados, de manera que el acreedor —entidad sanitaria— no ha de esperar la inactividad de su deudor —el paciente— para reclamar, en el caso que nos ocupa, de su entidad aseguradora el coste de la prestación, puesto que este costo no supone sino la indemnización a que viene obligada cuando se actualiza el riesgo objeto de cobertura por el seguro de asistencia sanitaria suscrito entre el paciente y la referida aseguradora. Añade dicha Sentencia que el adjetivo «responsable» que se emplea en el art. 83 ha de ser entendido como uno de los elementos de toda obligación —deuda y responsabilidad—, de modo que en todos aquellos supuestos en que exista un tercero obligado al pago, cualquiera que sea la causa de la obligación de ese tercero, los gastos de la prestación no se financiarán con los ingresos de la sanidad pública sino precisamente por el tercero obligado al pago, que es quien ni presta ni recibe la atención médica» (JUR 2003, 85655).

De forma que, como se dice en la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 8 de julio de 2002 (AC 2002, 2035), «de acuerdo con los anteriores preceptos cabe extraer el principio de que los servicios públicos de salud pueden reclamar las prestaciones sanitarias por ellos efectuadas de cualquier tercer obligado al pago, expresión amplia que viene a indicar que, siempre que exista una persona o entidad que legal o reglamentariamente o por virtud de contrato o, incluso, por responsabilidad extracontractual, deba asumir el pago, subsiste la facultad de reclamación, sin que sea causa legalmente excluyente que el paciente resulte ser afiliado a la Seguridad Social, pues en dichos supuestos los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financian con los ingresos de la Seguridad Social ni con los fondos comunes de los Presupuestos Generales del Estado adscritos a la sanidad, sino que resultan ser a cargo de los terceros responsables u obligados al pago, aunque dicha obligación provenga, cual es el caso de autos, de la existencia de un seguro privado. La acción de reclamación y la correspondiente obligación de pago por el tercero tiene, pues, su origen fundamental en

la Ley (RCL 1986, 1316) y seguramente su finalidad responde a la voluntad legal de no destinar fondos adscritos a la sanidad pública cuando las prestaciones sanitarias correspondientes están ya cubiertas por otros mecanismos, ya públicos o privados».

Sentado lo anterior, tenemos que la expresión tercero responsable del artículo 127.3 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aplicable tanto al Instituto Nacional de la Salud como a las Mutuas de Accidentes de Trabajo, no puede interpretarse sino del mismo modo que ya ha quedado expuesto en relación con esa misma expresión cuando es empleada en el citado artículo 83 de la Ley General de Sanidad pues ambos preceptos son complementarios y, como se decía en la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 21 de enero de 1999, tienen un contenido similar. Por ello, también en el citado artículo 127.3, la expresión tercero responsable no significa que, para dar lugar a la acción de repetición o de reembolso, deba haber una persona que haya causado las lesiones que determinen la asistencia sanitaria, sino que basta con que haya un tercero obligado al pago del coste de las prestaciones sanitarias, como puede ser una compañía de seguros en virtud de un seguro de daños o de personas en los términos antes explicados.

SAP Illes Balears N° 412/2002, de 24 de junio. F.J. 3º

TERCERO.- La parte demanda, alega, también, en su recurso de apelación la falta de legitimación tanto la activa de Insalud como la pasiva de dicha entidad demandada, por cuanto, manifiesta, que no existe contrato ni pacto o convenio, verbal o escrito, entre las partes que permita a la parte actora iniciar una actuación directa como la que ejercita en la demanda. Asimismo, alega, que el Juzgador de instancia efectúa una interpretación errónea del art. 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril (RCL 1986, 1316), General de Sanidad, en relación con el artículo 103 de la Ley de Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295 y ApNDL 12928). Añadiendo que si la sentencia de instancia se cumpliera en los términos en ella acordados se estaría en presencia de una absoluta discriminación que atenta al artículo 14 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836, ApNDL 2875).

Esta misma Sala al igual que las demás Salas Civiles de esta Audiencia Provincial de Palma de Mallorca ha dictado ya distintas resoluciones en relación con lo dispuesto en el art. 83 de la Ley General de Sanidad (RCL 1986, 1316); en ellas indicábamos que a tenor de lo dispuesto en el referido artículo los ingresos procedentes de la asistencia Sanitaria, en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuesto, asegurados o no, en que aparezca un tercer obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del servicio de salud correspondiente, los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social. En ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos pacientes. A estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el costo de los servicios prestados. Por su parte, el Real Decreto 63/1995 de 20 de enero (RCL 1995, 439), de acuerdo con lo establecido en su art. 3 y de conformidad con lo previsto en el aludido art. 83 de la Ley General de Sanidad y en la Disposición Adicional 22 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825), recoge en su Anexo II los casos en que los Servicios de Salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, en cuyo número 6 contiene una cláusula de cierre que se refiere a «otros obligados al pago» y en su apartado final a «cualquier otro supuesto que, en virtud de normas legales o reglamentarias, otros seguros públicos o privados o responsabilidad de terceros por las lesiones o enfermedades causadas a la persona asistida, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes y no con cargo a los fondos comunes de la Seguridad social o de los presupuestos Generales del Estado adscritos a la Sanidad».

De acuerdo con los anteriores preceptos cabe extraer el principio de que los servicios públicos de salud pueden reclamar las prestaciones sanitarias por ellos efectuadas de cualquier tercero obligado al pago, expresión amplia que viene a indicar que, siempre que exista una persona o entidad que legal o reglamentariamente o por virtud de contrato o, incluso, por responsabilidad extracontractual, deba asumir el pago, sub-

siste la facultad de reclamación, sin que sea causa excluyente que el paciente resulte ser afiliado a la Seguridad Social, pues en dichos supuestos los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financian con los ingresos de la Seguridad Social ni con los fondos comunes de los Presupuestos Generales del Estado adscritos a la sanidad, sino que resultan ser a cargo de los terceros responsables u obligados al pago, aunque dicha obligación provenga, cual es el caso de autos, de la existencia de un seguro privado.

La acción de reclamación y la correspondiente obligación de pago por el tercero tiene, pues, su origen fundamental en la Ley y seguramente su finalidad responde a la voluntad legal de no destinar fondos adscritos a la sanidad pública cuando las prestaciones sanitarias correspondientes están ya cubiertas por otros mecanismos, ya públicos o privados.

Es decir, nos hallamos en presencia de una obligación de origen legal, presentando como evidente «ratio legis» la voluntad del Legislador de no destinar fondos adscritos a la Sanidad Pública cuando las prestaciones correspondientes están ya cubiertas por otros mecanismos.

Es por ello que en el supuesto de autos la parte actora está legitimada activamente para ejercitar la acción base del procedimiento, al igual que la entidad demandada lo está pasivamente para que dicha acción se dirija contra ella. Sin que, por otra parte, el Juez «a quo» haya realizado una interpretación errónea del art. 83 de la Ley General de Sanidad, según pretende la parte demandada- apelante, sino, antes al contrario, una interpretación correcta de lo dispuesto en el repetido artículo 83 en relación con los artículos antes citados.

SAP Illes Balears Nº 447/2002, de 8 de julio. F.J. 2º

SEGUNDO.- Pretensión casi idéntica con el mismo demandante, aunque distinto demandado, fue analizada en la muy reciente sentencia de esta Sala de 24 de junio de 2002 (JUR 2002, 241725) que, por la similitud de lo enjuiciado, servirá de referente a la presente resolución.

Aborda dicha sentencia, lo que es núcleo central de la controversia, la alegación, ahora también aducida, de que no existe contrato ni pacto o convenio, verbal o escrito, entre las partes que

permita a la actora una acción directa contra la entidad aseguradora como la que se ejercita en la demanda, así como lo que considera recta interpretación del art. 83 de la Ley General de Sanidad, antes aludido. La aludida sentencia informa de que «esta misma Sala al igual que las demás Salas Civiles de esta Audiencia Provincial de Palma de Mallorca ha dictado ya distintas resoluciones en relación con lo dispuesto en el art. 83 de la Ley General de Sanidad; en ellas indicábamos que a tenor de lo supuesto en el referido artículo los ingresos procedentes de la asistencia Sanitaria, en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercer obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del servicio de salud correspondiente; los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social. En ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos pacientes. A estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el costo de los servicios prestados. Por su parte el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero (RCL 1995, 439), de acuerdo con lo establecido en su art. 3 y de conformidad con lo previsto en el aludido art. 83 de la Ley General de Sanidad y en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825), recoge en su Anexo II los casos en que los Servicios de Salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, cuyo número 6 contiene una cláusula de cierre que se refiere a “otros obligados al pago” y en su apartado final a “cualquier otro supuesto que, en virtud de normas legales o reglamentarias, otros seguros públicos o privados o responsabilidad de terceros por las lesiones o enfermedades causadas a la persona asistida, el importe de las atenciones o prestaciones deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes y no con cargo a los fondos comunes de la Seguridad Social o de los Presupuestos Generales del Estado adscritos a la Sanidad”.

De acuerdo con los anteriores preceptos cabe extraer el principio de que los servicios públicos de salud pueden reclamar las prestaciones sanitarias por ellos efectuadas de cualquier ter-

cer obligado al pago, expresión amplia que viene a indicar que, siempre que exista una persona o entidad que legal o reglamentariamente o por virtud de contrato o, incluso, por responsabilidad extracontractual, deba asumir el pago, subsiste la facultad de reclamación, sin que sea causa legalmente excluyente que el paciente resulte ser afiliado a la Seguridad Social, pues en dichos supuestos los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financian con los ingresos de la Seguridad Social ni con los fondos comunes de los Presupuestos Generales del Estado adscritos a la sanidad, sino que resultan ser a cargo de los terceros responsables u obligados al pago, aunque dicha obligación provenga, cual es el caso de autos, de la existencia de un seguro privado.

La acción de reclamación y la correspondiente obligación de pago por el tercero tiene, pues, su origen fundamental en la Ley y seguramente su finalidad responde a la voluntad legal de no destinar fondos adscritos a la sanidad pública cuando las prestaciones sanitarias correspondientes están ya cubiertas por otros mecanismos, ya públicos o privados».

Es por todo lo anterior que se considera a la entidad ASISA como tercero responsable, en los términos ya definidos, razón por la cual procede estimar el motivo de impugnación analizado.

No podemos olvidar que la posibilidad de reclamar el pago de facturas emitidas contra terceros obligados al pago, no es fruto de una idea novedosa surgida a la luz de la imperiosa necesidad de aplicar mejores instrumentos de gestión y control del gasto público, sino que dicha posibilidad viene recogida, en la normativa española, desde la entrada en vigor de la Ley General de Sanidad es decir, desde hace más de 25 años. No puede achacarse más que a una dejadez institucional y a la ineficacia pública el hecho de no utilizar la legalidad vigente para conseguir el cobro de estos servicios sanitarios públicos.

Así, y habida cuenta de la antigüedad del soporte legal, resulta necesario plantearse cuáles han sido las causas de que el pago del gasto médico sanitario se haya convertido en uno de los principales agujeros negros de los presupuestos de las distintas administraciones e, incluso, por qué se ha permitido que cristalizara la idea de que cualquier atención médica debía pagarse con cargo a fondos públicos. Y la principal explicación es que, durante estos años, el apa-

rato administrativo de control del gasto sanitario se ha ido convirtiendo en un monstruo burocrático, lastreado con algunos de los peores vicios e inercias que tradicionalmente se atribuyen a la administración pública, incapaz de desplegar la agilidad necesaria para desempeñar una correcta labor de facturación y de recobro.

La excusa de la gratuidad de los servicios sanitarios públicos no es más que eso, una excusa, por cuanto con la reclamación del cobro de esos servicios no se reclama al usuario (ciudadano europeo) sino que se reclama a la compañía de seguros que ha expedido, y cobrado, una póliza de asistencia en viaje que incluye los gastos sanitarios, ya sea atendido el asegurado/paciente/ciudadano europeo, en un hospital público o en uno privado. Con este criterio se estará equiparando además, el tratamiento dado al extranjero, con el que se da a un ciudadano español que tiene además de la cobertura sanitaria pública una cobertura sanitaria privada.

3. EL PAGO O CUMPLIMIENTO DEL SERVICIO PRESTADO POR UN HOSPITAL PÚBLICO

Como hemos expuesto, la normativa española sobre asistencia médica pública establece que los gastos y honorarios derivados de las atenciones médicas prestadas únicamente deben correr a cargo de fondos públicos en aquellos casos en que no exista un tercero obligado al pago. Sin embargo, hay que admitir que son pocos los casos en que, ante la atención médica prestada en España a un paciente español, existe un tercero obligado al pago.

Pero un caso completamente distinto es el las atenciones médicas en hospitales públicos o concertados a turistas.

Concretamente, el turismo añade un elemento nuevo en relación con la capacidad de la Sanidad Pública Española de continuar prestando sus servicios, y el coste de los mismos. Así, si aceptamos que España recibe anualmente millones de turistas, es razonable considerar que una parte de dichos turistas tendrán accidentes o enfermarán en España, o lo que es lo mismo, requerirán de las atenciones médicas del sistema sanitario público español. Ahora bien, si como hemos dicho, los casos en que ante la atención médica prestada en España a un paciente español, existe un tercero obligado al pago, representan un porcentaje reducido salvo cuando se trate de cober-

turas derivadas de una responsabilidad objetiva, todo lo contrario ocurre con los turistas, en su mayoría provistos de una póliza de seguro de asistencia en viaje que, entre otros, cubre los gastos derivados de las atenciones médicas de urgencias.

Normativa aplicable

La posibilidad de facturar los gastos y honorarios derivados de las atenciones médicas prestadas en España a turistas extranjeros se fundamenta, por un lado, en el principio de igualdad en el trato establecido en el Reglamento (CE) N° 883/2004 de 29 de abril, arts. 4 y 19.1, pero también ampliamente recogido en la normativa interna española, tanto estatal (Ley 14/1986, de 25 de abril, Ley General de Sanidad, arts. 1.3 y 16), como autonómica; y por otro lado por el principio de inexistencia de un eventual derecho, con carácter general, a obtener gratuitamente las prestaciones.

Reglamento (CE) N° 883/2004 de 29 de abril

Art. 4 Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento.

Art. 19 Estancia fuera del Estado miembro competente.

1. Salvo que en el apartado 2 se disponga lo contrario, la persona asegurada y los miembros de su familia que se hallen en un Estado miembro distinto del estado miembro competente tendrán derecho a las prestaciones en especie necesarias, desde un punto de vista médico, durante su estancia, tomando en consideración la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia. La institución del lugar de estancia facilitará las prestaciones por cuenta de la institución competente, según las disposiciones de la legislación del lugar de estancia, como si los interesados estuvieran asegurados en virtud de dicha legislación.

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad:

Art. 1.3 Los extranjeros no residentes en España así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal derecho en la forma

que las leyes y convenios internacionales establezcan.

Art. 16 Las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos. En consecuencia, los usuarios sin derecho a la asistencia de los Servicios de Salud, así como los previstos en el artículo 80, podrán acceder a los servicios sanitarios con la consideración de pacientes privados, de acuerdo con los siguientes criterios.

Así, el principio de igualdad en el trato viene definido como el derecho de cualquier extranjero, a ser atendido por la Sanidad Pública Española en régimen de igualdad ante la Ley respecto de cualquier ciudadano español. Es decir, que del mismo modo que ocurre con los ciudadanos españoles, la sanidad pública podrá reclamar el pago de los gastos y honorarios médicos de un paciente extranjero, a un tercero obligado, legalmente o contractualmente, al pago, siempre que exista.

Por otro lado, y en relación con los turistas que deben recibir atenciones en hospitales públicos o concertados españoles, es preciso diferenciar entre los turistas no amparados por la Tarjeta Sanitaria Europea (TSE) y los que sí están amparados por la misma (procedentes de países de la UE, Espacio Económico Europeo y Suiza).

El supuesto de los turistas procedentes de países no pertenecientes a la Unión Europea y ajenos a la existencia de una TSE no reviste mayor dificultad, por cuanto, sin perjuicio de los convenios bilaterales que puedan existir, a los ojos de la Sanidad Pública Española se trata de pacientes privados de la sanidad pública y, en consecuencia y de no estar cubiertos por ninguna póliza privada de asistencia médica, deben hacerse cargo personalmente de los gastos por los cuidados recibidos. Deberán sufragarse ellos mismos los gastos derivados del tratamiento recibido.

Tampoco ofrece dificultad interpretativa alguna el supuesto de los turistas amparados por la TSE, si bien es cierto que desde determinadas instancias se ha defendido, creo que interesadamente, una interpretación errónea de la normativa aplicable. Así, el amparo de la Tarjeta Sanitaria Europea garantiza a sus titulares y beneficiarios que, del mismo modo que ocurre con los pacientes españoles que aportan su tarjeta sanitaria individual, no deberán hacerse cargo de

los gastos en que incurran por haber sido atendidos por la Sanidad Pública Española. Sin embargo, como ya hemos expuesto con anterioridad, al amparo del principio de igualdad en el trato recogido en las disposiciones anteriormente citadas, a estos pacientes también les es de aplicación el anteriormente citado art. 83 de la Ley General de Sanidad y concordantes, en virtud de los cuales la Sanidad Pública Española se reserva la facultad de reclamar el pago de los gastos a un tercero obligado al pago siempre que exista, del mismo modo que ocurre con los españoles.

Lo que ocurre es que, a diferencia de los pacientes españoles, que normalmente no circulan por España con seguros de viaje, los pacientes amparados por la TSE sí que en la mayoría de los casos cuentan con una póliza privada de seguro de viaje que cubre las atenciones médicas de urgencias. Así, no hay discriminación alguna porque precisamente, aplicándoseles la misma Ley a unos y otros, al existir tercero obligado al pago en el caso de los turistas, y salvaguardando expresamente la gratuidad de los servicios respecto del beneficiario directo de los mismos, en el caso de la mayoría de los turistas amparados por la TSE, sí que procede reclamar a dicho tercero, el pago de los servicios prestados al turista, ya que éste es a la vez, paciente de la Sanidad Pública Española y cliente de una compañía de seguros.

Sin embargo, y como hemos manifestado con anterioridad, desde determinadas instancias, y de forma interesada, se ha promovido una interpretación tónica y equivocada de la normativa en virtud de la cual, supuestamente, siempre que un paciente aporte su TSE, los gastos en que incurra deberán ser asumidos por la Sanidad Pública Española. Desgraciadamente, dicha interpretación errónea acerca de la operativa de la TSE, constituye el fundamento de prácticas pícaras por parte de determinadas compañías que, cuando consideran que los gastos que deben cubrir exceden de lo que están dispuestas a asumir, invocan la TSE con la pretensión de que con la exhibición de la misma, los gastos médicos pasen a ser de cargo exclusivamente de la Sanidad Pública Española.

Pero como ya se ha dicho, dichas prácticas se fundamentan en una interpretación equivocada del art. 83 de la Ley General de Sanidad ya que, la exhibición de la TSE o Certificado Provisional Sustitutorio en tiempo y forma (es decir, el documento original exhibido por el propio paciente durante el período de ingreso del mismo, tal y como establece la normativa de las distintas Comunidades Autónomas) sí que es cierto que garantiza la gratuidad del servicio respec-

to del paciente, pero ello no obsta a que los gastos que se hayan devengado, puedan ser reclamados a las compañías aseguradoras o, en su caso, de asistencia en su condición de terceros obligados al pago. Así, las prácticas antes mencionadas, son aparentemente fraudulentas hacia el propio asegurado, por cuanto éste por un lado, paga unas prestaciones con la finalidad que la compañía se haga cargo de unos gastos, y por otro lado, la compañía intenta cargar dichos gastos a la sanidad pública, lo que ha sido calificado, por la jurisprudencia como “enriquecimiento a costa de un tercero”. O, lo que es lo mismo, nos hallamos ante la categoría del enriquecimiento injusto, que combinado con el fraude de ley que supone una interpretación meramente formalista de la norma sanitaria y su combinación con los preceptos constitucionales, supone dejar vacía de contenido la básica obligación de pagar por los servicios obtenidos, sobre todo cuando este derecho deriva de un contrato de seguro en el que expresamente se contempla esta obligación para el asegurador, que recibe una contraprestación económica por la contratación de dicho seguro. Lo contrario supondría vaciar de contenido el contrato de seguro concertado con las aseguradoras, las cuales obtendrían un enriquecimiento a costa del estado español, al percibir el precio del contrato sin asumir a cambio ninguna contraprestación, con el consiguiente menoscabo económico de los hospitales públicos por la asunción de un coste que, en buena lógica, no deben soportar.

SAP Huesca N° 30/202, de 31 de diciembre. F.J. 1º

PRIMERO.- Con arreglo a los hechos declarados probados en la sentencia apelada, entre marzo y diciembre de 1997, cuatro personas fueron atendidas en el servicio de urgencias del hospital San Jorge de Huesca a consecuencia de accidentes sufridos mientras practicaban actividades deportivas organizadas por el PATRONATO MUNICIPAL DE DEPORTES, el cual tenía concertada una póliza de seguro de accidentes con la demandada que cubría los gastos sanitarios de los participantes. La demandada sigue insistiendo en que no está obligada al pago de la asistencia sanitaria prestada a los lesionados porque eran beneficiarios de la Seguridad Social.

Sin embargo, los precedentes sentados por la Sala en sus sentencias de 7-IX-1993 (AC 1993, 1635), 19-X-1993 (número 272) y 28-IX-1994 (AC 1994, 1446) con relación a un supuesto análogo al que aquí es objeto de debate, esto es, la concurrencia de un seguro privado de personas

y la cobertura general prestada por la Seguridad Social a sus beneficiarios, nos deben llevar a sostener un criterio distinto del defendido por la apelante. Allí dijimos que los gastos de asistencia sanitaria deben correr por cuenta de la aseguradora y no de la Seguridad Social, pues la solución contraria supondría dejar vacío de contenido el seguro de accidentes concertado con las aseguradoras privadas, las cuales obtendrían un enriquecimiento a costa de un tercero, al percibir la correspondiente prima o precio del contrato sin asumir a cambio ninguna contraprestación, con el consiguiente menoscabo económico de las entidades gestoras de la Seguridad Social por la asunción de siniestros que, en buena lógica, no deben soportar.

Por otro lado, la legislación especial sobre este tema reconoce el derecho de reembolso aquí planteado. El artículo 83 de la Ley General de Sanidad (14/1986, de 25 de abril [RCL 1986, 1316]) declara, en su párrafo primero, que no serán financiados con los ingresos de la Seguridad Social los gastos inherentes a la prestación de servicios de asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos otros, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago; y, en su párrafo segundo, que, a estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en los supuestos regulados en el párrafo primero tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados. La expresión tercero responsable no significa que, para dar lugar a la acción de repetición o de reembolso, deba haber una persona que haya causado las lesiones que determinen la asistencia sanitaria, sino que basta que haya un tercero obligado, como puede ser una compañía de seguros en virtud de un seguro de daños (como el de responsabilidad civil) o de personas (como el de accidente que nos ocupa). Así resulta de una interpretación sistemática del indicado párrafo segundo del artículo 83, de acuerdo con la redacción contenida en su párrafo primero y las normas complementarias sobre la materia: apartado 6 del anexo II del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero (RCL 1995, 439) (de Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud) y punto 19 de la disposición adicional vigésima segunda de la Ley General de la Seguridad Social (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio [RCL 1994, 1825]). Una interpre-

tación literal de la expresión tercero responsable apoya la anterior tesis, pues responsable, según el diccionario, no es sólo el culpable de alguna cosa, sino también genéricamente el obligado a responder; en este caso, la demandada en virtud de la póliza suscrita con el PATRONATO MUNICIPAL DE DEPORTES. Por tanto, nos parece acertada la interpretación defendida por la juzgadora instancia.

Sobre la base de todo lo expuesto, procede desestimar el recurso.

4. CONCLUSIONES

La prestación, por la Sanidad Pública Española de atenciones médicas a pacientes extranjeros se rige por el principio de igualdad en el trato establecido en el Reglamento (CE) N° 883/2004 de 29 de abril y por la Ley 14/1986, de 25 de abril (Ley General de Sanidad). Dicho principio, se configura como el derecho, de todo paciente de ser tratado, ante la ley española de igual modo a como se trata a un ciudadano español.

Por otro lado, el carácter universal de la asistencia médica pública española viene configurado como el derecho, de todo asegurado en el sistema sanitario público español, o extranjero que aporte en tiempo y forma la TSE, a recibir atención médica sin que dicho paciente deba pagar los gastos y honorarios derivados de dicha atención. Por el contrario, el paciente extranjero no amparado por la TSE, tendrá la consideración de paciente privado de la sanidad pública, y sí que deberá pagar los gastos a menos que tenga una póliza de seguro privado que lo cubra.

Sin embargo, lo manifestado en el párrafo anterior no significa, en absoluto, el pago de los referidos gastos y honorarios deba correr siempre, a cargo de las arcas públicas españolas. En este sentido, el artículo 83 de la L14/1986, de 25 de abril (Ley General de Sanidad) establece que el sistema sanitario español tiene la facultad de reclamar el pago de los referidos gastos y honorarios a los terceros obligados al pago, siempre que éstos existan, resultando que el pago de los gastos únicamente deberá ser asumido por el sistema sanitario público español, en aquellos supuestos en que concurra la doble circunstancia de haber acreditado correctamente la condición de asegurado público y de no existir ningún tercero obligado al pago.

Así, el hecho de que los terceros obligados al pago no se hagan cargo del pago de los honorarios médicos que les correspondiere por disposición legal o contractual, comportaría en la práctica, dejar vacíos de contenido los seguros de viaje concertados, a pesar de que el cliente, por desconocimiento, continuaría pagando la prima o precio del contrato sin recibir a cambio ninguna contraprestación real.

Sin perjuicio de lo anterior, en la relación jurídica que se establece entre la sanidad pública y el paciente, la sanidad pública no puede ser nunca “tercero”, posición jurídica que, tal como recoge la anteriormente citada SAP de A Coruña de 25 de octubre de 2001 en su Fundamento jurídico 3º sí ocupa, respecto de la sanidad pública, la compañía de seguros, que está obligada, en virtud de un contrato existente con su cliente, al pago de los gastos derivados de las atenciones recibidas por su cliente.

Por último, hay que añadir que la presentación de la TSE o CPS originales debe efectuarse, por parte del titular o persona expresamente autorizada, en el momento del ingreso o durante el desarrollo del mismo, pero siempre antes de que el paciente abandone el hospital; y ello por la razón de que antes de que el paciente reciba el alta, el sistema sanitario público español debe tener la certeza de si el pago de los gastos deberá ser asumido por el propio sistema sanitario público, si existe algún tercero obligado al pago, o si los gastos y honorarios deberán ser facturados directamente al paciente.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II. Las Relaciones Obligatorias. Díez Picazo, L. 6ª ed. Ed. Civitas. ISBN 9788447029440.
- Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial IV. Las Particulares Relaciones Obligatorias. Díez Picazo, L. 1ª ed. Ed. Civitas. ISBN 9788447035243.
- Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial V. Responsabilidad Civil Extracontractual. Díez Picazo, L. 1º ed. Ed. Civitas. ISBN 9788447035717.
- El Pago del Tercero. Hernández Moreno, A. 1ª ed. Ed. Bosch. ISBN 978-84-7162-907-4.

POLÍTICA ECONÓMICA DE RECURSOS HUMANOS

María Teresa Rojas Pomar

Abogada y socia constituyente de la Asociación Juristas de la Salud

A la memoria de Don José María Ardévol Vidiella (1927–1992) Gerente del Instituto Catalán de la Salud, ingeniero industrial de formación, que sentó las bases de la sanidad catalana de la transición. Trabajar en su equipo se convertía en un privilegio, su estilo era una lección de planificación, ejecución y valoración, siempre con una comunicación desde la vertiente más humana. Con mi grato recuerdo y gratitud.

ÍNDICE

1. Introducción
2. Análisis y propuestas
 - 2.1 Absentismo
 - 2.2 Conflictividad laboral
 - 2.3 Gastos en material
 - 2.4 Formación
 - 2.5 Interinidades
 - 2.6 Jornada
 - 2.7 Móviles administrativos al servicio del funcionario
 - 2.8 Motivación
 - 2.9 Plantilla
 - 2.10 Régimen jurídico del personal del servicio público
 - 2.11 Selección de personal
 - 2.12 Silencio administrativo
3. Referencias legales
4. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La crisis financiera internacional y sus consecuencias en España han llevado al Gobierno a adoptar medidas para reforzar la capacidad de respuesta de la economía española. Estas se han traducido en una reforma laboral firme y en unas medidas de contención del gasto público relacionadas con los servidores públicos.

El sector financiero también ha reaccionado ante la crisis, donde comprobamos las fusiones que buscando la supervivencia de las empresas, generan cierres de oficinas duplicadas con los consiguientes expedientes de regulación de empleo que conducen al paro a trabajadores jóvenes y bien formados, así como las prejubilaciones de personal menor de sesenta años.

Igualmente en el campo de la industria comprobamos como empresas de raíz territorial se deslocalizan a países, donde podrán producir con menos costes de personal. Los efectos son, mas expedientes de regulación de empleo y el incremento de la lista del INEM con personal, muchas veces de difícil recolocación.

Dentro del sector público no se trata de diseñar proceso alguno de minoración de la plantilla similar a los casos anteriores, pero sí que como personal al servicio de la sociedad no pueden permanecer indiferentes a la dura realidad económica actual.

Partiendo de la base tranquilizadora que un empleado público no estará en la lista del INEM como demandante de nueva ocupación, lo sí les atañe es conseguir la máxima productividad a su tarea, como medida de responsabilidad social, que pueda influir en la reactivación de la economía, la actividad empresarial privada y por lo tanto, colaborar en superar la crisis económica en la cual estamos todos inmersos.

Los pasos que los Gobiernos Central y Autonómicos han emprendido en este sentido han sido rebajas de sueldo asumibles y la retirada de ventajas que desde la sociedad se percibían como privilegios del funcionario, tales como la acción social, vales restaurante, aportaciones a planes de pensiones o otras de similar importancia.

En consecuencia, para incrementar la productividad, el valor añadido de cada trámite y la contención del gasto superfluo o innecesario, proponemos algunas medidas, que entre otras podrían disminuir el gasto público en un nivel considerable.

2. ANÁLISIS Y PROPUESTAS

Seguidamente se proponen las doce siguientes medidas innovadoras dentro del sector público, que con el objetivo de ajustar el presupuesto en materia de recursos humanos, también pretenden reflexionar sobre el actual sistema de abordarlos.

2.1 Absentismo

Además del absentismo laboral físico, perceptible y fácil de controlar, el mundo digital ha creado el absentismo virtual del uso privado de la red en horas de trabajo, no perceptible y de más difícil control. La falta de regulación del control del correo electrónico e Internet por las empresas, y la escasa jurisprudencia no unánime ni consolidada marca un problema nuevo que pide analizarse y solucionarse.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007, dictada en unificación de doctrina fue pionera en distinguir entre los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Por primera vez se encuñó el concepto de expectativa de privacidad del trabajador y estableció que el procedimiento para la revisión de los correos electrónicos no era el mismo que el de control de las taquillas individuales. Posteriormente, una sentencia de 6 de octubre de 2011 del mismo Tribunal descartó esta expectativa de privacidad cuando existe una prohibición expresa y absoluta de la empresa a utilizar sus medios para fines particulares, señalando solo que la tolerancia puede crear esta expectativa de confidencialidad. De forma que podría tipificarse como un hábito frecuente de dejar de trabajar sin justificación seria.

Artículo 54.5 EBEP, Artículo 19.b.EM

2.2 Conflictividad laboral

La institución, dentro de las diversas unidades administrativas, debería medir y comparar el índice de conflictividad en función del número de la plantilla con el número de reclamaciones y de recursos administrativos o judiciales.

Un alto índice de conflictividad tendría que alertar acerca de la forma de gestionar los recursos humanos, del mismo modo que un alto índice de infecciones en medicina alertarían sobre la posible presencia de elementos infecciosos en el ambiente.

Los elementos más determinantes de la paz laboral, son la aplicación rigurosa de la legalidad, la publicidad, la transparencia en la gestión, la respues-

ta en tiempo y forma a cualquier petición, así como la política sistemática de comunicación eficaz. Por el contrario, los elementos determinantes de la conflictividad serían la gestión arbitraria, opaca, no responder las peticiones recibidas, dejar aplicar el silencio administrativo negativo y una política sistemática de incomunicación que crea inseguridad y de pie al rumor.

Dejando aparte del mal ambiente que genera, la conflictividad resulta cara, precisa de un equipo de personal dedicado al trato judicial de procesos contenciosos que la mala gestión y el silencio ofrecen, además precisa una dotación presupuestaria para pagar los costes e indemnizaciones que las sentencias condenatorias conllevan. O sea, la mala gestión crea malestar, aumenta el trabajo, incrementa la plantilla y crea nuevos gastos adicionales.

En este sentido, la dirección de recursos humanos debería ser valorada periódicamente para comprobar su orientación y compararla con las restantes direcciones de similares condiciones. Una gestión no resolutoria, a base de silencio administrativo, tendría que ser reorientada hacia la resolución responsable. El silencio administrativo actúa como un virus, por ello corresponde disponer de una buena dosis de antibióticos.

Lógico es disponer del equipo de personal imprescindible para abordar los procesos de disconformidad, de la misma forma que sería lógico en otro ámbito de disponer de un equipo de bomberos para ahogar a tiempo un incendio; pero otra cosa distinta sería precisar de un equipo de personal para atender las consecuencias de una gestión en recursos humanos negligente, como otra distinta sería precisar de un equipo de bomberos para atender actitudes pirómanas generalizadas. La medicina preventiva también ofrece un símil aplicable a todos estos ambientes de vital importancia.

Artículo 1.1.f, h.i EBEP, Artículo 19.b.d.h. EM, Artículos 41, 42, 43, 44 Ley 30/92.

2.3 Gastos en material

Para fomentar el menor gasto ordinario, se podría diseñar un sistema de iniciativas y sugerencias tendentes al ahorro en pequeños gastos, como fotocopias, material fungible o nuevas técnicas de reciclaje. Enfocándolo como un programa de fomento de la innovación y la investigación de aquellos gastos prescindibles que por inercia se siguen produciendo.

Obviamente, para incentivar esta política, tendría que acompañarse de un incentivo económico para la persona que la haya propuesto. Incentivo que podría fijarse en función del ahorro conseguido en un determinado tiempo.

Artículo 54.5 EBEP, Artículo 19.K EM

2.4 Formación

El reciclaje del personal es indispensable para mantener el nivel de conocimientos que la institución precisa. Los cursos tanto resultan provechosos para la institución como para el empleado que le servirán para futuras promociones. Por lo tanto, correspondería que fueran costeados por ambas partes.

Disponer de una unidad de formación con profesionales únicamente dedicados a la organización de cursos, tramitación de becas o ayudas a estudio, es como tener una escuela propia dentro del sistema. Puede conllevar un gasto mayor que el beneficio que se propone. Sería prudente calcular el coste económico y valorar el rendimiento efectivo.

Una medida sería fomentar la figura del mentor, el reciclaje con profesores internos, como una función de traspaso de conocimientos y experiencia. Los temas docentes tendrían que ser los indispensables del día a día o de cómo abordar nuevos retos. Así, evitar cursos de temas cercanos, filosóficos o inconcretos, con aplicación dudosa que encarecen el gasto en formación,

Si el coste se repartiera entre institución y empleado, éste se concienciaría del coste de la formación, dando por sentado que reciclarse es deber de cada profesional y se evitaría la sensación que ir a cursos o a un congreso es un premio. La formación ha de responder a una necesidad y generar una mejora.

Además de la implicación económica del profesional con la formación recibida y subvencionada, también correspondería pedir un esfuerzo intelectual en presentar una comunicación en un congreso, hacer un trabajo resumen posterior a un curso, poner a disposición de los empujados que no hayan asistido de los apuntes o impartir una sesión divulgativa para los no asistentes, es decir, dar mayor rendibilidad a la formación subvencionada recibida.

Artículos 54.8 y 14.g EBEP
Artículos 17.1.c y 19.c EM

2.5 Interinidades

La plantilla óptima sería la formada por el 100% de profesionales que bajo el principio de mérito y capacidad hubieren superado pruebas de acceso al puesto de trabajo que ocupasen. No obstante, la realidad es que la falta de concursos en la provisión de puestos de trabajo genere una necesidad que se soluciona con la figura del interino que presta servicios transitoriamente y ocupa puestos de trabajos reservados a funcionarios de carrera o estatutarios fijos.

La realidad es que el porcentaje de interinidades sea alto, que suponga una plantilla paralela a la de puestos de trabajo ocupados definitivamente y que la duración sea dilatada, llegando a cumplir trienios de antigüedad, sin alcanzar una plaza propia, sea por falta de convocatorias, o por no presentarse a la convocadas, no ganarlas ni ser cesado en el momento de tomar posesión el nuevo titular.

Si en un momento dado, es preciso cesar un interino, sea por dejar de precisar sus servicios, sea por incorporación del titular, se plantea el dilema de identificar al interino a cesar. El criterio, evidentemente ha de ser objetivo y conocido anticipadamente, para fomentar la transparencia y el buen hacer. Para ello coexisten diversos criterios en instrucciones internas ministeriales, autonómicas o locales, tales como orientarse hacia la eficacia o hacia el interino más moderno. Pero algunas sentencias han ido en dirección a cesar el interino más antiguo, argumentando que se evita la perpetuación o prolongamiento excesivo de una situación en principio transitoria, a pesar que pueda tratarse de una persona muy capaz, pero que no ha acreditado suficientemente en un concurso público ser el más capaz de todos los candidatos.

Recogiendo el criterio anterior, y desde la óptica economicista, deducimos que este criterio sería el más ahorrador, puesto que cesaría a quién ya percibe trienios e incentivaría el interés en obtener plaza vía concurso, de modo que la plantilla de interinos sería mínima. También tener en cuenta que el interino con más de seis años de servicio, al cotizar por la contingencia de paro, tendría derecho al subsidio de desempleo durante dos años, tiempo para asumir una mayor preparación profesional con la experiencia que atesora.

Artículo 10.EBEP
Artículo 8 EM

2.6 Jornada

Las nuevas tecnologías han supuesto una mayor eficacia y eficiencia en los procesos, sin que ello haya comportado la disminución inversamente proporcional de la plantilla, que sigue siendo la misma o superior de la época que se trabajaba con máquina de escribir y papel de calco.

Para adecuarnos a la rapidez en la gestión que el mundo digital nos brinda, propondríamos una disminución de la jornada con disminución proporcional de retribuciones.

Podríamos pasar de una jornada ordinaria de 37,50 horas semanales a una jornada de 30 horas, trabajando durante cinco días una jornada de 6 horas. Supondría hacer el mismo trabajo con menor tiempo y disminución en un 20 % de gasto en retribuciones.

La disminución del 20 % de la jornada respondería a la petición facilitar la conciliación familiar y quizá, un pequeño ahorro personal en gastos domésticos de ayuda por el cuidado de hijos.

Esta disminución de la jornada en un 20 % podría ser solo obligatoria para el personal menor de 45 años que es quien tiene la necesidad anterior, y a la vez podría ser voluntaria para el personal mayor de 45 años, ya que por un lado no suelen tener ya las necesidades de conciliación familiar y por otro lado precisar cotizar las bases máximas de cara a la pensión de jubilación, que con la nueva ley el computo de las bases para calcular la cuantía de la pensión se alarga hasta los 20 últimos años de cotización y vida laboral.

El retorno a la jornada del 100 %, pasando previamente por la del 90 %, podrían ser decisiones futuras condicionadas a la disminución de la plantilla, en base a los criterios señalados en la propuesta novena del presente estudio.

Artículos 14.j y 47 EBEP

Artículos 12 y 46 y siguientes EM

2.7 Móviles administrativos al servicio del funcionario

Las nuevas tecnologías se han instalad tanto en la vida privada como en la profesional y han comportado la no siempre real necesidad de sentirse permanentemente conectados. Fruto de esta costumbre actual, son muchas las unidades administrativas que suministran un móvil pagado con dinero público a

sus funcionarios para despachar temas en cualquier momento. Salvo casos muy específicos, como emergencias médicas, seguridad u otros casos de vital urgencia que no puedan esperar, resulta innecesario establecer unas conversaciones en horario no oficial para hablar de procedimientos administrativos u otros temas que puedan esperar el horario oficial de despacho. Lo que se precisa es una planificación administrativa, cumpliendo plazos, previendo futuros tramites y no dejar a la improvisación en el último momento o actuar en base a hechos consumados como desgraciadamente se da.

Los altos cargos que efectivamente han de estar localizables y fuera justificado disponer de un teléfono móvil, éste aparato se lo tendría que costear personalmente puesto que también sus retribuciones de alto cargo con suficientemente altas como para permitirse los gastos personales que el cargo supone.

El ahorro por el concepto de teléfonos móviles a funcionarios de alto o medio nivel para conversaciones públicas innecesarias y usados también para conversaciones privadas, podría ser un ahorro que se tendría que reconsiderar.

Artículo 54.5 EBEP

Artículo 19.b EM

2.8 Motivación

Los profesionales motivados son los que por su personalidad intrínseca mantienen una actitud positiva hacia la innovación y hacia los retos de futuro, influyendo favorablemente en el rendimiento laboral global. Por el contrario, los profesionales desmotivados presentan actitudes negativas que descarrilan proyectos y bajan en rendimiento laboral del conjunto.

Toda política de personal se ha de dirigir en el sentido de no perder el potencial humano de los primeros y a reconducir la actitud de los segundos. Si la dirección de recursos humanos es rigurosa en la aplicación del derecho, favorecerá el mérito, pero si ésta es arbitraria desmotivará a los primeros y dará la razón a los segundos.

Hay instituciones que hablan mucho de motivación, incluso gastan dinero público en cursos de motivación, pero a la vez adoptan una política de personal desmotivadora, promocionando a personas de pocos méritos para mal ejemplo de los profesionales de mejor mérito.

Lo que procede es ahorrar dinero público en cursos de escasa utilidad y no desmotivar para no malversar talento disponible, a la vez que lo que corresponde es pedir responsabilidades a los pasivos.

Artículo 14.e EBEP

Artículo 19.e EM

2.9 Plantilla

Disponer de la plantilla ideal es igual a conocer las estrictas funciones encargadas, saber el perfil del profesional para cada uno de los puestos de trabajo, tener estos puestos de trabajo imprescindibles y ocupados por profesionales que teniendo las competencias necesarias hayan superado el proceso de selección legal. Es decir, funciones concretas, perfil profesional, puesto de trabajo y profesionales competentes.

Este ideal resta alejado de la realidad por diversos motivos. El primero es que las funciones no siempre restan definidas, puesto que la asunción de nuevas funciones no siempre viene acompañada de dejar las funciones obsoletas. En segundo lugar, no siempre se actualiza el catálogo de puestos de trabajo adaptándolo a las nuevas necesidades, ya diferentes de cuando se crearon estos puestos. En tercer lugar, no suelen haber los puestos imprescindibles, sino algunos más, a veces contradictorios y descoordinados. Y finalmente, lo que aún es más difícil tener una plantilla totalmente ocupada por personal seleccionado por medio del procedimiento legítimo, especialmente los cargos mediante el concurso de méritos correspondiente.

Lamentablemente es habitual la existencia de cargos creados al margen de la legalidad, pensados para personas concretas o cargos oficiales ocupados en funciones durante largos años o por la vía de hechos consumados.

La reestructuración de la plantilla es posible, aun que no exenta de dificultades, pero corresponde el reto. Una posibilidad sería partiendo de una inspección similar a una auditoría externa que diagnostique funciones, puestos de trabajo y profesionales, señalando como regularizar.

Para conseguir una buena optimización de recursos propios, esta auditoría iría a cargo de medios propios y no se encomendaría a una empresa externa, ya que en la actual situación económica no procede pagar informes externos a precios privados.

Para asegurar que la inspección – auditoría fuera neutral, iría a cargo de personal técnico de otros ministerios o departamentos, como podrían ser técnicos de Función Pública, de Economía y Hacienda o Trabajo. Podrían constituir unas juntas de evaluación sistemáticas y ejecutivas en todos los servicios públicos, ministerios, departamentos, entes públicos o centros de salud.

Además de la tendencia continuada a incrementar la plantilla, tal como hemos contemplado en los últimos años, hemos de intentar la disminución sistemática hasta conseguir la plantilla ideal para cumplir con las estrictas funciones encomendadas. Esta política de personal tendría de contar con la no cobertura de las bajas de empresa (defunción, jubilación, traslados, etc.) y ser una política de personal que cuente con la colaboración del resto de la plantilla que habrá de asumir parte de las funciones de la persona que ha causado baja.

Uno de los estímulos para lograr la anterior colaboración podría ser destinar una parte del ahorro de la nómina, a compensar con un complemento personal transitorio a las personas de la misma categoría y unidad que asumieran parte de las funciones, lo cual estimularía al personal en actuar todos en la misma dirección.

A título de ejemplo, imaginemos una unidad donde hay cuatro profesionales cobrando un promedio de 1500 € mensuales y uno de ellos causa baja de empresa. La tercera parte del ahorro (500 €) revertirían en un complemento personal transitorio de 166 € a cada uno de los tres profesionales que asumieran parte de las funciones. El complemento les representaría un incremento salarial de un 11,11 % y se podría acotar a un periodo máximo de doce meses. Podría representar una fórmula incentivadora de aumentar la productividad y disminuir la plantilla racionalmente.

Artículos 69 y 72 y siguientes EBEP

Artículos 12 y 36 EM

2.10 Régimen jurídico del personal del servicio público

El personal de la Administración Pública propiamente dicha como del Gobierno Central, Autónomo o Local mantendría su régimen funcional en los Grupos A, B y C. En cuanto a los Grupos D y E iniciaría un proceso para reconvertirlos en régimen laboral común.

El motivo es porqué los tres grupos superiores precisan efectivamente unos conocimientos consolidados y demostrables de derecho administrativo y sus plazas son susceptibles de iniciar una carrera administrativa. Por el contrario, los dos grupos inferiores no precisan conocimientos básicos de derecho administrativo porqué ejecutan tareas definidas sin margen a discrecionalidad. Un contrato laboral ofrecería una flexibilidad más adecuada que un nombramiento firmado por la autoridad administrativa,

Ciertamente, la gestión de personal en regímenes diferentes implica dificultad por la comparación sobre sus respectivos derechos y deberes que pueden diferir, pero en el caso que se apunta, la comparación no sería posible, ya que se mantendría la homogeneidad en categoría y funciones, mientras que la diferencia de regímenes se daría entre puestos de trabajo de diferente categoría, funciones, conocimientos y procesos de selección.

En cuanto al personal de los servicios de salud, la propuesta se encaminaría en generalizar el régimen estatuario a toda la plantilla en general. En el ámbito sanitario desde el titular superior al subalterno, cada uno en su justa medida ha de conocer la estructura sanitaria con sus peculiaridades, como un sector específico.

Actualmente, en los servicios de salud, conviven otros regímenes como el funcional, alta dirección o laborales. Para abordar este cambio de paradigmas establecería procesos de estatutización voluntarios y periódicos. También acordaría con Función Pública la oferta a los funcionarios que optasen en mantener su estatus, la convocatoria de concursos de traslados a puestos del mismo grupo, nivel, conocimientos y localidad, que estuviesen vacantes, con la finalidad de respetar sus derechos y compatibilizar los intereses públicos con los intereses personales legítimamente logrados. Obviamente tendría que ser una operación coordinada entre Función Pública y el resto de ministerios o departamentos que tuviesen que ofrecer sus vacantes, ocupadas o no por interinos, al personal funcionario del servicio de salud. Esta medida conllevaría ahorro, si el traslado supusiera el cese del interino de destino y siempre la amortización del puesto de origen.

Artículo 2 EBEP
Artículos 1 y 2 EM

2.11 Selección de personal

La selección de personal con criterios objetivos es indiscutible en todo concurso oposición. Pero, en cambio, el ingreso en vínculo interino, que posteriormente facilita el mérito en posteriores procesos, no garantiza totalmente esta objetividad, muchas veces por la falta de publicidad exterior, resulta que en la bolsa de trabajo para suplencias la forman candidatos familiares directos o cónyuges del personal de plantilla. Este hecho provoca la existencia de distintos núcleos familiares en centros públicos. Algunas ocasiones generan conflictos y rivalidades por la adjudicación de favores o prebendas.

Hay empresas privadas que han reaccionado y establecido la incompatibilidad entre trabajadores con vínculo familiar de primer o segundo grado. Es una garantía que evita la conflictividad interna. Es un ejemplo del sector privado que el sector podría imitar.

Artículos 53.5 y 55.2c EBEP
Artículo 29 EM

2.12 Silencio administrativo

Para reforzar el derecho del ciudadano y obtener respuesta de la Administración en tiempo y forma, es preciso pedir sistemáticamente responsabilidades a los titulares de las unidades administrativas y al personal que tenga a su cargo la resolución o el despacho de asuntos de los cuales son responsables directos.

La autoridad está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, y en caso de no hacerlo se genera una resolución ficticia por silencio administrativo. Correspondería interpretar que esta inactividad supone un incumplimiento de las funciones inherentes del puesto de trabajo y procedería pedir responsabilidades, si esta fuera la forma habitual de ejercer el cargo.

En el supuesto que la resolución por silencio administrativo fuera recurrida por la vía contenciosa y provocara una sentencia desfavorable a causa de la inactividad administrativa o por ignorancia inexcusable, con un coste económico para la Administración, ésta debería iniciar una acción de regreso y reintegrar el gasto al responsable por no haber resuelto expresamente como tenía obligación.

Son medidas que agilizarían el procedimiento, clarificarían el contenido de los asuntos a tratar, darían transparencia y seguridad en la actividad ad-

ministrativa, lo cual se traduciría en un menor coste económico y un mejor servicio.

Artículos 52, 53 y 54 EBEP

Artículo 19.b EM

Artículos 41, 42, 43 y siguientes Ley 30/92.

3. REFERENCIAS LEGALES

Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. (EBEP)

Ley 55/2003 de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. (EM)

Ley 30/92 de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. (Ley 30/92)

4. CONCLUSIONES

Las anteriores doce propuestas representan ámbitos de estudio donde se puede mejorar la rendibilidad y la transparencia de la actividad pública, advirtiendo de las medidas que se adoptarían en caso de incumplir las obligaciones los responsables públicos.

Su esencia se inspira, en parte en el anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, actualmente en trámite de aprobación.

A primera vista pueden ser juzgadas como rigurosas, pero lo que pretenden es racionalizar las estructuras administrativas, dejando atrás el actual laberinto; consolidar un control en el gasto, dejando atrás su descontrol; fomentar la transparencia, dejando atrás su opacidad y advertir de las medidas con las cuales se penalizará el incumplimiento.

En resumen se pretende un cambio de paradigma en el seno de las administraciones que impulse de forma real la abertura de la Administración a la sociedad competitiva en la que todos estamos inmersos, incluidos los servidores públicos.

LA UNIVERSALIZACIÓN DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES SANITARIAS COMO PRESUPUESTO INDISPENSABLE PARA LA MATERIALIZACIÓN DE LA COHESIÓN SOCIAL: RETOS PENDIENTES PARA EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL EN ESPAÑA

Victoria Rodríguez-Rico Roldán

Becaria de Investigación FPU.

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Granada

ÍNDICE

1. La universalización de la asistencia sanitaria: exigencia y consecuencia de los principios de igualdad, solidaridad y dignidad de las personas.
2. Progresiva extensión del ámbito subjetivo de cobertura de la asistencia sanitaria. Desde el Seguro Obligatorio de Enfermedad hasta nuestros días.
3. La plena universalización: un reto aún pendiente para el sistema de protección social en España
4. Un paso atrás en el camino: el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones
5. Bibliografía

RESUMEN

La presente comunicación aspira a abordar la importancia de la universalización en la concepción de la asistencia sanitaria, así como su justificación técnico-jurídica a la luz de la teoría del Estado social de Derecho. La vocación de universalidad, característica intrínseca de la articulación constitucional y legal del derecho a las prestaciones sanitarias, es frecuentemente aludida como uno de los más laureados elementos de nuestro modelo de protección social, pero pocas veces se repara en sus raíces, fuertemente imbricadas en la cohesión social, cuyo análisis con-

tribuye a su vez a la valoración de las reformas que al respecto se van emprendiendo en la materia. En efecto, sólo buceando en la razón de ser de la universalización y en los valores que la inspiran, se asume una perspectiva eficaz para realizar un adecuado tratamiento político-jurídico de la cuestión.

Utilizando asimismo un enfoque histórico-evolutivo, se recorrerá la progresiva expansión del campo de aplicación subjetiva de la asistencia sanitaria, desde el Seguro Obligatorio de Enfermedad de 1942 hasta nuestros días, que evidencie el ralentizado y a la par arduo proceso llevado a cabo. Iniciado el año 2012, las únicas críticas que cabía hacer residían en diversos elementos que quedaban pendientes en la consecución de un modelo de sistema sanitario netamente universalizado, al persistir colectivos formalmente excluidos del mismo y determinados sectores con ciertas particularidades en su régimen sanitario. Sin embargo, la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, ha supuesto un marcado retroceso en el nivel subjetivo de cobertura sanitaria conseguido hasta la fecha, principalmente (aunque no es el único supuesto controvertido) con la exclusión de los inmigrantes “en situación irregular”. Los cuestionamientos constitucionales de la norma no son pocos si se tiene en cuenta que nuestra Carta Magna se refiere a “todos” y la universalización aparece reiteradamente como objetivo a alcanzar en los textos legales que desarrollan el art. 43 CE. Este Real Decreto-ley supone, pues,

un nuevo obstáculo que entorpece el camino hacia la consecución de una plena universalización del derecho a las prestaciones sanitarias.

PALABRAS CLAVE

Asistencia sanitaria, universalización, cohesión social, Real Decreto-ley 16/2012, protección social

1. LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA: EXIGENCIA Y CONSECUENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, SOLIDARIDAD Y DIGNIDAD DE LAS PERSONAS.

La universalización del campo subjetivo de cobertura es uno de los principios técnico-jurídico definidores de nuestro sistema de protección social, constituyendo la asistencia sanitaria su más preciada expresión. Ciertamente, si hoy se observa el amplio abanico de destinatarios de los servicios sanitarios, resulta satisfactorio constatar la tendencia a la consecución del “plan ideal” concebido en su día por BEVERIDGE¹.

Nuestro actual modelo garantiza formalmente atención sanitaria a todos los miembros de la sociedad, ya sean integrantes del ámbito de aplicación de la Seguridad Social o bien individuos carentes de recursos económicos para afrontar los gastos inherentes a la recuperación o mantenimiento de la salud. La importancia de tan pregonada universalización se justifica al concluir que sólo de su mano se puede alcanzar un nivel próspero de cohesión social, en tanto representa una exigencia en la cristalización del principio de solidaridad. En efecto, la participación de todos los individuos en la sociedad como reclamo de la justicia social carecería de efervescencia si los poderes públicos garantizaran las prestaciones sanitarias únicamente a los integrantes de un determinado y reducido círculo de ciudadanos o bien algunos de ellos sólo accedieran a tratamientos incompletos con respecto a los demás.

La universalización, loable conquista sin perjuicio de los importantes retos que plantea²,

aparece como una consecuencia coherente con el sustrato en el que reposa el derecho social a la protección de la salud, orientado a la equidad. Se trata de atender a los supuestos de pérdida de salud de los individuos, asumida la imposibilidad por parte de los mismos de afrontarlos desde un plano exclusivamente individual. Y, precisamente, tal propósito de satisfacción de las necesidades más esenciales de la existencia humana se ha de predicar respecto de todos los miembros de la sociedad, con espíritu integrador, pues lo contrario sería de todo punto incompatible con la actividad promocional del Estado en la efectividad de la libertad y la igualdad del artículo 9.2 CE.

En todo caso, la apuesta por la universalización no sólo se apoya en la tendencia a la cohesión social sino que, a su vez, razones de financiación conducen a ella como garantía de sostenibilidad, instituyéndose, así, la más garantista ruptura de la tradicional lógica del seguro entre aportación previa y prestación, al instalar una efectiva redistribución de los recursos³. Como oportunamente se ha puesto de manifiesto, “el aseguramiento universal es la fórmula que ensancha al máximo el colectivo de personas entre las que se distribuyen las cargas inherentes a los gastos aludidos y permite evitar todas las limitaciones que son propias del aseguramiento sanitario privado”⁴.

Si la protección pública ante supuestos de enfermedad encuentra su fundamento en la dignidad que toda persona intrínsecamente posee, resulta coherente que dicha actividad promocional se predique respecto de la totalidad de la sociedad. Ciertamente, el Estado, erigido en máxime garante de las condiciones esenciales de la vida humana, ha de ejercer esta función para todos los individuos. La estructura sociopolítica, al asentarse sobre los valores superiores que encarnan la solidaridad y la igualdad, hace viable la realización social de la dignidad humana.

sociales como desafío en WOLFGANG SARLET, I.: “Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y desafíos”, en AA.VV.: *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*, PRESNO LINERA, M. A. Y WOLFGANG SARLET, I. (editores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 58 y ss.

3 APARICIO TOVAR, J.: “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”, en AA.VV.: *Comentario a la constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a N. (Dirs.), Comares, Granada, 2002, pág. 1560.

4 PEMÁN GAVÍN, J.: “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes”, en *Revista Derecho y Salud*, núm. 2 (2001), pág. 131.

1 “El plan ideal es un servicio de salud que proporcione un tratamiento preventivo y curativo total, de todo tipo y para todos los ciudadanos sin excepciones”. BEVERIDGE, S. W.: *Seguro Social y Servicios Afines. Informe de Lord Beveridge (1942)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, pág. 272.

2 Véase el tratamiento de la universalidad de los derechos

Conviene señalar, a su vez, que la garantía del carácter universal⁵ del derecho a la asistencia sanitaria supone una exigencia concorde con el principio de solidaridad que sirve de soporte a la unión de todos los miembros de la comunidad política y que incita, pues, a su extensión superando colectivos reducidos de destinatarios. Por tanto, la asistencia sanitaria representa la prestación en la que mejor se evidencia el principio de solidaridad⁶, eje de toda política social, al contribuir los sujetos a las cargas en función de su capacidad económica y recibir prestaciones según sus necesidades de asistencia, sin referencia a cualquier otra condición personal.

Reténgase que no es la titularidad de un concreto *status* la que da derecho a la asistencia sanitaria, sino la dignidad inherente a la condición de persona. Y, precisamente, proclamar tal dignidad supone predicar de inmediato el principio de igualdad, determinante éste de la política social propia de los Estados de Bienestar en cuanto inspirador de la ciudadanía social. Sin conformarse con una mera enunciación teórica de la justicia, el Estado social promueve la consecución de la misma mediante la garantía de la igualdad. No basta, pues, la proclamación del acceso de todos los individuos, sino que tal acceso ha de ser adjetivado como igualitario, es decir, ha de dispensarse a los miembros de la población igual protección. Sólo de esta manera se puede predicar una efectiva igualdad material como modeladora de la homogeneidad social a la que aludía HELLER en cuanto presupuesto de la democracia.

Como consecuencia del principio de igualdad, las prestaciones sanitarias son dispensadas con el único techo de las posibilidades técnicas alcanzadas en la sociedad. La protección contra la enfermedad no puede limitarse a los integrantes de determinados sectores sociales. Antes al contrario, se ha de garantizar a los ciudadanos un acceso en condiciones de igualdad a las prestaciones sanitarias. Si a todos compete la financiación del sistema sanitario, resulta coherente que todos queden integrados en el ámbito subjetivo de cobertura, conectando fielmente la noción de “contribuyentes”

5 Téngase presente que universalidad no equivale a gratuidad, tal y como se desprende de la matización contenida en la Exposición de Motivos de la Ley General de Sanidad, según la cual, el texto legal “no generaliza el derecho a obtener gratuitamente dichas prestaciones sino que programa su aplicación paulatina”.

6 No en vano, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ubica el derecho a la protección de la salud en el Título IV, dedicado al valor de la solidaridad.

con la de “destinatarios de las prestaciones”.

La universalización de la asistencia sanitaria se justifica, en definitiva, al constatar que la salud constituye una aspiración común a todos los individuos de una sociedad. En concreto, es su doble proyección como bien privado “por afectar a las personas en su consideración individual y familiar” y bien público “por afectarles como miembros de la sociedad e insertos en ella”, la que convierte su protección en una “exigencia social”⁷, repercutiendo en beneficio de toda la población. Sin ser arriesgados se puede afirmar, pues, que la protección de la salud emerge en un paradigma de lucha contra las desigualdades y discriminaciones sociales, facilitando el acceso a los mecanismos que posibilitan un mejor cuidado de aquélla a todos los individuos. Por eso es tan importante que se proporcione respecto del total de éstos. Se evidencia así el carácter corrector de las desigualdades sociales que inspira el Estado social, desigualdades que tropiezan con los derechos sociales de ciudadanía como efectivo combatiente tendente a reducirlas⁸.

La asistencia sanitaria evidencia de forma patente los valores de solidaridad y cohesión social que descansan en la base de nuestro Estado social, uno de cuyos objetivos principales radica en la protección social obediente a una lógica componedora y totalizadora. En este sentido, lo que define al Estado social es, sin duda, la satisfacción de las necesidades vitales de los individuos, asumida la función social, la “acción social objetiva” que da sentido al Estado⁹.

Al ser la salud una fundamental vía de acceso a la integración y participación social, su protección ha de ser dispensada a todos los miembros de la sociedad. En efecto, tal protección de la salud reconocida en el artículo 43 CE supone una de las derivaciones más señaladas de la concepción de nuestro Estado social, que propugna la igualdad en calidad de valor superior

7 GALA VALLEJO, C.: *La asistencia sanitaria en el marco de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, pág. 24.

8 Sobre la contribución de la ciudadanía social a la atenuación de los efectos desfavorables inherentes a la existencia de las clases sociales despariguadas, véase MONEREO PÉREZ, J. L.: “La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización” en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Julio-Septiembre (1995), pág. 24 y ss.

9 Véase HELLER, H.: *Teoría del Estado*, Comares, Granada, 2004. Sobre el pensamiento político jurídico y social de Hermann Heller, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, El Viejo Topo, Barcelona, 2009.

del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y de sustento de los derechos sociales¹⁰. La cláusula de Estado Social y democrático de Derecho ha de ser puesta inmediatamente en conexión con el mandato genérico contenido en el artículo 9.2 CE, que impone a los poderes públicos la obligación positiva de remover todos los obstáculos que impidan la libertad, la igualdad y la participación del individuo en la sociedad.

Los derechos sociales, tendentes a la satisfacción de las necesidades básicas individuales y sociales, incorporan los requerimientos de la solidaridad social, al tiempo que se sustentan en la dignidad humana. Así pues, el goce de salud, en cuanto “necesidad básica”¹¹ de todo ser humano, supone una importante garantía que da paso a un alto nivel de bienestar, integración y participación en la comunidad en la que se halla inserto y en la que se realiza. En coherencia con ello, resulta comprensible la articulación de su protección como derecho, impidiendo la exclusión social del individuo, pues, como es sabido, la participación en el Estado democrático requiere el imprescindible reconocimiento de los derechos sociales de la ciudadanía¹².

El restablecimiento de una persona enferma se sustenta en la inalienable dignidad e igualdad de los seres humanos. No existe duda de que la lógica del Estado social es la de la continua lucha por la igualdad, asumida la estrecha conexión entre ésta y la justicia¹³. En este sentido, el gran logro del Estado social reside en su fundamento axiológico, ya que busca la materialización del ideal de justicia como equidad en el sentido de RAWLS, a través de la igualdad y, muy marcadamente, la libertad.

Se ha de recordar, a estos efectos, que el derecho a la asistencia sanitaria, al igual que los restantes derechos sociales prestacionales, se tecnifica como

10 A este respecto, BOBBIO ha señalado que “la razón de ser de los derechos sociales como (...) el derecho a la salud, es una razón igualitaria”, en tanto tiende a “hacer menos grande la desigualdad entre quien tiene y quien no tiene, o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales respecto a individuos más afortunados por nacimiento y condición social”. BOBBIO, N.: *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Taurus, Madrid, 1995, pág. 151.

11 DOYAL, L Y GOUGH, I.: *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994, pág. 14.

12 Véase al respecto MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.

13 BOBBIO señala que el concepto e incluso el valor de la igualdad no se distinguen del concepto y del valor de la justicia en la mayor parte de sus acepciones. BOBBIO, N.: *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 2009, pág. 56.

derecho de desmercantilización, según MONEREO PÉREZ¹⁴, de forma que es garantizado con base en la ciudadanía como clave de pertenencia del individuo a la comunidad política organizada y, por tanto, con independencia de la situación que ocupa en las relaciones socioeconómicas. Como se aprecia, el derecho a la protección de la salud, plenamente integrado en el patrimonio de la ciudadanía, sirve de acomodo a la consecución de una efectiva igualdad sustancial, que supone el “verdadero símbolo legitimario del Estado del Bienestar”¹⁵.

2. PROGRESIVA EXTENSIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE COBERTURA DE LA ASISTENCIA SANITARIA. DESDE EL SEGURO OBLIGATORIO DE ENFERMEDAD HASTA NUESTROS DÍAS.

La universalización de la asistencia sanitaria ha sido conquistada con el devenir de los tiempos, de forma que el campo de aplicación subjetiva de las prestaciones sanitarias se ha ido expandiendo progresivamente, a ritmo lento pero constante, tal y como se analizará seguidamente.

A comienzos del siglo XX existía una conciencia generalizada acerca de la necesaria protección de los individuos frente al riesgo de la enfermedad, como asimismo era generalizada la percepción de la imposibilidad de atender a todos ellos. En concreto, los asegurados por el Seguro Obligatorio de Enfermedad (en adelante SOE) eran formalmente los trabajadores (y sus familias), por cuenta ajena o propia, cualquiera que fuese el sector en el que desarrollasen su actividad laboral. El Seguro fue diseñado, pues, con ánimo de socorrer a aquellos que, por pérdida de salud, se vieran impedidos para desempeñar su medio de vida. La exclusiva inscripción en la previsión social de los incluidos en las relaciones productivas supuso una criticable diferenciación entre los que integraban el esquema productivo y los que no.

Asimismo, un límite económico modulaba el umbral de la población obrera con derecho a la previsión social, reduciéndose el ámbito de actuación del SOE a aquellos trabajadores cuyos ingresos no superasen

14 MONEREO PÉREZ, J. L.: “La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización” en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Julio-Septiembre (1995), pág. 17 y ss.

15 GARCÍA COTARELO, R.: *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pág. 73.

las 9.000 pesetas anuales¹⁶. Por tanto, únicamente gozaban de protección los legalmente denominados “productores económicamente débiles”¹⁷. Como se colige, este seguro carecía de una ambición universal, a diferencia de otros sistemas comparados, ya que quedaban excluidos los que no eran trabajadores aunque careciesen de capacidad económica suficiente y aquellos que, siéndolo, percibieran cuantías salariales superadoras del límite legal.

En cualquier caso, las anteriores críticas a la falta de ambición del SOE no reúnen suficiente entidad para enturbiar el hecho de que su implantación supuso un valioso avance en materia de previsión social. El SOE se erigió en el inicial instrumento de protección que asumió la cobertura de la pérdida de salud de un amplio colectivo de población, mediante un abanico de prestaciones directas. Sin duda, se podía haber llegado más lejos, pero no cabe infravalorar este primer paso que catalogó la enfermedad como riesgo social digno de cobertura, en cuanto logró despertar una nueva conciencia de derecho hasta entonces desconocida por la sociedad. Ciertamente, el logro más significativo con la inclusión de la asistencia sanitaria en la protección social viene representado por el título jurídico en base al cual es otorgada aquélla¹⁸.

La política social que el siglo XX estrena supone una evolución desde los seguros sociales obligatorios hasta la consagración de un Sistema de Seguridad Social que, con no escasas reformas, llega hasta nuestros días, representando su punto de partida la Ley articulada de Seguridad Social de 1966, aprobada por Decreto 907/1966, de 21 de abril. De este modo, la asistencia sanitaria quedó integrada como una prestación más de las incluidas en la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, lo que llevó consigo la materialización en el ámbito de la salud de todos los principios inspiradores de aquél. El anterior modelo de los seguros sociales quedó así superado y sustituido por la instauración de un Sistema de Seguridad Social con vocación integradora y de conjunto que dispensa, entre otras, las prestaciones sanitarias articuladas en correspondencia al derecho subjetivo del individuo, lo cual brinda acceso, a través del

status de ciudadanía, a la plena participación en la comunidad social y política.

Tras la implantación de la Seguridad Social, lo cierto es que se mantuvo en un principio la conexión entre la condición de trabajador y la titularidad del derecho a las prestaciones sanitarias. El Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, creó precisamente la figura del beneficiario a efectos de dispensar asistencia sanitaria a aquellos que no quedaban incluidos en el Sistema y que dependían económicamente de tales trabajadores. No obstante, no se hubo de esperar mucho para advertir importantes avances en la materia. En concreto, la Disposición Final undécima de la Ley 24/1972, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora de la Seguridad Social, constituyó un paso clave, dado que puso fin a la tradicional referencia a los trabajadores “económicamente débiles” que se había mantenido hasta entonces como requisito para acceder a las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social. Ciertamente, incluyó bajo la acción protectora a todos los trabajadores por cuenta ajena, al margen de cualquier consideración de sus niveles retributivos.

Fue tras la promulgación de la Constitución española, determinante punto de inflexión en la evolución de la organización de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y, más adelante, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), cuando la cobertura universal se convirtió en un elemento de primer orden. Así, con carácter progresivo, el ámbito subjetivo de cobertura fue objeto de ampliación de la mano de sucesivas normas¹⁹ que contribuyeron a ensanchar el abanico de destinatarios de las prestaciones sanitarias, siendo fundamentalmente la década de los ochenta la que atestigua el proceso de expansión más importante en este sentido.

16 Este límite de renta, sumamente bajo, fue objeto de modificación en diversas ocasiones, elevándose a 12.000 pesetas anuales en marzo de 1948, 18.000 en diciembre del mismo año, 30.000 en 1954, 40.000 en 1956 y 66.000 en 1963.

17 Así se indicaba en el artículo 3 de la Ley de 14 de diciembre de 1942.

18 APARICIO TOVAR, J., op. cit., págs. 1.559 y 1.560.

19 La Ley 5/1979, de 18 de septiembre, que reconoce tal derecho a las viudas y demás familiares de los fallecidos como consecuencia o con ocasión de la Guerra Civil; la Orden de 18 de febrero de 1981 por la que se establece el Convenio en materia de asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social en favor de los españoles emigrantes que retornan al territorio español; la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; el Real Decreto 43/1984, de 4 de enero, sobre ampliación de la acción protectora de cobertura obligatoria en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos; y la Ley 31/1984 de 2 de agosto, para los desempleados aunque no perciban prestaciones periódicas por desempleo, parados y sus familiares una vez agotado el subsidio.

Como mandato constitucional derivado de los arts. 41 y 43 CE²⁰, la universalización es enunciada a lo largo y ancho de las diversas normas reguladoras de la asistencia sanitaria. En concreto, el art. 3.2 LGS señala que “la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española”, al tiempo que precisa que “el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva”. Por su parte, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante, LCC) establece el aseguramiento universal y público por parte del Estado como principio básico (art. 2.b).

La cobertura sanitaria aspira, pues, a brindar un acceso equitativo a los servicios sanitarios por parte de todos los individuos sin que entren en consideración condiciones económicas, sociales o de cualquier otra índole, tal y como vuelve a ser recordado en la Exposición de Motivos del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, cuando alude a “la garantía de la igualdad sustancial de toda la población en cuanto a las prestaciones sanitarias y a la inexistencia de cualquier tipo de discriminación en el acceso, administración y régimen de prestación de los servicios sanitarios”.

En efecto, la LGS establece en su artículo 1 que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y extranjeros que tengan establecida su residencia en territorio nacional”. Se respondía a nivel legal a la conciencia de derecho a la asistencia sanitaria por el hecho de ser persona. Capital importancia tuvo en este ámbito el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes, que, en cumplimiento del art. 80 LGS²¹, reconoció el derecho a las prestaciones sanitarias a todos los españoles

residentes en territorio nacional y carentes de un nivel suficiente de recursos económicos (rentas inferiores al Salario Mínimo Interprofesional), según su art. 1. En todo caso, la plena universalización de facto de la asistencia sanitaria se logró tras la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas. Junto al nivel profesional y contributivo ya asentado del Sistema (enfoque profesional), se articuló un nivel no contributivo (enfoque asistencial). De esta forma, y en virtud de lo dispuesto en el art. 41 CE, el Sistema superó su tradicional enfoque laboralista, acogiendo uno más universal.

En definitiva, desde la implantación del SOE y la protección dispensada por éste a los trabajadores cuya renta no superaba un determinado límite (“económicamente débiles”), se fue extendiendo la protección de la salud a favor de todos los trabajadores sin referencia a criterios económicos así como al resto de la población, con independencia del concreto estado profesional o económico del individuo. Utilizando la perspectiva del Estado social de Derecho, inspirado en la solidaridad social y movido, pues, por una ambición totalizadora, conforme a la cual se dispensa protección sanitaria sin discriminación económica alguna, resultaría a todas luces insostenible el mantenimiento de la exclusión de años precedentes. Sin necesidad de mayor argumentación, es fácil concluir que lo que en 1942 era concebido como un abismo imposible de superar, sólo medio siglo más tarde, se convertiría en una realidad efectiva y uno de los principales logros de nuestro Estado de Bienestar. En concreto, en 1946 la cobertura del SOE alcanzaba al 28,5% de la población, extendiéndose hasta el 49,7% en 1963. En sucesivos años, el anterior porcentaje no haría sino seguir creciendo: el 63,87% de la población tenía cobertura sanitaria en 1970, el 81,76% en 1978, el 96,1% en 1986 y el 99,8% en 1991, una vez incorporados los padrones de beneficencia municipales mediante su asimilación al Régimen General de la Seguridad Social²².

La evolución recientemente recorrida, además de revalorizar lo logrado hasta el momento, sirve para tomar impulso en el empeño de lograr una efectiva y plena universalización, característica ésta fundamental del Sistema Nacional de Salud (art. 46.a LGS). Sin embargo, resulta desalentadora la constatación de que todo el proceso descrito resulta

20 El título jurídico material utilizado en el art. 43 (“todos”) resulta más ambicioso que el jurídico formal al que alude el art. 41 (“todos los ciudadanos”). Consúltase al respecto MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en AA.VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008, pág. 393.

21 “El Gobierno regulará el sistema de financiación de la cobertura de la asistencia sanitaria del sistema de la Seguridad Social para las personas no incluidas en la misma que, de tratarse de personas sin recursos económicos, será en todo caso con cargo a transferencias estatales”.

22 Cifras manejadas en SEVILLA, F.: *La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social*. Fundación Alternativas, Documento de trabajo 86/2006, págs. 12, 13 y 15.

inacabado, y esperemos no inacabable, en la medida en que aún queda un cierto número de ciudadanos excluidos de la asistencia sanitaria (número aumentado considerablemente tras la reciente reforma de abril de 2012), así como desigualdades en la cobertura sanitaria de la población, según se verá seguidamente. A tal situación ha contribuido notablemente la débil voluntad político-legislativa al respecto, evidenciada en el carácter programático u orientador con que las disposiciones normativas aluden a la universalización, como mera expectativa. Así, por ejemplo, el art. 3.2 LGS dispone que “la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española”, a modo de objetivo poco apresurado, lo que confirma la Disposición Transitoria quinta al indicar que tal extensión “se efectuará de forma progresiva”, sin referencia temporal alguna.

3. LA PLENA UNIVERSALIZACIÓN: UN RETO AÚN PENDIENTE PARA EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL EN ESPAÑA.

Por más que la Disposición Transitoria quinta de la LGS apuntara a una extensión progresiva de la asistencia sanitaria pública referida en su artículo 3.2, lo cierto y criticable es que, si bien se ha asistido a una magnífica y progresiva extensión del ámbito subjetivo de cobertura de la protección, hoy día, más de veinte años después de la entrada en vigor de aquel texto legal, la asistencia sanitaria no está garantizada a la totalidad de la población, a pesar de que se ha considerado “factible tanto legal como económicamente”²³. En consecuencia, no cabe hablar, en términos técnico-jurídicos, de plena universalización, tan ineludible para lograr la realización del derecho a la protección de la salud en toda su plenitud, mejorar la equidad del sistema y consolidar, pues, la ciudadanía social como idea-fuerza del Estado del bienestar. En efecto, persisten algunos elementos pendientes en la transición hacia un modelo de sistema sanitario netamente universalizado²⁴.

De un lado, las personas con profesiones liberales no integradas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos carecen de acceso a las prestaciones sanitarias, manteniendo determinados colegios profesionales sus propios mecanismos de

protección sanitaria²⁵.

Igualmente excluidos con carácter formal del Sistema quedan aquellos individuos con un elevado nivel de renta y sin afiliación a la Seguridad Social (si bien pueden acceder a los servicios sanitarios a modo de pacientes privados, debiendo reintegrar el coste de la atención sanitaria recibida). La exclusión de este colectivo ha sido juzgada incompatible con el sistema de financiación sanitaria vía impuestos con que España cuenta desde 1997. El planteamiento es claro, pues “si todos contribuyen a sostener el gasto público sanitario de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario ‘inspirado en los principios de igualdad y progresividad’ (art. 31.1 CE), es claro que todos deben tener acceso a los servicios y prestaciones que se financian a través de dicho sistema”²⁶. Por reducido que pueda ser el colectivo afectado, no deja de ser criticable su exclusión de la cobertura pública sanitaria que se quiere proclamar universal y a la que sufragar tributariamente junto con el resto de ciudadanos que sí acceden a la misma.

La sanidad penitenciaria, por su parte, constituye igualmente un reducto ajeno a la asistencia sanitaria pública, por más que la LCC incitara a ello en su Disposición Adicional sexta, disponiendo que “en el plazo de 18 meses desde la entrada vigor de esta ley y mediante el correspondiente real decreto, se procederá a la integración de los servicios sanitarios penitenciarios en el Sistema Nacional de Salud, conforme al sistema de traspasos establecidos por los estatutos de autonomía”. Pues bien, han transcurrido ocho años desde la expiración de dicho plazo y aún no se ha emprendido la integración que encomendaba la Ley. La asistencia sanitaria, por imperativo de la universalización que le da sentido y coherencia, ha de agrupar a todos los sectores sociales, incluido el recluso. Sería, por tanto, deseable y exigible en términos legales, la incorporación de este colectivo cuanto antes, sin perjuicio de las especificidades necesarias, derivadas del perfil de la asistencia sanitaria requerida para su atención.

A todo lo anterior conviene sumar la articularidad que reviste en el modelo sanitario la existencia de

23 SEVILLA, F.: “La reforma de la Seguridad Social y la Atención Sanitaria”, en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 6 (2006), pág. 131.

24 PEMÁN GAVÍN, J., op. cit., pág. 111.

25 No obstante, ciertos colegios profesionales articulan convenios de acceso a la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, por lo que los colegiados interesados pueden recibir atención sanitaria pública (con el correspondiente pago por su parte).

26 PEMÁN GAVÍN, J.: “Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud”, en *Revista Derecho y Salud*, Vol. 16, Número Extraordinario, noviembre 2008, pág. 53.

una amplia pluralidad de regímenes específicos de protección, que impide predicar una cobertura igual para toda la población. Nos referimos a la asistencia sanitaria y su diverso contenido en los regímenes específicos para las mutualidades de funcionarios de la Administración Central del Estado: funcionarios civiles del Estado (MUFACE), personal militar (ISFAS) y personal de la Administración de Justicia (MUGEJU). Todas ellas cuentan con un específico modelo de protección sanitaria en los supuestos de enfermedad común, accidente no laboral y maternidad, que contempla características en buena parte diferentes, con prestaciones distintas y condiciones de acceso especiales a la prestación sanitaria, incluyendo la capacidad de opción entre provisión privada y pública. Son evidentes, como consecuencia de tales privilegiadas diferencias mantenidas por rutina histórica, las distorsiones generadas a este respecto en nuestro sistema sanitario.

Una vez más, se ha ignorado un mandato legal establecido bajo límite temporal. En efecto, la Disposición Final segunda de la LGS encomendaba en un plazo de dieciocho meses desde la publicación del texto legal la armonización y refundición de la asistencia sanitaria de estos colectivos. Desde entonces, no sólo no se ha procedido en tal sentido, sino que además, las últimas actuaciones legislativas confirman la posición de tolerancia de las divergencias denunciadas. Así, el art. 3.6 LCC, en su nueva versión dada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, indica que “lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo no modifica el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que mantendrán su régimen jurídico específico”.

La materialización real de la universalidad del derecho a la asistencia sanitaria sigue siendo, como se advierte, un reto para el sistema de protección social en España, requiriéndose una actuación inmediata del legislador que logre la plena y efectiva extensión del ámbito subjetivo a todos los ciudadanos. Aunque la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública ha tratado de pregonar en su Disposición Adicional sexta²⁷, una “extensión del derecho a la

asistencia sanitaria pública”, lo que le sirve de rúbrica, lo cierto es que aún se está lejos de lograr una efectiva universalización²⁸, por más que resulte alentadora la existencia de una universalización de facto, una asistencia sanitaria universal en la práctica²⁹.

En todo caso, y a modo de enlace con el siguiente punto a tratar, cabe apuntar que la universalización de la asistencia sanitaria que a comienzos del 2012 se seguía viendo como un objetivo final de la LGS postergada a un futuro, tras el Real Decreto-ley de 20 de abril del presente año deviene en una meta aún más lejana, tal y como se evidenciará a continuación.

4. UN PASO ATRÁS EN EL CAMINO: EL REAL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y MEJORAR LA CALIDAD Y SEGURIDAD DE SUS PRESTACIONES.

Las modificaciones que opera el Real Decreto-ley 16/2012 (en adelante, RD-ley) en el ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria vienen introducidas por medio del Capítulo I, el cual lleva a cabo una completa renovación en la redacción del art. 3 LCC. Conviene señalar, en primer lugar, que resulta harto revelador el cambio de rúbrica del precepto. Si anteriormente se hacía referencia a

pública, a todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico. (...) La extensión prevista en este apartado será efectiva para las personas que hayan agotado la prestación o el subsidio de desempleo a partir del 1 de enero de 2010. Para el resto de colectivos afectados se realizará, en atención a la evolución de las cuentas públicas, en los términos previstos en el apartado 3”. Este último dispone que “en el plazo de seis meses, el Gobierno determinará reglamentariamente los términos y condiciones de la extensión del derecho para quienes ejerzan una actividad por cuenta propia”.

28 BELTRÁN AGUIRRE aduce interesantes motivos: además de no extenderse el derecho a la asistencia sanitaria pública a todos los españoles, sino sólo a los españoles residentes en el territorio nacional, la extensión del derecho a la asistencia sanitaria a los colectivos distintos a los parados sin desempleo se condiciona a la evolución de las cuentas públicas, al tiempo que se pospone a la aprobación de un reglamento que fije los términos y condiciones de la extensión. CONSÚLTASE BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “La universalización de la asistencia sanitaria operada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de salud pública: tardío e insuficiente cumplimiento del mandato insito en el artículo 43 de la Constitución” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9 (2012).

29 El Sistema Nacional de Salud tiene asumida la obligación de atención de todos los individuos, al margen del reconocimiento formal de su derecho subjetivo.

27 “Se extiende el derecho al acceso a la asistencia sanitaria

los “titulares de los derechos”, se alude ahora a “la condición de asegurado”. Se adivina, así, una voluntad político-legislativa centrada en el regreso a una concepción de aseguramiento que se había ido diluyendo en los últimos años en pro de una noción más universal e integradora. El legislador ya no menciona la titularidad de los derechos a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria, sino que configura el concepto de asegurado como puerta de acceso a los servicios sanitarios³⁰.

En la figura del beneficiario se introduce un cambio importante, pues el art. 2.2 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social acoge bajo tal condición al cónyuge, descendientes, hijos adoptivos, hermanos y ascendientes. De forma restrictiva, la nueva redacción del art. 3 LCC establece que únicamente podrán ostentar la condición de beneficiarios “el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad que acredite la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%”. La reforma más controvertida ha sido la consistente en la introducción de un límite de edad para la inclusión de los hijos en la tarjeta sanitaria de sus padres, aunque no es la primera vez que el ordenamiento jurídico establece un requisito de este tipo en el acceso a los servicios sanitarios por la vía del beneficiario³¹.

Lo que sí resulta novedoso es la realización de un retroceso en el nivel de extensión subjetiva conseguido hasta ahora, ya que todos los descendientes, con independencia de su edad, habían venido disfrutando

del derecho a las prestaciones sanitarias. Tras el RD-ley, aquellas personas que sobrepasen los veintiséis años y no se hallen incluidas en el sistema de Seguridad Social (art. 3.2 LCC) carecen de derecho a la asistencia sanitaria, salvo que acrediten “que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente” (3.3 LCC). En otro caso, únicamente podrán acceder al sistema sanitario “mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial” (art. 3.5 LCC). Sin duda, son fácilmente imaginables numerosos supuestos que quedarán privados de cobertura. Es el caso de los hijos que, infortunadamente, aún no han accedido al mercado laboral, lo que en coyunturas de crisis económica como la actual constituye una situación frecuente; estudiantes que no han concluido sus titulaciones universitarias; opositores; etc. Pues bien, todos aquellos descendientes que superen el límite de edad indicado en el RD-ley y que venían accediendo a la asistencia sanitaria, a partir del 31 de agosto de 2012, fecha de entrada en vigor de la norma (Disposición Transitoria primera), dejarán de poder hacerlo.

Queda claro que este supuesto, así como la exclusión de los hijos que superen dicha edad y presenten una discapacidad inferior al 65%, supone una brecha en el arduo camino emprendido hacia una plena universalidad. Sin embargo y lamentablemente, no es la única llevada a cabo en el RD-ley. De hecho, la más alarmantemente recibida ha sido la referida a la población inmigrante “en situación irregular”, que será objeto de tratamiento seguidamente.

Por su parte, el apartado tercero del art. 1 del RD-ley ha introducido un art. 3 ter en la LCC, cuyo tenor literal es el siguiente: “Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica; b) de asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”. A sensu contrario, los inmigrantes “en situación irregular”, mayores de edad, quedan privados del acceso a los servicios sanitarios.

Para el reconocimiento del derecho a la cobertura sanitaria, se exige que los extranjeros sean “titulares de una autorización para residir en territorio español” (art. 3.3 LCC), no siendo suficiente el empadronamiento, único requisito formal que se había venido exigiendo desde la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre

30 Es el segundo apartado el que enumera las personas que gozarán de la condición de asegurado, en concreto: los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; los pensionistas del sistema de la Seguridad Social; los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo; así como los que han agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figuran inscritos en la oficina correspondiente como demandantes de empleo.

31 Recuérdese que el art. 2.2 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, en su redacción anterior a la reforma operada por el Real Decreto 1682/1987, de 30 de diciembre, aludía a “los descendientes legítimos, legitimados o ilegítimos, aunque estos últimos no tengan la condición legal de naturales, y los hijos adoptivos menores de veintiún años de edad, así como los hermanos menores de dieciocho años y los mayores de dichas edades que padezcan una incapacidad permanente y absoluta que les inhabilite por completo para toda profesión u oficio”.

derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx). Asistimos, por tanto, a otro retroceso, en este caso, al régimen anterior a dicho texto legal. En concreto, la Disposición Final tercera del RD-ley modifica su artículo 12, que queda redactado del modo que sigue: “los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”.

Sin perjuicio de las deficiencias detalladas en el punto anterior, lo cierto es que con anterioridad al RD-ley se había alcanzado una *cuasi universalización*, en ausencia de requisitos de residencia legal, siendo suficiente el empadronamiento en algún municipio español. Criterio que se flexibilizaba aún más en el supuesto de los menores, mujeres embarazadas y la asistencia sanitaria de urgencia, donde la exigencia de la inscripción en el padrón desaparecía. En concreto, se indicaba que “los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”³². Por tanto, desde el año 2000, aquellos extranjeros empadronados, “legales” o “ilegales” accedían a la asistencia sanitaria y, al hacerlo en igualdad de condiciones, habrían de ostentar un título que les habilitase para el acceso a los servicios sanitarios: bien por afiliación al sistema de la Seguridad Social, bien mediante debida acreditación de insuficiencia de recursos económicos. La Ley Orgánica 4/2000 supuso pues un verdadero hito ya que, por primera vez en nuestra historia, se reconocía el derecho a la asistencia sanitaria del extranjero en nuestro país, en igualdad de condiciones que los españoles. Por ello, la aprobación de este RD-ley y su exigencia de una residencia legal suponen un paso atrás que nos aleja aún más de una plena universalización tal y como es concebida constitucionalmente.

En todo caso, sí se sigue reconociendo la asistencia sanitaria de urgencia a “los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España” (art.3 ter LCC), respetándose fielmente lo que establecía la anterior redacción del art.12 LOEx. Lo cierto es que la situación irregular del extranjero en ningún caso puede suponer un obstáculo al ánimo de preservar el derecho a la vida (art. 15 CE), y así se continúa entendiendo en

la actualidad.

La situación con respecto a los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España (art. 3 ter in fine) también persiste sin modificación alguna, pues se mantiene el reconocimiento de asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, con independencia de su situación legal o no, según indicaba la anterior redacción del art. 12 LOEx. El fiel respeto de lo previsto entonces resulta coherente con la conjugación del art. 39.4 CE³³ y el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, cuyo apartado primero dispone que “los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”, estableciendo la letra b) del segundo que “los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños”.

El RD-Ley tampoco ha reformado lo atinente a la regulación de la asistencia sanitaria de las extranjeras embarazadas, quienes seguirán ostentando derecho a los servicios sanitarios concretados en el seguimiento del embarazo, parto y postparto, tal y como se contemplaba en el anterior tenor literal del art. 12 LOEx. Se respeta, así, el art. 24.2.d) de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual, los Estados Partes “adoptarán las medidas apropiadas para asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”.

La principal modificación introducida afecta, en definitiva, a los inmigrantes “en situación irregular” mayores de edad, los cuales quedan privados de asistencia sanitaria, salvo la atención de urgencia y, en el caso de embarazadas, la asistencia durante el embarazo, parto y postparto. Conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera del RD-ley, el 31 de agosto del presente año será el último día en que este colectivo pueda hacer uso de sus tarjetas sanitarias, siendo anuladas al siguiente. Es en este simple dato en el que se toma conciencia de la trascendencia de la reforma emprendida. Y es que, el primer día del mes de septiembre, los extranjeros

32 Valiéndose de lo dispuesto en el precepto, determinadas normas autonómicas fueron aún más ambiciosas y supusieron un importante impulso en la universalización sanitaria. Cabe destacar a estos efectos la Ley Foral 2/2000, de 25 de Mayo, de modificación de la Ley Foral 10/1990, de 23 de Noviembre, de Salud, que extendió la cobertura de asistencia sanitaria navarra a todos los ciudadanos residentes en la Comunidad Autónoma con independencia de su situación legal o administrativa.

33 “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

irregulares que se encuentren en España se despertarán sin el reconocimiento de un derecho que les había sido garantizado y que habían ejercido desde el año 2000. El paso atrás dado por el RD-ley nos aleja aún más de la consecución de una plena universalización que dote de efectividad al derecho a la protección de la salud de “todos” reconocido en el art. 43.1 CE, al contradecir lo dispuesto en los Tratados internacionales que, según el art. 10.2 CE, deben inspirar la interpretación de los derechos fundamentales. Así, a este respecto, conviene remitir a los arts. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁴ de 1948 y 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966³⁵. Lo cuestionable tras este RD-ley, lejos de radicar en la ausencia de una neta universalización (pues con anterioridad a su entrada en vigor tampoco existía, y mucho menos antes de la LOEx), viene referido a la restricción de derechos conquistados en el camino a un sistema sanitario “de todos y para todos”.

Si el derecho a la asistencia sanitaria no constituye una “opción del legislador sino una exigencia constitucional”³⁶, resulta evidente que al Real-Decreto ley 16/2012, que realiza unas limitaciones subjetivas de las características apuntadas, le acechan cuanto menos sombras de una posible inconstitucionalidad. Como siempre, habrá que esperar, en su caso, al pronunciamiento del Alto Tribunal, lo que supondría una brillante oportunidad para profundizar en la universalización de la asistencia sanitaria, una excelente ocasión, en fin, para el regadío de un campo que, desde su implantación, se halla sediento de doctrina constitucional.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Comentario a la constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a N. (Dirs.), Comares, Granada, 2002.
- AA.VV.: *Las contingencias comunes*

³⁴ “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

³⁵ “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

³⁶ MENÉNDEZ REXACH, A.: “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas”, en *Revista Derecho y Salud*, Volumen 11, Número Extraordinario, mayo de 2003, pág. 26.

protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008.

- AA.VV.: *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*, PRESNO LINERA, M. A. Y WOLFGANG SARLET, I. (editores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “La universalización de la asistencia sanitaria operada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de salud pública: tardío e insuficiente cumplimiento del mandato ínsito en el artículo 43 de la Constitución” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9 (2012).
- BEVERIDGE, S. W.: *Seguro Social y Servicios Afines. Informe de Lord Beveridge* (1942), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.
- BOBBIO, N.: *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Taurus, Madrid, 1995.
- Igualdad y libertad, Paidós, Barcelona, 2009.
- DOYAL, L Y GOUGH, I.: *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994.
- GALA VALLEJO, C.: *La asistencia sanitaria en el marco de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.
- GARCÍA COTARELO, R.: *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- HELLER, H.: *Teoría del Estado*, Comares, Granada, 2004.
- MENÉNDEZ REXACH, A.: “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas”, en *Revista Derecho y Salud*, Volumen 11, Número Extraordinario, mayo de 2003.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización” en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Julio-Septiembre (1995).
- *Derechos sociales de ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.
- *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, El Viejo Topo, Barcelona, 2009.
- PEMÁN GAVÍN, J.: “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes”, en *Revista Derecho y Salud*, núm. 2 (2001).
- “Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud”, en *Revista Derecho y Salud*, Vol.

- 16, Número Extraordinario, noviembre 2008.
- SEVILLA, F.: “La reforma de la Seguridad Social y la Atención Sanitaria”, en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 6 (2006).
 - *La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social*. Fundación Alternativas, Documento de trabajo 86/2006.

INGRESOS PROCEDENTES DE LA ASISTENCIA SANITARIA DE TERCEROS OBLIGADOS AL PAGO

Lourdes Pérez Patxo, Letrada
Beatriz del Valle Iñiguez, Letrada
Carolina Santolaya Quinteros, Letrada
Subdirección de Asesoría Jurídica de Osakidetza

ÍNDICE

1. Introducción
2. Problemática derivada del aseguramiento privado de la asistencia sanitaria
3. Asistencia sanitaria por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales
4. Seguro obligatorio de los deportistas federados y profesionales
5. Otros obligados al pago
6. Propuestas de Mejora
7. Conclusiones
8. Bibliografía

PALABRAS CLAVE

Tercero obligado, reembolso, ingreso público, identificación de supuestos, mejora

I. INTRODUCCIÓN

La actual coyuntura económica pone en cuestión el actual sistema sanitario público. Por ello, y antes de situarnos en un escenario en el que el ciudadano deba participar “directamente” en la financiación de las prestaciones sanitarias, deviene imprescindible agotar los mecanismos previstos en la normativa vigente a fin de dotar de mayores ingresos al sistema de financiación sanitario.

El Art. 83 de la **Ley 14/1986 de 25 de abril General de Sanidad** establece que “*los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aque-*

llos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente. (...) A estos efectos, las AAPP que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán dº a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados”.

La disposición Adicional vigésima segunda 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**, establece que no tendrán la naturaleza de recursos de la Seguridad Social los ingresos a que se refieren los artículos 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, procedentes de la asistencia sanitaria prestada por el Instituto Nacional de la Salud, en gestión directa a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, así como en los supuestos de seguros obligatorios privados y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca **un tercero obligado al pago**.

Por otra parte, el **Anexo IX del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud**, bajo la rúbrica “*Asistencia sanitaria cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago*” establece los **supuestos en los que los servicios públicos de salud reclamarán a los terceros obligados al pago** el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas:

1. Asegurados o beneficiarios del sistema de Seguridad Social pertenecientes a la MUFACE, MUJEGUI o al ISFAS, que no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria del SNS.

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

3. Accidentes de trabajo o enfermedades profesionales a cargo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, del INSS o ISM.

4. Seguros obligatorios:

- a) Seguro obligatorio de los deportistas federados y profesionales.
- b) Seguro obligatorio de vehículos de motor.
- c) Seguro obligatorio de viajeros.
- d) Seguro obligatorio de caza.
- e) Cualquier otro seguro obligatorio.

5. Convenios o conciertos con otros organismos o entidades.

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

6. Ciudadanos extranjeros:

- a) Asegurados o beneficiarios en un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y Suiza, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social.
- b) Asegurados o beneficiarios de otros países extranjeros, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por España.

7. Otros obligados al pago.

- a) Accidentes acaecidos con ocasión de eventos festivos, actividades recreativas y espectáculos públicos en caso de que se haya suscrito contrato de seguro de accidentes o de responsabilidad civil que cubra las contingencias derivadas de estas actividades.
- b) Seguro escolar.
- c) Cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el impor-

te de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes

Por lo que se refiere a la normativa propia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, el artículo 4.3 de la **Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación sanitaria de Euskadi** establece que reglamentariamente se regulará el procedimiento de acceso, administración y régimen de prestación de los servicios sanitarios. Asimismo se establecerán los supuestos en que proceda la reclamación del importe de los servicios prestados respecto de aquellos sujetos que accedan con la consideración de pacientes privados o en los que exista un tercero responsable obligado al pago del coste de los servicios prestados.

No obstante la inequívoca habilitación jurídica que faculta al Servicio Público de Salud, para la reclamación a terceros responsables el pago de la prestación sanitaria facilitada, en el ámbito de nuestra Comunidad, no hay norma de rango inferior que establezca un procedimiento de actuación administrativa a seguir por los Centros de Salud y Hospitales, que facilite la identificación de los supuestos facturables, –especialmente en los casos de doble cobertura de conformidad con lo que a continuación se va a desarrollar-, y permita reducir la problemática que suscita el reembolso de los gastos sanitarios.

La presente comunicación no pretende un análisis de cada uno de los supuestos contemplados **Anexo IX del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre**, sino únicamente aquellos que plantean mayor problemática en el reembolso de la asistencia sanitaria prestada cuando existe un tercero responsable del pago, y que en la actualidad se centra fundamentalmente en los siguientes supuestos:

2. PROBLEMÁTICA DERIVADA DEL ASEGURAMIENTO PRIVADO DE LA ASISTENCIA SANITARIA

En este apartado incluimos tanto los supuestos de asegurados o beneficiarios del sistema de Seguridad Social pertenecientes a la MUFACE, MUJEGU o al ISFAS, no adscritos a recibir asistencia sanitaria del SNS, así como aquellos supuestos de asegurados que voluntariamente han suscrito una póliza de asistencia sanitaria, teniendo todos ellos a efectos legales la consideración de pacientes privados.

a) De la atención a asegurados de entidades pri-

vadas que reciben asistencia sanitaria de urgencia en centros de Osakidetza.

De conformidad con lo establecido en el Art. 103 de la Ley de Contrato de Seguro, -por remisión del art. 106-, la asistencia sanitaria de carácter urgente no puede quedar excluida en ningún caso.

Conforme a dicha previsión normativa, no debería plantear problema alguno el reembolso de los gastos sanitarios al servicio público por parte de las entidades aseguradoras cuando la asistencia urgente debe ser facilitada en un centro u hospital público.

Sin embargo son numerosos los problemas derivados de este supuesto, especialmente la discusión que se suscita en cada caso del concepto de “urgencia”, y de la interpretación restrictiva que de dicho concepto pretenden algunas entidades aseguradoras privadas.

A dicha cuestión, nos parece acertada la respuesta dada por la jurisprudencia, conforme a la cual la urgencia viene determinada por el criterio clínico, y no por la existencia de otras alternativas de ingreso del paciente.

La decisión del paciente de acudir a un Hospital público no determina su ingreso voluntario, ya que quien decide es el equipo médico tras analizar la sintomatología del paciente y adoptar la decisión de mantenerlo ingresado (AP Madrid 237/2005 de 29 de marzo).

Y así, procede el reembolso al margen de incumplimientos burocráticos tales como la comunicación por parte del asegurado a la aseguradora, careciendo de interés si la prestación sanitaria se efectuó en las condiciones previstas en el contrato de seguro, por cuanto el servicio público de salud como tercero que es respecto al mismo, no puede verse afectado por el supuesto incumplimiento por parte del asegurado de alguna de las estipulaciones del contrato, y ello sin olvidar que el carácter urgente de la asistencia es circunstancia por sí misma no excluyente del reembolso (SAP Pontevedra 12/5/2003, SAP Baleares 8/7/02, SAP Teruel 4/6/02, SAP Huesca 31/12/02).

En caso contrario se produciría un enriquecimiento injusto de la aseguradora que ofreciendo determinadas prestaciones sanitarias y cobrando las primas correspondientes, no soportaría los medios necesarios para llevarlos a cabo de forma completa, acudiendo a recursos ajenos cuando los precisa

y provocando la intervención de la sanidad pública, sin satisfacer por ello contraprestación alguna ni siquiera por razones de urgencia. (SAP de Baleares de 15/6/1998).

b) De la atención a asegurados de entidades privadas que son derivados desde centros de su cuadro médico a centros de la red pública.

En este supuesto nos encontramos con que el impago del coste de la asistencia sanitaria es denegado por determinadas entidades aseguradoras, alegando que la derivación realizada por el centro (de su cuadro médico concertado) a un Hospital de la red pública, requiere que dicho centro privado solicite autorización a la entidad aseguradora, y que si se prescinde de dicha autorización, la decisión del centro remitente no puede vincular a la aseguradora por cuando el centro privado (no obstante pertenecer al cuadro médico de la póliza suscrita) no guarda ninguna relación de dependencia o jerarquía con la entidad, con la que está vinculada exclusivamente a través de un contrato mercantil de arrendamiento de servicios.

Conforme a lo expuesto la aseguradora traslada al Servicio Público de Salud las consecuencias de una falta de autorización que conforme a la relación contractual existente entre aseguradora y Clínica, debía haber solicitado ésta.

Entendemos que ésta argumentación resulta insostenible, por cuanto el supuesto incumplimiento de comunicar, - bien por la Clínica concertada o bien por el asegurado-, que se acude a un centro no concertado y solicitar la autorización previa de la aseguradora conforme a las condiciones generales de su póliza, no puede vincular en modo alguno a Osakidetza, por impedirlo el principio de relatividad de los efectos del contrato recogido en el artículo 1.257 CC, que da lugar a que el servicio público de salud como tercero que es respecto al contrato de seguro concertado por la entidad aseguradora y los asegurados, no puede verse afectado por el incumplimiento de éstos de alguno de sus pactos o estipulaciones.

c) De la atención a asegurados de entidades privadas que son asimismo asegurados de la Seguridad Social acuden a centros de Osakidetza.

Constante jurisprudencia ha estimado (AP Baleares de fecha 15/06/98, 25/3/99, 26/4/02 y en la SAP León de 4/7/05, entre otras), la reclamación por los servicios públicos de salud de los gastos de asistencia sanitaria contra un «tercero obligado al pago»

al amparo del art. 83 LGS en aquellos supuestos de afiliados a la Seguridad Social que teniendo suscrito un seguro privado de asistencia recurren a la sanidad pública por falta de medios o por urgencia. La doble cobertura otorga un derecho de reembolso a dicho organismo frente a la aseguradora privada en su condición de «tercero responsable».

Conforme establecen las meritas sentencias, en aplicación de la normativa anteriormente citada, deriva el principio de que los servicios públicos de salud pueden reclamar las prestaciones sanitarias efectuadas de cualquier tercero obligado al pago en su sentido más amplio.

Así, siempre que exista una persona o entidad que en virtud de norma, contrato o incluso por responsabilidad extracontractual deba asumir el pago, subsiste la facultad de reclamación, sin que sea causa de exclusión el hecho de que el paciente esté afiliado a la Seguridad Social, pues en dichos supuestos los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financian con los ingresos de la Seguridad Social sino que resultan ser a cargo de los terceros responsables u obligados al pago, aunque dicha obligación provenga de la existencia un seguro privado .

La acción de reclamación y la correspondiente obligación de pago por el tercero tiene su origen fundamental en la Ley y su finalidad responde a la voluntad legal de no destinar fondos adscritos a la sanidad pública cuando las prestaciones sanitarias correspondientes están ya cubiertas por otros mecanismos, públicos o privados.

Se reitera por la doctrina jurisprudencial, que los gastos de asistencia sanitaria deben correr por cuenta de la aseguradora y no del sistema público, pues la solución contraria supondría dejar vacío de contenido el seguro concertado con las aseguradoras privadas, las cuales obtendrían un enriquecimiento injusto a costa de un tercero, al percibir la correspondiente prima o precio del contrato sin asumir a cambio ninguna contraprestación (SAP Sevilla 2/12/2005).

La limitación de reembolso en los supuestos de doble cobertura debe reducirse a los casos en los que se acude voluntariamente a la sanidad pública, pero no en aquellos supuestos en los que se acude bien por tratarse de una situación de urgencia o bien por ser derivado de un centro concertado de la entidad aseguradora por carecer de los medios humanos o materiales necesarios.

3. ASISTENCIA SANITARIA POR ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES.

De conformidad con lo establecido en el art. 115 del RD Legislativo 1/1994 de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo. Asimismo, se presumirá salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador al ir o al volver del trabajo, y las que tengan lugar durante el tiempo y en el lugar de trabajo.

Se entiende por enfermedad profesional, conforme al art. 116 del mismo cuerpo legal, la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado en las actividades que se especifiquen por las disposiciones de aplicación y desarrollo de la citada Ley.

Determinada la contingencia como accidente de trabajo o enfermedad profesional, el importe de las prestaciones sanitarias derivadas de dicha contingencia y facilitadas por la sanidad pública, deben ser abonadas por la Mutua Patronal de accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales con la que la empresa del trabajador (o trabajador autónomo, en su caso) tenga concertadas tales contingencias.

El problema fundamental de la facturación en este supuesto deriva de la falta de identificación de la contingencia por parte del servicio público de salud, por cuanto se atiende por éste como enfermedad común, en numerosos supuestos en los que en realidad se trata de Accidente de Trabajo o Enfermedad Profesional.

De conformidad con lo previsto en el Real Decreto 2766/1967 de 16 de noviembre por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, la asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional se prestará al trabajador de la manera más completa (art. 11) desde el momento en que se produzca el accidente o se diagnostique la enfermedad profesional y durante el tiempo que su estado patológico lo requiera (art. 12).

En aplicación de la normativa anterior, y atendiendo a su interpretación jurisprudencial, en las contingencias profesionales rige el **principio de**

reparación íntegra del daño causado por lo que la asistencia sanitaria ha de prestarse de la manera más completa (Sentencias del TS 24/1/12, 2 octubre 1995, entre otras muchas).

Conforme a lo anterior, los gastos de asistencia sanitaria derivada de AT o EP, prestada por el sistema público debe ser reembolsado por la Mutua correspondiente, y ello “*durante todo el tiempo que el estado patológico lo requiera*”.

Por tanto, la obligación de la prestación sanitaria con cargo a la Mutua subsiste hasta la total curación del accidentado o enfermo profesional, y ello sin perjuicio de que éste pueda acceder a la condición de pensionista de la Seguridad Social.

En este caso, el problema del reembolso de los gastos sanitarios deriva, no del impago de la facturación emitida por la asistencia prestada, sino todas aquellas prestaciones que se diluyen como enfermedad común.

4. SEGURO OBLIGATORIO DE LOS DEPORTISTAS FEDERADOS Y PROFESIONALES

En el supuesto de los deportistas federados, el seguro concertado no es un seguro voluntario sino un seguro obligatorio deportivo comprendido entre los seguros obligatorios especiales a los que se refiere el art. 83 de la LGS y Anexo IX del Real Decreto 1030/2006.

En este supuesto, si bien en principio parece clara la obligación de las aseguradoras de asumir los gastos de asistencia sanitaria, la negativa al reembolso de los mismos es consecuencia de la interpretación que las aseguradoras realizan del Art. 78 de la **Ley 14/1998, de 11 de junio del Deporte del País Vasco**, que prevé que la asistencia sanitaria de *primera instancia de carácter urgente* e inespecífica derivada de la práctica deportiva celebrada en la Comunidad Autónoma de Euskadi por los ciudadanos de la misma, cuyo aseguramiento obligatorio no esté previsto en el artículo 48 de esta Ley, será prestada por el sistema sanitario público.

A estos efectos se considera deportista a toda persona que practique algún deporte, aun cuando no esté federada o no participe en competiciones deportivas.

Al amparo de lo previsto en el art. 78 LDPV, las entidades aseguradoras con las que se ha concertado

el seguro obligatorio, deniegan el pago por englobar en la urgencia toda la asistencia sanitaria que el accidente deportivo conlleva. Sin embargo, ni el tenor literal del precepto señala tal extremo – asistencia sanitaria de *primera instancia de carácter urgente*–, ni es acorde con lo previsto en la normativa general que prevé como supuesto facturable los gastos de asistencia derivados del riesgo deportivo (SAP Murcia 25/5/99, SAP Albacete 4/5/99)

En los casos de deportistas federados, la entidad aseguradora de riesgo deportivo debe asumir los gastos de asistencia y si ésta es prestada por otras entidades, incluido el Servicio Público de Salud, los gastos deben ser satisfechos por la entidad con la que se ha suscrito el seguro especial.

La sanidad pública puede reclamar el coste de unas prestaciones sanitarias cuya cobertura tiene asumidas la aseguradora en contraprestación a la prima que recibe.

5. OTROS OBLIGADOS AL PAGO

El último apartado del Anexo IX del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, contiene una **cláusula de cierre que se refiere a “otros obligados al pago”** y en su apartado final a cualquier otro supuesto que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes.

La expresión “cualquier obligado al pago”, no queda limitada a la de tercero responsable causante de los daños, sino que, de modo más amplio, viene a significar, siempre que exista una persona o entidad que legal o reglamentariamente o por virtud de contrato o, incluso, por responsabilidad extracontractual, deba asumir el pago (AP A Coruña 20/9/01).

Cuando la norma legal se refiere a los supuestos en que aparezca un tercero obligado al pago, no limita el concepto de “tercero al obligado al pago” por ser causante del daño que produce la asistencia sanitaria y como no establece tal limitación, no hay razón legal para excluir de dicho concepto de tercero a cualquiera que por cualquier razón pudiera estar obligado a pagar la asistencia sanitaria, y cabe incluir tanto al que causó las lesiones como a quienes deban responder por el o a quienes aseguren directamente al lesionado el riesgo de tener que atender un gasto sanitario (AP Cádiz 3/10/01).

6. PROPUESTAS DE MEJORA

Conforme a la problemática expuesta en la presente comunicación, y tras la necesaria reflexión que el marco actual impone, se están estudiando las siguientes propuestas de mejora a implementar:

1. Revisión de los Convenios actuales y redacción de nuevos Convenios con aseguradoras privadas asistenciales, adoptando modelos como el suscrito por UNESPA con mecanismos propios de seguimiento y arbitraje, a fin de evitar la judicialización de las reclamaciones.

2. En los casos en los que la satisfacción extrajudicial no sea posible, se estudiará la vía judicial para obtener el reembolso de los gastos sanitarios cuya cobertura deba ser asumida por entidades aseguradoras, asistenciales o no, y no concurra ninguna circunstancia excluyente para el citado reembolso.

3. Vía de apremio

4. Asimismo, deben estudiarse mecanismos para el cobro electrónico directo, así como la búsqueda de recursos que faciliten el cobro desde las propias unidades de admisión de los Centros.

5. Y por supuesto, deviene indispensable una adecuada formación de todos los profesionales implicados, no sólo de las unidades de admisión, sino de todos aquellos que participan en el proceso asistencial, por entender que al margen de la facturación impagada, se produce una considerable falta de identificación de supuestos facturables.

7. CONCLUSIONES

Conforme a lo expuesto, no cabe sino concluir que los servicios públicos de salud pueden reclamar las prestaciones sanitarias por ellos efectuadas de cualquier tercero obligado al pago, siendo ésta expresión amplia que viene a indicar que, siempre que exista una persona o entidad que, legal o reglamentariamente o por virtud de contrato, - o incluso por responsabilidad extracontractual-, deba asumir el pago, subsiste la facultad de reclamación.

La falta de identificación de los supuestos en los que procede repercutir el coste a un tercero, conlleva una disminución de los ingresos que corresponde a

los servicios públicos de salud, y un enriquecimiento injusto de aquellas entidades que ofrecen determinadas prestaciones que luego realizan utilizando los recursos propios de la sanidad pública, sin satisfacer contraprestación alguna.

Atendiendo a la redacción actual de la ley, -estatal o autonómica-, a fin de obtener una aplicación homogénea por parte de todas las CCAA en el sistema de reembolso de los gastos sanitarios en los supuestos en que proceda, entendemos necesario de *lege ferenda*, una modificación de la norma que contenga un mandato imperativo, sustituyendo el carácter potestativo con el que se regula en la actualidad, al establecer que “*las AAPP (...) tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados*”.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Ley 14/1986 de 25 de abril General de Sanidad
- 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
- Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud
- Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación sanitaria de Euskadi
- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
- 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
- Real Decreto 2766/1967 de 16 de noviembre por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social
- Ley 14/1998, de 11 de junio del Deporte del País Vasco

LA MEDIACIÓN EN ODONTOLOGÍA A TRAVÉS DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES. A PROPÓSITO DE LA NUEVA LEY 5/2012

Perálvarez Aguilera, F.,

Vocal del Ilustre Colegio Oficial de Dentistas de Jaén

Delgado Muñoz, J.M.

Vocal del Ilustre Colegio Oficial de Dentistas de Jaén

López-Andrade Jurado, M.A.

Presidente del Ilustre Colegio Oficial de Dentistas de Jaén. Secretario del Comité Central de Ética del Consejo General de Dentistas de España

ÍNDICE

1. Introducción
2. Objetivos
3. Metodología
4. Resultados
5. Conclusiones
6. Bibliografía

RESUMEN

Introducción: La intervención de los Colegios Profesionales en conflictos de responsabilidad sanitaria se ha visto aumentada en los últimos años. **Objetivos:** 1. Determinar la naturaleza de reclamaciones interpuestas por pacientes o usuarios ante los Colegios Oficiales de Dentistas de Andalucía y; 2. Valorar el papel de los Colegios como instituciones de mediación. **Metodología:** Se realizó un análisis cualitativo de las memorias anuales de los ocho Colegios Oficiales de Dentistas de la Comunidad de Andalucía, analizando cuantitativamente a través de la Ventanilla Única de la Odontología, la naturaleza de las reclamaciones recibidas. Así mismo, se llevó a cabo un análisis del artículo 5 del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. **Resultados:** Los últimos datos del año 2010, indican un incremento de reclamaciones judiciales y extrajudiciales a profesionales sanitarios del ámbito odontológico. En la mayor parte de reclamaciones no judiciales, la intervención de los colegios con su mediación ha evitado que los asuntos lleguen a los tribunales. **Conclusiones:** 1. La mayoría de las reclamaciones no afectan a colegiados, sino a empresas y marcas. Siendo la causa de reclamación

aquellas cuestiones derivadas de la política empresarial y la insatisfacción de resultados profesionales, y no por presuntas infracciones del Código Ético y Deontológico por parte del colegiado; 2. Los Colegios Oficiales son una corporación de derecho público, con carácter representativo, que tienen entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, así queda reflejado en la Ley 10/2011, de 5 de diciembre, reguladora de los Colegios Profesionales de la Comunidad de Andalucía.

PALABRAS CLAVE

Extrajudicial, Mediación, Conciliación, Odontología, Colegios Profesionales, Responsabilidad Civil Médica

1. INTRODUCCIÓN

1.1 El paciente/usuario de servicios odontológicos vs conflictos de consumo.

En la jurisprudencia dictada en materia de responsabilidad civil médico-sanitaria, el cambio más importante de orientación lo ha constituido la aplicación del régimen de responsabilidad objetivo consagrado en el art. 28.2 de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en la actualidad párrafo segundo del art. 148 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

(TRLUCU) y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) a los servicios sanitarios prestados por las instituciones de este carácter.

Existe ya un criterio judicial asentado, uniforme y estable, que considera, como no podía ser de otra forma, al paciente como un verdadero usuario que utiliza unos servicios, incluidos entre los sanitarios a que hace referencia el art. 148, párrafo segundo, del TRLUCU, y que, por ende, se haya legitimado para exigir de la correspondiente organización o institución sanitaria una indemnización basada inicialmente en criterios de *responsabilidad objetiva*.

De la Ley de consumidores y usuarios se derivan acciones específicas de responsabilidad civil a favor del consumidor o usuario, directamente ejercitables por éste, que matizan y modifican determinados presupuestos del régimen común de responsabilidad subjetiva.

A los efectos del art. 2 del TRLUCU, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (art. 3 del TRLUCU), es decir, que intervienen con fines privados, contratando bienes o servicios como destinatarios finales. De esta manera, no cabe ninguna duda, de que el paciente, en cuanto persona física que utiliza unos servicios, en este caso, sanitarios y más concretamente odontológicos, reúne la condición de usuario, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los facilitan.

No obstante, en el art. 3 de la Ley 41/2002 se establece la diferenciación entre paciente y usuario, aunque desde nuestro punto de vista no nos parece adecuada, señalando que todo paciente es usuario de un servicio sanitario, aunque no todo usuario sea paciente. En el fondo de tal diferenciación subyace el intento del legislador de limitar el concepto de usuario extraído de la Ley de Consumidores y Usuarios, y del que se hizo eco la Ley General de Sanidad del año 1986, con las implicaciones e importantes consecuencias que de ello se han derivado.

De esta manera, la evolución del estatuto del paciente, que ha pasado de ser sujeto tutelado por la figura del médico paternalista a sujeto autónomo en sus decisiones y acreedor de una completa información asistencial, ha supuesto un aumento espectacular de los procesos judiciales emprendidos contra profesionales en demanda de una declaración de res-

pensabilidad por resultados adversos relacionados con un tratamiento sanitario.

Estamos de acuerdo en que la judicialización de los conflictos sanitarios en materia odontológica, derivados de las reclamaciones de los pacientes contra los profesionales de la sanidad (fundamentalmente privada) está comenzando a traducirse en un menoscabo y desprestigio de la credibilidad de los facultativos y de la administración, y en un peligroso círculo, que acaba con altos costes causados por la práctica de la medicina defensiva y pólizas de seguros de responsabilidad civil.

1.2 Vías de resolución de conflictos de responsabilidad sanitaria. Aplicación en materia de consumo.

Cuando surge un problema de responsabilidad médica existen dos caminos para la reparación:

a) La vía judicial, por agravio, de la cual en modo alguno puede prescindirse, ya que en todo caso marca los criterios, tendencias y pautas a seguir, y por otra parte, asegura que se observen los preceptos legales, inviolables de la responsabilidad civil y penal.

La vía civil es el orden jurisdiccional competente para los profesionales y centros de la sanidad privada y, la vía contencioso-administrativa es la única vía posible para exigir responsabilidad por los daños ocasionados por profesionales sanitarios al servicio de la Administración Sanitaria (art.2.e de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, LJCA), sin que éstos puedan ser personalmente demandados ante un Tribunal Civil (145.1 LRJ-PAC) y sin perjuicio de que la Administración, que responde por el personal a su servicio de forma directa, pueda dirigirse posteriormente contra ellos en el caso de que su actuación se haya llevado a cabo con dolo o negligencia grave.

En el campo odontológico que nos concierne y, por ende al personal facultativo colegiado en sus respectivos Colegios Profesionales, el orden jurisdiccional civil, ante el que deben ser demandados los profesionales de la odontología privada como única alternativa al orden Penal, no está exenta de problemas. Tenemos que unir a la tradicional lentitud de los procesos civiles ordinarios, el hecho de que el seguro de responsabilidad

civil impuesto de forma obligatoria como requisito para el ejercicio de la sanidad privada por la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (LOPS), no es capaz de actuar como mecanismo de socialización del riesgo.

b) Una vía extrajudicial, que busca fórmulas que puedan ser menos traumatizantes para el facultativo y a ser posible, mas beneficiosas y útiles para los perjudicados, métodos más elásticos, sin la rigidez de la ley y de la norma y, que respetando a ésta, estén basadas en explicar, comprender, admitir, y hablar, así como compensar e indemnizar, luchando contra un círculo cerrado. Ya que un mal resultado, conlleva el descrédito y posible indemnización personal, lo que nos conduce a una medicina defensiva con más exploraciones, más desviación de enfermos y rechazo de enfermos de riesgo, más listas de espera, más encarecimiento de la medicina, desviación de recursos necesarios para otras asistencias, etc., lo que se aproxima o a veces es mala praxis en sí y cierra un círculo que a toda costa se ha de romper. Con esta vía se pretende garantizar las indemnizaciones de modo más ágil y satisfactorio y amparar a los profesionales sanitarios:

- Actúa de manera rápida y menos burocrática.
- Procura discreción y secreto en las actuaciones, con lo que se trata de evitar el descrédito del facultativo y en general de la medicina.
- Indemniza el mayor número de casos posibles.
- Da mayor facilidad y posibilidad de adoptar nuevas posiciones o aptitudes en un momento determinado.
- Logra mayor comprensión para los perjudicados, con más explicaciones e información sobre los derechos de una y otra parte.
- Posibilita mayor agilidad y elasticidad para la evaluación de las indemnizaciones.
- Abarata los costes.

Es una vía más a seguir que descarga secundariamente a los Juzgados y no interfiere con la vía judicial, pues esta otra vía siempre es voluntaria. Son muchas y diversas las formas en que un paciente/usuario puede articular su exigencia de responsabilidad por vía extrajudicial⁶, pero no son menos peligrosas que si de una reclamación judicial se tratara, pues en esta primera fase y el rigor con el que se trate dependerá que la reclamación acabe o no en los Tribunales. En el ámbito de responsabilidad sanitaria cada día crece más la conflictividad y es en este camino en el

que las fórmulas de solución extrajudicial se presentan como la alternativa idónea.

Con la reciente aprobación de la Ley 5/2012, de 5 de marzo, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles* ("Decreto-ley de Mediación"), que incorpora al derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, la mediación se ha convertido en tema de moda en ámbitos jurídicos y no jurídicos (educativos, comerciales, políticos...) en nuestro país. La estadísticas indican que en países donde la mediación es un sistema muy institucionalizado de resolución de conflictos, el porcentaje de utilización de esta vía aumenta día a día en detrimento de la vía judicial.

En el ámbito de los conflictos de consumo, son diversas las razones (psicológicas, defectos de información jurídica del consumidor y los costes) del proceso judicial, las que determinan, que el consumidor se abstenga de ejercitar por esta vía sus derechos o acciones protectoras de sus intereses legítimos, renunciando a exigir al profesional o empresario con el que ha contratado la prestación de servicios. Consciente de esta situación, el legislador ha intentado dotar al consumidor de mecanismos e instituciones a través de los que canalizar las pretensiones legítimas del paciente o usuario. De esta manera, destaca la provisión de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos de consumo y, en particular la mediación.

Las Administraciones Públicas han fomentado la mediación como técnica de resolución de los conflictos, y así se contempla en el Estatuto de Autonomía de Andalucía (aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, donde se atribuyen a esta Comunidad Autónoma las competencias exclusivas en materia de "*defensa de los derechos de los consumidores, la regulación de los procedimientos de mediación, información y educación en el consumo y la aplicación de reclamaciones*" (art. 58.2.4º). Además, se establece que "*la Junta de Andalucía puede establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia*" (art. 150.2).

A raíz de la directiva comunitaria 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior se aprobaron en España dos le-

yes, La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida coloquialmente como Ley Paraguas); y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida como Ley Ómnibus). El objetivo de estas leyes radica en adaptar el sector servicios a la regulación europea.

En orden a garantizar la protección de los legítimos intereses de los consumidores, la Recomendación 1998/257/CE, de 30 de marzo, sobre principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los conflictos en materia de consumo, dirigida a todos los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios de consumo, y a los Estados miembros cuando participen en ellos, la Comisión de la Comunidad Europea estima necesario establecer a escala comunitaria principios mínimos sobre la creación y el funcionamiento de procedimientos extrajudiciales en materia de consumo. Así, todo órgano existente o que pueda crearse en alguno de los Estados miembros y que tenga como competencia la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, debe respetar los siguientes principios:

Primero: Principio de independencia, de forma que se garantice la imparcialidad de su acción.

Segundo: Principio de transparencia, de manera que adopte las medidas convenientes para garantizar la transparencia del procedimiento.

Tercero: Principio de contradicción, en el cual el procedimiento debe implicar la posibilidad de que todas las partes interesadas den a conocer su punto de vista a la institución competente y que tenga conocimiento de todas las posturas y de todos los hechos expuestos por la otra parte, así como, de las declaraciones de los expertos.

Cuarto: Principio de eficacia, que debe estar asegurada por las medidas que garanticen el acceso al consumidor al procedimiento, sin estar obligado a utilizar un representante legal, la gratuidad del procedimiento o la fijación de costes moderados, la fijación de plazos cortos entre la consulta presentada ante el órgano y la toma de la decisión y la atribución de un papel activo al órgano competente, que

le permita tener en cuenta todo elemento útil para la solución de la reclamación.

Quinto: Principio de legalidad, en el cual, la decisión del órgano no podrá tener como resultado privar al consumidor de la protección que le garantiza las disposiciones imperativas de la ley del Estado en el que está establecido el órgano.

Sexto: Principio de libertad, donde la decisión del órgano sólo podrá ser obligatorio por las partes cuando éstas hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado expresamente. La adhesión del consumidor al procedimiento extrajudicial no podrá ser resultado de un compromiso anterior al surgimiento de un desacuerdo, cuando dicho compromiso tenga por efecto privar la consumidor de su derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para la solución judicial de la reclamación.

Séptimo: Principio de representación, no podrá privar a las partes del derecho de representación por un tercero en todas las etapas del procedimiento.

1.3 Mecanismos extrajudiciales en conflictos sanitarios.

En primer lugar, tenemos en cuenta que como personal sanitario debemos apostar por el correcto funcionamiento tanto de la sanidad pública como privada, evitando la judicialización de los conflictos sanitarios derivados de las reclamaciones.

Cuando hablamos de resoluciones extrajudiciales en consumo, referentes a conflictos derivados de la prestación de servicios, debemos diferenciar supuestos muy variados como son: reclamaciones de daños de pacientes contra médicos basadas en error o contravención de la *lex artis*; reclamaciones de médicos contra otros médicos basadas en intrusismo o competencia desleal, publicidad sanitaria prohibida o engañosa; reclamaciones de facultativos contra terceros, etc.

Actualmente no existe en la ley un arbitraje específico en materia sanitaria. Sin embargo, debemos de tener en cuenta, que el éxito de un mecanismo extrajudicial no depende tanto de su regulación en el plano normativo como de su aceptación en el ámbito cultural de la sociedad y el sector en el que se inserta.

Entendiéndose que un conflicto que tenga su origen en una prestación sanitaria deficiente, podrá re-

solverse, en vía arbitral, de conformidad con la normativa general de la Ley 60/2003. De esta manera un paciente de una actividad médica tiene la consideración de usuario (así se deduce del art. 148 del TRLC) y, el prestador de servicios médicos como empresario, no existe obstáculo que impida que el conflicto se resuelva mediante el arbitraje de consumo. Esto es así, en determinadas circunstancias donde es aplicable.

Si analizamos el sistema de arbitraje regulado en la Ley 60/2003 y, en particular, si la responsabilidad civil médica es susceptible de arbitraje, nos indica que son susceptible de arbitraje “las controversias sobre materias de libre disposición conforme al derecho (art. 2.1 Ley de Arbitraje), por lo que entendemos que la indemnización que se deriva de una mala praxis médica es una materia de libre disposición y, cabe la aplicación de dicha Ley.

1.4 Aplicabilidad del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el se regula el Sistema Arbitral de Consumo (RDAC).

Este decreto, no contiene una definición de arbitraje, únicamente establece su finalidad (art. 2.1). Pero es el arbitraje un mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos, en el cual, el paciente/usuario y el facultativo (empresario) que le presta el servicio, se someten a una decisión de un colegio arbitral, designado por la Administración.

Las controversias jurídicas que pueden someterse a este RDAC entran dentro de dos ámbitos de aplicación cuando hablamos de responsabilidad civil médica:

-Ámbito de aplicación subjetivo, en el que una parte el empresario que presta sus servicios y, de otra el consumidor, ya que el paciente que recibe los servicios médicos privados puede jurídicamente ser calificado como usuario, de conformidad con el artículo 3 del TRLC² (Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas de protección del consumidor, aprobado por RD Ley 1/2007), tal y como se desprende del art. 148 del mismo texto. Aquí se excluye a la sanidad pública responsable patrimonialmente.

-Ámbito de aplicación objetiva, siendo susceptibles de arbitraje “las controversias sobre materias de libre disposición conforme al derecho” (arts. 2.1 LA y 2.1 RDAC). Según el art. 2.2

RDAC está excluida “la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos”, es decir, la responsabilidad civil derivada de la intoxicación, lesión, muerte o de los hechos que constituyen indicios racionales de delito. Siendo esta norma un obstáculo para que la mayoría de los supuestos de responsabilidad civil médica pueden resolverse mediante arbitraje en materia de consumo. Por lo tanto, cuando es evidente que hay una *lesión* corporal, ello excluye la posible petición de indemnización por vía arbitral de consumo. Pero es posible admitir en el sistema arbitral una gran parte de los supuestos que hoy se enjuician como daños directamente derivados de la actividad médica y que en realidad responden a supuestos de mala praxis por falta de información asistencial que se traducen en una pérdida de oportunidad para el paciente. Esto se traduce en la imposibilidad de probar el nexo causal entre la falta de información y subsiguiente prestación de válido consentimiento informado al tratamiento, y la remota posibilidad de que el paciente hubiera optado por rechazar el tratamiento, (finalmente lesivo, pero correctamente aplicado) o por recibir uno distinto, lleva a la doctrina más autorizada, así como a la jurisprudencia más reciente a entender, que lo que se indemniza en estos supuestos es la pérdida de la posibilidad de optar como expresión de la autonomía personal. En los casos en los que la reclamación que se plantea, sea distinta de la reclamación de daños y perjuicios por mala praxis médica, el arbitraje de consumo sí funciona. Por otro lado, el arbitraje resuelve controversias que tienen un origen contractual, es decir, que derivan de un incumplimiento de un contrato, en particular, los daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento. Ahora bien, cabe señalar que la relación de consumo se define por su origen contractual, por lo que no cabe reclamación de daños extracontractuales por la vía del arbitraje de consumo.

1.5. Aplicación de la Ley 10/2011, de 15 de diciembre, Reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía dispone en el artículo 79.3.b) que corresponde a la Comunidad Autónoma, en lo no afectado por el artículo 149.1.18.^a de la Constitución, la competencia exclusiva sobre colegios profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas, de acuerdo con el artículo 36 de la Constitución y con la legislación del Estado.

Así, el 15 de diciembre de 2011 fue aprobada la Ley 10/2011 por la que se modifica la Ley 10/2003, de 6 de noviembre, Reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía, y la Ley 6/1995, de 29 de diciembre, de Consejos Andaluces de Colegios Profesionales.

En el artículo primero se concretan las modificaciones que afectan a la Ley 10/2003, medidas que van dirigidas al refuerzo de las garantías de las personas colegiadas, las personas consumidoras y usuarios de los servicios profesionales, a la consecución de transparencia en la información que ofrecen los colegios profesionales y a la supresión de trabas administrativas no justificadas en el trámite de colegiación en estas corporaciones.

El punto cinco del citado artículo, nos indica que el artículo 17 de la Ley 10/2003 se modifica quedando establecidos los fines de los Colegios Profesionales de la siguiente manera:

Artículo 17. Fines.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, y sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional, estatutario o laboral, son fines esenciales de las corporaciones colegiales:

d) La protección de los intereses de las personas consumidoras y usuarias de los servicios de sus personas colegiadas, sin perjuicio de las competencias que correspondan, en defensa de aquella, a la Administración competente en materia de consumo y a las organizaciones de consumidores y usuarios legitimadas y capacitadas por la legislación de defensa y protección de los consumidores y por la normativa del orden jurisdiccional.

En el punto seis, el apartado 2 del artículo 18 queda redactado de la siguiente manera:

1. Son funciones de los colegios profesionales:

ñ) Intervenir como mediador y en procedimientos de arbitraje en los conflictos que por motivos profesionales se susciten entre las personas colegiadas, entre las personas colegiadas y los ciudadanos, y entre estos, cuando lo decidan libremente; todo ello de acuerdo con la normativa estatal vigente en materia de arbitraje.

1.6 Sistema Defensor del Paciente Odontológico.

El Consejo General de Odontólogos y Estomatólogos de España es el órgano ejecutivo de la Organización Colegial de Dentistas. Actualmente representa a los 36 Colegios Oficiales, 16 Juntas Provinciales, y 3 Consejos Interautonómicos de Dentistas (odontólogos y médicos estomatólogos). Entre sus competencias destacan: la coordinación de la política general de la Organización Colegial, la defensa nacional e internacional e la profesión, el perfeccionamiento y regulación de la actividad profesional; la promoción del derecho a la salud odontológica y estomatognática de los españoles y; la elaboración, desarrollo y actualización de los Códigos Éticos y Deontológicos estatales de la profesión, así como la promoción social, científica, cultural y laboral de la Odontología y Estomatología. El Consejo creó en el año 2009, el Sistema Defensor del Paciente Odontológico (SIDEPO), de carácter nacional. Éste es el primer mecanismo de mediación y peritaje que se crea por la Organización Colegial de Dentistas de España, con actuación independiente a dicha Organización. Este Sistema responde a la obligación de contar con un servicio de atención de quejas de usuarios y colegiados, según recoge la Ley 25/2009.

El SIDEPO permite ofrecer a la sociedad un órgano mediador, asesor, consultivo y de peritaje que pueda actuar en caso de posibles conflictos entre pacientes/usuarios de tratamiento bucodentales y los profesiones que los realizan. Este sistema supone un avance, ya que hasta su creación, no todos los Colegios profesionales prestaban servicios de mediación y peritaje, por lo que acceder a este tipo de prestaciones podía constituir una de las mayores dificultades con las que se encontraba el paciente/usuario odontológico. De esta manera, la creación de este sistema garantiza que el 100% de la población tiene acceso a un sistema de mediación independiente y neutral.

La única salvedad de reclamaciones que no serán estudiadas por el SIDEPO serán aquéllas que deriven de presuntas infracciones ético-deontológicas, que competan con carácter exclusivo a la potestad disciplinaria de los Colegios Oficiales.

La mediación del SIDEPO se lleva a cabo en aquellos casos de conflicto que se puedan generar por los servicios o tratamientos relacionados con la prevención, protección o la rehabilitación de la salud bucodental que se hayan prestado en España por cualquier dentista colegiado en Colegios de Odontólogos y Estomatólogos o en un Colegio de Médicos.

Así mismo, las actuaciones propias del Sistema son gratuitas y atienden tanto las quejas y reclamaciones, como las sugerencias y observaciones que sean planteadas por pacientes/usuarios, dentistas (odontólogos y médicos estomatólogos), clínicas y los propios Colegios Profesionales. No así, las intervenciones externas de expertos ante los Juzgados o los Tribunales, corren a cargo de las partes involucradas, así como tendrán coste, los testimonios del Sistema Defensor, las copias de las actas, o los informes facultativos para uso en juicio.

El Sistema Defensor actúa recabando documentos y materiales de prueba a las partes involucradas, y si lo precisa, dictámenes técnicos de expertos y documentos facultativos de terceros. De esta manera, redacta un informe y realiza las funciones de mediación que proceda. En caso de no llegar a un acuerdo, se entrega a las partes involucradas un informe final donde se recogen las conclusiones de la mediación. Siendo este informe realizado con libertad, neutralidad, desinterés, autonomía e independencia y podrá ser utilizado ante los Tribunales.

Entre su composición destacan Órganos Territoriales, que actúan autónomamente y según los criterios estatutarios del Sistema. Dispone de un Órgano Estatal, que atiende los ámbitos geográficos donde no exista un Órgano Territorial, así como las peticiones que expresamente y de forma voluntaria le deleguen los Órganos Territoriales. Igualmente, el Órgano Estatal puede colaborar con instituciones que realicen funciones similares a las del Sistema Defensor con el fin de dar un mejor servicio.

1.7 Entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La nueva Ley de Mediación⁷ constituye un elemento de nuestro sistema judicial que contribuye a recuperar el papel del individuo como sujeto de las relaciones jurídicas de nuestra sociedad. Con esta Ley permitimos institucionalizar el diálogo y la razón entre individuos como mecanismo de resolución de conflictos.

La mediación, como avala su práctica en otros países de la Unión Europea, puede ser un mecanismo de resolución de conflictos más eficaz, ágil, flexible y menos costoso que la jurisdicción ordinaria o el arbitraje.

La característica fundamental de este nuevo sistema es que no existe ninguna materia, de naturaleza

civil o mercantil, en la que el sometimiento a la mediación sea obligatorio. Se modifica lo previsto en anteproyectos de Ley en los que, para algunos asuntos que por razones de cuantía, debían ser tramitados por cauces del juicio verbal, se obligaba a las partes a acudir previamente a un proceso de mediación.

Las partes que acuden a la mediación lo hacen libremente, y también lo son para poner fin al procedimiento en cualquier momento sin necesidad de llegar a un acuerdo.

Se basa en tres ejes:

1. La mediación es un proceso voluntario y de libre decisión de las partes de intentar alcanzar un acuerdo ante un conflicto a través de la intervención de una tercera persona, “mediador”. Esta figura debe contar con formación adecuada y específica para su ejercicio (actividad impartida por instituciones acreditadas), así como deberán suscribir un seguro para cubrir la eventual responsabilidad derivada de su actuación.
2. Deslegalización del proceso. Establece las bases facilitando la tramitación y corta duración en el tiempo y da a las partes flexibilidad para amoldar la tramitación del proceso a sus necesidades. Da un carácter confidencial al proceso, impidiendo con carácter general a los mediadores y a todo aquél que participe en el proceso, declara o aportara documentación en un posterior procedimiento judicial sobre la información obtenida durante el proceso de mediación.
3. Ejecutividad del acuerdo siempre y cuando se eleve a escritura pública, para lo que el Notario deberá previamente verificar la conformidad a derecho del acuerdo obtenido en la mediación.

En su art. 5, el Real Decreto-ley nos indica en el punto primero que tiene consideración de institución de mediación “*aquellas entidades públicas o privadas y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores*”. Entendiendo en esta definición que un Colegio Profesional puede actuar como institución de mediación. Aunque desde nuestro punto de vista el papel de los Colegios Profesionales es más conciliador que mediador.

La Comisión Nacional de la Competencia (CNC) realizó una valoración sobre la liberalización de los

Colegios Profesionales y la transposición de la Directiva de Servicios, que según recoge la Ley Omnibus reconoce la importancia de los colegios profesionales, no solo al servicio de los colegiados, sino también de la sociedad en general y de los consumidores en particular.

El informe de la CNC no acepta bien las características de los Colegios como corporaciones de derecho público, que tienen funciones atribuidas por la Ley y que cumplen un papel social como órganos intermedios entre las Administraciones públicas y los ciudadanos. Entendiendo esta Comisión que los Colegios son entidades comerciales compitiendo con otras sin atender a que tienen también otras naturalezas protectoras de los derechos ciudadanos.

Los Colegios Profesionales ofrecen garantía de formación técnica profesional permanente; la ordenación del ejercicio profesional favorecedora de la igualdad y de la propia competencia; la deontología profesional; el respecto a los Derechos Humanos, la salud y seguridad de las personas; el fomento y la protección del medio ambiente en la prestación de servicios profesionales.; actualización permanente de los conocimientos científicos y éticos de la profesión.

Los Colegios de Dentistas son unas Corporaciones de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, que se rigen por la Ley de Colegios Profesionales y por sus Estatutos. Tienen como fin fundamental velar por los derechos y los intereses de la sociedad y de sus colegiados. Así lo pone de manifestó la Ley 10/2011, de 5 de diciembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía.

La clave fundamental para que la mediación en España se consolide será una buena formación de los mediadores y el impulso adecuado por parte de las instituciones y los profesionales del derecho.

La función que han venido realizando los Colegios Oficiales, bien puede asemejarse a un sistema de conciliación más que de mediación, entendiendo conciliación como un proceso en el que las partes, con intervención de un tercero, intentan aproximar sus puntos de vista con objeto de ofrecer una solución al litigio que tienen planteado. La función del conciliador, no es resolver las diferencias, sino componer y ajustar el ánimo de quienes se encuentran enfrentados y mantienen posiciones contrarias, sin que se le atribuyan facultades para imponer decisión alguna a las partes en conflicto. En la propia Ley Procesal

Civil, con carácter general, se contempla la conciliación ante los órganos jurisdiccionales (arts. 428.2 y 771) y era objeto de una regulación pormenorizada en el decaído Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de junio de 2007. La persona designada como conciliador tiene una postura activa y ejecutiva, pues incita a las partes a llegar a un acuerdo y vela para que éste se ciña a la legalidad vigente.

El art. 12.1 del RD 231/2008, de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo¹⁵ prevé que el órgano arbitral que dirige el procedimiento de arbitraje pueda instar a las partes a la conciliación.

Con fecha 24 de mayo de 2012, se ha publicado un estudio que indica que el número de reclamaciones de responsabilidad civil a médicos y dentistas se ha duplicado durante este periodo de crisis. En concreto, el estudio, que se ha llevado a cabo entre 26.000 profesionales médicos, muestra que mientras que en 2007 se abrieron un total de 352 siniestros, en 2011 se alcanzó la cifra de 660 siniestros. De todas las especialidades médicas, la más demandada en porcentaje de reclamaciones es neurocirugía, seguida de odontoestomatología, obstetricia y traumatología. Este mismo estudio, nos revela que las reclamaciones que un médico puede recibir a lo largo de su vida laboral, han aumentado desde el 1,45 por ciento en 2007 al 2,61 por ciento en 2011. Por otro lado, el estudio muestra que el 45% de estos siniestros se judicializan y, de éstos, el 75% tiene una resolución favorable para los médicos y odontólogos; el 20% una estimación parcial y sólo el 5% una resolución desfavorable.

2. OBJETIVOS

Los objetivos planteados en el presente estudio fueron:

1. Determinar la naturaleza de las reclamaciones interpuestas ante los Colegios Oficiales de Dentistas de Andalucía.
2. Valorar el papel de los Colegios como instituciones de mediación.

3. METODOLOGÍA

Realizamos un estudio mediante análisis cualitativo de los datos contenidos en las memorias anuales disponibles de los ocho Colegios Oficiales de Dentis-

tas de la Comunidad de Andalucía, esto es, los correspondientes a las ocho provincias de la Comunidad, respecto a quejas o reclamaciones de pacientes por tratamientos recibidos en clínicas ubicadas en la demarcación de la Comunidad.

En primer lugar, se analizó cuantitativamente, con los datos disponibles del último ejercicio 2010, el número de reclamaciones recibidas en cada Colegio Profesional, bien a través de la Oficina de Atención al Consumidor, bien a través del Sistema del Defensor del Paciente Odontológico. Posteriormente se analizó la naturaleza de las reclamaciones recibidas.

A través del portal de la Ventanilla Única de la Odontología, disponible en <https://pro.edentista.es/vup/index.jsp> el Consejo General de Odontólogos y Estomatólogos de España pone a disposición de los españoles un servicio que cubre el cumplimiento de los requisitos y obligaciones exigidos tanto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, como la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

De las ocho provincias, Jaén, Cádiz y Almería se encuentran adheridas al Sistema Defensor del Paciente Odontológico. El resto entiende que este nuevo sistema no está de acuerdo a sus estatutos, ya que cada Colegio Profesional dispone de un sistema de mediación a través de la Comisión Ética y Deontológica, encontrando al SIDEPO un sistema que no solo duplica el trabajo tras recibir la queja o reclamación ya que no resuelve, sino que reenvía los asuntos a los Colegios para que estos resuelvan la reclamación.

Se realizó una tabla donde se recogieron los siguientes datos:

- Número de colegiados.
- Número de reclamaciones de Pacientes.
- Número de reclamaciones de Otros.
- Número de reclamaciones Estimadas en Expediente Sancionador.
- Número de reclamaciones Estimadas en Información Previa.
- Número de reclamaciones Archivadas por Falta de Acuerdo.
- Número de reclamaciones Archivadas por Otros Motivos.
- Porcentaje de Colegiados.
- Porcentaje de Reclamaciones.

- Número de reclamaciones a Dentistas.
- Número de reclamaciones a Empresas Policlínicas.

Se analizaron los artículos 1 y 13 de los Estatutos que rigen a un Colegio Oficial de Dentistas en la Comunidad de Andalucía.

ARTÍCULO 1. Naturaleza jurídica

El Colegio Oficial de Dentistas de Jaén, en adelante el Colegio, es una Corporación de Derecho Público, con personalidad jurídica propia e independiente, gozando de plena capacidad para el cumplimiento de sus fines y funciones.

ARTÍCULO 13. Son funciones del Colegio:

1. *La elaboración de cartas de servicios a la ciudadanía, para la información pública de los servicios que prestan, así como de los derechos en relación a los mismos.*
2. *Ofrecer información sobre el contenido de la profesión y los colegiados inscritos, respetando lo establecido en la normativa sobre protección de datos de carácter personal.*
3. *Aprobar sus estatutos y reglamentos de régimen interior, así como sus modificaciones.*
4. *Ostentar, en su ámbito, la representación y defensa de la profesión ante la Administración, Instituciones, Tribunales, Entidades y particulares, con legitimación para ser parte en cuantos litigios afecten a los intereses profesionales en general o de cualquiera en particular, todo ello conforme a la legislación vigente.*
5. *Ordenar, en el ámbito de sus competencias, la actividad profesional, elaborando las normas deontológicas comunes a la profesión respectiva.*
6. *La adopción de las medidas necesarias para promover entre las personas colegiadas el deber de aseguramiento, así como facilitarles su cumplimiento.*
7. *Ejercer el derecho de petición conforme a la Ley.*
8. *Organizar actividades y servicios comunes de carácter profesional, cultural, asistencial, social, de previsión y análogos, de interés para los colegiados y la sociedad en general.*
9. *Elaborar y aprobar los presupuestos anuales de ingresos y gastos, así como sus cuentas y liquidaciones.*
10. *Establecer y exigir las aportaciones económicas tanto ordinarias como extraordinarias de los colegiados.*

11. Encargarse del cobro de las percepciones, remuneraciones y honorarios profesionales cuando el colegiado lo solicite libre y expresamente, en el caso de que el Colegio tenga creado el servicio adecuado y en las condiciones que se determine por la Junta de Gobierno.

12. Llevar un registro actualizado de todos los colegiados en el que conste, al menos, copia testimoniada por el Secretario o testimonio auténtico del título Académico Oficial, la fecha de alta en el colegio, el domicilio profesional y de residencia, la firma actualizada y cuantas circunstancias afecten a su habilitación para el ejercicio profesional. Igualmente se deberá llevar un registro de las sociedades profesionales constituidas y/o adaptadas conforme a los requisitos exigidos en la Ley 2/2007, de 15 de marzo.

13. Establecer baremos de honorarios que tendrán carácter meramente orientativo.

14. Informar en los procedimientos administrativos o judiciales, cuando sea requerido para ello o cuando se prevea su intervención con arreglo a la legislación vigente.

15. Facilitar a los órganos jurisdiccionales y a las Administraciones públicas, de conformidad con las leyes, la relación de los colegiados que pueden ser requeridos para intervenir como peritos, o designarlos directamente; dicha relación comprenderá, así mismo, a los profesionales que intervendrán, previo requerimiento, en procedimientos de justicia gratuita.

16. Proponer y, en su caso, adoptar las medidas necesarias para evitar el intrusismo profesional, la competencia desleal y la publicidad ilícita o engañosa, ejercitando al respecto las acciones legales pertinentes.

17. Intervenir, en procedimientos de mediación, arbitraje y conciliación, así como en los conflictos que por motivos profesionales, se susciten entre los colegiados, entre los colegiados y los ciudadanos, y entre estos cuando lo decidan libremente, todo ello de acuerdo con la normativa vigente en materia de arbitraje o las normas particulares aprobadas por el Colegio.

18. El perfeccionamiento de la actividad profesional y la formación permanente de los colegiados, pudiendo crear secciones o comisiones científicas.

19. Ejercer, en el orden profesional y colegial, la potestad disciplinaria sobre los colegiados en los términos previstos en Ley 10/2003 reguladora de los colegios profesionales en Andalucía, en los estatutos de la profesión y en sus propios estatutos.

20. Participar en los órganos consultivos de la Administración, cuando sea preceptivo o ésta lo requiera.

21. Informar los proyectos normativos de la Comunidad Autónoma sobre las condiciones generales del ejercicio profesional o que afecten directamente a los Colegios Profesionales, sin perjuicio de las competencias del Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Dentistas en esta materia.

22. Ejercer cuantas competencias administrativas les sean atribuidas legalmente, así como colaborar con la Administración y sus organismos dependientes mediante la realización de estudios o emisión de informes, así como en el control de las situaciones de los colegiados que por su condición de empleados públicos a su servicio, pudieran verse afectados por causa de incompatibilidad.

23. Cumplir y hacer cumplir a los colegiados las leyes generales y especiales y los estatutos colegiales y reglamentos de régimen interior, así como los acuerdos adoptados por los órganos colegiales en materia de su competencia.

24. Aquellas que se les atribuya por otras normas de rango legal o reglamentario, les sean delegadas por las Administraciones Públicas o se deriven de convenios de colaboración conforme a lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento de Colegios Profesionales de Andalucía.

25. Colaborar con la Universidad en la elaboración de los planes de estudio de odontología, sin menoscabo del principio de autonomía universitaria.

26. Suscribir acuerdos y convenios con instituciones públicas y privadas en interés del Colegio y sus colegiados.

27 En general, cuantas se encaminen al cumplimiento de los fines asignados a los colegios profesionales.

4. RESULTADOS

Durante el año 2010 sigue en incremento el número de reclamaciones judiciales y extrajudiciales a profesionales sanitarios del ámbito odontológico.

Son excepcionales las cuestiones motivadas por infracciones o presuntas infracciones del Código Ético y Deontológico, mientras que la inmensa mayoría constituyen insatisfacciones de resultados profesionales.

Tabla1. Número de reclamaciones por Colegio Oficial de Dentistas de Andalucía.

	Nº de Colegiados	Nº de Reclamaciones de Pacientes	Nº de Reclamaciones de Otros	Nº de Reclamaciones Estimadas en Exp. Sancionador	Nº de Reclamaciones Estimadas en Información Previa	Nº de Reclamaciones Archivadas por Falta de Acuerdo	Nº de Reclamaciones Archivadas por Otros Motivos	% Colegiados	% Reclamaciones	Nº de Reclamaciones Dentistas	Nº de Reclamaciones Policlínicas
ALMERÍA	293	140	0	0	21	0	119	6,37	32,71	21	119
CÁDIZ	588	31	0	0	31	0	2	12,78	7,24	-	-
CÓRDOBA	351	16	11	0	27	0	27	7,64	3,74	-	-
GRANADA	601	31	0	0	31	0	0	13,07	7,24	12	19
HUELVA	212	7	0	0	1	0	6	4,61	1,64	6	1
JAÉN	302	16	0	5	11	0	16	6,57	3,74	7	9
MÁLAGA	1005	80	0	0	71	53	13	21,85	18,69	27	53
SEVILLA	1247	117	3	0	12	32	4	27,11	25,00	-	-
TOTAL	4599	438	14	5	205	85	187	100%	100%		

Asimismo, se ha podido constatar que la mayoría de quejas y reclamaciones no afectan a colegiados, sino a empresas y marcas, y están motivadas por cuestiones derivadas de la política empresarial y no por actuaciones profesionales individuales de profesionales colegiados.

Los resultados se exponen en la tabla (Tabla 1).

5. CONCLUSIONES

Desde nuestro punto de vista, la conciliación y mediación son suficientes para la resolución extrajudicial de responsabilidad sanitaria y no ofrecen más que ventajas. Entendiendo que, si los problemas no pueden solucionarse por ésta vía, el arbitraje será más complicado y, será la vía judicial la que resuelva el litigio.

Con este nuevo sistema de mediación, aumenta la tendencia a desviarse a criterios de responsabilidad objetiva, aunque algo matizada y regulada, imponiendo cada vez con más fuerza el criterio de la responsabilidad sin falta. De manera que existe una amplia gama de posibilidades, y el paciente/usuario víctima de daños sanitarios debe ser indemnizado, independientemente de que haya existido falta o ne-

gligencia. Entendiendo que la razón para indemnizar sería la causa en vez de la falta, con lo que preveemos un mayor número de casos indemnizables, por lo que el coste sería mucho mayor y, repercutiría en la prima del seguro de responsabilidad civil que los profesionales tienen con las aseguradoras.

Creemos que es un sistema que representa un avance evidente del progreso social, donde las relaciones del profesional facultativo-paciente fluyan y exista una mutua comprensión, de que el profesional no desea ningún perjuicio para su paciente, y en caso de surgir un resultado negativo en el ejercicio profesional, están ambas partes dispuestas a reparar el daño causado, sin menoscabo de la honorabilidad del facultativo ni del paciente.

La figura del mediador dentro de los Colegios Profesionales puede inducir a la sociedad y a los medios de comunicación a desconfiar de ella, por sospechas de corporativismo profesional. Pero es indudable el prestigio y la constancia de su atención imparcial y diligente hacia los pacientes y usuarios de los servicios profesionales dentales por parte de los Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos, o de Dentistas.

Los Colegios Profesionales cumplen un papel

esencial, no sólo en su insustituible función de ordenar en condiciones de igualdad el ejercicio de la profesión dental, sino también como sociedad civil frente a actuaciones de los poderes públicos, que pudieran afectar a los derechos fundamentales. La ley 10/2011, de 5 de diciembre establece entre sus funciones el papel mediador que tienen en la Comunidad Andaluza los Colegios Profesionales.

1. La mayoría de reclamaciones no afectan a colegiados, sino a empresas y marcas. Siendo la causa de reclamación aquellas cuestiones derivadas de la política empresarial y la insatisfacción de resultados profesionales, y no por presuntas infracciones del Código Ético y Deontológico por parte del colegiado.

2. La Ley 10/2011, de 5 de diciembre, establece entre las funciones de los Colegios Profesionales, el papel mediador de estas entidades. Entiendo con la nueva Ley 5/2012, de 5 de marzo, que los Colegios Profesionales en la Comunidad de Andalucía pueden actuar como mediadores.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. B.O.E. Núm 176, de 24 de Julio de 1984. Disponible en url: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1984-16737
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. B.O.E. Núm 287, de 30 de noviembre de 2007. Disponible en url: <http://www.boe.es/boe/dias/2007/11/30/pdfs/A49181-49215.pdf>
- LEY 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. B.O.E. Núm. 274, de 15 de noviembre de 2002. Disponible en url: <http://www.boe.es/boe/dias/2002/11/15/pdfs/A40126-40132.pdf>
- Galán Cortés, Julio César. Responsabilidad Civil Médica. Edit. Aranzadi, Thomson Reuters. 2011; 281-370.
- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de profesiones sanitarias. B.O.E. Núm. 280, de 22 de noviembre. Disponible en url: <http://www.boe.es/boe/dias/2003/11/22/pdfs/A41442-41458.pdf>
- Mora García, José María. Dentistas y otras Profesiones Relacionadas: Aspectos Jurídicos. Edit. Fundación Dental Española (FDE). 2007.
- Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. B.O.E. Núm. 56, de 6 de marzo de 2012. Disponible en url: <http://www.boe.es/boe/dias/2012/03/06/pdfs/BOE-A-2012-3152.pdf>
- Tomillo Urbina, Jorge; Cayón de las Cuevas Joaquín. La Protección Jurídica del Paciente como Consumidor. Edit. Aranzadi, Thomson Reuters,. 2010.
- Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto para Andalucía. B.O.E. Núm. 68, de 20 de marzo. Disponible en url: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-2007-5825
- Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. B.O.E. Núm. 283, de 24 de novimbre. Disponible en url: <http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/24/pdfs/BOE-A-2009-18731.pdf>
- Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes poara su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. B.O.E. Núm. 308, de 23 de diciembre. Disponible en url: <http://www.boe.es/boe/dias/2009/12/23/pdfs/BOE-A-2009-20725.pdf>
- Busto Lago, José Manuel. Mecanismos extrajudiciales de resolución de los conflictos de consumo. Disponible en url: http://www.uclm.es/actividades0809/cursos/edc/docs/JoseManuelBusto_4.pdf
- Hernández Moreno, J; Hernández Gil, ML; Hernández Gil, A. Responsabilidad por malpraxis médica: la vía extrajudicial. Cuadernos de Medicina Forense nº23, Abril 2002.
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje- B.O.E. Núm 309, de 26 de diciembre. Disponible en url: <http://www.boe.es/boe/dias/2003/12/26/pdfs/A46097-46109.pdf>
- Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. B.O.E. Núm 48, de 25 de febrero de 2008. Disponible en url: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-5825>
- Ley 10/2011, de 5 de diciembre, por la que se modifica la Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía, y la Ley 6/1995, de 29 de di-

ciembre, de Consejos Andaluces de Colegios Profesionales. B.O.E. Núm. 244, de 15 de diciembre. Disponible en url: <http://www.juntadeandalucia.es/boja/boletines/2011/244/d/updf/d3.pdf>

- Sistema Defensor del Paciente Odontológico. Disponible en url: <http://www.sidepo.es>
- Reflexiones sobre Ley de Mediación. Disponible en: <http://www.diariojuridico.com>
- Comisión Nacional de la Competencia. Disponible en url: <http://www.cncompetencia.es>
- Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de de Enjuiciamiento Civil. B.O.E. Núm 7, de 8 de enero de 2000. Disponible en url: <http://www.boe.es/boe/dias/2000/01/08/pdfs/A00575-00728.pdf>

APUNTES SOBRE LA IMPORTANCIA DE UNA NECESARIA COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS

Irene Correás Sosa

Facultad de Derecho, Universidad San Pablo CEU

ÍNDICE

1. Introducción
2. El marco competencial de la prestación sanitaria
3. La prestación sanitaria por parte de las Comunidades Autónomas. Efectos de la descentralización y derechos individuales
4. La duplicidad de administraciones en la prestación sanitarias. ¿Exceso de gasto?
5. Conclusiones
6. Bibliografía

RESUMEN

El sistema sanitario configurado en nuestro sistema por el marco constitucional y los procesos de transferencia competencial de los años noventa han dado lugar a la coexistencia de dos administraciones con competencia, de distinto grado y naturaleza, en materia sanitaria. Esta situación produce, en ocasiones, ciertas disfunciones agravadas, en una época de crisis como la actual, por una ineficiencia en el gasto que termina afectando a la prestación sanitaria.

PALABRAS CLAVE

Sanidad, competencias, coordinación, comunidades autónomas, gasto público, racionalización, igualdad, estado social.

1. INTRODUCCIÓN

Asistimos hoy al cuestionamiento quizás más contundente de las bases que sustentan nuestro Estado social. Este proceso no es nuevo, aunque sí lo sea para nosotros. Desde los años ochenta fundamentalmente

-un poco antes en el ámbito político anglosajón-, se viene cuestionando por parte de la doctrina el modelo de Estado social que se extendió en Europa tras la II Guerra Mundial y que se caracterizaba, fundamentalmente, por una universalización en la prestación, una intervención directa del Estado y un gasto público intensivo.

Nuestro país, a pesar de que contaba con cierta experiencia en el marco de preocupación social cuando inicia la Transición, no mejora el modelo ya implantado y cuyo cuestionamiento ya se empezaba a oír a principios de los años ochenta y, si bien la Constitución era lo suficientemente abierta como para haber permitido otro modelo, durante los distintos gobiernos socialistas, mayoritariamente, se instaura un sistema intervencionista e intensivo en gasto público. A esta falta de mejora se incluye una complejidad añadida que sólo fue intuida por unos pocos, o sólo quiso ser intuida por unos pocos, a principios de los ochenta: las Comunidades Autónomas.

La Constitución introducía en sus artículos 148 y 149 una pretendidamente poco precisa, incluso confusa, y en ocasiones concurrente distribución competencial que sirvió, con el paso del tiempo, para ampliar el ámbito de autogobierno de las autonomías.

Esta ampliación competencial no fue ajena al ámbito sanitario. En aras de una mejor prestación del servicio no deja de tener cierto sentido, incluso puede llegar a ser más eficiente, pero no es así como ha resultado. Hoy observamos cómo hemos terminado en un insostenible sistema sanitario que en una época de crisis como la actual se ha visto

especialmente afectado, y cuestionado. No nos extraña esto último, ya que hemos defendido en otras ocasiones la necesidad de racionalizar el gasto, igual que tampoco nos sorprende que haya tenido que ser la crueldad de una crisis económica, y la gravedad de la situación de muchos hospitales, con principal manifestación de los problemas del sistema sanitario, la que haya hecho a muchos consciente de una situación que venía ocurriendo desde hace años. Si nos sorprende en cambio que sean muchos los que frente a la necesidad de tomar medidas hayan optado por la negación de cualquier solución sin plantearse la posibilidad de que pueda ayudar a solucionar el crítico momento en que nos encontramos.

Nosotros analizaremos lo que consideramos la base del resto de las medidas que es necesario implementar en relación con nuestro sistema sanitario, y es la necesidad de la coordinación de las administraciones que tienen competencia sanitaria. Como hemos avanzado no consideramos en sí mismo negativo que exista una distribución competencial, salvo que ello suponga inequidades en los individuos, los únicos y auténticos destinatarios, o así debiera ser, de cualquier política social desarrollada.

Considerando la situación de nuestro país es preciso tener en cuenta cuáles son competencias autonómicas en materia sanitaria, tratando de ver hasta qué punto la asunción de competencias autonómicas supone, si lo supone, una ineficiencia en la prestación sanitaria.

En este punto, estimamos necesario tener en cuenta que el artículo 149.1.1 dispone que el Estado ha de preservar que se respeten los mismos derechos para todos los individuos en todo el territorio, lo que implica, considerando ese marco y teniendo en cuenta lo anterior, ver si efectivamente se cumple este mandato y la distribución competencial no sólo produce ineficiencias, sino, lo que consideramos quizás más importante, si debido a la asunción competencial en materia sanitaria existen barreras para los individuos residentes en otras Comunidades Autónomas que rompen el principio de igualdad de los españoles. Esto nos llevará a determinar si existe un diferente tratamiento de los españoles según la Comunidad Autónoma en que nos encontremos, lo que, de existir, justificaría también en este punto una necesidad de coordinación administrativa, que implicaría además, la necesidad de determinar un ámbito mínimo indisponible de competencia estatal para salvar las ineficiencias del sistema sanitario actual.

Por otro lado, es preciso considerar si la distribución competencial y el hecho de poder individualizar las prestaciones supone un mayor o menor gasto y por qué se produce, sea éste en un sentido o en el otro.

Por tanto, nuestro análisis se centra fundamentalmente en dos aspectos, en primer lugar, desde el punto de vista del individuo, si es necesario coordinar administraciones para asegurar la igualdad de los individuos, y que por tanto, no existan diferencias según la parte del territorio dónde reciban la prestación, aún asumiendo que, precisamente por diferencias geográficas, es imprescindible que exista un ámbito propio de actuación de cada comunidad autónoma, por cuanto por las propias características sociológicas y geográficas, no son similares las necesidades sanitarias de los individuos.

En segundo lugar, y desde el punto de vista de la prestación, observar si existen ineficiencias debidas fundamentalmente de la dispersión de los mecanismos de compra y de asignación del gasto que implican que el sistema se convierta, por el hecho de la distribución competencial, en más costoso de lo que resultaría de estar más centralizada su gestión, al margen de otras medida que pudieran tomarse y que escapen al objeto de nuestro estudio.

Estimamos, y en ese marco nos movemos, que nuestro sistema sanitario goza de una extraordinaria calidad que no ha de perderse por ser ineficiente en la prestación del servicio desde el punto de vista del coste y de la equidad. Precisamente por ello estimamos necesario abrir un debate sensato y sereno, alejado de la habitual demagogia esgrimida por quienes niegan de plano cualquier cambio, sin plantearse siquiera que ello suponga una mejora, sobre los cambios que necesita nuestro sistema para mantenerse con la calidad actual pero mejorando en eficiencia en la prestación.

2. EL MARCO COMPETENCIAL DE LA PRESTACIÓN SANITARIA

La Constitución de 1978, además antecedentes propios, recibe influencias del movimiento constitucional posterior a la II Guerra Mundial¹.

¹ Como antecedente directo puede citarse el artículo 46 de la Constitución de la II República, si bien ligado estrechamente al trabajo, y no caracteriza por la universalidad que caracterizaría a los sistemas asistenciales tras la II Guerra Mundial. En nuestro país el desarrollo anterior a la Constitución avanzó desde la beneficencia hasta una mayor implicación del poder público

Este aspecto es importante desde el punto de vista social, y de la protección de la salud, ya que recogía la preocupación del Estado por la salud a nivel constitucional y una idea de universalización de la misma. Las referencias constitucionales a la salud las encontramos no obstante, no entre los derechos fundamentales de la Constitución, lo que nos lleva a una primera conclusión, si bien era cuestión de importancia para el Estado no era una cuestión nuclear. La primera referencia la encontramos en el artículo 43, entre los principios rectores de la política social y económica, que reconoce en su primer apartado “*el derecho a la protección de la salud*”, para lo que otorga a los poderes públicos la potestad de “*organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*”, remitiendo los derechos y deberes al oportuno desarrollo legislativo (art. 43.2)².

Además de este artículo 43, entre los principios rectores, también el artículo 41 establece entre las prestaciones de la Seguridad Social la asistencia sanitaria para la maternidad. Junto a estas previsiones hemos de acudir a la distribución competencial de los artículos 148 y 149. Así, el artículo 149.1.16 determina como competencia estatal la sanidad exterior, las bases y la coordinación general de la sanidad, y la legislación sobre productos farmacéuticos; el 148.1.21^a que establece que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de “*sanidad e higiene*”; La primera conclusión que sacamos de esta configuración constitucional es que son tanto los poderes públicos estatales como los autonómicos los que puedan asumir competencias en materia sanitaria.

El Estado va a mantener como propia la legislación sanitaria básica, la farmacéutica y la sanidad exterior³, pudiendo cualquier otro ámbito

frente al privado, garantizándose progresivamente la seguridad social a un mayor número de ciudadanos, si bien en un sistema de seguros y no de universalización de la prestación. Éste último aspecto era el objetivo a alcanzar con la Constitución de 1978

2 El desarrollo estatal, y por tanto la creación de un sistema sanitario con posterioridad a la elaboración de la Constitución no se producirá hasta 1986, con la aprobación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Para completar el marco legislativo estatal es preciso considerar también la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, que completa el desarrollo de la Ley General de Sanidad -en concreto, el Título V- y el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, por el que se regula el establecimiento, transmisión o integración de las oficinas de farmacia.

3 El artículo 38 de la Ley 14/1986, General de Sanidad establece que “son competencia exclusiva del Estado la sanidad exterior y las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales”,

ser desarrollado por las Comunidades Autónomas⁴, como de hecho ocurrió, tal y como comentaremos seguidamente.

En 1986 se aprobaría la Ley 14/1986 General de Sanidad que buscaba solucionar los problemas que se producían al contar con un sistema fragmentado, y modernizar nuestro sistema sanitario, colocándonos al nivel de otros Estados Europeos. De esta forma, en palabras de DE MIGUEL que “la reforma de la Ley General de Sanidad de 1986 representa seguramente la primera gran reforma política del sistema sanitario español en su historia reciente. (...) se entiende que el sentido es doble: elevar el nivel de salud de la población, y disminuir las desigualdades sociales y sanitarias”⁵.

Además, tal y como rezaba su Exposición de Motivos, esta ley daba igualmente respuesta al requerimiento constitucional a los poderes públicos de adoptar las medidas idóneas para llevar a cabo el desarrollo del derecho a la salud. Así, reconoció “el derecho a obtener las prestaciones del sistema sanitario a todos los ciudadanos y a los extranjeros residentes en España, si bien, por razones de crisis económica (...), no generaliza el derecho a obtener gratuitamente dichas prestaciones sino que programa

entendiendo por “actividades de sanidad exterior todas aquellas que se realicen en materia de vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros”.

Esta misma ley, reservaba en el ámbito competencial estatal en su artículo 43 la alta inspección en materia sanitaria.

4 Si bien en estos años sólo algunas Comunidades Autónomas han asumido la competencia en materia sanitaria, a lo largo de la década de los noventa, mayoritariamente, las diferentes Comunidades Autónomas asumen la competencia en materia sanitaria, desarrollando todas las competencias no reservadas expresamente al Estado, lo que las va a terminar convirtiendo, como vemos ocurre hoy, en las auténticas responsables de la política sanitaria, con poderes no sólo ejecutivos, sino legislativos, al haber desarrollado, sobre la base de la legislación básica estatal, competencias por la vía de la mejora de las prestaciones a los ciudadanos de sus respectivos territorios. Ello ha ocasionado importantes disfuncionalidades y falta de coordinación, y ha dado lugar a un sistema sanitario por cada una de las diferentes Comunidades Autónomas.

A pesar de este progresivo desarrollo autonómico a juicio de MUÑOZ MACHADO, GARCÍA DELGADO y GONZÁLEZ SEARA, “las competencias que conserva el Estado, aunque mucho más cortas que las de las Comunidades Autónomas, son al menos suficientes para que las grandes líneas de la sanidad, las grandes alternativas que la Constitución deja abiertas, sean marcadas por la legislación estatal”. MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J. L., GONZÁLEZ SEARA, L. (Dirs.), *Las Estructuras del bienestar. Dercho, economía y sociedad en España*, Civitas, Madrid, pag. 223.

5 DE MIGUEL, J.M., “Salud y Sanidad” en JUAREZ, M. (Dir.), *V Informe sociológico sobre la situación social de España*, Fundación FOESSA, Madrid, 1994, pag. 858.

su aplicación paulatina”⁶.

En este sentido se producía una gran diferencia con el modelo que se había gestado para otras prestaciones sociales como la educativa, al configurar un modelo universal pero en ningún caso gratuito, lo que fue un gran acierto si bien con el paso de los años ha calado en la población la idea de que el sistema sanitario era gratuito y su acceso de dicha forma un derecho incondicional del ciudadano, lo que hoy, en que se demuestra lo costoso e ineficiente que ha resultado el por otra parte extraordinario sistema sanitario que tenemos, nos obliga no sólo a acotarlo, sino que podemos decir es una de las principales causas de la crisis de nuestro modelo social, que se ha revelado incapaz de atender la creciente demanda de prestaciones por parte de una ciudadanía que ha confundido el papel *ex constitutione* de protección de la salud del Estado con el de proveedor básico y único de la misma.

El Sistema Nacional de Salud de esta forma integraría “todas las funciones y prestaciones sanitarias que (...), son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud”⁷. Se tendió así a la unión en una única estructura la atención sanitaria que se prestaba desde diferentes ámbitos⁸.

En paralelo a este Sistema Nacional, y sin olvidar el objetivo de integración y coordinación

6 Exposición de Motivos de la Ley 14/1986.

En relación con las competencias asumibles por las Comunidades Autónomas señala esta Exposición de Motivos que “si no se acierta a poner a disposición de las mismas, a través de los procesos de transferencias de servicios, un dispositivo sanitario suficiente como para atender las necesidades sanitarias de la población residente en sus respectivas jurisdicciones, las dificultades organizativas tradicionales pueden incrementarse, en lugar de resolverse. En efecto, si las Comunidades Autónomas sólo recibieran algunos servicios sanitarios concretos, y no bloques orgánicos completos, las transferencias de servicios pararían en la incorporación de una nueva Administración pública al ya complejo entramado de entes públicos con responsabilidades sobre el sector”.

7 Artículo 45 de la Ley General de Sanidad

8 En este sentido el artículo 44 de la Ley General de Sanidad.

Además de la integración de diferentes áreas sanitarias la organización integrada del sistema sanitario público implicaba la necesidad de ordenación de las relaciones, que se articulaban conforme a los principios de coordinación, cooperación, comunicación e información. En el logro de estos objetivos en las relaciones Estado-Comunidades Autónomas jugaba un papel importante el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, integrado por un representante por cada Comunidad Autónoma y por igual número de representantes estatales, y presidido por el Ministro de Sanidad (Artículo 47.1 y 4 de la Ley General de Sanidad).

entre ambos niveles territoriales, la Ley establecía la creación sistemas de salud autonómicos, destinados a sustituir la organización de la Seguridad Social que entonces se circunscribía al Instituto Nacional de Salud⁹. De esta forma, tal y como establecía el artículo 50, cada Comunidad Autónoma contaría con un Servicio de Salud, pero cuya actuación, en cualquier caso había de respetar la legislación básica y la orientación estatal. De ahí, que se previera la elaboración por cada Comunidad Autónoma de un Plan de Salud comprensivo de “*todas las acciones sanitarias necesarias para cumplir los objetivos de sus Servicios de Salud*” que había de ajustarse a los “*criterios generales de coordinación aprobados por el Gobierno*” (artículo 54). Ello sin perjuicio del establecimiento de posibles planes de salud conjuntos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o del Estado, en el ámbito de sus competencias, correspondiendo, en cualquier caso, la coordinación general al Estado¹⁰.

Si bien esta ley dio cierta unidad al sistema sanitario, ni supuso una auténtica ruptura con el pasado ni puso solución a problemas ya detectados desde los años ochenta como el control del gasto, la calidad del servicio, ni la gestión de los recursos, tanto materiales como humanos. A ello se unía la gravedad de una crisis económica a principios de los años noventa que en mucho se asemeja a la actual y que puso sobre la mesa problemas que hoy aún consideramos pendientes de solución en nuestro sistema sanitario como la eficiencia, la calidad y el control del gasto¹¹.

9 Tal y como establecía la Disposición Adicional sexta ello ocurriría gradualmente. De esta forma, mientras no se asumiera la competencia, continuaba “la coordinación de los centros sanitarios de la Seguridad Social con los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas (...), se realizará mediante una Comisión integrada por representantes de la Administración del Estado y de la Comunidad Autónoma”.

Mientras no se produjera la transición completa la Disposición Transitoria tercera completaba lo anterior disponiendo que se mantendría Instituto Nacional de la Salud, y “en los casos en que las Comunidades Autónomas no cuenten con competencias suficientes en materia de Sanidad para adaptar plenamente el funcionamiento de sus Servicios de Salud a lo establecido en la presente Ley, el Estado celebrará con aquéllas acuerdos y convenios para la implantación paulatina de lo establecido en la misma y para conseguir un funcionamiento integrado de los servicios sanitarios”.

10 Al respecto Capítulo IV del Título III, y artículo 70 de la Ley General de Sanidad.

11 A finales de enero de 1990 se registró en el Congreso una Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario del CDS por la que se instaba al Gobierno la creación de una comisión para la revisión del Sistema Nacional de Salud y las tendencias de su entorno en el momento actual y cara al futuro. Sorprende, si leemos la Exposición de Motivos, que desde hace dos décadas

En 1992, mediante los Pactos autonómicos se intentó uniformar y darle algo del sentido al sistema competencial, una de las aún tareas pendientes de nuestro sistema constitucional. Así, las Comunidades Autónomas que no lo habían hecho ampliaron progresivamente sus competencias alcanzando los máximos niveles previstos en la Constitución¹². Entre esas competencias no asumidas inicialmente estaba la competencia sanitaria¹³.

A las diversas dificultades que se enfrentaron las diferentes Comunidades para asumir plenamente esta competencia, se ha sumado, a lo largo de estos años, el desarrollo que cada territorio ha hecho de ella, lo que desvirtúa el principio de equidad y de igualdad de los ciudadanos cuando se producen diferencias sólo derivadas de una distinta residencia. No supone evidentemente que se haya negado a un ciudadano la asistencia sanitaria, pero sí que, al estar bajo regímenes sanitarios diferentes, haya distintas prestaciones cubiertas por cada uno de los sistemas

sigamos intentado buscar solución a los mismos problemas. Así, esta Proposición No de Ley, que daría lugar a la constitución de la Comisión Abril Martorell señalaba que “la eficiencia en el uso de los escasos recursos sanitarios se ha convertido en una obligación moral, sin ella es imposible la equidad, la calidad y el progreso asistenciales en estos momentos, el debate sanitario principal es el de <regulación versus competencia>”.

12 A juicio de AJA, opinión que no compartimos, “la igualación competencial de 1992 introdujo varias novedades positivas en el conjunto del sistema, (...) La primera es la racionalización de la administración del Estado (...). Permite además que el Estado se dedique a las funciones de planificación y coordinación, y deje en manos de las CCAA la ejecución de la mayor parte de las políticas públicas. (...). Por último, posibilita un cambio a largo plazo, la simplificación de la distribución competencial”. AJA. E., *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, Madrid, 2007, pág. 125. Desde nuestro punto de vista estos veinte años posteriores han demostrado como lejos de lograrse una simplificación competencial, y la política de planificación y coordinación en manos del Estado, se ha complicado el mapa competencial, dando lugar a 17 sistemas sólo supuestamente coordinados por el Estado.

13 El proceso se completaría en el año 2001 cuando las diez Comunidades Autónomas que permanecían bajo la gestión del INSALUD pasaron a autogestionarse en virtud de los respectivos Reales Decretos de 27 de diciembre de 2001 -Reales Decretos 1471, 1472 1473, 1474, 1475, 1476, 1477, 1478, 1479, 1480/2001 de 27 de diciembre de traspaso de competencias y funciones del Instituto Nacional de la Salud al Principado de Asturias, Comunidad Autónoma de Cantabria, La Rioja, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Castilla y León, respectivamente-; cuya aprobación es preciso considerar junto a la promulgación, también en fecha 27 de diciembre, 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.

Sobre la descentralización puede consultarse DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 253 y ss.

sanitarios autonómicos, que si bien mantienen un mínimo común las diferencias en las prestaciones complementarias son suficientemente notables.

De esta forma, si bien reconocemos la importancia de prestar una atención descentralizada ya que ello permite atender a circunstancias particulares que no tienen por qué existir en todas las partes del territorio ya que existen diferencias sociológicas, geográficas e incluso económicas, no parece ser la racionalidad, en ningún sentido la que ha guiado nuestra arquitectura territorial.

3. LA PRESTACIÓN SANITARIA POR PARTE DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. EFECTOS DE LA DESCENTRALIZACIÓN Y DERECHOS INDIVIDUALES

La Ley General de Salud de 1986 tenía como objetivo crear un Sistema Nacional de Salud que integrara las dispersas estructuras anteriores y al tiempo contase con las que se creasen a nivel autonómico, de tal forma, que, como establecía la Exposición de Motivos. “el eje del modelo que la Ley adopta son las Comunidades Autónomas, (...) para que los beneficios de la autonomía no queden empeñados por las necesidades de eficiencia en la gestión. El Sistema Nacional de Salud se concibe así como el conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas convenientemente coordinados”¹⁴. De esta forma, “los servicios sanitarios se concentran, pues, bajo, la responsabilidad de las Comunidades Autónomas y bajo los poderes de dirección, en lo básico, y la coordinación del Estado”.

El nuevo modelo buscaba la uniformación, dentro del respeto a la diversidad, a la vez que la extensión a los distintos sectores de la población, con el objetivo final de la tan ansiada plena universalización del sistema sanitario, tal y como requería la dicción constitucional y las tendencias en los diferentes sistemas sociales de los diferentes países europeos desde mitad del siglo XX¹⁵. De esta

14 A pesar de estos intentos los trasposos competenciales y el desarrollo autonómico posterior dan lugar a ciertas dificultades. Éstas “son de distinta índole (...). Por un lado están las derivadas de una definición imperfecta de responsabilidades en los marcos legales (...) lo que lleva a diferentes interpretaciones (a veces opuestas) de la Ley por parte del Estado y las Comunidades Autónomas (...). Un segundo grupo de dificultades son las propiamente administrativas que presentan ciertas Comunidades Autónomas para el desarrollo de las competencias transferidas”. DE MIGUEL, J.M., “Salud y Sanidad” en JUAREZ, M. (Dir.), op. cit., pág. 863.

15 En este sentido el artículo 1 de la Ley establecía en

forma, a juicio de MUÑOZ MACHADO, GARCÍA DELGADO y GONZÁLEZ SEARA “configura una sanidad propia del Estado social y democrático de derecho, que prudentemente recoge experiencias de otros ordenamientos y las trata de acomodar a las peculiaridades del estado autonómico y de la situación que ofrecía la sanidad y, sobre todo, la protección sanitaria de la seguridad social en España”¹⁶

Los intentos de los socialistas de lograr una sanidad universal, equitativa, y de calidad, tras los pactos de 1992, toman nueva forma jurídica en 1995, al aprobarse el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, elaborado por el Gobierno en uso de sus facultades legislativas, y buscando concretar las prestaciones obligatorias del Sistema Nacional de Salud, recogiendo diversas recomendaciones del Informe Abril Martorell.

El objeto de este Real Decreto era ordenar y sistematizar “las atenciones y prestaciones sanitarias directas y personales del Sistema Nacional de Salud, partiendo de los niveles alcanzados por los diferentes regímenes públicos de protección sanitaria, pero acomodándolos a los principios básicos establecidos en la Ley General de Sanidad”¹⁷. Para ello, estableció

su apartado primero que “la presente Ley tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución”, extendiendo su titularidad a los españoles y residentes; y se había de regir, entre otros principios, tal y como establecía el artículo 3, por el de igualdad tanto entre los ciudadanos como entre territorios y por la concepción integral del sistema sanitario.

A pesar de los establecido en estos preceptos y en la Disposición Transitoria Quinta, no se definió en la Ley qué habría de entenderse por esta universalización, si bien podemos asumir que una vez se lograra la extensión a toda la población, con independencia de que todos los ciudadanos quedasen cubiertos bien por un régimen general o por otro particular, como el régimen de pacientes privados establecido en el artículo 16, quedaban cubiertos.

16 MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J. L., GONZÁLEZ SEARA, L. (Dir.), op. cit., pág. 224. Todo ello, a juicio de los autores “en un contexto de de cierto optimismo económico y social”. *Ibidem*.

Sobre la Ley General de Sanidad comenta ORTÚN RUBIO que se consigue “formalizar el paso de Bismarck a Beveridge, siguiendo la estela de Portugal (1979), Italia (1980) y Grecia (1983)”. ORTÚN RUBIO, V., “La salud del sistema sanitario español”, *Revista Ekonomiaz*, núm. 25, 1993, pág. 13.

17 Tales principios eran “a) La universalización del derecho a la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud (...); b) (...) la garantía de la igualdad sustancial de toda la población en cuanto a las prestaciones sanitarias y la inexistencia de cualquier tipo de discriminación en el acceso, administración y régimen de prestación de los servicios sanitarios (...); c) La eficacia, economía, racionalización, organización, coordinación e integración de los recursos sanitarios públicos

cinco categorías de prestaciones, las derivadas de atención primaria¹⁸; atención especializada; las farmacéuticas; las complementarias; y las de información y documentación sanitarias¹⁹.

No obstante, tal y como señalan MUÑOZ MACHADO, GARCÍA DELGADO y GONZÁLEZ SEARA, ni este Real Decreto ni el Informe pretendieron limitar las prestaciones, sino recoger legislativamente las diferentes expectativas de los individuos, así como contener en una única norma las diferentes prestaciones. De ahí, que se pueda considerar, a juicio de estos, un avance en la garantía de la igualdad entre los individuos, así como del reparto justo y equitativo de los recursos²⁰.

En esta modificación se echa en falta que no prestara atención a los objetivos mínimos, en tiempo y calidad, de exigencia a los prestadores de servicios sanitarios, como se había apuntado ya a principios de ls años en varios apartados del Informe Abril Martorell.

Si bien la política sanitaria llevada a cabo en las dos últimas legislaturas socialistas había logrado desarrollar un aceptable marco sanitario. Las mejoras introducidas, especialmente desde 1986, supusieron un adecuado desarrollo del mandato constitucional, extendiendo la asistencia sanitaria a la totalidad de la

para hacer efectivas las prestaciones sanitarias y mantener altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados (...); d) La determinación de fines u objetivos mínimos comunes y de criterios mínimos básicos y comunes en materia de asistencia sanitaria (...); e) La homologación de las atenciones y prestaciones del sistema sanitario público que (...), han de ajustarse necesariamente a la asignación de recursos financieros (...); f) La reclamación del coste de los servicios prestados siempre que aparezca un tercero obligado al pago o cuando no constituyan prestaciones de la Seguridad Social (...). Preámbulo del Real Decreto 63/1995.

18 Señala DE MIGUEL que si bien la mejora de la atención primaria fue un objetivo perseguido por la reforma de Ley de 1986 quedó en una declaración de intenciones sin un reflejo en los presupuestos ni en las actuaciones del sector público. DE MIGUEL, J.M., “Salud y Sanidad” en JUAREZ, M. (Dir.), op. cit., pág. 859 y 860.

19 Anexo I del Real Decreto 63/1995.

Quedaban fuera de las prestaciones de la Seguridad Social, tal y como se establecía en el Anexo III “la expedición de informes o certificados sobre el estado de salud distintos de los previstos en el anexo I; 2. Los reconocimientos y exámenes o las pruebas biológicas voluntariamente solicitadas o realizadas por interés de terceros; 3. La cirugía estética que no guarde relación con accidente, enfermedad o malformación congénita; 4. Los tratamientos en balnearios y las curas de reposo; 5. La cirugía de cambio de sexo, salvo la reparadora en estados intersexuales patológicos; 6. El psicoanálisis y la hipnosis”.

20 MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J. L., GONZÁLEZ SEARA, L. (Dir.), op. cit., págs. 160 y 261.

población, logrando tanto la universalización, como la equidad en el acceso.

Ambos aspectos, universalidad y equidad, eran principios que no cuestionaban ninguna de las fuerzas políticas, si bien ambos sufrirán un devenir diferente debido a diversas actuaciones político-legislativas que hundan sus raíces a mitad de la década de los noventa.

Así, la distribución competencial en materia sanitaria no resulta menos compleja que la educativa, la relativa a los servicios sociales o incluso la política de viviendas. El espíritu de consenso del proceso constituyente y los avatares fundamentalmente políticos que han permitido colmar las ansias nacionalistas aún cuando ello fuera en contra del interés general han ocasionado hoy que la competencia del Estado sea muy residual, prácticamente limitada a una labor de coordinación mínima entre las Comunidades Autónomas.

Si pensamos en la heterogeneidad de las sociedades no podemos ignorar el hecho de que una descentralización competencial puede ser positiva ya que permite individualizar a situaciones que pueden darse en una parte del territorio pero que no necesariamente tienen lugar en todo el territorio por igual²¹. De esta forma, al permitir en este caso que una Comunidad Autónoma decida qué particularidades de sus ciudadanos deben ser atendidas no sólo le estamos permitiendo servir mejor a aquellos para los que trabaja sino que ello redundará en una mayor calidad del servicio ya que se presenta éste más personalizado a las necesidades de las personas, al tiempo que se puede atender en menor medida circunstancias que no se den.

21 En palabras de E. CASTELLÓN LEAL, Subsecretario de Sanidad y Consumo en 1999, “al ser competencia de cada comunidad autónoma la planificación, organización y gestión de las políticas de salud y de los servicios sanitarios, se consigue una mayor eficacia, adaptando los servicios a las necesidades reales de la población y favoreciendo su participación propiciada por la proximidad. Ello, a su vez, requiere de un importante grado de coordinación, que permita el intercambio de opiniones y experiencias y fomente la colaboración de todas las Administraciones implicadas, evitando la dispersión y favoreciendo la equidad y la solidaridad. Para ello, se crea en la Ley general de Sanidad, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, como órgano permanente de comunicación e información de los distintos servicios de salud, entre ellos y con la Administración del Estado, y asignándole la función de coordinación de las actuaciones de los poderes públicos en el ámbito sanitario”. CASTELLÓN LEAL, E., “La distribución de competencias sanitarias”, *El Médico*, Anuario 1999, puede consultarse el texto en <http://www.elmedicointeractivo.com/apl/emiold/documentos/anuario99/22-24.pdf>

Pero esta particularización de necesidades no ha de suponer que se produzcan diferencias entre los individuos. En el momento en que el individuo ha dejado de ser el interés principal del estado, que parece ocuparse más de contentar las pretensiones territoriales, no sólo ha supuesto un desplazamiento del primero a favor del segundo sino que se están produciendo graves consecuencias que afectan a la libertad del individuo.

El hecho de que se haya producido una total asunción competencial por parte de las Comunidades Autónomas ha supuesto que hoy podamos hablar de la existencia de 17 estados sociales autonómicos y uno estatal. Esta circunstancia no es solo sumamente ineficiente desde el punto de vista del gasto, que en una situación de crisis como la actual lo hace especialmente grave sino también gravosa para el individuo.

Si los costes del sistema de salud son notables y son además una de las razones más poderosas que justifican un cambio en el modelo social y un cambio en el modelo sanitario, desde nuestro punto de vista lo es más la lesión que supone para la libertad del individuo y la quiebra de principios esenciales como la equidad en la prestación.

Precisamente la equidad fue uno de los objetivos a que pretendía dar respuesta en el año 2003 la aprobación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Tal y como reza su Exposición de motivos partía de considerar que “la asunción de competencias por las comunidades autónomas constituye un medio para aproximar la gestión de la asistencia sanitaria al ciudadano y facilitarle, así, garantías en cuanto a la equidad, la calidad y la participación”, tal y como hemos defendido. No obstante continuaba la ley apuntando aspectos que venimos señalando. Por ello, esta ley estableció “acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias como medio para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, con el objetivo común de garantizar la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud”²², ya que “la experiencia en coordinación

22 Continuaba “a) Equidad, en la línea de desarrollo del principio constitucional de igualdad, que garantice el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio y posibilite la libre circulación de todos los ciudadanos. b) Calidad, que conjugue la incorporación de innovaciones con la seguridad y efectividad de éstas, que oriente los esfuerzos del sistema hacia la anticipación de los problemas de salud o

sanitaria desde la aprobación de la Ley General de Sanidad hace necesaria la búsqueda de un nuevo modelo, que aproveche esa experiencia y ofrezca nuevos instrumentos que permitan a los ciudadanos recibir un servicio sanitario público de calidad y en condiciones de igualdad efectiva en el acceso, independientemente del lugar de su residencia”.

Reforzaba como órgano básico de cohesión el Consejo interterritorial de Salud, al que se dotó “de mayor agilidad en la toma de decisiones y de mecanismos para la búsqueda de consensos, así como para la vinculación entre las partes en la asunción de estas decisiones”, y se creaba junto a él “la Alta Inspección, a la que se atribuye el seguimiento de los acuerdos de aquél, entre otras funciones” (Exposición de Motivos de la ley 16/2003).

A pesar de estas previsiones legislativas, como ocurre habitualmente la ley no es la solución en muchas ocasiones a los problemas sociales. Así, las Comunidades Autónomas han ido desarrollando tanto sus competencias como la forma de proveerlas, ampliando las prestaciones cubiertas y su ámbito de acción ante la inactividad general y la inutilidad de los mecanismos de coordinación previstos que han cedido siempre ante los desarrollos autonómicos²³. Esto no ha sido positivo en todos los supuestos ya que la territorialización que ha supuesto la distribución competencial ha supuesto una inequidad en la prestación ya que no es igual recibir prestación sanitaria en una parte del territorio que en otra y ahí es dónde viene la lesión a los derechos de los individuos ya que no tienen la posibilidad de elegir. Así, el aspecto positivo de poder individualizar prestaciones, como acabamos de decir, se ha traducido en el negativo de introducir diferencias entre las distintas partes del territorio. Esto ha llevado a que hoy nos encontramos con 17 elefantiásicos estados sociales que lo han copado todo tomando como guía la ampliación

competencial, sin considerar las capacidades para afrontarlo y sobre todo el interés del individuo.

El interés del Estado ha de ser siempre el individuo y ello tiene que traducirse en que el Estado se convierta *de iure* y *de facto* en garante de ellos y en proveedor de lo que el individuo no puede darse por sí mismo, como es, en muchos casos la asistencia sanitaria.

Al margen de otras consideraciones que pudiéramos hacer sobre la forma de proveer de asistencia sanitaria en este punto resulta especialmente gravoso para aquellos que no tienen la posibilidad de proporcionarse asistencia por sí mismos (mediante el recurso a la asistencia privada, por ejemplo), ya que, si el territorio en el que viven, bien por falta de fondos, o de competencias no le proporciona aquello a lo que no puede llegar por sus propios medios es cuando se produce la inequidad. En este punto se hace imprescindible determinar qué es y qué no es básico, más allá de la laxa determinación que hace actualmente la ley.

Desde nuestro punto de vista esto sólo tiene una solución y es similar a la que ocurre, al margen de que podríamos hacerle otras muchas observaciones, en relación con la educación. En materia sanitaria consideramos indispensable que el Estado asuma la competencia exclusiva de la delimitación precisa de las prestaciones básicas, lo que implica determinar en lugar qué es una prestación básica. Ello no implica que no se pueda dejar un margen dispositivo a las Comunidades Autónomas, según su propio criterio y combinando la financiación con una parte de distribución de fondos estatales y una mayor financiación autonómica de esta parte dispositiva, pero sin que ello suponga que el contar con se atenderá de forma distinta a un ciudadano frente a otro²⁴.

Esto supondría, en primer lugar que ha de

hacia soluciones eficaces cuando éstos aparecen ; calidad que evalúe el beneficio de las actuaciones clínicas incorporando sólo aquello que aporte un valor añadido a la mejora de la salud, e implicando a todos los actores de sistema.c) Y, por último, participación ciudadana, tanto en el respeto a la autonomía de sus decisiones individuales como en la consideración de sus expectativas como colectivo de usuarios del sistema sanitario, y para permitir el intercambio de conocimientos y experiencias.” Exposición de Motivos de la Ley 16/2003”.

23 Al respecto nos remitimos a las últimas modificaciones estatutarias llevadas a cabo en la pasada legislatura, en particular Cataluña y Andalucía, donde, por la vía de los hechos se han producido ampliaciones competenciales hasta colisionar, cuando no vulnerar, las competencias estatales, ante la pasividad no sólo general sino en particular del Tribunal Constitucional, garante de la Constitución y de los derechos de los individuos.

24 A esta circunstancia de las diferencias en las prestaciones y la descoordinación de la prestación en las distintas partes del territorio se ha referido recientemente el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, cuya exposición de motivos dice claramente que “el Sistema Nacional de Salud viene sufriendo situaciones de descoordinación entre los servicios de salud autonómicos lo que se traduce en la aparición de considerables diferencias en las prestaciones y en los servicios a los que acceden los pacientes en las distintas Comunidades Autónomas. La cohesión territorial y la equidad se han visto puestas en cuestión con determinadas medidas adoptadas durante estos últimos años”.

centralizarse no sólo la definición de la política sanitaria como hemos indicado, sino la forma de control del uso del sistema sanitario público para transferir fondos estatales en función del mayor uso que los ciudadanos hagan de un subsistema sanitario autonómico u otro. De esta forma buscamos no sólo permitir que un individuo vaya a ser atendido en igualdad de condiciones en cualquier parte del territorio y sin que pese su procedencia, sino que favorecemos directamente la competencia entre los distintos subsistemas territoriales.

Esto se traduce que, al igual que en determinadas Comunidades Autónomas existe hoy la libre elección de médico en su territorio, ha de traducirse ello en una libre elección de médico a nivel nacional. Esto es imposible de lograr si no contamos con un sistema unificado a nivel estatal y una única forma de identificación del individuo, lo que puede conseguirse utilizando herramientas con las que ya contamos y que actualmente se estudian en relación con la *e-receta*, como es la vinculando el documento nacional de identidad a una historia clínica, de tal forma que se consigue un único y uniforme método de identificación para todo el territorio.

4. LA DUPLICIDAD DE ADMINISTRACIONES EN LA PRESTACIÓN SANITARIAS. ¿EXCESO DE GASTO?

Actualmente, el hecho de contar con 18 administraciones sanitarias, ello sin entrar en otras duplicidades competenciales, dobla numerosos gastos que, de centralizarse la prestación, aún cuando se mantuviera la gestión y un mínimo disponible por las Autonomías -que por otra parte, es desde nuestro punto de vista el sistema óptimo- se verían considerablemente reducidos.

El actual nivel de gasto sanitario ha sido recientemente objeto de atención, una vez más por nuestros poderes públicos²⁵. Así, el pasado mes de abril el Gobierno de la Nación aprobaba el Real

Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, ya que, como se recogía en la Exposición de Motivos de esta norma “la ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional, el crecimiento desigual en las prestaciones del catálogo, la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica y la propia falta de rigor y énfasis en la eficiencia del sistema han conducido al Sistema Nacional de Salud a una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde su creación. Se ha perdido eficacia en la gestión de los recursos disponibles, lo que se ha traducido en una alta morosidad y en un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias”. Y continúa “los datos estructurales y las cifras más significativas del gasto sanitario público muestran que la sanidad pública no puede obviar por más tiempo de una situación claramente incompatible con su imprescindible sostenibilidad y que, al mismo tiempo, ha acarreado consecuencias gravemente perjudiciales para el empleo y la viabilidad de los sectores empresariales que con él se relacionan”.

La financiación del sistema sanitaria se recogía ya en el Capítulo V de la Ley de 1986²⁶ y en 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. Entre las formas de financiación se preveían las consignaciones presupuestarias del Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales de las cantidades destinadas a atender las necesidades sanitarias (artículo 78 Ley 1986)²⁷, partidas que

[juandedios.pdf](#).

Más recientemente, y sobre el Acuerdo 6/2009, para la reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía y sus consecuencias, LÓPEZ CARBAJO, J.M., “El nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía”, Presupuesto y Gasto Público, Núm. 62, 2011, págs. 9 a 19.

²⁶ Salvo Navarra y el País Vasco, para los que la Disposición Adicional primera establecía que “la financiación de la asistencia sanitaria del Estado se regirá, en tanto en cuanto afecte a sus respectivos sistemas de conciertos o convenios, por lo que establecen, respectivamente, su Estatuto de Autonomía y la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Fuero. En el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco (...), la financiación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social que se transfiera. será la que se establezca en los convenios a que hace referencia la disposición transitoria quinta del Estatuto de Autonomía del País Vasco”.

²⁷ Desde 1989 se llevaron a cabo modificaciones de forma que mayoritariamente la financiación tenía lugar con

²⁵ Un interesante estudio, que no ha perdido vigencia a pesar de la fecha, sobre la descentralización y sus efectos sobre el gasto público, con cuadros ilustrativos al respecto, es el de CANTAREDO PRIEGO, D., “La financiación autonómica y el caso especial de las competencias sanitarias: trayectoria histórica, situación actual y problemas pendientes”, presentado al IX Encuentro de Economía pública celebrad en Vigo los días 7 y 8 de febrero de 2002.

En el mismo sentido, es recomendable también la lectura de JIMENEZ AGUILERA, J. de D., “La distribución territorial de los recursos sanitarios: algunas propuestas”, Revista de estudios regionales, 2007, págs. 75 a 108. Puede consultarse el texto en <http://www.revistaestudiosregionales.com/jornadas/>

obtendrían su financiación de las cotizaciones sociales y las transferencias estatales, que incluían la participación del Estado en el sostenimiento de la Seguridad Social; la compensación por la extensión de la asistencia sanitaria las personas sin recursos; la compensación por la integración de los hospitales de las Corporaciones Locales en el Sistema Nacional de Salud, y la compensación entre las distintas Comunidades Autónomas por prestaciones de servicios (artículo 79 Ley 1986)²⁸.

Ya en 1992 el Informe Abril Martorell, al igual que el reciente Real Decreto 16/2012 al que nos hemos referido, tras partir del reconocimiento de las mejoras del sistema sanitario y la corrección de las desigualdades por parte del primero, y la calidad alcanzada la segunda, establecían la necesidad de contener el gasto y establecer medidas de eficiencia ante la demanda social y cambios demográficos como el envejecimiento de la población.

El informe de 1992 señalaba que se apreciaban “*las tensiones relacionadas con un aumento de la demanda social, por el envejecimiento de la población y la mejora del nivel de vida, y con el desarrollo de los servicios y la tecnología disponible*”, situación que coincidía con “*la transformación del esquema sanitario de la Seguridad Social en un sistema nacional de salud de financiación y cobertura universales*”²⁹. Así, a juicio de los autores del

cargo a presupuestos. “Estas propuestas de cambio hacia una financiación sanitaria pública basada más en las transferencias estatales y menos en las cotizaciones sociales se emprendieron con la idea de fomentar la equidad en la financiación y de corregir las desviaciones presupuestarias continuas de los organismos de gestión sanitaria (INSALUD y Servicios de Salud de las distintas Comunidades Autónomas”. DE MIGUEL, J.M., “Salud y Sanidad” en JUAREZ, M. (Dir.), op. cit., pág. 865.

Comenta por su parte ORTÚN RUBIO “que la Ley General de Sanidad en 1986 marca el inicio del cambio hacia un sistema nacional de salud, la cobertura poblacional se generaliza y la financiación de las prestaciones sanitarias se realiza fundamentalmente con cargo a impuestos generales a partir del 1 de enero de 1989. Se dan, pues, las condiciones para que el SSE pueda calificarse con Servicio Nacional de Salud. No obstante, las organizaciones normas básicas de funcionamiento y alcance de las prestaciones responden al diseño de la seguridad social”. ORTÚN RUBIO, V., op. cit., pág. 14

28 Dentro de las transferencias estatales se incluía en cualquier caso el sistema de financiación para la asistencia sanitaria a las personas sin recursos que quedasen fuera del sistema de Seguridad Social. Artículo 80 de la Ley General de Sanidad.

De ello se ocupó la Orden de 13 de noviembre de 1989, de desarrollo del Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por la que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes.

29 Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema

Informe, los efectos de estas tensiones y la falta de mecanismos adecuados de gestión y financiación que dieran respuesta a la nueva realidad, tenían efectos negativos en la eficiencia, la equidad y la calidad de los servicios sanitarios públicos³⁰.

Los mayores problemas se detectaban en los sistemas de gestión y control, de ahí que se estimase la necesidad de flexibilizar los procedimientos y dar entrada a los métodos y formas de gestión del sector privado³¹. Los objetivos que se buscaban eran: buscar una mayor responsabilidad de los gestores como camino a una mayor eficiencia; buscar una mejor valoración subjetiva de los usuarios; promover una conciencia del coste del servicio sanitario; promover una estructura flexible capaz de adaptarse a nuevas necesidades; y, buscar un mayor grado de participación del personal sanitario³².

En materia de financiación consideraron que era imprescindible una organización más flexible y a la vez orientada por objetivos estratégicos; la separación de la financiación de la provisión de servicios, buscando mayor competencia entre los proveedores de éstos; separar los presupuestos de prevención y promoción de la salud y los de asistencia sanitaria; mayor autonomía financiera y organizativa en los centros públicos; cambios en el sistema de personal, acercando su estatuto más al personal laboral que al funcionarial, buscando estimular a los profesionales sanitarios, introduciendo igualmente mecanismos de motivación e incentivación profesional, al tiempo

Nacional de Salud, Informe y Recomendaciones, julio de 1991. Puede consultarse el texto en http://salpub.uv.es/admon/docs/legislacio/es/Informe_Abril_Martorell_1.pdf, pág. 21.

30 Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud...cit., pág. 22.

Es necesario considerar que pese a que efectivamente había aumentado el gasto ello no necesariamente implica, ni implicó, una mejora en las medidas, por cuanto éstas no están condicionadas a un mayor gasto, sino a una mejor prestación – aunque sí es posible en cambio decir que un menor nivel de gasto sí puede redundar en una peor prestación o un empeoramiento de la asistencia sanitaria. El problema de la sanidad española no se encontraba tanto en una mala asistencia sanitaria sino en una mala gestión de los recursos, que ocasionaba que no siempre llegara la prestación a quién lo necesitara y cuándo lo necesitara.

31 Señalaba la Comisión que “la situación actual parece representar el final evolutivo de un sistema centralizado y rígido, que ha sido capaz de vertebrar y estimular en el pasado una asistencia sanitaria pública, basada en la Seguridad Social, pero que ya es insuficiente para atender los problemas actuales y futuros de los servicios sanitarios en un entorno de recursos limitados”. Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud...cit., pág. 23.

32 Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud...cit., pág. 24.

que se mejoraban los mecanismos de capacitación y de formación continua³³.

Además habían de mejorarse las formas de contabilización y las presupuestarias; la creación o ampliación de nuevos servicios, para lo que habría de considerarse la externalización de servicios o bien la contratación externa, o subcontratación de aquellas que no resultasen eficientes y no afectasen al desarrollo principal de la actividad sanitaria. Ello había de ir acompañado de un exhaustivo control de calidad en los servicios, que incluyese prestar atención a la valoración subjetiva que los ciudadanos tienen de la atención prestada³⁴.

Finalmente, sobre la financiación, los aspectos más importantes se centraban en la forma de obtención de los recursos del sistema, que consideraba la Comisión debía asegurar un sostenimiento suficiente de los servicios, para lo que era necesario mantener la financiación vía impuestos, pero también introducir nuevas formas de financiación, incluso que los propios servicios sanitarios buscasen dentro de su actividad, ingresos adicionales de actividades ligadas a la sanidad, pero no directamente relacionadas con la prestación del servicio. Por otro lado, se introduce la idea de la necesidad de que los pacientes tomen conciencia del coste que supone el servicio, para lo que se apunta, la posibilidad de cobrar un precio simbólico, no disuasorio³⁵.

Estas medidas, que hoy pueden parecer novedosas considerando lo poco que hemos avanzado en este sentido, no sentaban bien entre las fuerzas más progresistas y los sindicatos. Si bien no podemos tener una confirmación al no haberse tomado medidas que se apuntaron como la exigencia de un precio simbólico o la mayor asunción del coste farmacéutico, sí consideramos que hubieran podido tener un efecto positivo en la mejora de la sanidad, si bien, evidentemente no eran suficientes, por cuanto eran necesarias, y aún hoy lo son, medidas como la mejora en los procesos, la capacitación y formación continua del personal, y los controles de calidad en los servicios prestados, tanto de forma objetiva, como de forma subjetiva, valorando la imagen que de ellos tienen los usuarios y el por qué de dichas

valoraciones.

En este sentido, coincidimos con SPAGNOLO DE LA TORRE en que “el reto del futuro es encontrar la adecuada combinación entre la acción del mercado, incentivadora de la eficiencia, y la acción del Estado, garantizadora de la equidad (...). Se trataría de favorecer la provisión más eficiente con independencia del criterio de propiedad”³⁶.

A pesar del tiempo transcurrido nos encontramos hoy casi en el mismo punto que hace veinte años. Así, si bien hoy seguimos discutiendo, sin ninguna posibilidad de consenso a corto plazo, mecanismos de eficiencia en el gasto, la coyuntura actual ha hecho imprescindible tomar ciertas medidas, de hecho, alguna ya apuntada por el informe Abril Martorell, como una mayor participación en el gasto farmacéutico.

Consciente de la necesidad de tomar medidas, si bien no podemos valorar aún su alcance, el Real Decreto 16/2012 disponía que en su Capítulo III lo que denominó “Medidas de cohesión y de garantía financiera del Sistema Nacional de Salud”. Así, creaba en su artículo tercero el “Fondo de Garantía Asistencial, con carácter extrapresupuestario, con el objeto de garantizar la cohesión y equidad en el Sistema Nacional de Salud, mediante la cobertura de los desplazamientos entre comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla de personas que gozan de la condición de asegurado en el Sistema Nacional de Salud”. Este fondo, continúa el artículo 3 en su apartado segundo está “destinado a la compensación entre las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla por las actuaciones que sus servicios de salud realicen en el marco de la aplicación de la cartera común básica de servicios asistenciales y de la suplementaria a las personas que gocen de la condición de asegurado en el Sistema Nacional de Salud en sus desplazamientos temporales”, si bien no establecía qué ocurría cuando debido al problema del exceso de gasto autonómico, que ha puesto a muchas comunidades autónomas en ciertas dificultades para prestar la asistencia básica, no se podían prestar ésta asistencia.

Por otro lado, tampoco se resolvía, si bien ya se ha anunciado una voluntad de acuerdo por parte de todas las Comunidades Autónomas cómo generar economías de escala que favorezca la eficiencia

³³ Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud...cit., págs. 49 a 54.

³⁴ Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud...cit., págs. 55 a 58.

³⁵ Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud...cit., págs. 59 a 64.

³⁶ SPAGNOLO DE LA TORRE, E., “Análisis y comentarios en torno al Informe Abril Martorell”, *Medicina Clínica*, Vol. 100, núm. 7, 1993, pág. 260.

en el gasto, como puede ser la idea ya apuntada de centralizar la compra de productos médicos y el material, lo que es especialmente relevante considerar, y aprovecha la crisis para hacerlo, en un momento en que muchas Comunidades no pueden contar los suministros sanitarios mínimos.

5. CONCLUSIONES

Si bien la prestación sanitaria aconseja en numerosas ocasiones la descentralización para la mejor prestación del servicio, ello no ha de suponer superposición de administraciones que hagan ineficiente la prestación, tanto desde el punto de vista del servicio como del coste.

El sistema sanitario configurado en nuestro sistema por el marco constitucional y los procesos de transferencia competencial de los años noventa han dado lugar a la coexistencia de dos administraciones con competencia, de distinto grado y naturaleza, en materia sanitaria. Esta situación produce, en ocasiones, ciertas disfunciones agravadas, en una época de crisis como la actual, por una ineficiencia en el gasto que termina afectando a la prestación sanitaria.

Una de las circunstancias a que tuvo que hacer frente el modelo creado tras la transición democrática fue la necesidad de coordinar las distintas administraciones que fueron adquiriendo competencias sociales. Esta circunstancia no fue ajena a la prestación sanitaria

Si bien las prestaciones son de notable calidad no podemos hacer juicio de similar rotundidad si atendemos a las ineficiencias en términos de gasto. Conseguir un sistema sanitario eficiente y moderno no pasa sólo por considerar nuevas formas de gestión, por ejemplo, sino que implica, sobre todo, repensar un modelo sanitario y el papel que le corresponden a las distintas administraciones públicas en él.

La situación de crisis actual ha venido a demostrar, también en materia sanitaria, que no es posible para el Estado mantener un sistema sanitario por cada Comunidad Autónoma. No tendremos quizás momento más oportuno, porque lo exigen las circunstancias, para proceder a una reformulación del estado social, y dentro de él, del sistema sanitario si no queremos que termine colapsando ante la imposibilidad del Estado para mantenerlo. En esta reformulación se hace imprescindible determinar, lo

que tendrá que ocurrir a nivel estatal, ese mínimo de prestaciones para todos los ciudadanos que han de cubrir las Comunidades Autónomas, y para el que recibirán auxilio del Estado, pudiendo, como no podía ser de otra manera, haciendo uso de sus potestades autónomas y de sus propios recursos, ampliarlo como se hace en materia educativa, por ejemplo, de tal forma que ello serviría para prestar atención a necesidades que puedan considerarse prioritarias en un territorio pero no tienen por qué serlo en todo el territorio español. De esta forma, cualquier ciudadano español tendría siempre garantizado, con independencia de dónde resida, determinadas prestaciones sanitarias, pudiendo las Comunidades Autónomas, según sus propios criterios, ampliar en un determinado porcentaje el catálogo de prestaciones sanitarias para atender mejor las necesidades de los ciudadanos que se encuentran en su territorio.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud, Informe y Recomendaciones, julio de 1991. Puede consultarse el texto en http://salpub.uv.es/SALPUB/legislacion_sanitaria/es/Informe_Abril_Martorell_1.pdf
- AJA. E., *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, Madrid, 2007.
- CANTAREDO PRIEGO, D., “La financiación autonómica y el caso especial de las competencias sanitarias: trayectoria histórica, situación actual y problemas pendientes”, trabajo presentado al IX Encuentro de Economía pública celebrado en Vigo los días 7 y 8 de febrero de 2002.
- CASTELLÓN LEAL, E., “La distribución de competencias sanitarias”, *El Médico*, Anuario 1999, puede consultarse el texto en <http://www.elmedicointeractivo.com/ap1/emiold/documentos/anuario99/22-24.pdf>
- DE MIGUEL, J.M., “Salud y Sanidad” en JUAREZ, M. (Dir.), *V Informe sociológico sobre la situación social de España*, Fundación FOESSA, Madrid, 1994
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, La Ley, Madrid, 2006.
- JIMENEZ AGUILERA, J. de D., “La distribución territorial de los recursos sanitarios: algunas propuestas”, *Revista de estudios regionales*, 2007, págs. 75 a 108. Puede con-

sultarse el texto en <http://www.revistaestudiosregionales.com/jornadas/juandedios.pdf>

- LÓPEZ CARBAJO, J.M., “El nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía”, *Presupuesto y Gasto Público*, Núm. 62, 2011, págs. 9 a 19.
- MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J. L., GONZALEZ SEARA, L. (Dir.), *Las Estructuras del bienestar. Derecho, economía y sociedad en España*, Civitas, Madrid, 1997.
- ORTÚN RUBIO, V., “La salud del sistema sanitario español”, *Revista Ekonomiaz*, núm. 25, 1993, pág. 13.
- SPAGNOLO DE LA TORRE, E., “Análisis y comentarios en torno al Informe Abril Martorell”, *Medicina Clínica*, Vol. 100, núm. 7, 1993.

LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS EN LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA EN LOS ESTADOS MIEMBROS

Eduardo Asensi Pallarés

Socio Director de Asjusa-Letramed

Abogado Especialista en Derecho Sanitario

ÍNDICE

1. Introducción.
2. Origen normativo del derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea.
3. La doctrina del TJCE sobre la asistencia sanitaria transfronteriza.
4. La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/24/UE, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.
5. El informe del Tribunal de Cuentas sobre Fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales de la Seguridad Social.
6. Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.
7. Conclusiones
8. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio se centra en el análisis del derecho a una asistencia sanitaria transfronteriza en el marco de la Unión Europea. El reconocimiento de la libre circulación de personas y trabajadores ha abierto muchas posibilidades a los ciudadanos de los Estados miembros, entre ellas, buscar asistencia sanitaria más allá del Estado de su nacionalidad, y al mismo tiempo ha generado problemas de planificación y equilibrio económico a los Estados.

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea, en adelante TJCE, ha analizado en numerosas ocasiones estos conflictos, todos ellos con un mismo denominador común, la vulneración del principio de libre circulación en el ámbito de la seguridad social en supuestos de denegación de reembolsos de gastos sanitarios, y es interesante como el tribunal ha consolidado y delimitado al mismo tiempo este derecho. Por otro lado, la jurisprudencia del TSJCE, y las distintas posturas de los estados miembros han tenido reflejo en la última Directiva sobre asistencia sanitaria transfronteriza de 9 de marzo de 2011 (2011/24/UE).

Es indudable que este movimiento afecta y complica los costes que soportan los sistemas nacionales de salud, a la planificación y gestión eficaz de los hospitales y centros sanitarios. Y en el caso concreto de España, debido a que es uno de los principales destinos del denominado turismo sanitario le afecta de forma especial, hasta el punto que ha sido recientemente objeto de estudio por nuestro Tribunal de Cuentas por el riesgo financiero que supone para el Sistema Nacional de Salud determinadas prácticas, y ha motivado reformas de calado recientes, como es el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.

2. ORIGEN NORMATIVO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA EN LA UNIÓN EUROPEA

El acceso a la asistencia sanitaria en otros Estados miembros se ha basado durante muchos años en el

Reglamento (CEE) 1408/71¹, 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 desplacen dentro de la Comunidad. Establece el derecho de un asegurado autorizado por la autoridad competente a desplazarse a otro Estado miembro y recibir un tratamiento adecuado a su situación, y el disfrute de las prestaciones de asistencia sanitaria por cuenta de la institución competente².

Esta normativa mostro enseguida deficiencias, y dio lugar a reformas posteriores hasta su derogación definitiva por la entrada en vigor, con fecha 1 de mayo de 2010, de dos nuevos Reglamentos (CEE), el Reglamento nº 883/2004, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, y el Reglamento nº987/2009, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/04.

Por otro lado, junto a la normativa específica recogida en los citados reglamentos, es interesante como la jurisprudencia sobre asistencia sanitaria transfronteriza refleja como los ciudadanos a la hora de reclamar por la denegación de un reembolso por gastos sanitario no se han limitado a invocar los reglamentos, sino que esgrimen, y además como argumento principal, la normativa sobre libre circulación de bienes y servicios³. Así, a través del Tratado de la Comunidad Europea, en adelante TCE, se ha creado un procedimiento alternativo, según el cual los pacientes podían elegir de manera libre una prestación en el extranjero sin pedir autorización previa, y solicitando el reembolso hasta el límite que su país de afiliación hubiera previsto en su sistema

1 Reglamento (CEE) nº 574/72, de 21 de marzo de 1972, del Consejo, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento 1408/71.

2 El artículo 22.2 establece que “la autorización requerida en virtud de la letra c) el apartado 1 (autorización de la autoridad competente para desplazarse al territorio de otro estado miembro para recibir asistencia médica), no podrá ser denegada cuando la asistencia de que se trate 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 ser dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que se reside”.

3 El artículo 59 de 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 miembro. De hecho, en el caso Kohll, C-158/96 abrió nuevas vías con la aplicación de esta normativa, que los Estados entendían que no cabía por tratarse de normas económicas no aplicables a cuestiones de seguridad social.

de salud.

3. LA DOCTRINA DEL TJCE SOBRE LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha construido una doctrina sólida sobre el mercado común sanitario o, en concreto, sobre la libre circulación de pacientes, en lo que se refiere al denominado turismo sanitario y, en general, a la asistencia sanitaria transfronteriza.

Entre las primeras sentencias del TJCE se encuentra el Caso Kohll, C-158/96, sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1998, que resultó de enorme relevancia y sorpresa para las expectativas de los Estados miembros, puesto que abrió la vía alternativa a la normativa específica sobre la base de la libre circulación de bienes y servicios recogida por el Tratado, y, a su vez, precipitó que los ciudadanos europeos se atrevieran a recibir tratamiento en otros Estados sin obtener autorización previa, y en su caso, ante la denegación, que acudieran al TJCE.

En esta ocasión el Tribunal analiza dos cuestiones prejudiciales en el marco de un litigio entre el Sr. Kohll⁴, nacional luxemburgués, y la seguridad social competente (UCM) a la cual estaba afiliado, por la denegación de un tratamiento ortodoncista establecido en Trier (Alemania). El motivo de la denegación fue que no era urgente, y que por tanto podía prestarse en Luxemburgo⁵.

El Señor Kohll no se limitó a invocar la normativa específica, sino que acudió también, y como argumento principal, a la libre circulación de bienes y servicios que el TCE garantizaba.

La sentencia, ante la sorpresa de más de un Estado miembro, sobre todo el Luxemburgo, que había alegado la no pertenencia de esas disposiciones

4 El Sr. Kohll interpuso recurso de casación por entender que la normativa nacional que supedita el reembolso conforme al baremo del estado de afiliación, vulnera los artículos 59 y 60 del TCEE. De hecho, solicitando el reembolso conforme a lo que habría tenido derecho si el tratamiento se hubiera aplicado por el único especialista en ese momento en Luxemburgo.

5 El artículo 27 de la UCM establece que la autorización se concede sólo tras haber efectuado un control médico y previa presentación de una solicitud escrita de un médico establecido en la que se indique el médico o el centro hospitalario aconsejado al asegurado, así como los criterios y circunstancias que imposibilitan que se dispense dicho tratamiento en Luxemburgo.

por tratarse de normas económicas no aplicables a cuestiones de seguridad social, admite la reclamación y declara que la negativa de una autorización previa por parte de las autoridades nacionales debe estar justificada por un riesgo real y efectivo de ruptura del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, de lo contrario se opone a los artículos 59 y 60 del tratado. Admitiendo por tanto un nuevo marco jurídico, al estimar que la exigencia de autorización previa era contraria al libre movimiento de bienes y servicios.

El 12 de Julio de 2001 el Tribunal dictó dos sentencias sobre la misma cuestión, en los asuntos de Smits y Peerbooms C-157/99, y Abdon Vanbreakel y otros, C-368/98. En la primera sentencia, el Tribunal analiza la reclamación de la señora Smits, una enferma de Parkinson que acudió a una clínica experimental alemana en busca de un tratamiento, haciendo frente ella misma al coste del mismo. En Holanda le denegaron el reembolso porque consideraron que el tratamiento holandés para la enfermedad era adecuado, y que el alemán no había demostrado ventajas adicionales. Por su parte, el Sr. Peerbooms, en coma por accidente de tráfico, fue trasladado por su familia a una clínica austriaca para una terapia que en Holanda sólo era experimental y se aplicaba a mayores de 25 años, negándosele igualmente el reintegro de los gastos.

En ambos casos, el Tribunal, siguiendo la línea marcada en el caso de Khol, declara que el tratamiento hospitalario había sido remunerado por ambos demandantes, con lo que debería considerarse un servicio en el sentido del TCE y, por tanto, la autorización previa supondría poner un obstáculo a la libre prestación de servicios.

El segundo caso es una de las sentencias más relevantes en la materia que nos ocupa, o al menos la más citada por recurrentes y el propio Tribunal, es el Caso Abdon Vanbreakel y otros, C-368/98, *sentencia de 12 de julio de 2001*. En esta sentencia, el Tribunal declaró que, “no se puede pretender que el pago de un reembolso complementario correspondiente a la diferencia existente entre el régimen de intervención previsto por la legislación del Estado miembro de afiliación y el estado miembro de estancia, cuando el primero sea más favorable que el segundo, pueda comprometer el mantenimiento en el Estado miembro de afiliación de un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos, así como de una capacidad de asistencia médica en el territorio nacional”.

De todas formas, aclara a sentencia, en primer lugar, que cuando “la institución competente autorice a un beneficiario de la seguridad social a trasladarse al territorio de otro estado miembro para recibir asistencia en él (o bien la denegación se declare posteriormente infundada, como es el caso), la institución del lugar de estancia está obligada a concederle las prestaciones en especie conforme a las normas previstas por la legislación que ésta aplique, y como si el interesado estuviera afiliado a ella”.

Añade que “el artículo 22 del Reglamento 1408/71 no tiene por efecto impedir ni exigir a dicho Estado el pago de un reembolso complementario correspondiente a la diferencia entre el régimen de intervención previsto por la legislación de dicho Estado y el aplicado por el Estado miembro de estancia, cuando el primero sea más favorable que el segundo y cuando el reembolso esté previsto por la legislación del Estado miembro de afiliación”. Eso sí, una interpretación en conjunto con el artículo 59 del Tratado, debe interpretarse en el sentido “de que si el reembolso de los gastos realizados por los 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 de este último, la institución competente debe abonar al beneficiario un reembolso complementario correspondiente a dicha diferencia”.

Esta jurisprudencia sobre el alcance del reembolso se ha visto matizada después en otras sentencias, como el caso Watts (TSJCE 2006\141)⁶, y muy especialmente los asuntos C-211/08 (TSJCE 2010\175) y C-512/08 (TSJCE 2010\288). Ambos casos tienen por objeto un recurso de la Comisión Europea por denegar a beneficiarios de los Sistemas nacionales de salud el reembolso de los gastos médicos en que incurrieron en otro Estado miembro por tratamiento hospitalario⁷.

⁶ La Sra. Watts pidió autorización para recibir tratamiento en otro Estado miembro por su osteoartritis, pues en Reino Unido la lista de espera era de casi un año. Se le denegó, y pese a ello se operó en Francia. La sentencia admite la existencia de lista de espera en el país de origen como razón válida para solicitar el reembolso, aunque el país del asegurado tenga un sistema que preste servicios gratuitamente.

⁷ La Comisión solicitó al Tribunal que declare que las obligaciones que incumben a España en virtud del artículo 49 C respecto de la prestación de servicios transfronterizos, puesto que se opone a la aplicación de toda normativa nacional que tenga por efecto hacer más difícil las prestaciones entre estados miembros que las prestaciones puramente internas.

El primer caso tiene su origen en una denuncia de un ciudadano francés que residía en España y estaba afiliado al sistema español de Seguridad Social, al que se le denegó el reembolso de unos gastos de hospitalización que le hizo pagar la institución francesa durante una estancia en Francia. España por su parte respondió al requerimiento de la Comisión que nuestra normativa no contempla la posibilidad de que un afiliado al Sistema Nacional de Salud obtuviera el reembolso de gastos médicos generados fuera de dicho sistema, salvo en circunstancias excepcionales previstas en el RD 63/1995, y que en cualquier caso, este obstáculo está justificado por razones de interés general ligadas a la preservación del equilibrio financiero del Sistema Nacional de Salud.

La Comisión sostiene en su denuncia que la normativa española vulnera la normativa comunitaria porque puede disuadir a los asegurados que sufran enfermedades crónicas que conlleven riesgo de hospitalización de desplazarse como turistas a un Estado miembro en el que las condiciones de cobertura de asistencia hospitalaria sean menos ventajosa que en España, y que no se ha justificado la necesidad de esta restricción en relación con el objeto consistente en garantizar el equilibrio financiero del sistema nacional de salud, teniendo en cuenta que el coste de este tratamiento en ningún caso podría superar el coste que habría supuesto un tratamiento equivalente en España.

Finalmente, el Tribunal desestima el recurso y admite que en el caso de tratamientos no planificados, en el sentido del artículo 22, apartado a), del Reglamento 1408/71, *“implica por definición una falta de certidumbre en el momento en el que el asegurado decide viajar a otro Estado miembro sobre la necesidad de recibir tratamiento hospitalario durante su estancia temporal en ese otro estado miembro. El mismo carácter aleatorio tiene la situación de los asegurados de edad avanzada y de los asegurados que sufren enfermedades crónicas o preexistentes. Por ello, concluye que resulta demasiado aleatorio que los afiliados al sistema de salud español puedan verse incitados a adelantar su regreso, o renunciar a viajar, al no poder contra, salvo en el caso del art 4 de la normativa española. Así concluye que en términos generales la normativa española no supone un obstáculo a la libre prestación de servicios de asistencia hospitalaria.*

El Segundo caso es el asunto C-512/08 (TJCE/2010/288), que tiene por objeto un recurso

por incumplimiento de la Comisión frente a Francia por haber subordinado a autorización previa el reembolso de las prestaciones médicas accesibles en consultorio (centro no hospitalario) que requieran la utilización de equipos materiales particularmente onerosos, así como la falta de una disposición que permita conceder al asegurado del sistema francés de seguridad social un reembolso complementario en las condiciones previstas en el apartado 53 de la sentencia Vanbraekel⁸.

La sentencia del TJCE declara que según reiterada jurisprudencia, un régimen de autorización previa debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites de la facultad de apreciación sin que pueda utilizarse de manera arbitraria⁹, si bien admite que la Comisión no ha probado que exista una situación que pueda privar a los asegurados del sistema francés de seguridad social de los derechos reconocidos en la sentencia Vanbraekel.

El fenómeno del turismo sanitario y de los problemas derivados de la asistencia transfronteriza ha supuesto un avance importante del espacio común europeo, y como pone de manifiesto algún autor¹⁰, es relevante como no ha sido liderado por ninguna de las Instituciones comunitarias de base política, como el Consejo, el Parlamento Europeo o la Comisión, sino por el Poder Judicial de la Unión Europea.

El problema de que la evolución del espacio común europeo se haya producido a golpe de resolución judicial es que su creación es sobre la base del casuismo. Y es que la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la libre circulación de pacientes es extremadamente casuística, ya que responde a las peculiaridades de cada caso, sin que pueda extraerse una doctrina común que pueda aplicarse a todos

8 La sentencia declara que el artículo 49 de la CE debe interpretarse en el sentido de que si el reembolso de los gastos realizados por servicios hospitalarios en un estado miembro de estancia, es inferior al que habría resultado de aplicar la normativa en vigor en el estado miembro de afiliación, la institución competente debe abonar al beneficiario un reembolso complementario correspondiente a dicha referencia.

9 El Tribunal de Justicia precisó con posterioridad que el derecho del asegurado social a ese reembolso complementario está limitado por los gastos realmente incurridos en el Estado miembro de estancia (caso watts, TJCE 2006/141).

10 Sobre la evolución del Espacio Común Europeo puede verse, Federico Montalvo De Jääskeläinen, «El espacio común sanitario en la Unión Europea: ¿Una realidad o un mito?» Revista de las Cortes Generales. Segundo cuatrimestre 2011.

los Estados miembros ni en todos los casos. Por tanto, se echa en falta el elemento del interés de la comunidad¹¹.

4. LA DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO 2011/24/UE, DE 9 DE MARZO DE 2011, RELATIVA A LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES EN LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA.

La Directiva 2011/24 es un fiel reflejo de los problemas derivados de la aplicación del Reglamento comunitario, y de la jurisprudencia que lo ha venido interpretando en los últimos años. La norma garantiza el derecho de los ciudadanos europeos a recibir tratamiento sanitario en otro Estado miembro, pero también se recoge las peticiones de los Estados sobre los riesgos financieros de una interpretación amplia de este derecho (salvaguardar el equilibrio financiero del los sistemas nacionales de salud).

Efectivamente, la presente Directiva viene motivada en gran parte por las numerosas sentencias del TJCE en las que se interpreta de forma amplia el derecho a la libre circulación de pacientes (también la inseguridad que supone apoyar una serie de derechos únicamente en la jurisprudencia comunitaria), y por los recelos de los Estados por sus implicaciones económicas.

La Directiva respeta la esencia de la jurisprudencia del TJCE, pero introduce novedades significativas sobre la asistencia transfronteriza: no se aplica a la dependencia o cuidados de larga duración, excluye las enfermedades raras, el acceso a órganos para trasplantes (considerando 154 y art. 1.3) y programas de vacunación pública; se recoge como principio general el derecho de los ciudadanos europeos a solicitar asistencia sanitaria sin autorización previa en un estado miembro distinto al Estado de afiliación (art. 7.2 b); en tratamientos iguales o similares si a ellos tenían derecho en sus países de afiliación (artículo 7.1); los gastos de la asistencia sanitaria transfronteriza serán reembolsados o abonados directamente por el Estado miembro de afiliación hasta la cuantía que hubiera asumido dicho Estado si la asistencia sanitaria se hubiese prestado en su territorio, sin exceder del coste real de la asistencia

sanitaria efectivamente realizada (art. 7.4); El Estado miembro de afiliación podrá limitar la aplicación de las normas de reembolso de la asistencia sanitaria transfronteriza por razones imperiosas de interés general, como necesidades de planificación relacionadas con el objeto de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el estado miembro de que se trate, o la voluntad de controlar los costes y evitar, en la medida de lo posible, cualquier despilfarro de los recursos financieros, técnicos y humanos (art.7.9); en el caso de los jubilados, establece que en el supuesto de que regresen a su país de origen para obtener algún tratamiento, será éste quien corra con los gatos (art. 7.2a).

Por otro lado, la Directiva admite en su artículo 8 un elenco tan amplio y abstracto de excepciones al principio general de no autorización que puede llegar a desvirtuarse en gran medida la excepción. Así, la asistencia sanitaria puede requerir autorización cuando: a) requiera necesidades de planificación relacionadas con el objeto de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad, o voluntad de controlar costes y evitar cualquier despilfarro; suponga que el paciente tenga que pernoctar en el hospital al menos una noche; exija un uso de infraestructuras o equipos sumamente especializados; entrañe tratamientos que presenten un riesgo particular para el paciente o la población; sea proporcionada por un prestador que pueda suscitar motivos graves y específicos de inquietud en relación con la calidad y seguridad de los ciudadanos.

Aunque el artículo 4.3 de la norma comunitaria establece que la autorización previa no podrá constituir un medio de discriminación arbitraria, tras la lectura del artículo 8, podemos concluir que se amplían las potestades de los estados miembros, y que su vaguedad va a llevar de nuevo a que sea el TJCE el que establezca los derechos y los límites en lo que a la libre circulación de pacientes se refiere.

Los Estados defendieron un texto de la directiva que les resultara más favorable, y en gran medida han logrado su propósito, al conseguir un incremento significativo de los casos en los que se puede exigir autorización previa. De hecho, algún autor ha defendido que la actual normativa comunitaria supone más una victoria para los estados que para los pacientes¹², puesto que introduce elementos

11 Federico Montalvo De Jääskeläinen, «El espacio común sanitario en la Unión Europea: ¿Una realidad o un mito?» op. Cit, p.249.

12 María José Cervell Hortal, «Pacientes en la Unión

determinantes para la negación que se formulan de manera abstracta, y ofrecen para los Estados un mayor margen de maniobra.

Algún autor¹³ ya había advertido de los riesgos de la posición del Tribunal de Justicia y apuntado la posibilidad de que la consolidación de la doctrina sobre el turismo sanitario pudiera forzar a la Unión Europea, a los Estados miembros o a ambos, a decidirse por una reducción de las prestaciones sanitarias.

5. EL INFORME DEL TRIBUNAL DE CUENTAS SOBRE FISCALIZACIÓN DE LA GESTIÓN DE LAS PRESTACIONES DE ASISTENCIA SANITARIA DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL (Nº 937)

El informe del Tribunal de Cuentas aborda el análisis de la gestión financiera de las prestaciones de asistencia sanitaria prestadas por el Sistema Nacional de Salud, y en el extranjero a personas protegidas por la Seguridad Social española, en el marco de los reglamentos comunitarios, lo que se conoce como la “exportación del derecho a recibir asistencia sanitaria”.

El informe pone de manifiesto el volumen económico y administrativo que supone la gestión de asistencia sanitaria derivada de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios. Destaca que el importe facturado en el 2009 por el INSS por la asistencia sanitaria prestada a los asegurados a cargo de los Estados miembros ascendió a un total de 441.181.488,22, más de un 600% superior al importe de la facturación recibida por la asistencia prestada en dichos países asegurados a cargo de España, que ascendió a 61.361.532,13 euros¹⁴.

En concreto, respecto a los ciudadanos asegurados en Estados miembros de la Unión Europea, esto es

dentro del ámbito de aplicación de los Reglamentos comunitarios y que residen habitualmente en España, el informe verifica que hasta el 31 de diciembre de 2008, las prestaciones sanitarias proporcionadas a ciudadanos protegidos por la Seguridad Social del Reino Unido durante estancias temporales en España fueron facturadas mediante estimaciones basadas en el número de turistas recibidos en España, a diferencia con el resto de Estados, que se emitieron facturas en función del coste efectivo de la prestación, y que el mismo supuso una pérdida estimada anual de, al menos 20 millones de euros, en los ejercicios 2007 y 2008¹⁵.

En la misma línea, el informe también detecta una serie de incidencias en función de la facturación derivada del sistema de gasto real. Así, el número de facturas recibidas por España durante el año 2009 procedentes de Alemania fue de un 716% superior al número de facturas emitidas por España a este país, y el importe facturado por Alemania en relación a los españoles que visitaron Alemania fue un 477,2% superior a la facturación emitida por España en proporción a los alemanes que visitaron España.

España recibió un gran número de facturas procedentes de Alemania, Francia y Bélgica que sólo incluían prestaciones odontológicas. Se pone de manifiesto que asegurados a cargo de la Seguridad Social Española se desplazan a otros Estados en los que las prestaciones odontológicas están cubiertas por sus respectivos Sistemas de Seguridad Social, con el fin de eludir la aplicación de la normativa española, al recibir prestaciones odontológicas no soportadas por nuestro sistema de seguridad social.

El informe pone también de manifiesto que existe el riesgo que con estados miembros fronterizos, dada la cercanía territorial, España sirva prestaciones a ciudadanos protegidos por la seguridad social de Portugal y Francia que se trasladan específicamente para acceder a los centros y establecimientos sanitarios españoles, lo que desnaturaliza el objeto que persigue la tarjeta sanitaria europea¹⁶.

Europea: Libertad restringida y vigilada», Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2011), Vol. 3, nº 2, pp.51-70.

13 F.F.Silió Villamil, M.A. prieto Rodríguez y N. Romo Avilés, «Impacto de las políticas de Unión Europea sobre los sistemas sanitarios»; en VVAA; informe SESPAS 2002, op. Cit, p. 374.

14 La diferencia entre ambas magnitudes entendidas, en términos de gestión, como España acreedora y España deudora) se debe a que España es un país eminentemente receptor de turistas y residentes extranjeros.

15 A partir del 1 de enero de 2009, España dejó de aplicar el sistema de estimaciones y comenzó a facturar al reino Unido por el Sistema de costes efectivos o gasto real. De hecho, la facturación por las tarjetas sanitarias emitidas por el Reino Unido en el 2009 ascendió a 39.155.240 euros, a pesar que la cifra de turistas procedentes de este país fue más baja que en ejercicios anteriores.

16 Las provincias de Badajoz y Pontevedra fueron las que más facturas emitieron en el 2009 por las prestaciones sanitarias a titulares de tarjetas sanitarias europeas emitidas por Portugal, y un 70% de las facturas

En relación con el uso de la tarjetas sanitarias europeas emitidas por España, el informe resalta un importe elevado de facturas por una asistencia sanitaria superior a un año, lo que pone de manifiesto el uso indebido de formularios de estancia temporal por asegurados a cargo de España que podrían estar residiendo en los Estados en los que se les está prestando la asistencia sanitaria. Igualmente, destaca que no existe ninguna base de datos centralizada de beneficiarios vinculados a asegurados de titulares con derecho a la asistencia sanitaria, por lo que existe el riesgo de que existan beneficiarios indebidos, ya asegurados en sus estados de origen¹⁷.

6. REAL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y MEJORAR LA CALIDAD Y SEGURIDAD DE SUS PRESTACIONES

El Real Decreto-Ley pone de manifiesto en su exposición de motivos la grave dificultad económica del Sistema Nacional de Salud, una situación “claramente incompatible con su imprescindible sostenibilidad”. La norma nacional busca mejorar la eficiencia en el proceso de prescripción, dispensación y uso de medicamentos. Es más, la extraordinaria puesta en marcha de estas medidas es lo que justifica, según la propia exposición de motivos, que se apruebe la norma mediante el mecanismo de un real decreto-ley.

Resulta también llamativo la mención expresa en la exposición de motivos a la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea, y al informe emitido por el Tribunal de Cuentas, destacando la “resulta imprescindible regular, sin más demora, la condición de asegurado con el fin de evitar algunas

correspondían al Hospital materno Infantil, lo que parece razonable considerar que estas personas no recibieron asistencia sanitaria materno-infantil por encontrarse en estancia temporal en España y necesitar eventualmente dicha asistencia, sino como acto deliberado por la proximidad geográfica.

¹⁷ En cualquier caso, las posibles desviaciones advertidas en la facturación que podrían derivarse de la asistencia sanitaria prestada a los asegurados de otros Estados miembros residentes en España durante su estancia temporal en su país, han dejado de ser posibles desde la entrada en vigor de los nuevos Reglamentos, en virtud de los cuales los formularios de estancia temporal por motivos distintos a los médicos deben ser emitidos por el país de aseguramiento y no por el de residencia. Esta regulación es favorable para España por su condición de país eminentemente receptor de pensionistas extranjeros.

situaciones de prestación de asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que debilitan de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”.

El artículo uno del Real Decreto-Ley 16/2012, modifica el artículo 3 de la ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en lo que se refiere a la condición de asegurado, estableciendo en, su apartado segundo, los cuatro supuestos en los que se entenderá que se tiene condición de asegurado a los efectos de recibir asistencia sanitaria en España a través del Sistema Nacional de Salud, e igualmente, en el apartado cuarto del primer artículo de la norma, se establece quién tendrá la condición de beneficiario de un asegurado.

En este sentido, se establece expresamente un mecanismo de control de la condición de asegurado (artículo 3 bis, apartado tercero), habilitando al Instituto Nacional de la Seguridad Social para tratar los datos obrantes en los ficheros de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o de los órganos de las administraciones públicas competentes que resulten imprescindibles para verificar la concurrencia de la condición de asegurado o beneficiario, sin contar con el consentimiento del interesado¹⁸.

También de acuerdo con las recomendaciones del informe de Tribunal de Cuentas, se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre la entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, en lo referente al derecho de residencia por un periodo superior a tres meses.

7. CONCLUSIONES

1.- El Derecho comunitario reconoce el derecho de los ciudadanos (asegurados y beneficiarios) a obtener en otro Estado miembro, distinto del que es beneficiario, asistencia sanitaria. La libre prestación de servicios incluye la libertad de un asegurado establecido en un Estado miembro de desplazarse

¹⁸ Disposición adicional tercera. Cesión de información tributaria. La Administración tributaria facilitará, dentro de cada ejercicio, al órgano de la Administración Pública responsable del reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo, los datos relativos a sus niveles de renta en cuanto sean necesarios para determinar el porcentaje de participación en el pago de las prestaciones de la cartera común de servicios sujetos a aportación.

a otro Estado miembro con el fin de permanecer allí durante un tiempo, y de recibir en asistencia hospitalaria cuando su estado de salud haga necesaria dicha asistencia en el curso de su estancia. La norma actualmente aplicable, Reglamento (CEE) nº 883/2004 (LCEur 2004,2229), reconoce tres supuestos distintos: residencia en otro estado miembro, asistencia no programada (o estancia temporal) y asistencia programada autorizada.

2.- El Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social, de lo que se deriva una falta de armonización a escala comunitaria. Así, corresponde a cada Estado miembro establecer los requisitos para afiliarse a un régimen de Seguridad Social, y los requisitos que permiten el derecho a las prestaciones. Eso sí, todo ello, respetando el Derecho Comunitario. Así lo ha reconocido en numerosas ocasiones el TJCE, el hecho de que la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal esté comprendida dentro del ámbito de la seguridad social no puede bastar para excluir la aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios¹⁹.

3.- El Interés general como límite a la libre prestación de servicios. Los estados miembros sostienen que la libre prestación de servicios no es absoluta y que deben tomarse en consideración razones enlazadas con el control de los gastos sanitarios. Así, como limite alegado por los estados miembros se encuentra el riesgo de ruptura del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, dirigido a mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos los afiliados, constituye una razón de interés general que puede justificar restricciones a la libre prestación de servicios.

4.- La Directiva 2011/24/UE refleja la enorme

dificultad que tiene conciliar la libre circulación de pacientes y los intereses de los Estados miembros en la Unión Europea. Cualquier nacional de un Estado miembro puede buscar asistencia sanitaria a la que tenga derecho en su propio Estado miembro, con la garantía de que le serán reembolsados los gastos en el nivel previsto en su propio régimen. Se le reembolsaran todos los gastos por las prestaciones a las que el asegurado hubiera tenido derecho en su propio sistema de afiliación y sólo hasta la cuantía que habría asumido ese Estado, si él mismo hubiera asumido la asistencia, sin exceder el coste real de la misma (Directiva, artículo 7.1 y 7.4). Aunque los Estados miembros pueden decidir reembolsar el coste total de las asistencia prestada, incluso si excediera de lo que hubiera supuesto prestarla en su territorio. Y permite también el reembolso, si así lo desea el Estado de afiliación, de los gastos de alojamiento y viaje.

5.- Aunque el artículo 4.3 de la norma comunitaria establece que la autorización previa no podrá constituir un medio de discriminación arbitraria, tras la lectura del artículo 8, podemos concluir que se amplían las potestades de los Estados miembros, y que su vaguedad va a llevar de nuevo a que sea el TJCE el que establezca los derechos y los límites en lo que a la libre circulación de pacientes se refiere.

6.- Los criterios manejados por la Directiva, por ejemplo respecto de la denegación de autorización previa en una lista (artículo 8.6 de la Directiva), pueden crear cierta inseguridad jurídica, puesto que no queda claro como determinar la existencia de los mismos. Así por ejemplo cuando se dice “grado razonable de certeza”, “riesgo sustancial para la población”, “plazo medicamente justificable”.

7.- Pese a que la libre circulación de ciudadanos es uno de los principios básicos bajo el que se construye la Unión Europea, no existe una política común sanitaria, y nada hace pensar que vaya a suceder. Muy al contrario, dado los elevados intereses económicos, y la complejidad de los trámites formales para beneficiarse, así como la ambigüedad para poder denegarlo, todo ello hace presagiar que el TJCE va a seguir siendo una pieza crucial en el desarrollo y cumplimiento del derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea.

8.- El informe del Tribunal de Cuentas sobre fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos comunitarios y convenios

19 El artículo 56 del Tratado permite a los estados miembros restringir la libre circulación de servicios médicos y hospitalarios, en la medida en que una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional es esencial para la salud pública, e incluso para la supervivencia de la población (sería necesario acreditar que la medida es necesaria para garantizar un servicio médico hospitalario equilibrado y accesible a todos). En este sentido, el TSJCE tiene declarado que el hecho de imponer a un Estado miembro la obligación de garantizar a sus propios afiliados un reembolso adicional por parte de la institución competente, cada vez que el nivel de cobertura aplicable en el estado miembro de estancia de los gastos hospitalarios imprevistos sea inferior al aplicable en virtud de su propia normativa supondría quebrantar la estructura del sistema introducido en el Reglamento número 1408/71.

internacionales de la Seguridad Social pone de manifiesto el volumen económico y administrativo que supone la gestión de asistencia sanitaria derivada de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios, destacando una serie de incidencias e irregularidades con un gran impacto económico. El informe concluye sobre la necesidad de implementar una serie de medidas dirigidas a garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.

9.- El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, establece una serie de medidas dirigidas a buscar mejorar la eficiencia en el proceso de prescripción, dispensación y uso de medicamentos, y, en relación con la asistencia sanitaria transfronteriza, atendiendo a las deficiencias apuntadas por el informe del Tribunal de Cuentas, establece una serie de mecanismos de control para verificar la condición de asegurado, beneficiario y el permiso de residencia.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BARRIOS FLORES, L.F., «Europa y sanidad pública: el fenómeno del turismo sanitario» *XIV Congreso derecho y Salud*, vol. 14, 2006.
- CARRASCOSA BERMEJO, D., «Libre prestación de servicios y reembolso de gastos de hospitalización no programada durante la estancia temporal en otro Estado miembro: ¿procede abonar el «complemento diferencial Vanbraekel»? A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 15-06-2010 Asunto Comisión Europea contra Reino de España C-211/08, TJCE 2010/175)». Aranzadi, 2010.
- CERVELL HORTAL, M^a.J., «Pacientes en la unión Europea: libertad restringida y vigilada». *Cuadernos de Derecho Transaccional*, vol. 3, n^o 2, 2011.
- GOMEZ MARTIN, M., «La libre prestación de servicios sanitarios en Europa. A propósito de las Sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001». *DS Vol. 10, Núm. 2*, 2002.
- MONTALVO DE JÄÄSKELÄINEN, F., «El espacio común sanitario en la Unión Europea: ¿una realidad o un mito?». *Revista de las Cortes Generales* 2011.
- ORTIZ DE ELGEA GOICOECHEA, P.J., «La asistencia sanitaria en la Unión Europea y la libre circulación de los usuarios», *XI Congreso Derecho y Salud*, 2003.
- PEREZ GOMEZ, J.M^a., «El problema del reintegro de gastos sanitarios realizados en un Estado miembro sin la autorización del Estado de origen del paciente». *XIV Congreso derecho y Salud*, vol. 14, 2006.
- RODRIGUEZ MEDINA, C., «Salud Pública y Asistencia Sanitaria en la Unión Europea. Una unión más cercana al ciudadano». *Biblioteca de derecho y ciencias de la vida*, Comares 2007.

CLAVES PARA ALCANZAR ACUERDOS A TRAVÉS DE LA MEDIACIÓN SANITARIA EN LAS RECLAMACIONES INDEMNIZATORIAS

Elena Martínez-Zaporta Aréchaga
Abogada Especialista en Derecho Sanitario

ÍNDICE

1. Introducción.
2. ¿Qué es la mediación sanitaria?
3. La responsabilidad patrimonial como asunto mediable.
4. Algunas pautas de desarrollo del proceso.
5. Conclusiones.
6. Bibliografía.

RESUMEN

La mediación contextualizada es aún muy incipiente, aunque contamos con patrones prácticos bien armados, que sustituyen poco a poco a la teoría, que tampoco es mucha y a veces es sesgada. Los conflictos que verifican la consistencia del sistema son los planteados por los usuarios, por los costes que conllevan y ser de alta intensidad. Es el móvil para sugerir unas claves sobre las que reflexionar y evaluar si se podría obtener mayor consenso.

PALABRAS CLAVE

Mediación sanitaria, asunto mediable, organigrama, indemnización

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de las vías que permitan el acceso indubitado a los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos, se ha acrecentado en poco tiempo como guía de búsqueda de un remedio efectivo, que reduzca la aglomeración de

interpelaciones en sanidad¹, y puesto que muchas de ellas acaban en los Juzgados². Es justo resaltar que esta indagación va más allá de la mera consecución de la reducción del número de litigios, aunque la crítica a los tribunales ordinarios (patente en los retrasos de tramitación, los gastos en profesionales, la pérdida de la confianza en la Justicia que experimentan los justiciables³ y otros efectos psicológicos adversos⁴), es la justificación principal que se arguye al inicio de tales trabajos. Pero hay más: sumada esta situación a la escasez de recursos típica de los servicios públicos, el resultado avanza hacia el colapso⁵, la desaparición de la calidad, la frustración del fin al que sirven y

1 Vid. por ejemplo la aportación de CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. “El contrato de seguro de responsabilidad civil de la administración sanitaria: mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos y problemática procesal de las acciones judiciales del perjudicado”. Cap. 11. TOMILLO URBINA, J. y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J (Dir). *Estudios sobre derecho de la salud*. 1ª Edic, 2011, Aranzadi, Pamplona.

2 Aunque se espera que la modificación reciente del art. 139 LJCA por haberse introducido el criterio del vencimiento objetivo para la imposición de costas en esta Jurisdicción, frene muchas de ellas al haber desaparecido la “gratuidad” de las demandas contencioso – administrativas.

3 Por resoluciones tardías y que no logran a veces comprender.

4 El *timor litis*, los disgustos, la falta de privacidad a la que están expuestas las partes... ROGEL VIDE, A. “Mediación y transacción en el Derecho Civil”, p. 39 y nota 51 citando a TAMAYO HAYA, GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Dir.) *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*. Reus, 2010, tomo I.

5 No sólo las instancias judiciales están desbordadas, también los tramitadores de responsabilidad patrimonial, los Defensores del Paciente o del Usuario existentes en varias Comunidades Autónomas, y asimismo los trabajadores del entorno sanitario padecen claras muestras de esta desesperación.

el desasosiego personal e institucional⁶. Por lo que se convierte en apuesta decidida para atacar de raíz las previsibles complicaciones⁷, e incluso promete un final feliz: sociedades más pacíficas y personas más responsables⁸.

De entre los posibles mecanismos se ha depositado la esperanza en la mediación, en tanto que la regulación del arbitraje y la conciliación hace muy discutible su aplicación al entorno sanitario prestacional⁹, y por ser más versátil y adaptable a las

incidencias y a las personas a las que les afectan.

La mediación se configura como un sistema alternativo al judicial, no adversarial, incardinado entre los llamados ADF¹⁰ -en cuanto a su naturaleza- y estructurado, por el que las partes que están en disyuntiva, de manera voluntaria, intentan solucionar su problema dialogando, siendo asistidos por un profesional formado para dirigir las sesiones y que vigila la legalidad del acuerdo al que, en su caso, se llegue.

Aunque ello no surge de la nada y los tratadistas apuntan a que esas herramientas se conocerían desde muy antiguo¹¹, lo cierto es que España no tiene precedentes cercanos¹² y la normativa es escasa e incompleta¹³ (no procede en este espacio detenernos

6 Puesto que alcanza a profesionales médicos y no médicos (“despliegue de prácticas de medicina defensiva”, jubilaciones anticipadas, “aumento de fenómenos violentos”) y al rodaje de las instituciones, como lo demuestran los altos costes en burocracia y gestión. CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. y OTROS, “Metodología para la elaboración de un mapa de conflictos sanitarios en el entorno de un hospital comarcal y problemática de los instrumentos para su resolución extrajudicial.” *Grupo de Trabajo del Proyecto de Resolución Extrajudicial de Conflictos en el ámbito sanitario. Consejería de Sanidad (Gobierno de Cantabria)*. Cap. 20, en *Estudios sobre derecho de la salud*. Op. cit. p.p. 429 – 451.

7 La experiencia informa de que una queja por a veces un tema banal (retraso en recibir asistencia o por el lugar recibido en una lista de espera), puede transformarse en algo más serio.

8 Adelantemos que esto se predica de la mediación, por cuanto que se estima que un compromiso libremente aceptado tiene un alto grado de cumplimiento voluntario, y además lo indicado es el compromiso personal esperado por la Dra. GLORIA NOVEL GARCÍA alma mater del Observatorio de Mediación de la Universidad de Barcelona, que luego veremos.

9 Así ocurre con el arbitraje, se intente aprovechar desde el Sistema Arbitral de Consumo (que previene una mediación intraarbitral en los arts. 37.3 y 38 de su RD 231/2008, de 15 de febrero) “ante la dificultad de sometimiento arbitral de la Administración”, (CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. p.p 257 – 259, “El contrato de seguro de responsabilidad civil de la Administración Sanitaria ...”, Op. cit.); y por no reflejarse en el art. 10 LA la existencia de un “arbitraje administrativo” que sin embargo es puntual y formalista, como el previsto en el art. 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, “para someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los derechos de la Hacienda Pública Estatal”, en similares términos al previsto en el art. 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, “respecto de los bienes y derechos del patrimonio del Estado”. También en CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. p.p. 300, 304, 312-314, en “Resolución extrajudicial de conflictos sanitarios: manifestaciones jurídico – positivas y posibilidades de futuro”. GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Dir.) *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*. Tomo II. Reus, 2010. En cuanto a la conciliación es un instituto sectorizado y concreto que impide reproducir el supuesto legal para la Administración, pero cuya habilidad para resolver conflictos es muy limitada. Tal función estaría más o menos encarnada en los servicios de atención al usuario y en las figuras de los distintos defensores al dictar sus sugerencias, mencionándose en sus estatutos las expresiones *función de intermediación* (incluso se llegan a mencionar *funciones de mediación* –art. 4.2 del Decreto 1/2005, de 7 de enero, regulador del Defensor del Usuario en el Sistema Público de Salud de La Rioja, o art. 56.3 c de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria que la encomienda a la

Unidad de Atención al Usuario-), pero no desprendiéndose de ellos un éxito aprovechable. Vid. también, p.p. 444 y 445 – 449, CAYÓN DE LAS CUEVAS y OTROS, “Metodología para la elaboración de un mapa de conflictos sanitarios en el entorno de un hospital comarcal ...”, Op. cit.

10 Siglas de las palabras inglesas *Alternative Dispute Resolution*, que se traduce por Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos, “hablándose también en la Unión Europea, de MASC, siglas de Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos”. Libro Verde de la Comisión 19/04/2002. ROGEL VIDE, A. Op. cit. , p. 20 y notas 3 y 4. GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Dir.) “(...) con el tiempo, la ‘A’ de ‘Alternative’ ha sido interpretada como *Appropriate*, para indicar un modelo integrado y complementario de métodos de resoluciones de las controversias, en lugar de uno bipolar, fundado en la oposición entre la jurisdicción del Estado y los mecanismos privados e informales”, pues no todos los ADF tienen la misma relación con la jurisdicción estatal, pero, sí puede concluirse que es la mediación “la fuerza que ha revitalizado estos métodos”. Pp. 43 y 47. FODDAI, M^a A. “Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?”. En la misma obra.

11 FODDAI, M^a A. Op. cit. p. 46.

12 El prof. LORCA NAVARRETE realiza al respecto una valoración radical: “Por ello, para evitar equívocos, no estará de más un par de aclaraciones. La primera, relativa a que ni existe (ni ha existido) tradición en Mediación ‘en asuntos civiles y mercantiles’ (art. 2.1 del Anteproyecto) en España. La segunda, que, consecuentemente, no existen motivos para provocar una presumible ruptura con la tradición por la simple razón de que, tradición española en Mediación ‘en asuntos civiles y mercantiles’, rien de rien.”. *Informe sobre el Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles elaborado por el ministerio de justicia del gobierno de España con los efectos procesales que de ella se derivan*. Instituto vasco de derecho procesal (IVADP), San Sebastián, 2010. P. 2.

13 El Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por el que se transpone a nuestro ordenamiento la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, circunscrita a asuntos civiles y mercantiles, que se constituye en legislación básica y cuya vocación es no solaparse con las leyes autonómicas sobre mediación familiar autonómicas (algunas ya la prevén expresamente como supletoria); ha venido a arrojar algo de luz en cuanto a la estandarización del proceso, no obstante haber

en su análisis pues son muy prolijos los temas a abordar¹⁴): lo que no es concebido *a priori* como un obstáculo, sino como un símbolo de la cualidad de flexibilidad que se enarbola como ventaja principal de la utilidad de esta propuesta¹⁵. No obstante nuestra tradición jurídica es reacia a navegar sin un marco legislativo reconocible en el que recalar cuando asoman tempestades y encontrar un refugio seguro. El camino durante el viaje pondrá a prueba al legislador, pero de momento el ansia de seguridad, estandarización y homogeneidad, discurre por las sendas recién abiertas por las experiencias recientes, a las que no les está yendo nada mal.

2. ¿QUÉ ES LA MEDIACIÓN SANITARIA?

La Directiva transpuesta tardíamente en nuestro país, en sus considerandos¹⁶ compele a los Estados a la promoción de la mediación y a su implantación activa, recayendo la misión en los poderes públicos, habida cuenta de la virtualidad comprobada en lugares como Francia e Italia.

La primera clave es planificar un organigrama que sea sólido (y no sólo lo parezca), so pena de infrautilización y desdén por quienes han de estimarla como opción para aclarar un dilema. A renglón seguido el cometido es acotar a qué nos referimos al presentar un programa de estas características.

demonstrado más preocupación en engarzarse con la legislación procesal, habiendo modificado diversos artículos de la LEC en la Disp. Final 2ª, necesarios para facilitar la ejecutividad de los acuerdos alcanzados y aclarar ciertas relaciones de la mediación con la tramitación procesal, aunque deberá ser interpretada pues quedan muchas cuestiones en el aire (ej. art. 19.1 LEC: si la suspensión acordada por las partes no puede superar 60 días, en caso de mediación –que va a durar más que esos dos meses-, ¿cuánto plazo hay?)

14 Imprecisión terminológica, si será o no viable el ejercicio privado de la *profesión de mediador*; cuál será el grado de especialización que se exigirá a los mediadores, cómo hemos quedado respecto a la influencia sobre la prescripción y la caducidad, etc.

15 La razón para la asimilación con los ADF (aunque se critique haber agrupado bajo un mismo concepto a mecanismos que al detalle resultan dispares) precisamente radica en los dos caracteres que definirían estas prácticas de gestión de los conflictos: *“el informalismo y la extrajurisdiccionalidad. Se trata de hecho, más que nada de prácticas no reguladas por el derecho que se desarrollan al margen del proceso ordinario”*. Sin perjuicio de que *“no todos los métodos son informales, el arbitraje es el máximo ejemplo, y no todos son extraprocesales”*, pues algunos están configurados endoprocesales. FODDAI, Mª A. Op. Cit. p. 44.

16 Vid. núm. 8.

La mediación no está representada por la materia, entendida ésta como identificador por el tipo de Jurisdicción que se eludiría¹⁷, sino que es más real hablar de *“contextos en los que se desarrolla”*:

(...) *“la mediación es una, pero con distintos ‘apellidos’, que vienen determinados por el ámbito en el que se circunscribe; precisamente esa especificidad es la que se ve beneficiada de la flexibilidad de esta figura, sin que ello redunde en detrimento de las garantías de los derechos de las partes (...)”*¹⁸.

Las ‘Unidades de Mediación’ [sanitaria] que destacadamente se han constituido en Cantabria, Cataluña y Murcia son dependientes de la Administración en mayor o menor grado, y cada una aporta rasgos únicos a tener en cuenta, fruto de enriquecedoras interpretaciones. A favor de ese margen dispositivo hemos de puntualizar: que la recién estrenada Ley de Mediación (LM) en su art. 2.2 b) excluye de su ámbito de aplicación *“la mediación con Administraciones Públicas”*¹⁹, luego, a la par que permanece desprovista de

17 Aunque existen la Mediación Penal –de ‘justicia restaurativa’– que también aglutina los temas de Menores, o la Laboral que sí se identifican con la Jurisdicción a la que se acudiría.

18 *“Es decir, la mediación familiar, la educativa, la penal, la intercultural, la sanitaria, la laboral, la organizacional ... forman parte de un género o tronco común”*. GARCÍA VILLALUENGA, L., p. 64. *“La mediación y la formación del mediador: ¿dos caras de una misma moneda?” Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Op. cit. Tomo I.

19 En aras de la defensa terminológica, habremos de entender que se refiere al proceso que con tal nombre se reconoce en la norma, y no a los vocablos falsamente sinónimos que aparezcan en otras normativas, y que no permitan reconocer el proceso estructurado del que ahora hablamos. Bajo esta óptica, y sin restar mérito puede traerse a colación el Plan Director de Seguridad Corporativa y Protección del Patrimonio del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, denominado “Plan Perseo”, *“en cuyo seno se ha regulado un procedimiento de mediación para la resolución de conflictos entre usuarios y profesionales”*, y que coordinan los SIAUs (el Servicio de Información y Atención al Usuario). CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. *“Resolución extrajudicial de conflictos sanitarios ...”* Op. cit. p. 299. Pese a las coincidencias de funcionamiento –que pueden consultarse en http://sescam.jccm.es/web1/profesionales/SaludLaboral/PROC_MED_USUARIOS.pdf–, no deja de ser un subapartado de una política de prevención de riesgos laborales –<http://sescam.jccm.es/web1/profHome.do?main=/profesionales/SaludLaboral/PlanPerseo.html>– que pone el acento en la prevención de agresiones a los profesionales, y falla en lo que se refiere al cauce de reclamación el cual es el de la simple queja ante el servicio, y que no deja indicados medios para la ejecutividad del un verdadero acuerdo mediado, que es uno de los puntos aclarados por la Doctrina y que ya se incluyen en la legislación [URLs con último acceso el 30/05/2012].

reglamentación²⁰ se afirma su existencia²¹; y que el art. 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, autoriza a éstas para que puedan “celebrar acuerdos (...) con personas tanto de derecho público, como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado (...) pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin” (que reproduce la mecánica y filosofía de la mediación, debiéndose mencionar en sede de RP, el engarce específico con el art. 8 del RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial).

La recreación del armazón al que añadir el revestimiento del conjunto, -llámense *Comisiones de Seguimiento*, *Comité de asesores*, o de la forma que a continuación veremos-, nos induce a delimitar el terreno a trabajar. O lo que es lo mismo, a extraer un concepto que dé respuesta a la pregunta de este epígrafe, y en el que se cumpla un doble propósito: informar de la disponibilidad del objeto que será mediado y actuar como indicador de la competencia del *órgano* o módulo que procura la asistencia. Para ello proponemos un breve recorrido por las prácticas de las tres comunidades autónomas antes mencionadas.

El proyecto instaurado más avanzado se licencia en el año 2008 al aprobarse por el Consejo de Gobierno de Barcelona, el “Observatorio de Mediación” de la

Universidad de esta ciudad, que inició su andadura en el año 2006²². Su motor impulsor es el personal clínico formado en un Máster *ad hoc*, cuya vertiente de realce es el especial entrenamiento para la prevención y contención del conflicto interpersonal²³ y la mejora del ambiente laboral, que se articula en cinco frentes: asesoramiento, grupos de consenso, formación, procesos de mediación y difusión. Las cifras descriptivas de la fisonomía de los conflictos presentados entre los años 2005 – 2009 son:

- Según su clase: el 90% son internos²⁴, y un 10% externos (con usuarios²⁵).
- Según su intensidad: el 60% son de baja, el 30% de media, y el 10% de alta²⁶.
- Según la actividad empleada para gestionarlos: la más demandada es la de asesoramiento, seguida de la mediadora.
- Según su terminación: se llegó al acuerdo en un 80% de casos, siendo ésta una media que no refleja que el porcentaje se fue incrementando año a año.
- Según el tiempo que se invirtió en llegar al acuerdo: el 70% se establecieron en un plazo máximo de dos meses, el 20% se extendieron durante más de seis y el 10% se cerró en un arco de dos a seis.

La organización atiende a un Plan Global estratificado en tres peldaños: “Formación en habilidades y técnicas mediadoras”²⁷, “Sistema de

22 Con el que culminaba el “Proyecto de Mediación Sanitaria” creado desde la Universidad de Barcelona y en colaboración con el Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña en el año 2004, cuyo basamento era un Máster en Mediación Sanitaria, iniciado en octubre de 2004, dirigido a profesionales de la salud par formales en esta disciplina. Junto al programa formativo se inició en el sistema público de salud “una experiencia piloto, con la creación de cuatro unidades de mediación (dos unidades en Atención Primaria, una en el Hospital Universitario Vall d’Hebrón y otra en el Consorci Sanitario de Terrasa), que iniciaron su actividad en octubre de 2005 (...)”. NOVEL MARTÍ, G. “Mediación Organizacional”. P. 309. *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*. Tomo I.

23 Incluso prediciendo “elementos de vulnerabilidad”. Ibidem, p. 309.

24 Entre profesionales, según aclara la propia autora. Ibidem, p. 310.

25 “Esto es debido a un enfoque de difusión, que en estos momentos se está ya ampliando a los usuarios de la sanidad”. Ibidem, p. 310.

26 Se aclara que la ‘alta intensidad’ está indicada para cuando se presenta un nivel elevado de violencia. Ibidem, p. 311.

27 “Dirigida a todos los trabajadores y grupos de la organización, para mejorar la cultura relacional y la prevención

20 Sin embargo por esa recurrencia a tratar de encontrar un marco jurídico, aunque no se haya previsto una reglamentación autónoma, no está huérfana, sino que los métodos, las fases y otras generalidades que sean transmutables, hayan sido o no reguladas le son útiles: “Por tanto, si bien es cierto que la mediación familiar ha tenido un franco desarrollo, quizás la que más hasta el momento, en las leyes y en la sociedad de la mayoría de los países, también lo es que su estudio nos ha permitido identificar en la propia institución de la mediación elementos esenciales que hemos podido encontrar de nuevo al aplicar esta figura a otros contextos. Es decir, cuando hablamos de mediación y sus principios hablamos de valores universales que subyacen a esta filosofía y trascienden a la materia concreta en la que se implementen”. GARCÍA VILLALUENGA, L. Op. cit. p. 65. Si bien, y aunque las leyes autonómicas de mediación de Cantabria y Cataluña no quedan constreñidas al ámbito familiar, es una apertura limitada a los asuntos civiles.

21 Importante, porque los ADF son originariamente privados.

atención primaria del conflicto”²⁸ y “Sistema de atención especializada del conflicto”, “que significa la presencia de una Unidad de Mediación, donde se traten los conflictos de alto nivel o de difícil tratamiento y se desarrollen las intervenciones más complejas (...)”²⁹.

El Gabinete de prensa de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de Cantabria, anunciaba en la web que en fecha 17 de Enero de 2011, habría comenzado a funcionar la Unidad de Gestión de Conflictos Sanitarios³⁰: “formada por un equipo de profesionales multidisciplinar (médico, enfermero y trabajador social) especialistas en Mediación Sanitaria, que en caso de conflicto analizarán y valorarán las posibles alternativas de solución de conflicto, entre ellas la mediación sanitaria”; y que se apoya “en un Comité Asesor formada por juristas del Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad, y otros expertos en función del tipo de conflicto”.

Este modelo a su vez se cimentó en la “Unidad Funcional de Gestión de Conflictos en materia de sanidad”, colocada en el Hospital Comarcal de Laredo prevista para testear su acogida y unificar datos (que comenzaría en octubre de 2010, y cuya funcionalidad prevista era de seis meses³¹), y para fijar un “mapa de conflictos” que dote de la mejor “perspectiva metodológica”³², es decir, elegir la táctica que más

se ajuste a la “conflictología en las organizaciones sanitarias”. Así, partiendo de una clasificación sencilla, que distingue conflictos internos y externos -igual que en el caso anterior-, concede el mismo espacio a unos y otros (no se enfoca prioritariamente sobre un grupo), y elabora una clasificación por contenido tras procesar la información proveniente de varios Registros³³.

Por último la “Oficina de Mediación del Servicio Murciano de Salud” (SMS), -que con su denominación indica su localización-, centra su esfuerzo en acelerar la capacidad de respuesta de la unidad de responsabilidad patrimonial, una vez cursada la pretensión indemnizatoria por el usuario frente a ella. Se verifica por ésta que la media de tramitación de los expedientes es de unos tres años, y se impone la reacción ante los modestos efectos obtenidos con la aprobación del “Protocolo de agilización de Procedimiento de RP”³⁴; concluyendo que, o se acude a otros instrumentos o se fracasa, pues es imposible acometer “una reforma profunda para asegurar la sostenibilidad del sistema”³⁵. Este prototipo se basa en el apego legislativo y pese a su ubicación pública relega a un segundo plano a la administración mediadora³⁶. Esto es, reconduce

del conflicto, introduciendo la cultura de la mediación en la vida cotidiana en el trabajo. Ibidem, p. 307.

28 Destinada a facilitar la gestión de las diferencia y de los conflictos in situ, a través de los llamados “mediadores inter pares” que son cercanos a los departamentos o servicios, que actúan en un primer nivel y que son los encargados de derivar a las unidades o servicios de mediación la situación que no logren controlar o que precisa ser tratada. Ibidem, p. 307 – 308.

29 Estos mediadores son también referente para los “mediadores inter pares” quienes además proporcionarían entrenamiento, supervisión, formación continuada y actualización.

30 <http://www.saludcantabria.es/index.php?mact=News,cntnt01,detail,0&cntnt01articleid=18&cntnt01returnid=59>. [URL con último acceso el 30/05/2012]. Esta “se crea en cumplimiento del Plan de Gobernanza del Gobierno de Cantabria 2008-2011 y funcionará como proyecto piloto hasta que se efectúe la oportuna evaluación del funcionamiento de la misma”.

31 <http://www.eldiariomontanes.es/v/20100810/region/region-oriental/laredo-tendra-primera-unidad-20100810.html> (texto extraído de la noticia publicada en este diario) [URL con último acceso el 30/05/2012]. En el pilotaje intervienen miembros de la Universidad de Cantabria, que llevan años preparándolo junto a otros profesionales.

32 CAYÓN DE LAS CUEVAS y OTROS, “Metodología

para la elaboración de un mapa”. Op. Cit. p. 433.

33 El lapso temporal tomado es cuenta, es de sólo un año (2009) o de varios (desde 1998 – 2009). Estos son: 1. El Registro de Incidencia General (recibe quejas de los departamentos hospitalarios por ausencia de medios y problemas relacionados con la prevención de riesgos y la vigilancia de la salud); 2. Registro de Comisión de Seguimiento de contratación; 3. Libros de registros de supervisoras de enfermería (incidencias del servicio como falta de medicación en stock e ingresos de pacientes no previstos); 4. Registro de incidentes violentos (físicos o verbales, discusiones entre pacientes, quejas altisonantes por falta de accesibilidad de familiares, entre otros); 5. Buzón de sugerencias; 6. Registro de Reclamaciones de la Unidad de Atención al Usuario. 7. Registros de la Unidad de Trabajo social (se dice que “no es un registro formal” pero se le otorga mucha importancia porque residualmente se conoce de la comunicación de malestares que no se recogen en otros registros, y porque la relación con el paciente y los familiares es más directa que en los otros casos). Ibidem, p.p. 433 – 439.

34 No es la única Comunidad Autónoma que emprende una medida semejante. También Castilla – La Mancha tiene editado un *Manual de procedimiento para la tramitación de la Responsabilidad Patrimonial* en el año 2010, que se basa en la mejora de la comunicación médicos (inspección) y los juristas, cuya intervención es regular a lo largo de la instrucción de la reclamación previa.

35 GUIJARRO BERNAL, R. e ITURMENDI MORALES, G. “La reclamación patrimonial como instrumento de calidad y sostenibilidad del sistema sanitario. La Mediación”. P.p. 181 –182. *Derecho y Salud*. Vol. 22, Extraordinario XX Congreso, 2º semestre, 2011.

36 La cursiva es nuestra. Y pese a la previsión contenida en el articulado del RD 429/1993 antes indicada.

la cuestión responsable a la esfera de los ‘asuntos civiles’ declarando que el procedimiento se regirá por la Directiva comunitaria y por su legislación de desarrollo en el Derecho español³⁷, situando como interlocutor y parte legitimada para la conclusión del acuerdo³⁸ con el reclamante, al representante legal de la Compañía aseguradora del Servicio de Salud, basada en la facultad del ejercicio de la acción directa que el art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro, otorga al perjudicado³⁹. Por demás, se prevé que la compongan, “dos o tres mediadores, dos peritos [asesores médicos que ilustrarán a los anteriores] y un Secretario [que será un Asesor del Servicio Jurídico del SMS]”⁴⁰. Asimismo su infraestructura provendrá de los recursos propios que les asigne el SMS⁴¹.

Entonces hay que optar por un concepto integrador –que no amplio– de ‘mediación sanitaria’, que imprima identidad espacial y material al contexto, como preámbulo a contestar a la pregunta, qué es lo que se media. A las características básicas

37 Ibidem, p. 185.

38 Otras CCAA han negado que pueda darse esta facultad a la Compañía: vid. p. 179 de la Memoria anual 2010 del Consejo Consultivo del SESCAM: “En la Memoria del año 2004 el hizo una consideración sobre la intervención de la compañía aseguradora. En ella se cuestionaban diversos aspectos de dicha intervención en los términos que la establecía la Circular 4/2003 de la Dirección-Gerencia del SESCAM sobre “Procedimiento para la gestión del contrato de seguro de responsabilidad sanitaria suscrito por el SESCAM”. El Consejo reitera aquí lo ya indicado en dicha Memoria, básicamente que la compañía aseguradora no debe interferir en las funciones instructoras y decisorias que sólo a la Administración corresponden, ni puede atribuírsele facultades de negociación e intervención (aunque sea mediante una “Comisión mixta”: compañía aseguradora- Administración) que mediaten la voluntad del órgano administrativo competente o incidan en la decisión administrativa relativa a la adopción del correspondiente acuerdo indemnizatorio.” Aunque no puede desconocerse su condición de interesada de conformidad con la Ley 30/92.

39 Aunque el ejercicio de la acción directa tiene seguidores a favor y en contra, porque provoca un comportamiento extraño en la Jurisdicción Civil en tanto que el fondo del asunto debe ventilarse aplicando los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo Común (responsabilidad objetiva), y aunque el *causante del daño* no está presente para ser enjuiciado, ya hay sentencias en las que se ha culminado con éxito: SAP de Oviedo (Sección 6ª) de 13 de febrero, núm. 61/2012; SAP de Pamplona de 21 de diciembre, núm. 288/2011; SAP de Cádiz de 13 de diciembre, núm. 326/2011, condenándose a la Compañía ZURICH por deficiente asistencia sanitaria.

40 Ibidem, p. 185. Es por tanto, la “célula mediadora” más pequeña.

41 Otra novedad es el establecimiento de la Comisión de Seguimiento de la Mediación, integrada en su mayoría por miembros del SMS, con facultades de control, fomento y difusión de esta institución, garante de que se respeten los principios del cauce y sus plazos, actuar como centro de análisis y estudio, establecer los requisitos de los mediadores, etc. Vid. Ibidem, p. 188.

del ‘tronco’ común hemos de añadir, que es aquel proceso generado a partir de la Administración y estructurado junto a colaboradores expertos, para solucionar las controversias que surjan con ocasión del funcionamiento de su servicio de salud, y que alcanza a quienes sean titulares de una relación jurídica convencional o predeterminada por la ley⁴².

3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL COMO ASUNTO MEDIABLE

Entre los reclamos que elevan los usuarios⁴³ nos son trascendentes aquellos susceptibles de poseer contenido patrimonial⁴⁴, en tanto que no es difícil barruntar que prometerán una alta intensidad. Ésta tanto procede de la postura de autoafirmación y beligerancia que últimamente suelen adoptar los particulares, como de la Institución, interesada en defender a ultranza la escasez, su prestigio y también el de sus profesionales. Irrumpe en la escena la dificultad de manejo de un panorama multidisciplinar y multifactorial. No se escapa al sentido común que quienes han sufrido la pérdida de un familiar o han sido pronosticados de una lesión o enfermedad irreversibles, aunque con sus sentimientos desbordados, pueden tener razón. Aún así son muy pocos los casos en los que se les da a los reclamantes⁴⁵.

42 Evidentemente es una definición para la crítica. Asimismo, también es definida por la Fundación Pública Andaluza “Centro para la mediación y Arbitraje de Andalucía”: “la mediación sanitaria se configura como el método para la resolución de conflictos en el ámbito sanitario, ya sea entre profesionales de la salud, entre éstos y usuarios, o entre usuarios y la propia institución. La mediación se realiza a través de un tercero neutral, imparcial e independiente, que facilita la resolución del conflicto a través del diálogo y la comunicación entre las partes, promueve la búsqueda de soluciones por las partes, de forma que éstas, por sí mismas, encuentren la solución.” Extraída de su página web: <http://fundacionmediara.org/index.php/mediacion/mediacion-sanitaria> [URL con último acceso el 30/05/2012].

43 El paciente, sus familiares o cualquier destinatario de una acción del sistema de salud. Recordemos que podrá mediar aquello que pueda ser también sometido a transacción (Arts. 1.809 a 1.819 Cc.), y las partes deberán tener la capacidad legal que se exige para la celebración de los contratos.

44 Las quejas que no serían de esta especie son las relacionadas con las listas de espera, retrasos en recibir tratamientos (el Síndic de Greuges valenciano ha elevado un gran número de sugerencias en relación con las Técnicas de Reproducción Asistida, invocando coordinación, para que las parejas no esperen entre 15 y 18 meses desde que son aceptados, en comenzar los circuitos).

45 Basta dirigirse a las Memorias anuales de los Consejos Consultivos autonómicos. Por ejemplo, el de Madrid en la del año 2010, registra en su p. 31 que de un total de 153 dictámenes en materia sanitaria, sólo 19 obtuvieron dictamen favorable (no indicándose cuál fue el índice de seguimiento y aceptación posterior), y por un valor total de 964.488,19 euros. Y pese a

Una vez que tenemos el organigrama y sabemos la tipología de los conflictos, la segunda clave es la de proveer un canal apto para el inicio de la mediación, aprobando un reglamento de orden interno que positivice la configuración pensada, las fases y los componentes. Si se ambiciona la rapidez y atajar la raíz, habría que confiar en un departamento que haga de detector de posibles problemas, y que viene insertándose en los hospitales⁴⁶. Es singular que la mayoría de las reclamaciones en firme, han sido en origen una queja⁴⁷. Un primer nivel, explorando esos intereses y creando una sensación de escucha, gestionaría la derivación a la Unidad que llevará a cabo la mediación, dado que ésta no comienza de manera automática. Pero ya en ésta, se abre una etapa de preparación o de *pre-mediación* cuyo objetivo es determinar si se está o no ante un *asunto mediable*. Con esta expresión se designa al enfrentamiento que es oportuno y adecuado acometer en este proceso, y tanto desde el punto de vista de su temática como por la actitud de los intervinientes⁴⁸. Pero que estemos ante él no es sinónimo de indemnizable. De hecho, muchas de las pretensiones de los particulares no tendrían por qué acabar con una reparación dineraria (o no tan alta), si no es porque desde que se pudo actuar hasta que el perjuicio se cristalizó, ha pasado un tiempo precioso tras el que sólo cabe aquélla. Y es que el daño físico o moral (y sobre todo este último) no tiene por qué traer causa en la deficiencia científica⁴⁹.

que en su p. 30 se encuentra la siguiente reflexión: “*Conviene recordar que un retraso excesivo en la denegación de justicia se encuentra muy próximo a la denegación de la misma.*”. http://www.madrid.org/ccmadrid/attachments/016_memoria2010.pdf [URL con último acceso el 30/05/2012].

46 Introduciendo algún experto en los servicios que pueden existir como es el caso del Servicio de Atención e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana (Decreto 215/2007, de 27 de noviembre) que es “una unidad funcional responsable de atender, informar y asesorar a los ciudadanos que utilizan el sistema público, así como tramitar las quejas, sugerencias, etc. Vid. Nota 10, p. 299, CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. “Resolución extrajudicial de conflictos sanitarios...”. Op. cit. Esta experiencia debería aprovecharse.

47 También hay un buen número de reclamaciones que comienzan tras archivar en vía penal una denuncia, pudiendo plantearse directamente la Unidad si los cita para mediar.

48 No será posible mediar, por ejemplo, los altercados violentos, sin perjuicio de que las agresiones físicas sean denunciadas y seguidas en la Jurisdicción Penal.

49 La Fundación Pública Andaluza mencionada *ut supra* entiende como ‘subespecie’ o contexto conexo al de la mediación sanitaria pura y dura, el de la Mediación Intercultural encomendada a los Centros de Atención Primaria. Se trata de un supuesto especial, en tanto que no se preocupa tanto de redactar acuerdos, como de transmitir una correcta información para que las partes actúen con cierta lógica. Pero esta caracterización no es pacífica. Así en Castilla – La Mancha la Mediación Social Intercultural estaría impulsada por la Consejería de Bienestar

Con mero valor ejemplificativo recordemos otros supuestos en los que se condena al resarcimiento:

a) Las llamadas “*reclamaciones de exploración*”⁵⁰ que acontecen en cualquier sector en que se ordenen medios materiales y personales para fines económicos, y se producen por defectos en el estado de conservación de instalaciones⁵¹.

b) Reconocimiento de los gastos irrogados al tenerse que acudir a la medicina privada, cuando se deniega injustificadamente al paciente la obtención de un tratamiento, o si éste evitó que un error de diagnóstico previo produjera males mayores⁵².

Social. En el año 2009 consta publicado un Manual de casos, editado en Toledo en 2009, por el servicio de publicaciones, GIMENEZ ROMERO, C. (Coor), *La mediación social intercultural en Castilla la Mancha: Manual de Casos*. En las p.p. 70 – 74, con el título de “¿La sanidad universal?, una mediadora cuenta cómo se consiguió que el auxiliar administrativo del centro de salud, tramitara su tarjeta sanitaria a una mujer colombiana con situación irregular en España, a la que había denegado por tal causa dicho trámite.

50 Por ejemplo por caídas accidentales. MONTALVO REBUELTA, P. “Herramientas probatorias en los procedimientos de responsabilidad profesional sanitaria”. P. 1777 y nota 20. CARRETERO GONZÁLEZ, C. y MONTALVO JÄÄSJEKÄINEN (Dirs.) *Retos de la abogacía ante la sociedad global*. Civitas, 2012, Cizur Menor. Vid. STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 2ª, de 15 de abril, núm. 283/2011.

51 También se podrían considerar dentro de ello muchas de las infecciones nosocomiales, contraídas por bacterias o virus típicamente hospitalarios.

52 STSJ de Asturias, Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección única, de 29 de octubre, núm. 1.187/2010. Fº Jº 5º in fine: “(…) *todo lo cual pone de relieve una vulneración de la lex artis, al dar como cierto un diagnóstico que no era definitivo, con un planteamiento de amputación no correcto, y un retraso injustificado y que razonablemente, con todo ello, llevó al paciente a buscar una segunda opinión médica, debiendo responder la Administración sanitaria demandada y, en su caso, la entidad aseguradora en el alcance de la póliza de aseguramiento.*” Y explica el Fº Jº 6º: “*Declarada la responsabilidad patrimonial, por lo que se refiere a la cuantía de la indemnización, la parte actora la fija en la cantidad de 97.146,68 euros según detalla por gastos sanitarios, desplazamientos, estancias, y daños morales, según la documentación que aporta, frente a lo cual no cabe alegar los requisitos de urgencia vital o denegación de asistencia en orden al reintegro de gastos, pues se está en el régimen de responsabilidad patrimonial, pero, en todo caso, el daño que se podía provocar con el retraso afectaba a la integridad e incluso supervivencia, y aunque no haya existido en sí misma una denegación de asistencia, el retraso e indicaciones de intervención supusieron que estuviese indicado acudir a la sanidad privada, y en cuanto a que una vez diagnosticado correctamente el tratamiento se podía haber realizado en la sanidad pública de la misma forma que en la privada, no puede exigirse al paciente que perdió justificadamente la confianza en el tratamiento de la medicina pública (Sentencia del TS de 25 de junio de 2007) , que vuelva a la misma para excluir gastos*

c) Vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar, al honor o la propia imagen, por la quiebra de la confidencialidad y debido a usos no consentidos pese a la restricción legal, de los datos incorporados a la historia clínica⁵³.

Para ello se enviará a los usuarios una cita a fin de mantener una entrevista. La tercera clave es proporcionar al ciudadano una red de autoayuda que temple la rabia, la venganza y el dolor (a veces duelo), por medio de personal auxiliar de distintas profesiones, en tanto que los patrones repasados contienen en su Unidad un Equipo Multidisciplinar que no sólo atiende cuando el proceso comenzado, sino también en esta etapa previa, en la que se consolidará el carácter abierto o cerrado del conflicto presentado⁵⁴.

4. ALGUNAS PAUTAS DE DESARROLLO DEL PROCESO

Nuestra *Unidad de Mediación* teórica no se incardina en el Servicio de Responsabilidad Patrimonial. Pero el RD 429/1993 incluye intervenciones de las que prever un trasunto en este espacio de diálogo, puesto que el mediador y las partes han de estar perfectamente instruidas en las sesiones: cobran protagonismo la información y la

calidad de los profesionales.

La Institución sanitaria es una organización compleja que se antoja despersonalizada. Por ello, la cuarta clave es la calidad informativa y personalizada, que imbuya cercanía al usuario, que éste perciba que la disposición que él muestra para hablar, es correspondida del otro lado: hay voluntad de resolver el problema, siente que su caso se ha estudiado, y que tiene ante él a las personas que pueden darle una buena salida. Y en caso contrario, tendrá libertad para ejercitar su derecho que no va a quedar impedido por estas reuniones.

El art. 10 del RD 429/1993 previene que el tramitador del expediente solicite el informe del servicio que pudo causar el perjuicio (además de los de la Inspección médica). Suelen responder, o el Jefe del mismo tras la preceptiva consulta a los facultativos, o los propios que se han relacionado con el usuario. Éstos se expresan por escrito y el tono difiere del de la Inspección: es mucho más intimista, si bien en orden a excusar su actuación, y a veces con la advertencia de comenzar acciones por injurias⁵⁵. No estaría de más que, puesto que este relato es relevante al ser *testigos*⁵⁶ cualificados del suceso, dieran las explicaciones verbales pertinentes⁵⁷.

Permitamos que junto a los asesores asista un representante de la compañía aseguradora, pues si es factible estipular una indemnización, estará involucrada en la efectividad del acuerdo⁵⁸, y sustraer

derivados del cambio de clínica, estimando este Tribunal ponderada al momento actual y por todos los conceptos la cantidad reclamada de 97.146,68 euros."

53 STSJ de Navarra, Sala de lo Contencioso – Administrativo, de 8 de febrero, núm. 111/2012, por haberse permitido accesos ilegítimos a la historia clínica informatizada de la hija y hermana de los demandantes, pues hubo 2.825 accesos realizados por 217 usuarios integrados, cuando la paciente estuvo sólo en un hospital y en cuatro servicios. Se confirma la sentencia de 1ª Instancia. Se conceden 125.000.-€ de indemnización, y se obliga a la Administración a la retirada de las fotografías del historial clínico informatizado (tomadas de la paciente en coma, y siendo bastante escabrosas, aunque se defendió que era práctica habitual para proceder al diagnóstico) y a la entrega de cualquier soporte técnico que permita su reproducción o exhibición. También la STSJ de Asturias, Sala de lo Contencioso – Administrativo, de 30 de septiembre, núm. 1165/2008, se conceden 9.000.-€ en concepto de daños morales, a los padres de un niño, cuya fotografía había sido difundida por los profesionales de un Hospital Público en que había sido atendido a su nacimiento, sin impedir su identificación, en un artículo científico (aunque publicado dos años más tarde), porque padecía una rara enfermedad que deformaba su rostro (carácter eminentemente científico).

54 Sea en la pre-mediación sea durante el proceso, al final la Unidad podrá extender un informe donde se indique "*asunto no mediable*".

55 Sin embargo, los informes de los intervinientes en la asistencia sanitaria son "*un documento de la máxima importancia, pues permite conocer las motivaciones que llevaron a los profesionales actuantes a tomar determinadas decisiones y actitudes terapéuticas*", aunque "*no son prueba pericial, ni garantizan objetividad e imparcialidad, pero son claves para (...) entender lo que ocurrió en la asistencia por la que se reclama*". MORENO ALEMÁN, J. "Criterios de valoración judicial de la prueba pericial médica en el proceso contencioso – administrativo". P. 975. MORENO ALEMÁN, J. "Criterios de valoración judicial de la prueba pericial médica en el proceso contencioso administrativo". P. 966. ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. y RICHARD GONZÁLEZ, M. *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso – administrativa*. La Ley, 2010, Madrid.

56 La cursiva es nuestra. Pese al término no debe confundirse con el medio probatorio procesal.

57 Lo que se diga durante la mediación no podrá utilizarse en el ulterior procedimiento, y además, si se interpone la reclamación, ya tendrán la ocasión de entregar sus reportes escritos.

58 Aunque pagará el siniestro cuando el Servicio haya sido condenado judicialmente, es reacia a aceptar los acuerdos indemnizatorios (art. 8 RD 429/1993), si no se le ha informado del mismo.

lo actuado a su conocimiento, podría hacer peligrar su legalidad⁵⁹.

Resta aclarar cómo llegar a la solución, y de qué manera se plasmaría ésta. La quinta clave es la aptitud formativa y la especialización del mediador, que es el facilitador de la comunicación. Es defendible que por ser limitados los recursos de la Administración, pueda éste hacer una propuesta⁶⁰, lo que no desnaturalizaría el proceso porque las partes se pueden desvincular de ella. Asumido este *modus operandi* y siendo pacífico que este personaje central⁶¹ tiene la encomienda de vigilar los aspectos legales del acuerdo⁶², éste debería ser como mínimo licenciado en derecho, y lo más recomendable, que fuese un Letrado en ejercicio versado en derecho sanitario⁶³: porque está habituado

59 DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. “El acceso de la compañía aseguradora al historial clínico incorporado al expediente administrativo de responsabilidad patrimonial”. *Derecho y Salud*, Vol. 21, Núm. 1, Enero – Junio 2011. La Ley 30/1992 indica que es un interesado (últimamente está colaborando en el trámite del art. 10 RD 429/1993, adjuntando informes periciales de parte) y judicialmente será codemandado aunque el actor no lo deduzca expresamente. La Aseguradora puede y debe revisar el expediente de RP, que se conecta con Derecho fundamental a no sufrir indefensión, “que como tienen declarado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, no sólo es un derecho fundamental operable en vía judicial, sino también en vía administrativa”. P. 150.

60 “En España pueden encontrarse diversos ámbitos en los que este tipo de actuación está admitida: (...) c) En el ámbito de la mediación en conflictos sanitarios se distinguen dos etapas en el proceso de solución de conflictos: la etapa de conciliación y la de mediación. El conciliador trata de informar a las partes sobre las distintas alternativas ante el problema e intenta manifestar las ventajas de la consecución del acuerdo. Solo en el caso de no poder alcanzarlo por ellos mismos (porque la participación del conciliador no es activa en este sentido) se pasa a la fase de mediación, que consiste en una proposición de acuerdo, al cual las partes podrán manifestar objeciones o correcciones que consideren y que el mediador incluirá en su propuesta. Una vez realizado esto, las partes aceptan o no el acuerdo”. BELLOSO MARTÍN, N. “La formación en mediación: algunas perplejidades de los formadores en mediación y diversas inquietudes en los alumnos que se forman en mediación”. P.136, nota 22. GARCÍA VILLALUENGA, L. y OTROS, *Mediación, arbitraje ...* Tomo I. Op. cit.

61 Y sin que nos contribuir al debate de su formación competa ahora y actualización.

62 Sobre el papel del abogado en la mediación, vid. CORREA DEL CASSO, J.P., DUPLÁ MARÍN, Mª T., y ENZLER FANDOS, S. “El abogado frente a la mediación y el arbitraje como soluciones alternativas a la resolución de conflictos” (p. 728 – 730), en *Retos de la abogacía ...* Op. cit. El abogado en la mediación puede intervenir como mediador o como asesor de las partes, y en este último caso, no solo debe aconsejar la mediación (ser capaz de ver cuándo es conveniente y cuando no), sino a asistir a su cliente asistirle durante el proceso, y ayudar a darle forma jurídica en el período de *vacatio*, antes de cerrar el acta, en el que se concede unos diez días para reflexionar y firmar definitivamente.

63 La formación en mediación se puede adquirir

a procedimientos técnicos sometidos a controvertida variabilidad⁶⁴, pero también es conocedor de las extraordinarias sensibilidades manifestadas a ambos lados de la mesa. Sin tomar partido por ninguna de las posturas, mostrándose aséptico pues no hay vencedores ni vencidos, debe humanizar el conducto instaurado, llevando la voz cantante en los diálogos, ahondando en lo que otros no harían⁶⁵. Esta especial capacitación le hará contar además con el respeto de los abogados que asesoran a los participantes⁶⁶.

La mediación es un modo de entender las relaciones humanas y “una forma de acceso de los ciudadanos a la justicia, distinta, pero equiparable a la que ofrece el sistema judicial”⁶⁷(...). Por lo que si se logra el acuerdo y aunque hay que presuponer su cumplimiento voluntario, nada obsta a que revista las garantías suficientes para poder ser ejecutado en la vía judicial. En este sentido, el título habilitante que mejor preserva la condición extrajudicial⁶⁸ del proceso es el art. 88 de la ley 30/92 (LPAC).

inscribiéndose a un programa formativo, adquiriendo las técnicas psicológicas, etc. Pero la experiencia litigiosa es un bagaje más difícil de encontrar y en el que se han invertido años.

64 El en área procesal, pese a ser indeclinable la prueba pericial por la tecnicidad del objeto, no obstante, “es el medio de prueba que con más facilidad escapa de la valoración judicial, pues el juez no posee información médica para la correcta comprensión del informe, por lo que se corre el riesgo de que acabe asumiendo en la sentencia el parecer contenido en un dictamen pericial sin que el mismo se ajuste a la realidad de los conocimientos médicos”. MORENO ALEMÁN, J. “Criterios de valoración judicial ...”, Op. cit. p. 966.

65 “(...) el mediador tiene la oportunidad de trabajar con mucha más información que un Secretario Judicial, Juez o árbitro. Y es que, si estos trabajan con la ley u otras formas públicas para dar una solución a la disputa, el mediador eficaz explora más allá de estas, buscando siempre los intereses subyacentes a las posiciones que representan las partes”. PÉREZ VALLEJO, A. Mª. “Resolución extrajudicial de conflictos: mecanismos de conexión e interacciones jurisdiccionales”, p. 108. En *Mediación, arbitraje, ...* Tomo I. Op. cit. p. 110.

66 Los mediadores pueden obtener una solución “que en muchas ocasiones no sería alcanzable por un juez o un árbitro”, (p. 776) siendo para ello necesario, que además de tener una buena formación jurídica y psicológica, esté en “contacto permanente con las partes” (p. 777). VILLEGAS PÉREZ-LLOCA, E. “El abogado como factor clave en la resolución de conflictos: negociación, mediación y arbitraje”. En *Retos de la abogacía ...* Op. cit.

67 PÉREZ VALLEJO, A. Mª. “Resolución extrajudicial de conflictos: ...”. Op. cit. p. 112.

68 E incluso si la misma se deriva desde otros ámbitos, aunque para nosotros ya es mucho teoriza.

5. CONCLUSIONES

1. El reflejo de la LM en asuntos civiles y mercantiles fija unos caracteres básicos sugeridos desde Europa y aprendidos durante el potente despliegue de la Mediación Familiar, pero cada contexto susceptible de acoger la mediación para la resolución de conflictos, necesita unos pluses apropiados que le hagan evolucionar.

2. La descongestión de los Tribunales es objetivo común de la mediación, yendo la sanitaria más allá al pretender no sólo descargar en burocracia a las unidades que frecuentemente son receptoras de las quejas, desde Atención al Paciente a los tramitadores de las reclamaciones previas, sino también procurar la calidad, la eficiencia, el uso responsable y el bienestar de todos, para no privar de su función al servicio.

3. La Mediación Sanitaria está concebida para resolver los conflictos relacionados con el servicio público de sanidad, por lo que las oficinas encargadas estarán vinculadas con la Administración.

4. Los conflictos son complejos porque asimismo son complejas las interacciones con las personas y entidades que se relacionan con aquel. Por los valores y sentimientos en liza, los conflictos que registran aumento de tensión y bloqueo, son los incidentes que generarían una indemnización, por lo que las claves que sugerimos para agilizar su tratamiento son:

1. Creación de un organigrama adaptado al servicio con al menos dos niveles de actividad coordinados.
2. Aprobación de un reglamento interno que actúe como guía para Organización, agentes y usuarios.
3. Dotación de un Equipo Multidisciplinar con presencia tanto en la etapa de preparación como en la de mediación propiamente dicha, que desplegando técnicas y habilidades, conduzca a la identificación y consecución del asunto mediable.
4. Protocolo para asegurar una correcta información, y que la misma sea privilegiada, personal y confidencial.
5. Promoción de la profesionalidad y la especialización de los mediadores.

6. BIBLIOGRAFÍA

Manuales, monografías y obras colectivas

- CARRETERO GONZÁLEZ, C. y MONTALVO JÄÄSJEKÄINEN (Dir.) *Retos de la abogacía ante la sociedad global*. Civitas, 2012, Cizur Menor.
- TOMILLO URBINA, J. y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J (Dir.) *Estudios sobre derecho de la salud*. 1ª Edic, 2011, Aranzadi, Pamplona.
- GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Dir.) *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*. Reus, 2010, tomos I y II.
- ABEL LLUCH, X., PICÓ I JUNOY, J. y RICHARD GONZÁLEZ, M. *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso – administrativa*. La Ley, 2010, Madrid.
- LORCA NAVARRETE, A. Mª, *Informe sobre el Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles elaborado por el ministerio de justicia del gobierno de España con los efectos procesales que de ella se derivan*. Instituto vasco de derecho procesal (IVADP), San Sebastián, 2010.
- GIMÉNEZ ROMERO, C. (Coord). *La mediación social intercultural en Castilla la Mancha: Manual de Casos*. En Intervención Social-Castilla la Mancha 2. Edit. Consejería de Bienestar Social de la JCCM. Toledo 2009.

Artículos en revistas

- GUIJARRO BERNAL, R. e ITURMENDI MORALES, G. “La reclamación patrimonial como instrumento de calidad y sostenibilidad del sistema sanitario. La Mediación”. P.p. 181 -182. *Derecho y Salud*. Vol, 22, Extraordinario XX Congreso, 2º semestre, 2011.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. “El acceso de la compañía aseguradora al historial clínico incorporado al expediente administrativo de responsabilidad patrimonial”. *Derecho y Salud*, Vol. 21, Núm. 1, Enero – Junio 2011.

ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y SALUD PÚBLICA

Bombillar Sáenz, F.M.

Luna Quesada, J.

Profesores Departamento de Derecho Administrativo.

Facultad de Derecho. Universidad de Granada

ÍNDICE

1. Introducción.
2. Premisa de partida: los postulados del libro blanco del envejecimiento activo.
3. Una muestra de las políticas del estado en pro del envejecimiento activo.
4. Una muestra de las políticas andaluzas en pro del envejecimiento activo.
5. Un ejemplo a modo de conclusión.
6. Bibliografía y documentación básica.

RESUMEN

En el marco del Año Europeo del Envejecimiento Activo, abordamos en esta comunicación una muestra de las iniciativas puestas en práctica en nuestro país (por el Imsero, el Consejo Superior de Deportes, la Junta de Andalucía o los Ayuntamientos andaluces) dirigidas a que nuestros mayores envejezcan con salud, redundando consecuentemente en una mejora de la salud pública.

PALABRAS CLAVE

Envejecimiento activo. Mayores. Salud pública. Actividad física. Consejo Superior de Deportes. Imsero. Ley de Salud Pública de Andalucía. Junta de Andalucía. Ayuntamientos andaluces.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, insta a las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a desarrollar programas de prevención de los problemas de salud y sus determinantes dirigidos a todas las etapas

de la vida de las personas, con especial énfasis en la infancia y, en lo que aquí nos atañe, en la vejez [artículo 19.2.d)].

Al socaire de la declaración del año 2012 como el *Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Interregional*, esta comunicación pretende abordar parte de las actuaciones emprendidas a este respecto por el Estado español, en su conjunto, y su incuestionable implicación con el campo de la salud pública.

Siguiendo las directrices del *Libro Blanco del Envejecimiento Activo*, es nuestra intención analizar en esta sede las iniciativas más relevantes impulsadas en esta materia a nivel estatal por el Imsero (Instituto de Mayores y Servicios Sociales), con sus populares programas de vacaciones y termalismo social, o por el CSD (Consejo Superior de Deportes), con el *Día de los 10.000 pasos*, por el que se quiere concienciar de la importancia de que nuestros mayores realicen una actividad física moderada con fines de salud.

Fuera del ámbito estatal, examinaremos la experiencia de la Comunidad Autónoma andaluza, cuya Administración –autonómica y local– dispone ahora de un importante instrumento legal para actuar en este campo: la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, cuyo artículo 7 compele a las Administraciones públicas de Andalucía a promover el interés por la salud de los mayores a través de políticas de envejecimiento activo.

Obviamente, no pretendemos –ni sería posible en este formato– un abordaje exhaustivo de las diferentes políticas desarrolladas por la Administra-

ción pública en este ámbito (encuadradas en campos tan heterogéneos como los que siguen: educación a lo largo de la vida, imagen y medios de comunicación o vivienda) pero sí trasladar, en suma, (1) que las políticas en materia de envejecimiento activo han de estar marcadas, necesariamente, por la idea de transversalidad (lo que supone integrar estas directrices en todos los procedimientos de adopción de instrumentos normativos); así como (2) que una buena implementación de éstas puede comportar una significativa mejora de la salud y calidad de vida de nuestras personas mayores, ayudándoles a “envejecer con salud”.

En fin, en este trabajo defendemos la tesis de que apostar por políticas de envejecimiento activo es “rentable” y, a largo plazo, una opción que permitirá una reducción considerable del exorbitado gasto público farmacéutico y sanitario que asola a España.

2. PREMISA DE PARTIDA: LOS POSTULADOS DEL LIBRO BLANCO DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO

La población europea y española envejece de forma progresiva, una realidad demográfica a la que han contribuido de forma decisiva los avances en el campo de la tecnología médica, el alto nivel de nuestro sistema sanitario público, así como el amplio desarrollo de nuestras políticas sociales, hoy en entredicho por la acuciante crisis económica. Los europeos vivimos más años y en mejores condiciones, esto es tanto un éxito como un reto.

Al aumento del número de personas mayores en nuestra sociedad ha de corresponderle una mayor ahínco del Estado por conocer la situación real que viven nuestros mayores y, a la vista de ésta, por implementar políticas en pro de un *envejecimiento activo*¹, preocupadas por integrar, en la medida de lo posible, en todos los aspectos de la vida (participación política, deporte, ocio o educación²), a este colectivo

1 La OMS definió, en 2002, el *envejecimiento activo* como “el proceso de optimización de oportunidades de salud, participación y seguridad con el objetivo de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen”.

2 Esta cuestión ha sido abordada con detalle en Andalucía, que destina los arts. 105 y siguientes de su Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía, a la educación permanente de personas adultas (educación a lo largo de la vida); junto a otros instrumentos normativos, a nivel reglamentario, como la Orden de 10 de agosto de 2007, por la que se regula la Educación Secundaria Obligatoria para Personas Adultas, la Orden de 29 de septiembre de 2008, por la que se regulan las enseñanzas de Bachillerato para personas adultas o la Orden de 24 de septiembre de 2007, por la que se regulan los planes edu-

en la sociedad, así como por mantener su autonomía e independencia. El *Libro Blanco del Envejecimiento Activo*³ es un documento técnico de trabajo que se mueve en esta dirección⁴.

Este documento corrobora con datos⁵ la fuerte y rápida transición demográfica hacia el envejecimiento que ha experimentado nuestro país en los últimos años, acrecentada por una acuciante caída de la tasa de fecundidad⁶, que ha llevado a la inversión demográfica de nuestra pirámide de población⁷.

El Libro Blanco defiende, no obstante, que la entrada en la etapa de la vejez ha de verse también

cativos de carácter no formal para personas adultas.

3 Este documento técnico, elaborado a iniciativa del Gobierno de España, puede consultarse en: http://www.imserso.es/imserso_01/envejecimiento_activo/libro_blanco/index.htm. El Libro se estructura en cuatro partes: (1) “La población mayor: presente y futuro de las personas mayores en España” (integrada por tres capítulos: “Tendencias demográficas actuales”, “Ciudadanía y personas mayores” y “Posibilidades y limitaciones de la edad”), (2) “Aspectos más relevantes del envejecimiento activo” (que engloba nueve capítulos, a saber: “Economía y personas mayores”, “La salud y las personas mayores”, “La actividad física”, “Educación a lo largo de la vida”, “La participación de las personas mayores”, “Imagen de las personas mayores y medios de comunicación”, “Protección jurídica de las personas mayores”, “Los servicios sociales” y “Vivienda”), (3) “Retos más importantes del envejecimiento activo” (que agrupa a los capítulos: “Entorno y hábitat: medio rural y medio urbano”, “Formas de vida y convivencia”, “Relaciones intergeneracionales”, “Género y envejecimiento” y “El valor y el ejercicio del cuidado”) y (4) “Principales líneas de actuación sobre políticas relacionadas con el envejecimiento activo”.

4 El documento bebe de las recomendaciones emanadas desde la *II Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento Activo*, de 2002, así como desde el *III Congreso del Consejo Estatal de Personas Mayores*, de 2009.

5 A 1 de enero de 2009, 7.782.904 personas eran mayores de 65 años, un 16,7% del total de la población española. De ellos, un 28,3% tenía 80 o más años (sobre-envejecimiento), un 57,5% eran mujeres, y un 23% vivía en poblaciones de menos de 10.000 habitantes (zonas rurales). La esperanza de vida en España se sitúa en los 80,9 años (en 84,1 años en el caso de las mujeres). Tras cumplir los 65 años, las mujeres sobreviven de media 21,65 años y los hombres 17,68 años. Ello inevitablemente genera también, como es obvio, un mayor tiempo de estas personas en situación de dependencia, una de las razones por la que se aprobó la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Estos mayores, tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, o viven en soledad el resto de sus vidas o, con frecuencia, se reagrupan en el hogar de uno de los hijos y pasan a ser atendidos por sus propios familiares.

6 En 2009, esta tasa era de 1,44 hijos por mujer, lo que no cubre la reposición generacional. Datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), publicados en 2010.

7 Los fuertes flujos migratorios ralentizaron este proceso durante un tiempo, pero el retorno de muchos de estos inmigrantes a sus países de origen, como consecuencia de la crisis económica, lo ha vuelto a acelerar.

como una oportunidad para la sociedad en su conjunto, en la que el envejecimiento activo ha de erigirse en una realidad; favoreciendo la presencia y participación activa e integral de los mayores (como sujetos autónomos e independientes) en todos los aspectos de la vida social⁸ y desterrando estereotipos e imágenes sociales negativas (que identifican a estos mayores como personas dependientes, ociosas y enfermas, que son una carga económica para la sociedad).

La vejez no puede considerarse, en sí misma, una enfermedad. En los próximos epígrafes, vamos a dar cuenta de algunas de las iniciativas desarrolladas en nuestro país (por el Imsero, el Consejo Superior de Deportes, la Junta de Andalucía o los Ayuntamientos andaluces) que entroncan de lleno con los postulados del envejecimiento activo expuestos y que redundan en una mejora de la salud de las personas mayores.

El fomento de hábitos saludables, esto es, de políticas preventivas sanitarias (donde se ubica el llevar a cabo una actividad física⁹ diaria y moderada), propicia una mejor y más duradera calidad de vida, incidiendo en el bienestar personal integral de nuestros mayores¹⁰.

Junto a este tipo de políticas, y como complemento a las mismas, queremos hacer una especial mención también a los servicios sociales, en concreto, a los servicios y programas que favorecen el envejecimiento activo (como los hogares y clubes

de jubilados, complemento de excepcional interés de otras políticas en el ámbito social, educativo, cultural o deportivo). En particular, abordaremos aquí los programas implementados a este respecto, a nivel estatal, desde el Imsero.

Todo ello en el marco constitucional que a estos efectos nos brinda el artículo 50 de la Constitución, dentro de los Principios Rectores de la Política Social y Económica de nuestra Carta Magna, donde se establece que: “Los poderes públicos [...] con independencia de las obligaciones familiares, promoverán [con respecto a las personas mayores¹¹] su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

Este precepto –y así lo vamos a hacer aquí– lo hemos de conectar con el propio artículo 43 de la Constitución, por el que se reconoce el derecho a la protección de la salud, se compele a los Poderes públicos a organizar y tutelar la salud pública, y se conmina a éstos a fomentar la educación física y el deporte¹² y a facilitar una adecuada utilización del ocio¹³.

3. UNA MUESTRA DE LAS POLÍTICAS DEL ESTADO EN PRO DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO

3.1 El papel del Consejo Superior de Deportes

El Consejo Superior de Deportes (CSD)¹⁴ con-

8 Una vejez de calidad estaría marcada, según el referido Libro Blanco, por los siguientes cuatro vectores: “una buena salud y forma física, un óptimo funcionamiento cognitivo, equilibrio emocional-motivacional y un buen nivel de participación social”, p. 24.

9 Ya hemos tenido oportunidad de pronunciarnos a este respecto en LUNA QUESADA, J. & BOMBILLAR SÁENZ, F.M.: “El fomento de la actividad física y deportiva con fines de salud en la legislación deportiva y de salud pública de Andalucía”, *Derecho y Salud*, Volumen n. 21 (2), Julio-Diciembre 2011, pp. 35-57. En Italia, hemos de hacer una especial mención a la producción científica del profesor Carlo BOTTARI en este campo, con obras como: *Progettare il benessere. Una storia che viene da lontano: dall'Istituto per l'educazione fisica alla facoltà di scienze motorie* (junto con P. RUBBI), Bononia University Press, Bolonia, 2010.

10 Recordemos la Exposición de Motivos de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte: “El deporte se constituye como un elemento fundamental del sistema educativo y su práctica es importante en el mantenimiento de la salud y, por tanto, es un factor corrector de desequilibrios sociales que contribuye al desarrollo de la igualdad entre los ciudadanos, crea hábitos favorecedores de la inserción social y, asimismo, su práctica en equipo fomenta la solidaridad. Todo esto conforma el deporte como elemento determinante de la calidad de vida y la utilización activa y participativa del tiempo de ocio en la sociedad contemporánea”.

11 Véanse VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.): *El envejecimiento de la población y la protección jurídica de las personas mayores*, Cedecs, Barcelona, 2002; y SEIJAS VILLADANGOS, E.: *Los derechos de las personas mayores*, BOE, Madrid, 2004.

12 Un brillante estudio de este precepto, en lo que atiene al deporte, se contiene en JIMÉNEZ SOTO, I.: “El derecho al deporte y al ocio”, en MOLINA NAVARRETE, C., MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a N. (Coords.): *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 1567-1606.

13 A la “revolución del ocio” y a sus implicaciones con el deporte se refiere Rafael BARRANCO VELA en “El ocio como elemento fundamental en el fomento y promoción del deporte. Una perspectiva no sólo competencial”, en DE LA PLATA CABALLERO, N. (Dir.): *Las Leyes del Deporte de la Democracia: Bases para una Ley del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2002.

14 El Consejo Superior de Deportes es el organismo autónomo, adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de España, encargado de ejercer directamente la actuación de la Administración del Estado en el ámbito del deporte. Su actual norma de cabecera es el Real Decreto 2195/2004, de 25 de noviembre, por el que se regulan su estruc-

sidera la extensión de la práctica deportiva entre las personas mayores como una de sus principales líneas de actuación. Sus actuaciones se encaminan a frenar los altos índices de sedentarismo que presenta la población de nuestro país, uno de los más elevados dentro de los países europeos, así como a disminuir los niveles de obesidad¹⁵ y sobrepeso de ésta.

Para luchar contra esta incontestable situación, promoviendo hábitos de vida saludables¹⁶, el CSD ha elaborado el *Plan Integral para la Promoción de la Actividad Física y el Deporte* (PIPAFD)¹⁷ o *Plan "A+D"*, un instrumento que tiene como fin garantizar al conjunto de la población española el acceso universal a una práctica deportiva de calidad.

Este plan estratégico recoge a las personas mayores¹⁸ entre los colectivos con mayor dificultad de acceso a la práctica físico-deportiva, como uno de los colectivos más sensibles en cuanto a necesidades de práctica y a condiciones específicas para su desarrollo. En relación con la práctica deportiva de las personas mayores, el PIPAFD se plantea las siguientes metas:

- Conseguir que el mayor número posible de personas mayores integre en su vida diaria una serie de hábitos deportivos; según sus intereses, motivaciones y necesidades.
- Lograr que los mayores tengan fácil acceso a los programas de ejercicio y actividad física; independientemente de su condición física,

psicológica, social y económica.

- Posibilitar que los mayores sean atendidos por profesionales formados específicamente para tratar de forma adecuada sus necesidades y singularidades; facilitando la formación de equipos multidisciplinares, liderados por un titulado en Ciencias de la Actividad Física y el Deporte.
- Disponer de una adecuada red de espacios deportivos en las ciudades¹⁹, creando y/o adecuando espacios –convencionales y no convencionales– para la práctica deportiva; así como, eliminando las trabas económicas y sociales que dificulten el acceso de este colectivo a un centro deportivo, parque o piscina cercano a su domicilio.
- Aspirar a que el envejecimiento activo y saludable –dentro del que juega un papel clave e imprescindible la actividad física– sea el eje vertebrador del resto de políticas (sanidad, deporte, turismo o urbanismo).

La actividad del Consejo Superior de Deportes en este campo va más allá, alentando la investigación y la publicación de material didáctico y divulgativo²⁰ entre los profesionales de este sector, promoviendo la celebración de múltiples congresos y eventos de interés (como el Encuentro Nacional de Actividad Física Deportiva para Personas Mayores y el Congreso Internacional de Actividad Físico-Deportiva para Técnicos) o impulsando programas y campañas concretas (como el programa Mueve tu Cuerpo, Abre tu Mente²¹ o la campaña de actividad física en espacios públicos²²).

tura orgánica y funciones.

15 Véanse, a este respecto, los trabajos de RECUERDA GIRELA, M. A.: "La actividad física y el deporte como estrategias de salud pública para la prevención y el control de la obesidad", *Derecho deportivo*, n. 6 (2005), Junta de Andalucía, Sevilla, pp. 131 y ss.; y "La protección de la salud a través del Derecho administrativo social: Derecho deportivo y otros sectores del ordenamiento", *Anuario Iberoamericano de Derecho Deportivo*, n. 1 (2009), pp. 37-69.

16 La Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria ha puesto de manifiesto que las personas activas físicamente viven tres años más de media que las inactivas, así como con una mayor autonomía y calidad de vida que éstas. Una práctica diaria y moderada de actividad física nos ayuda a luchar, entre otras patologías, contra el sobrepeso, la obesidad, las enfermedades cardiovasculares y la diabetes (las llamadas "enfermedades de la civilización").

17 El PIPAFD o Plan A+D del Consejo Superior de Deportes se puede consultar en la siguiente dirección web: <http://www.planamasd.es/programas/mayores>.

18 Las especiales implicaciones de este colectivo en el ámbito de la actividad física han sido analizadas en LUNA QUE-SADA, J. & DE LA PLATA CABALLERO, N.: "Aproximación al marco jurídico de las relaciones entre las personas mayores y el deporte", *Derecho deportivo*, n. 3-4 (2003), pp. 139-151.

19 El *Plan Director de Instalaciones Deportivas de Andalucía* previene la existencia de una red básica de instalaciones deportivas que dé servicio a la práctica deportiva generalizada de jóvenes, ancianos y cualquier segmento de población que desee practicar deporte. Véase el Acuerdo de 8 de mayo de 2007, del Consejo de Gobierno Andalúz, por el que se aprueba el Plan Director de Instalaciones Deportivas de Andalucía (BOJA de 14 de junio de 2007).

20 Dentro de este amplio material divulgativo, a modo de muestra, puede consultarse el libro electrónico *Ejercicio y salud en poblaciones especiales* en el repositorio de la web oficial del Consejo Superior de Deportes: <http://www.csd.gob.es/>

21 Este programa del CSD está dirigido a personas a partir de 40 años. Se proponen ejercicios de movimiento combinados con ejercicios de memoria, de fácil realización, para que las personas mayores puedan llevarlos a cabo sin problemas. Esta iniciativa puede consultarse *on line* en: www.planamasd.es/programas/mayores

22 En el ámbito internacional, puede destacarse la *Estrategia Mundial sobre Alimentación Saludable, Actividad Física y Salud* del Gobierno de México, que propone rescatar los parques y espacios públicos para la realización de actividad física. Consúltese, a este respecto, su página web: <http://activate.gob>.

No obstante, todavía queda un largo camino por recorrer. La última Encuesta de Hábitos Deportivos de los Españoles del 2010²³, publicada recientemente por el CSD, muestra que el incremento de la práctica deportiva de la población mayor de 65 años ha sido mucho más notable en esta población que en la de los jóvenes entre 15 y 24 años. Aún así, España sigue estando a la cola de los países europeos de referencia, donde el porcentaje de práctica deportiva en esta franja de edad supera el 60%. Por ello, es necesario impulsar desde las Administraciones públicas planes estratégicos y proyectos interdisciplinarios, en colaboración con las entidades privadas, que trabajen conjuntamente en la promoción de la práctica de actividad físico-deportiva, ofreciendo programas de ejercicio físico específicos para la población mayor, con suficiente variedad de ofertas para atender a las diferentes realidades, expectativas, necesidades y motivaciones de este colectivo.

3.2 El papel del IMSERSO

El Imserso (Instituto de Mayores y Servicios Sociales) es la Entidad Gestora de la Seguridad Social, adscrita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Gobierno de España, para la gestión de los servicios sociales²⁴ complementarios de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social²⁵

[mx/](http://www.midete.org/index.php?s=campanas). En otro orden de cosas, también la *Fundación Midete* ha llevado a cabo clases de yoga en espacios públicos en Nueva York, Toronto o Barcelona, como símbolo de armonía, paz e integración de la sociedad. Más información sobre esta campaña en el sitio web de esta Fundación: <http://www.midete.org/index.php?s=campanas>

23 Todos los datos de esta encuesta, realizada por el CSD, pueden visualizarse en su web: <http://www.csd.gob.es/csd/estaticos/dep-soc/encuesta-habitos-deportivos2010.pdf>.

24 Los servicios sociales han sido estudiados con especial detalle por Rafael BARRANCO VELA. Entre sus muchas obras, citamos: “Derechos, principios y objetivos relacionados con el acceso a las prestaciones sociales, la cohesión social y la lucha contra la marginación y la pobreza”, en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Dir.): *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, pp. 213-238.

25 Este ente fue creado por el Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, para la gestión de los servicios complementarios de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social. La estructura actual del Imserso se rige por el Real Decreto 1226/2005, de 13 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica y funciones del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 59.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Para el estudio de su configuración actual, tras numerosos cambios normativos, nos remitimos a su página web institucional: <http://www.imserso.es> En concreto, es en la sección “Envejecimiento activo” donde se recoge toda la información relativa

(por ej., pensiones no contributivas de jubilación o de invalidez), y en materia de personas mayores y personas en situación de dependencia (en el marco del SAAD, *Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*).

Desde este ente se desarrollan políticas y programas, a nivel estatal, muy populares en relación con el envejecimiento activo, destacando, en especial, sus programas en materia de vacaciones y termalismo social²⁶. Las cifras hablan por sí solas. Más de 225.000 usuarios volverán a beneficiarse este año de los servicios de hidroterapia de los Balnearios de España gracias al Programa de Termalismo Social del Imserso; mientras que doce millones de personas han participado en estos 25 años²⁷ del Programa Social de Vacaciones para Mayores del Imserso.

El *Programa de Termalismo Social* proporciona a los pensionistas²⁸, que por prescripción facultativa²⁹ precisen los tratamientos que se prestan en los bal-

a los programas de los que vamos a dar cuenta a continuación: http://www.imserso.gob.es/imserso_01/envejecimiento_activo/index.htm

26 Véanse las siguientes notas elaboradas por DEL MORAL, A.: “Programas Estrella del IMSERSO: Vacaciones para mayores”, *Sesenta y más*, n. 221 (2003); “Programas estrella del IMSERSO: Programa de Termalismo Social”, *Sesenta y más*, n. 222 (2003) o el Reportaje “Ocio y Cultura en los viajes del IMSERSO”, *Sesenta y más*, n. 253 (2006).

27 En 2011 se conmemoraron 25 años desde la puesta en marcha de esta iniciativa. Este programa, enmarcado en las líneas de actuación definidas por la OMS para un envejecimiento activo y saludable, ha generado innegables beneficios sociales y económicos. No sólo ha contribuido a mejorar la calidad de vida de nuestros mayores, también al mantenimiento del empleo en las zonas de destino y a la potenciación de la actividad económica.

28 Podrán beneficiarse de este programa los pensionistas del Sistema de la Seguridad Social por los conceptos de jubilación y de invalidez, en todo caso, y por el concepto de viudedad o de otras pensiones, únicamente cuando la persona beneficiaria haya cumplido los 60 años de edad. No obstante, estos mayores podrán ir acompañados de su cónyuge o pareja, para la que no se exige la obligación de percibir pensión de la Seguridad Social.

Otros requisitos para participar en el programa son valerse por sí mismo para las actividades de la vida diaria y no padecer alteraciones del comportamiento que impidan la convivencia en un centro residencial ni enfermedad infecto-contagiosa.

29 En cada convocatoria se aprueba el baremo que se aplica para la valoración de los expedientes. En concreto, se valorará el grado de necesidad del tratamiento termal (en especial, cuando concurren problemas osteo-articulares o respiratorios), en base a la declaración responsable aportada por el solicitante a este respecto (la convocatoria no exige que esta circunstancia venga avalada por el dictamen de un facultativo); los ingresos mensuales y la edad del solicitante; así como si ha solicitado una plaza en las dos convocatorias anteriores o si es miembro de una familia numerosa.

nearios y que reúnan determinados requisitos³⁰, el acceso a precios reducidos a estos establecimientos termale (como los de Lanjarón y Graena, en Granada), con los que la Administración concierta anualmente la reserva de plazas –en turnos de 12 ó 10 días, en primavera, otoño e invierno– para la estancia y tratamiento de nuestros mayores. El programa incluye³¹, además del tratamiento termal básico que, en cada caso, prescriba el médico del balneario, alojamiento y manutención en régimen de pensión completa y en habitaciones dobles de uso compartido, y una póliza de seguro.

El *Programa de Vacaciones para Mayores* facilita la incorporación de este colectivo³² a las corrientes turísticas, al tiempo que palia las consecuencias que en materia de empleo produce el fenómeno de la estacionalidad en el sector turístico del país, ya que estos desplazamientos (estancias en zonas costeras, circuitos culturales, turismo de naturaleza³³, así como intercambios con otros países, como Portugal y Andorra) se producen entre los meses de octubre y junio. El paquete de servicios ofertados dentro de este programa engloba el viaje de ida y vuelta de los mayores³⁴, su alojamiento en régimen de pensión completa, la puesta a su disposición –según el tipo de desplazamiento– de servicio médico en el propio

hotel y de un programa de animación, así como de una póliza de seguro.

Dentro de las políticas de envejecimiento activo del Imsero también podemos encuadrar dos programas que buscan mitigar parte de los efectos negativos, de diversa índole, aparejados al hecho de que un alto porcentaje de nuestros mayores vivan en situación de soledad³⁵: el Programa de Teleasistencia Domiciliaria y la experiencia piloto del Programa “Cerca de ti”.

El servicio de *Teleasistencia Domiciliaria*, gestionado por las Corporaciones locales³⁶, proporciona una mejora de la calidad de vida y evita el desarraigo de las personas mayores y discapacitadas usuarias del mismo³⁷. En su propio domicilio, en su entorno socio-familiar, estas personas podrán entrar en contacto verbal con un centro de atención especializada, pulsando simplemente un botón incorporado a un medallón o pulsera. Desde este centro, a través de la línea telefónica, se les prestará apoyo inmediato ante una crisis personal, social o médica (como, por ejemplo, una caída). Habrá un seguimiento constante –mediante llamadas telefónicas– de la situación de estos mayores, se movilizarán los recursos que sean necesarios ante una emergencia (los centros disponen para ello de unidades móviles) y se recordará a los mismos datos importantes sobre toma de medicación o realización de gestiones. Aproximadamente, según apunta el Imsero, 275.000 usuarios³⁸ se benefician en la actualidad de este servicio.

30 Este programa, en su edición de 2012, se regula conforme a los siguientes instrumentos normativos: la Orden de 15 de marzo de 1989 por la que se establece y regula el Servicio de Termalismo Social del Instituto Nacional de Servicios Sociales (modificada por la Orden de 26 de diciembre de 1990); y la Resolución de 13 de diciembre de 2011, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se convoca la concesión de plazas para pensionistas que deseen participar en el Programa de Termalismo Social.

31 El desplazamiento al balneario corre a cuenta de los usuarios del programa.

32 Podrán beneficiarse de este programa todos los mayores que tengan, como mínimo, 65 años cumplidos; los pensionistas del Sistema de la Seguridad Social por los conceptos de jubilación y de invalidez, en todo caso, y por el concepto de viudedad o de otras pensiones, únicamente cuando la persona beneficiaria haya cumplido, en el primer supuesto, los 55 años de edad, mientras que en el caso de otros pensionistas y prejubilados, los 60 años. No obstante, estos mayores podrán ir acompañados de su cónyuge o pareja, aunque no cumplan los requisitos de edad y pensión; así como de un hijo con discapacidad igual o superior al 45%, que ocupe cama supletoria en la misma habitación del hotel. En todo caso, los solicitantes deberán valerse por sí mismos y no padecer alteraciones del comportamiento que impidan la normal convivencia.

33 Combinando actividades culturales con actividades ligadas a la actividad física, a la salud.

34 En cada convocatoria se aprueba el baremo que se aplica para la valoración de los expedientes. En concreto, se tienen en cuenta los siguientes ítems: la edad y situación económica del solicitante, si ha solicitado una plaza en las dos convocatorias anteriores, así como si es miembro de una familia numerosa.

35 Según los datos que baraja el Imsero, a tenor del censo, son 1.358.937 las personas mayores de 65 años que viven solas, casi el 20% (19,9%) del total de los mayores de 65 años, de los que casi el 77% (76,8%) son mujeres.

A la luz de los datos arrojados por el Barómetro, de mayo de 2009, del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), la población española es partidaria de que las personas mayores que viven solas reciban una especial protección por el Estado. CIS, Estudio 2.801 Barómetro de mayo de 2009.

36 El Programa de Teleasistencia Domiciliaria se ha instrumentado a través de un convenio-marco suscrito entre el Imsero y la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), el 20 de abril de 1993, al que se han ido adhiriendo progresivamente a través de convenios específicos de colaboración las diferentes Corporaciones Locales interesadas en la implantación del mismo (en el caso de la provincia de Granada, la Diputación Provincial y los municipios de Almuñécar, Loja, Baza, Motril y Granada).

37 Las normas generales de este servicio pueden consultarse en el referido portal del Imsero.

38 De ellos, 100.571 son mayores de más de 80 años que viven solos.

Cercadeti es un programa diseñado por el Imserso³⁹ para afrontar el problema de la soledad de las personas mayores –especialmente, en zonas rurales⁴⁰– a través del voluntariado. Se quieren explotar las posibilidades que ofrece el acompañamiento activo –presencial y telefónico– a mayores que viven y se sienten solos, con el fin de mejorar su calidad de vida y romper con su aislamiento, proporcionándoles compañía, seguridad y apoyo emocional, a través de la puesta en marcha de redes sociales que promuevan su integración en la comunidad, en las actividades que se desarrollen en su entorno. A la vista de los resultados de esta experiencia piloto, se pretende diseñar un nuevo modelo de intervención social con personas mayores.

En último lugar, junto a las iniciativas reseñadas, son de destacar dos portales de Internet que el Imserso ha implementado: el *Portal Mayores*, desarrollado en colaboración con el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), donde se ofrece una amplia información en materia de envejecimiento activo; así como la web *ENclaveRural*, un espacio público donde se recogen y ponen en valor intervenciones rurales en el ámbito del envejecimiento, con el fin de promover su práctica en otras zonas⁴¹.

4. UNA MUESTRA DE LAS POLÍTICAS ANDALUZAS EN PRO DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO

4.1 El Estatuto de Autonomía para Andalucía y la Ley de Salud Pública de Andalucía: su relación con el envejecimiento activo

Las políticas en materia de envejecimiento activo están consagradas al máximo nivel en el artículo 19 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, reformado en 2007⁴², donde se afirma que “Las personas ma-

yores tienen derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía una protección y una atención integral para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo, que les permita una vida digna⁴³ e independiente y su bienestar social e individual, así como a acceder a una atención gerontológica adecuada, en el ámbito sanitario, social y asistencial, y a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes”.

En dicho marco, la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía (en adelante, LSPA) apuesta⁴⁴ por la promoción de la actividad física y el deporte como medio para mejorar la salud de la población en Andalucía, en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 43.3 de nuestra Carta Magna, y de acuerdo con las directrices al respecto, a nivel internacional, de la Organización Mundial de la Salud y de la Unión Europea⁴⁵.

La LSPA destaca, en primer lugar, en el ámbito de la promoción de la actividad física y el deporte con fines de salud, por reconocer a la población en Andalucía dos nuevos derechos: “a la información adecuada sobre la importancia de la actividad física y cómo llevarla a cabo sin riesgos y con el mejor aprovechamiento, y a disponer de planes de promoción de actividades físicas saludables” [artículo 12 i) LSPA] y “a la promoción, por las Administraciones públi-

F.J.: “Derechos y principios relacionados con las personas mayores, los menores de edad y la integración de la juventud”, en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Dir.): *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, pp. 435-460.

43 Una vida digna requiere de una muerte digna. Ténganse en cuenta los artículos 20 y 22.2 del propio Estatuto y la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte. Véanse también SIMÓN LORDA, P.: “Muerte digna en España”, *Derecho y Salud*, vol. 16, Número Extraordinario, noviembre 2008, pp. 75 a 94; y BOMBILLAR SÁENZ, F.M.: “El derecho a una muerte digna en el ordenamiento jurídico andaluz”, en *Actas del Seminario de estudios italo-español “Las nuevas exigencias de tutela de los derechos de la persona”*, Real Colegio de España-Universidad de Bolonia, 2012, en prensa.

44 Este paso hacia delante de la leyes en materia de salud pública es analizado y reclamado por CIERCO SEIRA, C.: “La necesaria actualización de la legislación española en materia de salud pública”, *Derecho y salud*, Vol. 17, n. extra 1, 2009, pp. 23-45.

45 De nuevo, nos remitimos a nuestro trabajo: LUNA QUESADA, J. & BOMBILLAR SÁENZ, F.M.: “El fomento de la actividad física y deportiva con fines de salud en la legislación deportiva y de salud pública de Andalucía”, *Derecho y Salud*, Volumen n. 21 (2), Julio-Diciembre 2011, pp. 35-57. En este artículo tuvimos oportunidad de abordar la LSPA (hoy publicada en el *BOJA* n. 255, de 31 de diciembre de 2011) en su fase de anteproyecto y proyecto de ley.

39 En este proyecto colaboran entidades como Cruz Roja Española, Cáritas, la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), la Fundación Vodafone España y la Asociación de Entidades y Empresas de Servicios Sociales de Teleasistencia (Adessta).

40 A modo de experiencia piloto, este proyecto se ha desarrollado ya en varios municipios rurales del territorio español, gracias a la colaboración de Entidades locales como la Diputación de Granada, la Diputación de Huesca, el Consell de Mallorca, la Diputación de Ourense y la Comarca de la Sidra; así como de los Ayuntamientos de Alacant, Gijón, Jerez, Lleida, Valladolid y Sevilla.

41 Nos remitimos a las webs: <http://www.imsersomayores.csic.es/> y <http://www.enclaverural.es/>

42 En torno al tratamiento de los derechos de los mayores en los diferentes Estatutos de Autonomía, véase DURÁN RUIZ,

cas competentes, de espacios públicos que permitan realizar actividades físicas, deportivas o lúdicas, en condiciones de seguridad y accesibilidad en las ciudades y pueblos de Andalucía” [artículo 12.j) LSPA].

El tenor del precepto referido, interpretado de acuerdo con los postulados de la Ley de Autonomía Local de Andalucía, nos permite concebir, en segundo lugar, las prestaciones deportivas saludables como parte del servicio público deportivo local a implementar de forma obligatoria por los Ayuntamientos andaluces. Si bien es cierto que nuestras Corporaciones han puesto en marcha a lo largo de los últimos veinte años diversos programas de deporte y salud [destacando, entre ellos, los Ayuntamientos de Cádiz, Granada, Málaga y Sevilla], esta es una realidad a cuya consolidación contribuirá decididamente la LSPA.

Más aún, si relacionamos todo lo dicho con el dictado de los artículos 40 y siguientes de la LSPA, en donde se expone el papel específico del ámbito local en el campo de la salud pública y se da nacimiento al Plan Local de Salud, como instrumento básico que recogerá “la planificación, ordenación y coordinación de las actuaciones que se realicen en materia de salud pública en el ámbito de un municipio o de una mancomunidad de municipios”. Uno de los contenidos mínimos a abordar por estos planes serán, precisamente, los “estilos de vida saludable”, englobándose aquí, como acota la propia norma, la actividad física, la alimentación equilibrada y la lucha contra el tabaquismo [artículo 41.2.d) LSPA], en línea con las pautas marcadas por la Estrategia NAOS⁴⁶ del Ministerio de Sanidad y los diversos instrumentos de planificación elaborados en este sentido por el Consejo Superior de Deportes⁴⁷ o las Consejerías de Salud y Deporte de la Junta de Andalucía⁴⁸.

46 El Ministerio de Sanidad aprobó la *Estrategia Naos* para luchar contra la obesidad y el sedentarismo a través de la actividad física y el cambio en los hábitos de alimentación.

47 Véase, a este respecto, el *Plan Integral para la Actividad Física y el Deporte*, versión de 1 de junio de 2009, aprobado por el Consejo Superior de Deportes, disponible *on line* en: <http://www.csd.gob.es/csd/estaticos/plan-integral/PlanIntegralADI.pdf>

48 El compromiso de la Junta de Andalucía con la promoción de la salud a través del deporte queda patente a través de los múltiples planes aprobados a este respecto en la última década en esta Comunidad por las Autoridades andaluzas sanitarias (con el *III Plan Andaluz de Salud*, el *Plan para la Promoción de la Actividad Física y la Alimentación Equilibrada* o el *II Plan Integral de Salud Mental de Andalucía*) y deportivas (con el *Plan General del Deporte de Andalucía*, el *Plan Estratégico General del Deporte andaluz* o el *Plan Director* y los *Planes Locales de Instalaciones Deportivas de Andalucía*).

En tercer lugar, y esto debe ser reseñado en el *Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional*, y a los efectos de nuestro trabajo, la LSPA aboga por que las actuaciones de promoción de la salud –física y mental– se dirijan a todas las etapas de la vida de una persona, incluida la edad adulta y la vejez, posibilitando que en todas ellas la actividad física sea “saludable, factible y atractiva” [artículo 68.2.d) LSPA].

4.2 El papel de la Junta de Andalucía

Las políticas en materia físico-deportiva, como hemos visto, son cruciales de cara a conseguir que los mayores envejezcan con salud. Por ello, el *Libro Blanco sobre el Envejecimiento Activo* editado, en 2010, por la Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social de la Junta de Andalucía, también apuesta, como el estatal, por incluir la práctica de actividad física dentro de las políticas en materia de envejecimiento activo.

En este sentido, atendiendo a sus específicas necesidades, y con el fin de mejorar su bienestar social y propiciar un envejecimiento activo/saludable de los mismos, los mayores se consagran en la legislación deportiva –sobre todo de ámbito autonómico (más que a nivel estatal, donde la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, guarda un criticable mutismo a este respecto)– como un colectivo al que los Poderes públicos han de prestar una particular dedicación.

Este es el camino que ha emprendido la Junta de Andalucía. En Andalucía, en la Ley 6/1998, de 14 de diciembre, del Deporte, se engloba, en su artículo 3, a los mayores dentro de los “grupos de atención especial”⁴⁹ por parte de los Poderes públicos, junto a los niños, los jóvenes o los discapacitados⁵⁰ (más discutible es la inclusión aquí de las “mujeres”⁵¹). Es

49 Véase DURÁN RUIZ, F.J.: “El fomento de la actividad deportiva de grupos con necesidades especiales en Andalucía”, *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, n. 4 (2004), pp. 137-162;

50 Desde el punto de vista normativo, hay que tener en cuenta las notas que en torno a la relación deporte y discapacidad da TORRES LÓPEZ, M^a A., en su monografía *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 255 y ss.

En el plano de la ciencia médica, las incidencias del deporte sobre la población psiquiátrica se han abordado con acierto por BURGOS GARRIDO, E.: *Estilo de vida y salud en pacientes con esquizofrenia y en población no psiquiátrica*. Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2011.

51 Todos los programas públicos de desarrollo del deporte incorporarán, a nivel estatal y autonómico, la efectiva consideración del principio de igualdad real y efectiva entre mujeres

más, en esta misma Comunidad, se pronuncia también en esta dirección la norma sectorial que se ocupa de regular la intervención de la Administración autonómica y local en relación con los mayores: la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores⁵², en cuyo artículo 37 se establece que se fomentarán las actividades deportivas —adecuadas a sus necesidades— de las personas mayores, facilitándoles, por ejemplo, el uso y disfrute de instalaciones deportivas⁵³.

4.3 El papel de los ayuntamientos andaluces

Los Ayuntamientos son los grandes dinamizadores e impulsores de la práctica deportiva en España⁵⁴. El compromiso de los Ayuntamientos por universalizar el ejercicio de la actividad física y el deporte, con el apoyo de las Comunidades Autónomas, ha llevado a éstos a crear servicios municipales de deportes, contribuyendo de manera exponencial al aumento porcentual del hábito deportivo de los ciudadanos residentes en su término municipal.

y hombres en su diseño y ejecución. Así lo proclama, a nivel estatal, el artículo 29 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; y, a nivel andaluz, el artículo 4 del borrador de la futura Ley del Deporte de Andalucía. Este aspecto ha sido estudiado con detalle por uno de los autores de este artículo: BOMBILLAR SÁENZ, F. M.: “La actividad de fomento a favor de la mujer en el ámbito del deporte y el ocio, con especial referencia a la Comunidad Autónoma andaluza”, *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, n. 5 (2005), pp. 17-47; y “El derecho a la salud de la mujer deportista profesional”, *Revista Española de Derecho Deportivo*, n. 18 (2006-2), pp. 31-46.

52 A título de ejemplo, cuentan también con leyes específicas dirigidas a las personas mayores las Comunidades Autónomas de Castilla y León (Ley 5/2003, de 3 de abril, de Atención y Protección a las Personas Mayores de Castilla y León), Asturias (Ley 7/1991, de 5 de abril, de Asistencia y Protección al Anciano) o Canarias (Ley 3/1996, de 11 de julio, de participación de las personas mayores y de la solidaridad entre generaciones).

53 El Instituto Andaluz del Deporte, a petición del Centro Andaluz de Medicina del Deporte, ambos de la Junta de Andalucía, ha desarrollado una laboriosa actividad investigadora, desde el año 2003 al año 2009, en relación con los programas específicos de actividad física saludable para la mejora de la condición física de las personas mayores. El trabajo realizado se ha materializado en una guía multimedia: *Tareas de actividad física para adultos y mayores: guía multimedia para la planificación de sesiones*. La investigación ha estado dirigida por los profesores de la Universidad de Almería Casimiro Andujar y Martínez Muñoz. La guía se puede consultar en: <http://www.juntadeandalucia.es/turismocomercioydeporte/iad/portaliad/afmayores/>

54 Véase LUNA QUESADA, J.: “Consideraciones generales sobre la incidencia de la Ley de Autonomía Local de Andalucía en la gestión del deporte municipal”, *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, n. 9 (2009), pp. 3-17; y GUTIÉRREZ ALONSO, J.: “Las competencias deportivas de los entes locales en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, *Anuario Andaluz del Derecho Deportivo*, n. 8 (2008), pp. 49-71.

En este sentido, dentro de los servicios que proporcionan los Ayuntamientos andaluces⁵⁵ tienen cada vez una mayor demanda los servicios deportivos saludables, es decir, las actividades deportivas que presentan como principal finalidad la de mantener y/o mejorar la salud de quienes las realizan⁵⁶.

De acuerdo con el referido artículo 3 de la Ley del Deporte de Andalucía, los Ayuntamientos andaluces están obligados a fomentar la práctica deportiva, prestando una especial atención a su fomento entre las personas mayores.

Vamos a ver cómo los Ayuntamientos de las principales capitales andaluzas han establecido programas específicos para el fomento de la práctica deportiva entre los mayores así como tarifas reducidas, todo ello con la finalidad de remover los obstáculos que puedan impedir a los mayores el acceso a la actividad física y deportiva.

El Ayuntamiento de Cádiz realiza un programa de actividades deportivas para mayores de 65 años, ofreciendo de manera gratuita, durante todo el año, la práctica de la natación o del paseo organizado. Es más, incluso facilita el desplazamiento de estos usuarios a través de un bono bus gratuito. Estas actividades cuentan con la supervisión y ayuda de monitores especializados, con ellas se pretende incorporar la práctica deportiva a sus hábitos, además de promover el interés y el conocimiento sobre su salud, la alimentación más adecuada y la convivencia con otras personas. Para todo ello, el Ayuntamiento ha creado el *Club de la Salud*⁵⁷, que se preocupa y ocupa de extender entre los mayores hábitos más saludables.

El Ayuntamiento de Sevilla⁵⁸ organiza la “Mini olimpiada para Mayores 2012” y dispone, en el plano económico, de tarifas reducidas para sus usuarios de más de 65 años. El Ayuntamiento de Córdoba tam-

55 Todo ello, en la actualidad, en el marco de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA).

56 Varias de estas iniciativas han sido abordadas por los autores de este artículo, en LUNA QUESADA, J. y BOMBILLAR SÁENZ, F.M.: “La consideración de las prestaciones deportivas saludables como parte del servicio público deportivo local en la Comunidad Autónoma andaluza”, *Revista Internacional de Derecho y Gestión del Deporte*, Asociación Madrileña de Derecho y Gestión del Deporte, en prensa.

57 Más detalles sobre este Club de la Salud se encuentran en la web del Ayuntamiento de Cádiz: <http://www.deportede-cadiz.com>

58 Más información sobre estas iniciativas puede obtenerse en la web del Instituto Municipal de Deportes de Sevilla: <http://imd.sevilla.org/>.

bién contempla en sus tarifas de precios públicos por servicios deportivos una reducción del 50% para sus usuarios mayores de 65 años, así como para los que presenten la condición de “pensionista” y sean beneficiarios de una pensión inferior a dos veces el salario mínimo interprofesional⁵⁹. En el caso del Ayuntamiento de Almería, esta reducción está prevista para los usuarios mayores de 60 años⁶⁰.

El Ayuntamiento de Málaga oferta, del mismo modo, un programa de actividades deportivas para las personas mayores, que persigue incidir, entre otras, en la mejora de las condiciones y aptitudes físicas, en la adquisición de hábitos saludables en el tiempo de ocio, así como en el desarrollo personal y de las relaciones sociales. En el plano económico, este Ayuntamiento también oferta precios reducidos⁶¹ para los usuarios de sus servicios deportivos pertenecientes a este colectivo, estableciendo la gratuidad de estos servicios para aquéllos que tengan la *Tarjeta Oro*.

El Ayuntamiento de Granada, por último, dispone de una programación específica –dentro de la que destacan sus cursos de natación terapéutica– dirigida a las personas mayores, para la que se vale del asesoramiento y supervisión del personal especializado del Centro Municipal de Actividades Médico-Deportivas. En el plano económico, ofrece unas tarifas muy reducidas en función de la capacidad económica de los mayores⁶².

5. UN EJEMPLO A MODO DE CONCLUSIÓN

Esta comunicación se ha elaborado al socaire de la declaración del año 2012 como el *Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional* y de la aprobación, a nivel estatal, de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y, a nivel andaluz, de la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía.

⁵⁹ Los precios y su normativa están disponibles en la web del Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Córdoba: <http://www.imdcordoba.org/>.

⁶⁰ Todo ello se recoge en la web del Patronato Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Almería: <http://www.pmdalmeria.com/>.

⁶¹ Estos servicios y tarifas pueden consultarse en la web del Ayuntamiento de Málaga: <http://www.malaga.eu/>.

⁶² De todo ello se da cuenta en la web del Patronato Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Granada: www.pmd-granada.es

Aprovechando esta efeméride, hemos dado cuenta en esta sede de una parte del amplio abanico de las iniciativas puestas en práctica en nuestro país (por el Imserso, el Consejo Superior de Deportes, la Junta de Andalucía o los Ayuntamientos andaluces) en el campo del envejecimiento activo. Dejando claro, desde el primer momento, que éste es un campo llamado a ser objeto de actuaciones de carácter transversal, nos hemos centrado en esta comunicación en el abordaje de los programas de fomento de la práctica de una actividad física diaria moderada, como la mejor política preventiva sanitaria, con el complemento imprescindible de los servicios y programas sociales.

Hemos elaborado este trabajo desde el convencimiento de que una buena implementación de las políticas en materia de envejecimiento activo apuntadas puede comportar una significativa mejora de la salud y calidad de vida de nuestras personas mayores, repercutiendo en su bienestar personal integral, ayudándoles a “envejecer con salud”; y que esto, además, puede resultar “rentable” para la Administración pública (además de un “negocio” para el tejido empresarial privado, como pusimos ya de manifiesto al abordar los programas de vacaciones y termalismo social del Imserso), erigiéndose, a largo plazo, en una opción que permita una reducción considerable del exorbitado gasto público farmacéutico y sanitario que asola a España.

Valga como apoyo a esta afirmación la experiencia emprendida en el municipio sevillano de La Algaba, donde se ha puesto en marcha un proyecto de prescripción médica de actividad física en un centro de atención primaria a un seleccionado grupo de pacientes adultos crónicos. La implantación de esta iniciativa ha llevado a un notable descenso del número de visitas de estos pacientes a urgencias. Los pacientes participantes en este proyecto, todos ellos enfermos crónicos estables y autónomos para desenvolverse por sus propios medios, fueron seleccionados, por un equipo multidisciplinar (constituido por un médico de familia, un facultativo especializado en medicina deportiva y un monitor deportivo), siguiendo unos protocolos médicos donde se detallaban unos criterios cerrados de inclusión y exclusión, atendiendo siempre a su historial y circunstancias médicas. Cada uno de estos pacientes se ha beneficiado en su justa medida –y de acuerdo con su situación médica, convenientemente evaluada– de las ventajas que trae consigo, por regla general, la práctica de una actividad física moderada, que pasó a quedar incorporada

a su propio tratamiento médico⁶³. En definitiva, un ejemplo paradigmático de cómo *envejecer con salud*.

6. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN BÁSICA

Bibliografía

- LUNA QUESADA, J. & BOMBILLAR SÁENZ, F.M.: “El fomento de la actividad física y deportiva con fines de salud en la legislación deportiva y de salud pública de Andalucía”, *Derecho y Salud*, Volumen n. 21 (2), Julio-Diciembre 2011, pp. 35-57.
- LUNA QUESADA, J. & BOMBILLAR SÁENZ, F.M.: “La consideración de las prestaciones deportivas saludables como parte del servicio público deportivo local en la Comunidad Autónoma andaluza”, *Revista Internacional de Derecho y Gestión del Deporte*, Asociación Madrileña de Derecho y Gestión del Deporte, en prensa.
- LUNA QUESADA, J. & DE LA PLATA CABALLERO, N.: “Aproximación al marco jurídico de las relaciones entre las personas mayores y el deporte”, *Derecho deportivo*, n. 3-4 (2003), pp. 139-151.

Documentación

- *Libro Blanco sobre el Envejecimiento Activo*, Imserso, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011, *on line* en: http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/8088_8089libroblancoenv.pdf
- *Libro Blanco sobre el Envejecimiento Activo*, Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social, Junta de Andalucía, Sevilla, 2010, *on line* en: <http://www.imfersomayores.csic.es/documentos/documentos/andalucia-libro-blanco-01.pdf>

⁶³ Se puede encontrar más información en torno a esta interesante experiencia en la página web del Colegio Profesional de Licenciados en Educación Física del Principado de Asturias: <https://www.colefasturias.es>

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL EN LA LEY GENERAL DE SALUD PÚBLICA

Javier García Amez
Hospital Vital Álvarez Buylla
Servicio de Salud del Principado de Asturias

ÍNDICE

1. Introducción.
2. El derecho de información en materia de daños ambientales.
3. El derecho de acceso en materia de información ambiental.
 - 3.1 Introducción.
 - 3.2 Acceso a la información ambiental previa solicitud del interesado
 - 3.3 Otras vías de acceso a la información ambiental.
4. Bibliografía.

RESUMEN

El derecho a la información ambiental que recoge la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública no es más que una manifestación de un derecho que previamente había sido reconocido por la legislación medioambiental española. La insuficiente regulación que hace la Ley General de Salud Pública sobre este derecho hace que sea preciso completar la misma con la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, que recoge el procedimiento a seguir para su ejercicio, al igual que precisa su contenido.

PALABRAS CLAVE

Información; salud pública; medio ambiente; acceso.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 4.c) de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (en adelante LSP), dentro del catálogo de derechos del ciudadano en materia de salud pública establece el derecho a la información. Según dispone este artículo, los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones en que se agrupen o que los representen, tienen derecho a ser informados en materia de salud pública, por las Administraciones Públicas, con las limitaciones previstas en la normativa vigente, comprendiendo el derecho a recibir información sobre los condicionantes de salud como factores que influyen en el nivel de salud de la población y, en particular, sobre los riesgos biológicos químicos, físicos, medioambientales, climáticos o de otro carácter, que sean relevantes para la salud de la población y sobre su impacto. Es decir, recoge el derecho de acceso a la información ambiental, un derecho que ya estaba reconocido en el derecho español, en concreto el derecho de acceso a la información medioambiental, y que está recogido con carácter general en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (en adelante LIA), y la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad ambiental (en adelante LRA). Este derecho de información ambiental sirve para cumplir uno de los objetivos que se ha marcado el Derecho Administrativo, el hacer transparente la actividad que lleva a

cabo toda Administración Pública¹.

Este derecho no es novedoso en el derecho comparado. Así por ejemplo, en los Estados Unidos existe este derecho a recibir información. En concreto, una enmienda de la *CERCLA* llevada a cabo en 1986, introdujo, a consecuencia del desastre de Bhopal en la India², la llamada *Emergency Planning and Community Right-to-Know Act*, norma que impone una serie de obligaciones a los poderes públicos de cara a actuar ante catástrofes ambientales, y que básicamente pasan por la obligatoriedad de contar con un plan de actuación en caso de emergencias, y el deber de poner en conocimiento de la comunidad que se ha producido un accidente en el que están involucradas sustancias tóxicas³. Con respecto al derecho norteamericano, interesa destacar además, la obligatoriedad de que las autoridades publiquen el *Toxics Release Inventory*, en el cual aparecen listadas todas aquellas instalaciones que emplean sustancias tóxicas, y que por ello pueden ser dañinas para el medio ambiente y son susceptibles por ello de causar un daño ambiental, aunque en este sentido únicamente aparecen listadas aquellas actividades que ponen en grave riesgo la salud humana. Listado, que ha de ser mantenido actualizado de manera obligatoria por parte de la *EPA*, y al cual puede acceder libremente cualquier ciudadano⁴.

2. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA DE DAÑOS AMBIENTALES

El derecho de acceso a la información ambiental no sólo contempla la que podríamos calificar vertiente activa del mismo, el acceso activo a la información. También contempla una versión pasiva, un derecho a recibir información por parte de los poderes públicos⁵. Esto supone, por ejemplo, el deber de informar

de la existencia de un determinado daño ambiental, manteniendo informadas a los ciudadanos a cerca del estado ambiental de la zona en que residan, para que de este modo puedan adoptarse aquellas medidas que mejor les convengan de cara a preservar su salud⁶. Una vertiente, que más que ser un derecho es una obligación que se impone a los poderes públicos de mantener informados a los ciudadanos, y que no aparece en el artículo 43 de LRA, que únicamente contempla la vertiente positiva, sino que se hace de manera genérica en el artículo 9 de la LIA, al igual que en la normativa reguladora de la protección civil⁷.

Desde el momento en el que se constata la existencia de un daño ambiental, los poderes públicos han de poner en conocimiento del público en general tal hecho, al objeto de que éstos tengan un conocimiento sobre la situación ambiental de la zona, pudiéndose incluso exigir la debida responsabilidad si se incumple este deber de información parte de los

tería de Medio Ambiente, Thomson- Aranzadi, Cizur- Menor, 2006, pág. 183.

6 Vid. PLAZA MARTÍN, C., “Normas aplicables a los procedimientos de exigencia de responsabilidad medioambiental (Arts. 41 a 46)”, en LOZANO CUTANDA, B. (Dir.) *Comentarios a la Ley de Responsabilidad medioambiental*, Thomson- Civitas, Madrid, 2008, págs. 447- 448.

7 En concreto los artículos 4 de la Ley 4/1997, de 20 mayo de Cataluña de Protección Civil, artículo 10 de la Ley 1/1996, de 3 abril, de Emergencias del País Vasco, 4 de la Ley 9/2002, de 12 diciembre, de Protección Civil y Gestión de Emergencias de Comunidad Valenciana, 4.2 de la de la Ley 2/2002, de 11 noviembre Protección Civil y Gestión de Emergencias de Comunidad Valenciana, 6 de la Ley 30/2002, de 17 diciembre, de Protección Civil y Emergencias, de la Comunidad Autónoma de Aragón, 8.b) de la Ley 1/2007, de 1 marzo, de Protección Civil y Gestión de Emergencias de Cantabria, 6 de la Ley 3/2006, de 30 marzo, de Gestión de emergencias de las Illes Balears, 31 de la e Gestión de emergencias de las Illes Balears, de Protección Civil y Gestión de Emergencias de Navarra. En el ámbito estatal se refleja en los artículos 12 de la LPCivil. Especial atención merece el artículo 15 de la Ley 4/2007, de 28 marzo, de Protección Ciudadana de Castilla y León, que impone en estos casos la obligación no ya de informar a cerca de los posibles daños que se pueden causar como consecuencia de una determinada acción ya ocurrida, sino que obliga a los poderes públicos a que adopten campañas de sensibilización, para que los ciudadanos puedan conocer los efectos de determinadas acciones en el medio ambiente. En concreto, este último artículo señala que «se desarrollarán y establecerán, en especial en el ámbito educativo, programas que aseguren el conocimiento de las medidas de prevención y respuesta ante riesgos por parte de los ciudadanos en general, y de aquellos que pudieran resultar afectados en particular. La información se difundirá, entre otros medios, a través de campañas de sensibilización, con especial atención a los menores, a grupos de población especialmente sensibles y a otros grupos que puedan requerir protección específica. Así mismo, se impulsará la realización de todos aquellos aspectos formativos que permitan una mayor cualificación y un mejor conocimiento de las posibles contingencias, actuaciones y medios técnicos en el ámbito de la asistencia a los ciudadanos».

1 Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., “El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente”, *RAP*, núm. 137, 1995, págs. 31- 34, BETANCOR RODRIGUEZ, A., *Instituciones de Derecho Ambiental*, La Ley, Las Rozas, 2001, págs. 1182- 1183, KLOEPFER, M., *Umweltrecht*, 3ª ed., C. H. Beck, München, 2004, págs. 335 y 336.

2 Cfr. RODGERS, W., *Environmental Law...*, cit., pág. 697.

3 Vid. SPRANKLING, J. G. y WEBER, G. S., *The Law of Hazardous Wastes and Toxic Substances*, Thomson- Weste, St. Paul, 2007, WEIMBERG, P., y REILLY, K. A., *Understanding Environmental Law*, Lexis Nexis, 2ª ed., Newark, San Francisco, Charlottesville, 2007, págs. 97- 98.

4 Vid. *American Chemistry Council v. Johnson* (406 F.3d 738, 365 U.S. App. D. C. 4002, D. C. Cir. 2005).

5 Al respecto, RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., *Información, Participación y Justicia en Ma-*

poderes públicos⁸, aunque resulta llamativo que la LRA no prevea algún tipo de sistema de información ambiental en caso de daños ambientales, ni imponga a la Administración el deber de comunicarlo públicamente. La norma únicamente prevé el acceso activo a la información y el deber de que, el operador, comunique a la Administración una serie de información sobre los daños que han sido causados, según disponen los artículos 17.4 y 19⁹. No obstante, en caso de accidentes ambientales en los que intervengan sustancias peligrosas, el Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueba medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas, completado con la normativa sobre protección civil anteriormente citada, regula el deber de información por parte de la Administración Pública en casos de accidentes ambientales. En concreto, el artículo 13 impone la obligación a la Administración de que informe, con independencia de que se causase o no un daño, a las personas que se pudieran ver afectadas por el accidente, para que éstas tengan en su poder la información necesaria para actuar correctamente en caso de que se llegara a producir un daño ambiental¹⁰.

8 Este derecho no sólo contempla la vertiente que hemos apuntado, la de suministrar información en los casos en los cuáles no encontremos ante una catástrofe ambiental, sino que se extiende en general a todo ámbito en el que interviene una Administración, como por ejemplo el otorgamiento de una autorización, de modo que en estos casos va a suministrar información al solicitante a cerca de estándares de calidad ambiental, procedimiento a seguir, requisitos, etcétera. *Vid.* KLOEPFER, M., "Umweltrecht als Informationsrecht", *UPR*, 2/2005, pág. 41- 49.

9 Desarrollados por el artículo 6 RDLRM.

10 Este artículo obliga a la Administración Pública correspondiente, que en este caso sería la local en virtud del artículo 16.4 del Real Decreto, en colaboración con los industriales de los establecimientos previstos en el artículo 9 del mismo, a que todas las personas y todos los establecimientos abiertos al público (tales como escuelas y hospitales) que puedan verse afectados por un accidente grave que se inicie reciban con regularidad y en la forma más apropiada, sin que tengan que solicitarlo, la información sobre las medidas de seguridad que deben tomarse y sobre el comportamiento que debe adoptarse en caso de accidente. Esta información que se ha ofrecer, y que estará a disposición del público de forma permanente, aparece recogida en el anexo V del Real Decreto, siendo revisada cada tres años, o bien cuando se den algunos de los supuestos de modificación contenidos en el artículo 10. Además, y como garantía de que se cumple con esta obligación, el municipio remitirá a la Dirección General de Protección Civil y Emergencias del Ministerio del Interior, a través de las Delegaciones del Gobierno, la documentación acreditativa del cumplimiento de la obligación de información a la población, a los efectos de su remisión a la Comisión Europea. Dicha remisión se producirá con la periodicidad necesaria y, en cualquier caso, cuando se produzcan modificaciones o revisiones, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo 13.

3. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL

3.1 Introducción

Este derecho de acceso a la información que estamos analizando, en su vertiente positiva está relacionado con el artículo 105.1 de la Constitución, que prevé que, por medio de una ley se deberá regular «el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas». Este artículo, reconoce el derecho del ciudadano a acceder a los archivos y registros administrativos, aunque se remite a una ley para regular su ejercicio, aunque precisa una serie de límites¹¹.

Este acceso a la documentación también está también limitado en el caso de documentos que afecten a la intimidad de las personas, al verse vulnerado el derecho fundamental a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución. Todo acceso a la documentación en poder de una Administración puede suponer la lesión del derecho a la intimidad, en la medida en que el amplio contenido que éste presenta hace difícil encontrar un supuesto de acceso a documentación administrativa que no afecte al mismo, de modo que será preciso arbitrar un procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información que permita salvaguardar el derecho a la intimidad¹².

El artículo 105.1 de la Constitución, en el campo ambiental, inicialmente fue desarrollado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPC)¹³, en concreto en su artículo 37¹⁴, completada con la LIA,

11 En concreto, no se puede acceder a la documentación que obre en poder de una Administración Pública relativa a la seguridad y defensa del Estado o la averiguación de los delitos, aunque en el caso ambiental es bastante difícil que nos encontremos ante una documentos de este tipo.

12 *Vid.* SÁNCHEZ MORÓN, M., "El derecho de acceso...", cit., págs. 48- 49. Tampoco ha de olvidarse en este punto, el importante papel que viene a cumplir la normativa reguladora de protección de datos de carácter personal, es decir, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de datos de carácter personal.

13 *Vid.* WOLF, J., *Umweltrecht*, C. H. Beck, München, 2002, págs. 225- 226.

14 *Vid.* LOZANO CUTANDA, B., "Información: acceso y difusión en materia ambiental", en ALONSO GARCÍA, E. y LOZANO

que regula el ejercicio del mismo con mayor detalle¹⁵. Además, la LRA consciente de la importancia de este derecho, lo viene a recoger en el artículo 43, según el cual «el público podrá solicitar a la Administración pública la información de la que disponga sobre los daños medioambientales y sobre las medidas de prevención, de evitación o de reparación de tales daños». No obstante, es un derecho cuyo ejercicio no es regulado en la propia LRA, sino que ha de acudirse a la LIA para ver qué trámites han de seguirse para acceder a la información, al igual que las limitaciones existentes en esta materia.

3.2 Acceso a la información ambiental previa solicitud del interesado

Analizado el marco general del acceso a la información ambiental, se hace preciso exponer el procedimiento necesario para poder acceder a la misma previa solicitud, es decir, la que hemos calificado de vertiente positiva del derecho¹⁶. Este acceso aparece recogido en la LIA, que en este punto establece, por exigencias comunitarias, un derecho subjetivo al acceso a la información ambiental¹⁷, tal y como se establece en el artículo 3.1 de la LIA¹⁸, cuyo ejercicio

efectivo se regula en el capítulo III de la misma.

A tenor del artículo 3 de la LIA, es titular de este derecho subjetivo a acceder a la información que tengan en su poder las Administraciones Públicas¹⁹, cualquier persona, tanto físicas como jurídicas, sin excepción alguna, a diferencia de lo que acontece en el artículo 37.2 de la LPC, que limita el acceso a los archivos y registros de las Administraciones Públicas a los ciudadanos²⁰.

La LIA no contempla un procedimiento determinado para hacer valer este derecho por parte de su titular, únicamente se limita a establecer una serie de precisiones con respecto a determinados aspectos que se han de observar por parte de las Administraciones Públicas²¹, ya que a tenor del artículo 10 de la LIA, el procedimiento debe ser establecido por cada Administración, aunque ésta ha de respetar unos requisitos que son contemplados en el apartado 2 de este artículo 10²².

CUTANDA, B. (Dir.), *Diccionario de Derecho Ambiental*, Iustel, Madrid, 2006, págs. 720- 721.

15 Sin olvidar el importante papel que cumple en este punto la legislación sectorial de cara a obligar a los poderes públicos a que recaben y custodien una serie de información que será accesible por el público, o bien impone la obligación de poner la misma al libre acceso de los particulares. De este modo, por ejemplo, nos encontramos el artículo 8 de la LCAPA, que obliga a difundir y poner a disposición del público, de manera fácil, información sobre la calidad del aire, los informes anuales que se han de elaborar sobre el estado ambiental del Estado y de las Comunidades Autónomas, impuesto obligatoriamente en el artículo 8 de la LIA, al igual que la obligación de disponer de información sobre las mejores técnicas disponibles en un determinado sector, tal y como señala el artículo 8 de la LCIPC. Sobre este último tipo de información, *vid.* REVUELTA PÉREZ, I., “La participación de los ciudadanos en el control integrado de la contaminación”, en ESTEVE PARDO, J. (Coord), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2ª ed., Barcelona 2006, págs. 59- 86.

16 Otros autores por el contrario, consideran que en estos casos nos encontramos ante la faceta pasiva del acceso a la información ambiental. *Cfr.* RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., *Información, Participación y Justicia...*, cit., pág. 204 y LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, 11ª ed., La Ley, Las Rozas, 2010, pág. 236.

17 *Vid.* RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., *Información, Participación y Justicia...*, cit., pág. 206 y BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Instituciones...*, cit., pág. 1182.

18 Según este artículo, cualquier persona tiene los siguientes derechos en relación con el acceso a la información: a) a acceder a la información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos en su nombre, sin que para ello estén obligados a declarar un interés determina-

do, cualquiera que sea su nacionalidad, domicilio o sede, b) a ser informados de los derechos que le otorga la presente Ley y a ser asesorados para su correcto ejercicio, c.) a ser asistidos en su búsqueda de información. d) a recibir la información que soliciten en los plazos máximos establecidos en el artículo 10 de la LIA, e) a recibir la información ambiental solicitada en la forma o formato elegidos, en los términos previstos en el artículo 11 de la LIA, f) a conocer los motivos por los cuales no se les facilita la información, total o parcialmente, y también aquellos por los cuales no se les facilita dicha información en la forma o formato solicitados y, g) a conocer el listado de las tasas y precios que, en su caso, sean exigibles para la recepción de la información solicitada, así como las circunstancias en las que se puede exigir o dispensar el pago.

19 El concepto de información ambiental aparece precisado en el artículo 2.3 de la LIA.

20 Precisamente fue una de las causas que motivaron la aprobación de una normativa específica en materia de información ambiental, ya que en este punto la LPC era bastante restrictiva en lo que respecta a la legitimación para acceder a la información ambiental, ya que mientras la normativa comunitaria preveía que en estos casos cualquier persona tenía tal derecho, en el ámbito de la LPC únicamente lo ostentaban los ciudadanos. *Cfr.* LOZANO CUTANDA, B., “Información...”, cit., pág. 720.

21 *Vid.* RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., *Información, Participación y Justicia...*, cit., pág. 210.

22 Según este artículo, los procedimientos: «deberán respetar, al menos, las garantías que se indican a continuación: Cuando una solicitud de información ambiental esté formulada de manera imprecisa, la autoridad pública pedirá al solicitante que la concrete y le asistirá para concretar su petición de información lo antes posible y, a más tardar, antes de que expire el plazo establecido en el apartado 2.c.1.

Quando la autoridad pública no posea la información requerida remitirá la solicitud a la que la posea y dará cuenta de ello al solicitante.

Quando ello no sea posible, deberá informar directamente al solicitante sobre la autoridad pública a la que, según su cono-

La solicitud de información se deberá presentar ante la Administración en cuyo poder obra la información, pudiendo hacerse de modo directo o a través de otros sujetos que la posean en su nombre²³. No obstante, en el caso de que una persona acuda ante una Administración que no posea la información, en virtud del artículo 3.1.b), ésta deberá remitir al interesado ante aquella que sí la tiene, ya que a tenor de este precepto uno de los derechos que tienen las personas en materia de información ambiental, no sólo es el acceder a la misma, sino que las distintas Administraciones Públicas asesoren sobre el correcto ejercicio del mismo.

Para poder acceder a este tipo de información no es preciso presentar algún tipo de interés o de causa que justifique el mismo. Es un derecho que no exige la presencia de interés alguno por parte de la persona que lo invoca, tal y como también precisa el artículo 3.1.a), lo que acentúa más si cabe que cualquier persona pueda llegar a acceder a la misma con el mero trámite de solicitarla ante la Autoridad que tiene en su poder la información²⁴.

Tras la solicitud, la Administración deberá resolver sobre si proporciona o no la información que

cimiento, ha de dirigirse para solicitar dicha información.

La autoridad pública competente para resolver facilitará la información ambiental solicitada o comunicará al solicitante los motivos de la negativa a facilitarla, teniendo en cuenta el calendario especificado por el solicitante, lo antes posible y, a más tardar, en los plazos que se indican a continuación:

En el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud en el registro de la autoridad pública competente para resolverla, con carácter general.

En el plazo de dos meses desde la recepción de la solicitud en el registro de la autoridad pública competente para resolverla, si el volumen y la complejidad de la información son tales que resulta imposible cumplir el plazo antes indicado. En este supuesto deberá informarse al solicitante, en el plazo máximo de un mes, de toda ampliación de aquél, así como de las razones que lo justifican.

En el caso de comunicar una negativa a facilitar la información, la notificación será por escrito o electrónicamente, si la solicitud se ha hecho por escrito o si su autor así lo solicita. La notificación también informará sobre el procedimiento de recurso previsto de conformidad con el artículo 20.»

23 Es decir, si por ejemplo se quiere recabar información sobre vertidos que se llevan a cabo en un determinado río, es preciso acudir a solicitarla ante la Administración Hidráulica, que es la encargada de otorgar este tipo de autorizaciones y por tanto la que tendrá en su poder la información.

24 *Vid.* MORA RUIZ, M., “Información ambiental y participación. Innovación y educación en medio ambiente”, en ALBENDEA SOLÍS, I. (Dir.) y NÚÑEZ LOZANO, M^a C., (Coord.), *Comentarios a la Ley de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía*, Thomson- Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 110, que apunta que, la no exigencia de un determinado interés o derecho concreto para acceder a la información, implica el reconocimiento por parte de los Ordenamientos de un Derecho subjetivo que reestructura los roles de la Administración y de los ciudadanos en cuanto a la tutela ambiental.

se le ha requerido. Si resuelve en sentido negativo, decidiendo no facilitar la información, parcial o totalmente en la forma o formato solicitados, deberá comunicar al solicitante los motivos de dicha negativa en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud en el registro de la autoridad pública competente para resolver, haciéndole saber la forma o formatos en que se podría facilitar la información solicitada, e indicando los recursos que procedan contra dicha negativa en los términos previstos en el artículo 20 de la LIA. En concreto, los supuestos en los que cabe desestimar la pretensión de información por parte de la persona, aparecen legalmente tasados en los artículos 13.1 y 2 de la LIA, que enumeran un listado de supuestos en los cuáles la Administración puede denegar el acceso por parte de la persona a la información solicitada²⁵. Estos supuestos han de ser interpretados de manera restrictiva, imponiéndose un juicio de ponderación de intereses, ya que se ha de ponderar, en cada caso concreto, el interés público atendido con la divulgación de una información con el interés atendido con su denegación²⁶.

Los supuestos que precisa artículo 13.1 son:

- Que la información solicitada a la autoridad pública no obre en poder de ésta o en el de otra entidad en su nombre, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10.2.b) de la LIA.
- Solicitud manifiestamente irrazonable.
- Solicitud formulada de manera excesivamente general, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10.2.a) de la LIA.
- Que la solicitud se refiera a material en curso de elaboración o a documentos o datos inconclusos. Por estos últimos se entenderán aquellos sobre los que la autoridad pública esté trabajando activamente. Si la denegación se basa en este motivo, la autoridad pública competente deberá mencionar en la denegación la autoridad que está preparando

25 Sobre las restricciones al suministro de información, *vid.* LOZANO CUTANDA, B., “Información...”, cit., págs. 727- 728 y RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., *Información, Participación y Justicia...*, cit., págs. 225- 265.

26 Sobre la interpretación que ha de darse a estas causas de denegación del acceso a la información, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de junio de 1998, asunto *Wilhelm Mecklenburg v. Kris Pinneberg*, declara que, en los casos en interpretación del alcance de la denegación de acceso, ésta ha de interpretarse de tal modo que los efectos negativos no se amplien más allá de lo necesario para asegurar la protección de los intereses que en ese caso en concreto se quieren garantizar. Igualmente las sentencias del mismo órgano de 11 de enero de 2000, asunto *Gerard Van der Wall v. Comisión*, y de 19 de julio de 1999, asunto *Hautala v. Consejo*.

el material e informar al solicitante acerca del tiempo previsto para terminar su elaboración.

- Que la solicitud se refiera a comunicaciones internas, teniendo en cuenta el interés público atendido por la revelación.

Por su parte, el artículo 13.2 de la LIA establece otro listado de supuestos en los cuales cabe igualmente denegar la solicitud de información, aunque en estos casos, a diferencia de apartado 1, la denegación vendrá justificada en la medida en que afecta a otro tipo de intereses que hacen que el derecho de acceso a la información ambiental ceda. En concreto, siempre que pueda afectar a:

- La confidencialidad de los procedimientos de las autoridades públicas, cuando tal confidencialidad esté prevista en una norma con rango de Ley.
- Relaciones internacionales, a la defensa nacional o a la seguridad pública
- Causas o asuntos sujetos a procedimiento judicial o en trámite ante los tribunales, al derecho de tutela judicial efectiva o a la capacidad para realizar una investigación de índole penal o disciplinaria. Cuando la causa o asunto estén sujetos a procedimiento judicial o en trámite ante los tribunales, deberá, en todo caso, identificarse el órgano judicial ante el que se tramita.
- La confidencialidad de datos de carácter comercial e industrial, cuando dicha confidencialidad esté prevista en una norma con rango de Ley o en la normativa comunitaria, a fin de proteger intereses económicos legítimos, incluido el interés público de mantener la confidencialidad estadística y el secreto fiscal.
- Derechos de propiedad intelectual e industrial. Se exceptúan los supuestos en los que el titular haya consentido en su divulgación.
- Al carácter confidencial de los datos personales, tal y como se regulan en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, siempre y cuando la persona interesada a quien conciernen no haya consentido en su tratamiento o revelación.
- Los intereses o a la protección de un tercero que haya facilitado voluntariamente la información solicitada sin estar obligado a ello por la legislación vigente. Se exceptúan los supuestos en los que la persona hubiese con-

sentido su divulgación.

- La protección del medio ambiente al que se refiere la información solicitada. En particular, la que se refiera a la localización de las especies amenazadas o a la de sus lugares de reproducción.

Si la Administración accede al acceso a la información por parte del solicitante, ésta, según el artículo 11.1 de la LIA, ha de suministrarla en una forma o formato determinados, siendo el interesado el encargado de elegir, aunque se permiten excepciones siempre que la información ya haya sido difundida en otra forma o formato al que el solicitante pueda acceder fácilmente, si bien, en estos casos se ha de informar al solicitante de dónde puede acceder a dicha información o se le remitirá en el formato disponible, o bien siempre que la Administración considere razonable poner a disposición del solicitante la información en otra forma o formato y lo justifique adecuadamente.

Este derecho de acceso no se contempla únicamente a la información que obre en poder de la Administración Pública. En ocasiones es extensible a otros particulares que van a ser considerados autoridad pública, y por tanto sujetos a lo dispuesto en la LIA, siempre que asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de cualquiera de las entidades, órganos o instituciones previstos en el artículo 4.1 de la LIA, tal y como por otra parte dispone el apartado 2 de este mismo artículo.

Finalmente, en este campo, ha de hacerse referencia al Reglamento Comunitario 1367/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión²⁷, que viene a desarrollar la forma para que toda persona puede hacer valer el derecho que de acceso a la documentación que tales organismos comunitarios tienen en su poder, y que es reconocido en el artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

3.3 Otras vías de acceso a la información ambiental.

Junto con la LIA, a lo largo del ordenamiento

²⁷ Sobre este reglamento, LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental...*, cit., págs. 320- 321 y RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., *Información, Participación y Justicia...*, cit., págs. 66- 67.

jurídico encontramos otras vías para acceder a la información ambiental. Vías, que si bien no tienen tanta importancia como el proceso establecido en la LIA, tienen relevancia de cara a conocer datos y estadísticas sobre el medio ambiente, como por ejemplo, la etiqueta ecológica, los informes ambientales recomendados en la Recomendación de la Comisión Europea de 30 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento, la medición y la publicación de las cuestiones medioambientales en las cuentas anuales y los informes anuales de las empresas, o la trazabilidad de los Organismos Modificados Genéticamente. Mecanismos, que si bien no sirven de gran apoyo en un procedimiento de responsabilidad contribuyen a hacer efectivo el derecho a la información ambiental, y pueden ayudar a que toda persona lleve a cabo un control indirecto de las actuaciones que llevan a cabo determinados operadores, y por tanto localizar los posibles sectores en los cuáles se pueden causar daños.

Por otra parte, no ha de olvidarse el artículo 37.1 de la LPC, que contempla el derecho de acceso a los registros y archivos administrativos por parte de los ciudadanos, y que puede constituir una herramienta eficaz de cara a iniciar un procedimiento de responsabilidad ambiental, ya que en estos casos permite el acceso a una serie de documentación que tiene en su poder la Administración Pública que no es únicamente de carácter ambiental, ya que según este artículo, «los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud».

El ciudadano tendrá un complemento ideal en este derecho de acceso, que le va a permitir recabar más información para completar la que ya ha recibido en virtud de la LIA, que recordemos es únicamente de carácter ambiental, a diferencia de la contemplada en la LPC que es de cualquier tipo, siempre que se cumplan los requisitos marcados en la misma. No obstante, se permite una excepción en los casos de acceso a documentos de carácter nominativo, pero que no incluyan otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho —por ejemplo, el domicilio o teléfono—, salvo los de carácter sancionador o disciplinario. En estos casos si los documentos en consideración a su contenido pueden hacerse valer para

el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros, siempre que éstos acrediten un interés legítimo y directo²⁸.

Por último, este derecho, según el apartado 4 de este artículo, se va a poder denegar cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección, si la información solicitada afecta a los expedientes contemplados en el apartado 5²⁹, o cuando así lo disponga una Ley. En estos casos el derecho de acceso no va a poder ser ejercido por parte de los ciudadanos, debiendo dictar resolución motivada el órgano.

4. BIBLIOGRAFÍA

- BETANCOR RODRIGUEZ, A., *Instituciones de Derecho Ambiental*, La Ley, Las Rozas, 2001.
- DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.- C., *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas*, Thomson- Civitas, Madrid,

28 Una crítica a la restricción de acceso a documentación relativa a los procedimientos sancionadores, cuyo acceso por parte de personas interesadas en un procedimiento de responsabilidad ambiental puede ser importante, es la de HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, *RAP*, núm. 137, 1995, pág. 198, así, «tal exclusión no me parece justificada. La hipotética lesión al derecho a la intimidad no tiene por qué producirse en todo caso, y no parece razón suficiente para limitar seriamente, como se hace, el derecho de acceso, a su vez condición importante de la efectividad del derecho a la tutela judicial. En primer lugar, porque el acceso a los documentos del artículo 37.5 no está abierto a cualquiera, sino que se exige un «interés legítimo y directo». Además, la gran mayoría de las infracciones administrativas, aun siendo, naturalmente, de «carácter personal», son meramente económicas y su conocimiento en un procedimiento ulterior difícilmente puede lesionar la imagen o el honor de quien fue sancionado o sometido a un procedimiento por ellas... Se podían haber establecido otros mecanismos, como el acceso al expediente una vez eliminadas las referencias personales, antes de llegar a un texto como el del artículo 37.5, que, en toda la materia sancionadora, simplemente niega el acceso a documentos que él mismo admite que pueden ser necesarios para que los ciudadanos hagan valer sus derechos». Igualmente, *vid.* DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.- C., *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007. págs. 547-551, en particular, pág. 547.

29 Se trata de los siguientes expedientes: a) los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo, b) los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado, c) los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando, d) los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial, y e) los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

- 2007.
- HUERGO LORA, A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, *RAP*, núm. 137, 1995.
 - KLOEPFER, M., *Umweltrecht*, 3ª ed., C. H. Beck, München, 2004.
 - “Umweltrecht als Informationsrecht”, *UPR*, 2/2005.
 - LOZANO CUTANDA, B., “Información: acceso y difusión en materia ambiental”, en ALONSO GARCÍA, E. y LOZANO CUTANDA, B. (Dirs.), *Diccionario de Derecho Ambiental*, Iustel, Madrid, 2006.
 - *Derecho Ambiental Administrativo*, 11ª ed., La Ley, Las Rozas, 2010.
 - MORA RUIZ, M., “Información ambiental y participación. Innovación y educación en medio ambiente”, en ALBENDEA SOLÍS, I. (Dir.) y NÚÑEZ LOZANO, Mª C., (Coord.), *Comentarios a la Ley de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía*, Thomson- Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
 - PLAZA MARTÍN, C., “Normas aplicables a los procedimientos de exigencia de responsabilidad medioambiental (Arts. 41 a 46)”, en LOZANO CUTANDA, B. (Dir.) *Comentarios a la Ley de Responsabilidad medioambiental*, Thomson- Civitas, Madrid, 2008.
 - RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., *Información, Participación y Justicia en Materia de Medio Ambiente*, Thomson- Aranzadi, Cizur- Menor, 2006.
 - RODGERS, W. H. JR., *Environmental Law*, 2ª ed., West, St. Paul, 1994.
 - REVUELTA PÉREZ, I., “La participación de los ciudadanos en el control integrado de la contaminación”, en ESTEVE PARDO, J. (Coord), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2ª ed., Barcelona 2006.
 - SÁNCHEZ MORÓN, M., “El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente”, *RAP*, núm. 137, 1995.
 - SPRANKLING, J. G. y WEBER, G. S., *The Law of Hazardous Wastes and Toxic Substances*, Thomson- West, St. Paul, 2007.
 - WEIMBERG, P., y REILLY, K. A., *Understanding Environmental Law*, Lexis Nexis, 2ª ed., Newark, San Francisco, Charlottesville, 2007.
 - WOLF, J., *Umweltrecht*, C. H. Beck, München, 2002.

EL CIUDADANO COMO TITULAR DE DERECHOS Y DEBERES EN LA NUEVA LEY DE SALUD PÚBLICA

Ángela Ruiz Sáenz

*Asesora Jurídica. Servicio de Asesoramiento Jurídico
de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales
Gobierno de Cantabria*

ÍNDICE

1. Introducción.
2. Derechos y deberes del ciudadano en el anteproyecto de Ley de 1 de julio de 2010.
3. Derechos de los ciudadanos en salud pública.
4. Deberes de los ciudadanos en salud pública.
5. Bibliografía citada

RESUMEN

El derecho a la información ambiental que recoge la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública no es más que una manifestación de un derecho que previamente había sido reconocido por la legislación medioambiental española. La insuficiente regulación que hace la Ley General de Salud Pública sobre este derecho hace que sea preciso completar la misma con la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, que recoge el procedimiento a seguir para su ejercicio, al igual que precisa su contenido.

PALABRAS CLAVE

Información; salud pública; medio ambiente; acceso.

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, la atención a los problemas de salud colectiva ha tenido un tratamiento diferenciado de la atención a los problemas de salud individual. La Constitución de 1978 (en adelante CE) reconoce en

su artículo 43, apartado 1, el derecho a la protección de la salud, señalando en su apartado 2 la competencia de los poderes públicos para la organización y tutela de la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Reconoce por lo tanto el derecho a la protección de la salud tanto en su vertiente individual, es decir el derecho de cada persona a la protección de su salud, como en su vertiente colectiva, como un derecho de la colectividad¹.

La ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (en adelante LGSP) aborda la cuestión de promoción de la salud tanto en su vertiente individual como en su vertiente colectiva, configurando la salud pública, más allá del “conjunto de iniciativas organizadas por las Administraciones públicas para preservar, proteger y promover la salud de la

¹ En relación con el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 de la CE, FERNÁNDEZ MONTALVO, R. alude a la distinción tradicional por la doctrina de un aspecto negativo y un aspecto positivo del derecho a la salud. En este sentido, el aspecto negativo se traduciría en un límite frente a determinadas injerencias del poder público referidas no solo a la salud, sino también a la vida, la integridad física y moral. En un sentido positivo, el derecho a la salud conlleva un derecho a exigir de los poderes públicos actuaciones y prestaciones en un doble sentido: a) la adopción de aquellas medidas tendentes a controlar y asegurar la protección de la salud en situaciones de riesgo y a preservar y mejorar el ambiente sanitario general y b) el derecho a la asistencia sanitaria que comprende las prestaciones médicas o sanitarias encaminadas a la preservación o al restablecimiento de la salud. Véase FERNÁNDEZ MONTALVO, R. “Dimensión del derecho a la protección a la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC)”, *Derecho y Salud*, volumen 19, número extraordinario, XVIII Congreso. Págs. 11-30.

población”, a que se refiere el artículo 11.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, como el “*conjunto de actividades organizadas por las Administraciones públicas, con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en el ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales*” (artículo 1). Consecuentemente la nueva LGSP se configura como una Ley de carácter preferentemente preventivo, no sólo proteccionista, tanto en el ámbito de la salud individual como en el ámbito de la salud colectiva, haciendo especial hincapié en la participación activa de la sociedad en materia de salud pública.

En este sentido, la citada Ley señala en su Preámbulo que “*la excelente respuesta que hemos dado al requerimiento constitucional de protección de la salud desde la vertiente del cuidado de las personas enfermas, debe ahora complementarse con la vertiente preventiva y de protección y promoción de la salud*”.

Cabe recordar que la LGSP surge ante la necesidad de renovación y la insuficiente legislación existente en materia de salud pública, una legislación obsoleta sobre una materia relegada a un segundo plano a partir de la segunda mitad del siglo XX como consecuencia de una mayor atención a los problemas de la salud individual. Ejemplo de ello es la aprobación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante LGS), que si bien parte de una concepción integral de la sanidad, otorga un papel preferente a la tutela de la salud individual sobre la protección de la salud de la colectividad.

El propósito de la LGSP es poner en evidencia que la salud, entendida como el bienestar físico, psíquico y social, es el resultado de numerosos factores y condicionantes que se presentan en el ámbito familiar, social, laboral, educativo, así como de otros factores relacionados con el medio ambiente, la alimentación y los estilos de vida. De ahí que su enfoque se dirija a establecer nuevas formas de organización para conformar acciones que, superando el ámbito de los servicios sanitarios, permitan actuar para conseguir una mejora de la salud de la población. Centrar la atención sobre los citados factores y condicionantes de la salud puede contribuir a aliviar la sobrecarga sufrida actualmente por los servicios asistenciales.

Es precisamente esta necesidad de reducir la presión que sufren los servicios asistenciales junto con

factores tales como el surgimiento de nuevos riesgos vinculados a los avances tecnológicos y la globalización o los avances científicos lo que ha determinado una mayor atención a las cuestiones relacionadas con la materia de salud pública.

Para el alcance y mantenimiento de un mayor nivel de salud tanto individual como colectivo la LGSP fortalece el papel del ciudadano en salud pública mediante el reconocimiento de derechos y deberes. En este sentido, el Título I de la citada Ley regula los “Derechos, deberes y obligaciones en salud pública”.

2. DERECHOS Y DEBERES DEL CIUDADANO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE 1 DE JULIO DE 2010

Con carácter previo al estudio de los artículos que conforman el precitado Título I de la LGSP es necesario advertir la merma sufrida por los derechos y deberes de los ciudadanos en salud pública en la nueva LGSP respecto de la redacción contenida en el Anteproyecto de Ley de 1 de julio de 2010.

Respecto de los derechos, la redacción definitiva de la LGSP excluye de su regulación en el Capítulo I del Título I (Derechos de los ciudadanos) el derecho a las prestaciones en salud pública, el derecho a la autonomía personal, el derecho a la seguridad de las intervenciones en salud y el derecho a una valoración no sesgada del valor de las intervenciones sanitarias, manteniendo el derecho a la información, el derecho de participación, el derecho de igualdad y el derecho a la intimidad, confidencialidad y respeto de la dignidad.

En relación con el derecho a las prestaciones en salud pública, llama especialmente la atención que el mismo se excluya de forma expresa de una Ley cuyo objeto es precisamente establecer las bases en salud pública. El citado derecho está reconocido en el artículo 11 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, haciéndose efectivo a través de la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud establecida por Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, cuyo anexo I regula “la cartera de servicios comunes de salud pública”. Sin perjuicio de que como se ha señalado previamente el derecho a las prestaciones en salud pública no aparezca regulado de forma expresa en la LGSP, lo cierto es que sí aparece recogido de forma implícita en el artículo 4. b) que contempla, dentro del derecho de información de los ciudada-

nos, el de “recibir información sobre las actuaciones y prestaciones de salud pública, su contenido y la forma de acceder a las mismas”.

Desaparece asimismo el derecho de autonomía personal como el derecho del ciudadano a decidir libremente sobre su salud personal y sobre la participación en intervenciones, planes y programas de salud y salud pública. Este derecho a la autonomía personal aparece recogido tanto para el usuario como para el paciente en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Esta Ley regula con especial extensión el respeto a la autonomía del paciente, si bien contempla la posibilidad de adoptar intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente sin contar con su consentimiento tanto si existe un riesgo para la salud pública como si existe un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización. La supresión del citado derecho en la redacción definitiva de la LGSP puede venir determinado por la facultad reconocida a las autoridades sanitarias competentes para la adopción de medidas especiales por motivos de salud pública necesarias para la salvaguarda del interés general aún en contra de la voluntad de las personas individualmente consideradas en aquellas situaciones de grave riesgo para la salud de la colectividad.

En relación con el derecho a la seguridad de las intervenciones en salud, si bien desaparece de la redacción final de la LGSP como derecho del ciudadano, se recoge como principio general de acción en salud pública señalando que “las actuaciones en materia de salud pública se llevarán a cabo previa constatación de su seguridad en términos de salud”.

Finalmente el derecho del ciudadano a una valoración no sesgada del valor de las intervenciones sanitarias recogido en el Anteproyecto de Ley de 1 de julio de 2010 buscaba garantizar la imparcialidad en su actuación por parte de todas las personas intervinientes en la implantación de cualquier tipo de medida o intervención sanitaria. En la redacción final de la LGSP el contenido esencial del citado derecho aparece conformado como una obligación de las Administraciones Públicas, concretamente la obligación de colaboración en salud pública e imparcialidad en las actuaciones sanitarias contemplada en el artículo 10.

Respecto de los deberes, la redacción definitiva de la LGSP elimina el deber de no realizar conductas que pongan en peligro la salud pública y el deber de cumplir con las instrucciones sanitarias, apareciendo en ambos supuestos conformado su incumplimiento como infracción administrativa en materia de salud pública. Asimismo se elimina el deber de autorresponsabilidad, y el deber de comparecencia, que quedaría incluido en el más amplio deber de colaboración, manteniendo éste y el deber de comunicación.

3. DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EN SALUD PÚBLICA

El capítulo I del Título I de la nueva LGSP regula los derechos de los ciudadanos en los artículos 4 a 7.

a) Derecho a la Información. El artículo 4 relativo a “Derecho a la información” recoge el derecho de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones en que se agrupen o que los representen, a ser informados, con las limitaciones previstas en la normativa vigente, en materia de salud pública por las Administraciones competentes. La LGSP por lo tanto no reconoce un derecho absoluto, sino que remite a las limitaciones previstas en la normativa vigente, si bien no especifica cuáles. Ello contrasta con la regulación contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, cuyo artículo 6 reconoce el derecho de los ciudadanos a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud. Siguiendo la tendencia iniciada por la LGS, la citada Ley ofrece un tratamiento preferente a la actividad asistencial, regulando de forma separada el derecho a la información epidemiológica de los ciudadanos del derecho a la información asistencial del paciente en su consideración como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales.

El legislador comprende a su vez dentro del derecho a la información los siguientes: el derecho a recibir información sobre los derechos que les otorga esta Ley, así como sobre las vías para ejercitarlos; el derecho a recibir información sobre las actuaciones y prestaciones de salud pública, su contenido y la forma de acceder a las mismas y el derecho a recibir información sobre los condicionantes de salud como factores que influyen en el nivel de salud de la población y, en particular, sobre los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos o de

otro carácter, relevantes para la salud de la población y sobre su impacto. En este último supuesto, si el riesgo es inmediato, la información se proporcionará con carácter urgente

Toda la información se facilitará desagregada, para su comprensión en función del colectivo afectado, y estará disponible en las condiciones y formato que permita su plena accesibilidad a las personas con discapacidad de cualquier tipo, en aras de la transparencia que debe inspirar las actuaciones en materia de salud pública.

Resulta necesario relacionar el presente artículo 4 con los artículos 10 y 18 de la propia LGSP que regulan la obligación de las Administraciones sanitarias de informar sobre la presencia de riesgos específicos para la salud de la población y la comunicación en materia de salud pública como acción de las Administraciones sanitarias encaminada a promocionar la salud.

Asimismo resulta de interés destacar la nueva redacción del artículo 26 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, que tras la modificación operada por la LGSP, atribuye a los servicios de salud, como garantía de información de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, el encargo de informar a la ciudadanía de sus derechos y deberes, de las prestaciones y de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, de los requisitos necesarios para el acceso a éstos y de los restantes derechos recogidos en la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como de los derechos y obligaciones establecidos en la Ley General de Salud Pública y en las correspondientes normas autonómicas, en su caso.

b) Derecho de Participación. El artículo 5 de la LGSP regula el derecho de participación como el derecho de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones en que se agrupen o que los representen, a la participación efectiva en las actuaciones de salud pública, atribuyendo a las Administraciones públicas competentes la facultad de establecimiento de los cauces concretos que permitan hacer efectivo ese derecho.

Fundamental resulta el apartado segundo del precitado artículo que reconoce la voluntariedad de la participación de los ciudadanos en las actuaciones de salud pública, sin perjuicio del deber de colaboración y con la salvedad de lo previsto en la [Ley Orgánica](#)

[3/1986](#), de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública (en adelante LOMESP).

La LOMESP recoge la facultad de que disponen las autoridades sanitarias competentes para la adopción de medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control en aquellos supuestos en que se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad. Se trata de medidas a adoptar incluso en contra de la voluntad del ciudadano pudiendo por ello colisionar con derechos fundamentales de éste, fundamentalmente el derecho fundamental a la libertad (artículo 17 CE) y el derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 CE).

La LOMESP, pese a otorgar amplias facultades a las autoridades sanitarias para la adopción de medidas especiales en materia de salud pública, guarda silencio sobre la intervención judicial como presupuesto para la limitación de derechos fundamentales². En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reiterado que la restricción de derechos fundamentales debe realizarse por medio de resolución judicial motivada y ello dada la íntima relación existente entre la motivación judicial y las circunstancias fácticas que legitiman tal restricción, pues sólo a través de aquélla pueden conocerse y ponderarse éstas (STC 128/1995, de 26 de julio). En este sentido el TC ha venido declarando que “cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que los justifican deben explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo, la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos” (STC 26/1981, de 17 de julio).

En todo caso, la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud públi-

² En relación con la intervención judicial como garantía en la adopción de las medidas ablativas personales, véase CIERCO SIEIRA, C. “Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *Derecho y salud*, Volumen 13, nº 2, 2005, Págs. 211-256.

ca o impliquen privación o restricción de la libertad³ o de otro derecho fundamental corresponde a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo en virtud del artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si bien tampoco se especifica en esta Ley la tramitación a seguir en la autorización o ratificación judicial. Cabe reseñar la tardanza, desde la aprobación de la LOMESP, en atribuir a un determinado órgano judicial, en este caso, a los Juzgados de lo contencioso administrativo, la competencia para autorizar o ratificar la medida, atribución que se hace efectiva través del apartado primero de la Disposición Final Decimocuarta de la Ley 1/2002, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Con posterioridad la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, contempla en su artículo 9.2.a) la posibilidad de que los facultativos puedan llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por Ley, debiendo, una vez adoptadas las medidas pertinentes, comunicarse a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

c) Derecho a la Igualdad. El artículo 6 de la LGSP, con una clara inspiración en el artículo 14 CE, recoge el derecho que tienen todas las personas a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Y hace especial hincapié en la prohibición de toda discriminación entre mujeres y hombres en las actuaciones de salud pública, de acuerdo con lo establecido por la [Ley Orgánica 3/2007](#), de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como por la demás normativa existente en esta materia.

³ Al respecto señala NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. que “Al utilizar la Ley el término genérico libertad no indica si se refiere en exclusiva a la libertad personal o, por el contrario, alude a cualesquiera modalidades de libertad, es decir, no sólo a la mencionada libertad personal reconocida en el artículo 17 CE, sino también a la de circulación contemplada en el artículo 19 CE o, incluso a determinadas libertades que tienen una proyección colectiva como son las libertades de expresión y de información, recogidas en el artículo 20 y que pueden guardar relación con la finalizada perseguida por este apartado”. Comentario recogido en NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. “La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6/2009, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona. 2009.

En relación con la enfermedad señala la prohibición de toda clase de diferencia de trato distinta de aquellas que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública.

Este derecho se concretará, en los términos del apartado 4 del citado artículo 6, en una cartera de servicios básica y común en el ámbito de la salud pública, con un conjunto de actuaciones y programas. Dicha cartera de servicios incluirá un calendario único de vacunación y una oferta única de cribados poblacionales. No cabe duda, de que la adopción de un único calendario vacunal y una única oferta de cribados poblacionales, en vez de calendarios vacunales y ofertas de cribados poblacionales autonómicos, resulta más justo y equitativo, garantizando el derecho que tienen todas las personas a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad.

d) Derecho a la Intimidad, confidencialidad y respeto de la dignidad. Como un derecho inspirador de todos los anteriores, el artículo 7 de la LGSP reconoce el derecho de todas las personas a que se respete su dignidad e intimidad personal y familiar en relación con su participación en actuaciones de salud pública.

En este sentido, la información personal que se emplee en las actuaciones de salud pública se registrará por lo dispuesto en la [Ley Orgánica 15/1999](#), de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y en la [Ley 41/2002](#), de 14 de noviembre.

El artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, califica los datos de carácter personal que hagan referencia a la salud como datos especialmente protegidos, remitiendo para su tratamiento (artículo 8) a lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad. En este sentido, el artículo 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reconoce el derecho de toda persona a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley. Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar la modificación operada en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, por la LGSP. El artículo 16.3 de la precitada Ley 41/2002, de 14 de noviembre, regula el acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, en la LGS, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso

a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. Hasta ahora, la Ley preveía como única excepción, la de los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considerase imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estaría a lo que dispusiesen los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. La LGSP introduce asimismo la posibilidad, cuando sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, de que las Administraciones sanitarias accedan a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública, debiendo realizarse el acceso, en todo caso, por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto, previa motivación por parte de la Administración que solicite el acceso a los datos. De esta manera, la LGSP introduce una excepción en la confidencialidad de los datos de carácter personal de los pacientes menos garantista que la prevista con carácter previo. Si bien antes, la excepción estaba prevista únicamente en supuestos de investigación judicial, cabe ahora la posibilidad de que para el acceso a los datos identificativos de los pacientes baste con la decisión motivada de la Administración Sanitaria, si bien incide la Ley en la necesidad de que el acceso se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto.

Finalmente, resulta imprescindible hacer una mención, en relación con los derechos que la LGSP reconoce al ciudadano, a la extensión a la asistencia sanitaria pública incorporada por la Disposición adicional sexta de la LGSP.

La idea de universalización de la asistencia sanitaria subyace en el artículo 43 de la CE al reconocer al ciudadano, no al asegurado, el derecho a la protección de la salud. Con posterioridad la LGS, reconoce en su artículo 1.2 como titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, contemplando en el artículo 3.2 la extensión de la asistencia sanitaria pública a toda la población española y el acceso y las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad efectiva, previendo no obstante

en su la disposición transitoria quinta la extensión de la asistencia sanitaria pública de forma progresiva. En el mismo sentido, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, en el momento de su promulgación, reconoce en su artículo 3 la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todos los españoles y extranjeros en territorio nacional, incidiendo en el aseguramiento universal y público por parte del Estado y en la financiación pública del Sistema Nacional de Salud de acuerdo con el vigente sistema de financiación autonómica, como principios informadores de la Ley. De este modo, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, refuerza la idea de financiación presupuestaria de la sanidad que ya había sido adoptada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social y más tarde ratificada por 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. La asistencia sanitaria deja de financiarse con cotizaciones de los afiliados de la seguridad social para pasar a financiarse con los tributos de los ciudadanos.

No obstante, la asistencia sanitaria pública continúa vinculada en cierto modo al Sistema de Seguridad Social. En este sentido, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social comprende dentro de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social “la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo” (artículo 38.1.a) manteniendo vigente el Capítulo IV del Título II del anterior Decreto 2067/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, cuyo artículo 100, reconoce como beneficiarios de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral a: a) los trabajadores por cuenta ajena que reúnan el requisito general exigido en el número 1 del artículo 94 (estar afiliados y en alta en el Régimen General o en situación asimilada al alta); b) los pensionistas de este Régimen General y los perceptores de prestaciones periódicas del mismo que no tengan el carácter de pensiones, en los términos que reglamentariamente se determinen y c) los familiares o asimilados que estén a cargo de las personas indicadas en los apartados anteriores y, en caso de separación de hecho, los cónyuges e hijos de dichas personas, siempre que unos y otros reúnan las condiciones que reglamentariamente se determinen. Y como beneficiarios de la asistencia sanitaria por

accidente de trabajo o enfermedad profesional a los trabajadores por cuenta ajena que reúnan la condición general señalada en el número 1 del artículo 94 (estar afiliados y en alta en el Régimen General o en situación asimilada al alta).

Asimismo, se mantiene vigente el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes, y el artículo 1.2.a) del Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre, por el que se regula la estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y modificación parcial de las correspondientes a la Tesorería General de la Seguridad Social que atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social la competencia de reconocimiento y control de la condición de persona asegurada y beneficiaria, ya sea como titular, familiar o asimilado, a efectos de su cobertura sanitaria.

La LGSP extiende el derecho al acceso a la asistencia sanitaria pública, a todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico, si bien lo hace con ciertas matizaciones⁴, y sin perjuicio del régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o de beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por MUFACE, MUGEJU o ISFAS, que mantendrán su régimen jurídico específico.

No obstante, apenas 6 meses después de la entrada en vigor de la LGSP, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, modifica el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, garantizando la asistencia sanitaria en España a aquellas personas que ostenten la condición de ase-

gurado⁵ e introduciendo dos nuevos artículos, el artículo 3 bis y el artículo 3 ter, al objeto de determinar la competencia para el reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo y la asistencia sanitaria a extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España.

Si bien el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, no lo menciona expresamente en su disposición derogatoria única, lo cierto es que deja sin efecto la disposición adicional sexta de la LGSP, estableciendo en su Disposición Transitoria Primera que las personas que, con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, tuvieran acceso a la asistencia sanitaria en España, podrán seguir accediendo a la misma hasta el día 31 de agosto de 2012 sin necesidad de acreditar la condición de asegurado en los términos previstos en el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo.

Consecuentemente el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, da un giro drástico volviendo a sustentar la asistencia sanitaria en España en la condición de asegurado, coartando el camino hacia la universalización de una asistencia sanitaria pública y gratuita para los ciudadanos y ello pese a la postura mayoritaria de la doctrina defensora del tránsito del Sistema de Seguridad Social a un Sistema Nacional de Salud.

4. DEBERES DE LOS CIUDADANOS EN SALUD PÚBLICA

El capítulo II del Título I de la LGSP regula los deberes de los ciudadanos en los artículos 8 y 9.

⁵ De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del citado artículo 3 “a estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

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

Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.

Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.

Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título”

Y añade en el apartado 3 que “en aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente”

⁴ Esta extensión, que tendrá como mínimo el alcance previsto en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, se hace sin perjuicio de lo expresado en los apartados siguientes y de la exigencia de las correspondientes obligaciones a aquellos terceros legalmente obligados al pago de dicha asistencia de acuerdo con lo establecido en la [Ley General de Sanidad](#), en el texto refundido de la [Ley General de la Seguridad Social](#) y de lo dispuesto en los reglamentos comunitarios europeos y convenios internacionales en la materia.

La extensión prevista en este apartado será efectiva para las personas que hayan agotado la prestación o el subsidio de desempleo a partir del 1 de enero de 2012. Para el resto de colectivos afectados se realizará, atendiendo a la evolución de las cuentas públicas, en los términos previstos en el apartado 3 (En el plazo de seis meses, el Gobierno determinará reglamentariamente los términos y condiciones de la extensión del derecho para quienes ejerzan una actividad por cuenta propia).

a) *Deber de colaboración.* El artículo 8 de la LGSP recoge el deber de colaboración de los ciudadanos como el deber de facilitar el desarrollo de las actuaciones de salud pública y de abstenerse de realizar conductas que dificulten, impidan o falseen su ejecución.

b) *Deber de comunicación.* Por su parte, el artículo 9 de la LGSP recoge bajo el deber de comunicación el deber que tienen las personas conocedoras de hechos, datos o circunstancias que pudieran constituir un riesgo o peligro grave para la salud de la población de ponerlo en conocimiento de las autoridades sanitarias, que velarán por la protección debida a los datos de carácter personal. Ello, sin perjuicio, de las obligaciones de comunicación e información que las Leyes imponen a los profesionales sanitarios.

Los deberes aquí contemplados no comportan privación de derechos de los ciudadanos⁶. No obstante, del articulado de la norma se desprende el deber de los ciudadanos de soportar las medidas especiales que adopte la Administración cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia. Lo veíamos con ocasión de la regulación del derecho de participación del ciudadano y en el artículo 54 de la LGSP que regula medidas especiales y cautelares a adoptar en materia de salud pública por la autoridad competente para asegurar el cumplimiento de la Ley. En todo caso la adopción de la medida será previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población, y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó, respetándose en todo caso el principio de proporcionalidad. En este sentido, la LGS recoge en su artículo 26 la

posibilidad de que por las autoridades sanitarias se adopten las medidas preventivas pertinentes ante la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, siempre con respeto a una serie de principios relacionados en el artículo 28 de la citada Ley, a saber, la preferencia en la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias, la adopción de medidas que no conlleven riesgo para la vida, la necesaria proporcionalidad entre la limitación sanitaria que implica la medida preventiva adoptada y los fines perseguidos con su adopción y la adopción de aquellas medidas que resulten menos perjudiciales al principio de libre circulación de las personas y los bienes, la libertad de empresa y cualquiera otros derechos afectados.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F. “Deberes de los ciudadanos en Salud Pública. Alcance, límites y requisitos de la intervención administrativa” en SACHEZ CARO, J. y ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F. (Coords.) *Retos en Salud Pública: Derechos y Deberes de los ciudadanos*. Editorial Comares, S.L. Madrid, 2011. Págs. 161-179.
- BELTRAN AGUIRRE, J.L., “¿Sistema Nacional de Salud o asistencia sanitaria de la Seguridad Social?”, *Derecho y Salud*, volumen 15, número extraordinario 2, 2007. (EXTRAORDINARIO FORO SESPAS-AJS). Págs. 27-39.
- BELTRAN AGUIRRE, J.L., “La universalización de la asistencia sanitaria operada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de salud pública: tardío e insuficiente cumplimiento del mandato ínsito en el artículo 43 de la Constitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 9/2012, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona. 2012.
- CIERCO SIEIRA, C. “Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *Derecho y salud*, Volumen 13, nº 2, 2005, Págs. 211-256.
- FERNANDEZ MONTALVO, R. “Dimensión del derecho a la protección a la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC)”, *Derecho y Salud*, volumen 19, número extraordinario, XVIII Congreso. Págs. 11-30.

6 ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F. estructura los deberes de los ciudadanos en salud pública en tres niveles o escalones en atención a la intensidad de la intervención administrativa, distinguiendo un primer escalón relativo a los deberes de los ciudadanos que no comportan privación de derechos entre los que alude a los deberes de colaboración y cooperación con la Administración Pública, al deber de comunicación y al deber de responsabilización del uso adecuado de la información suministrada por las administraciones públicas competentes en materia de salud pública; un segundo escalón comprensivo de los deberes de los ciudadanos respecto de la intervención administrativa que comporta privación de derechos (no fundamentales) y finalmente, un tercer escalón referente a los deberes de los ciudadanos en relación a la intervención administrativa que comporta privación de derechos fundamentales. Véase ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F. “Deberes de los ciudadanos en Salud Pública. Alcance, límites y requisitos de la intervención administrativa” en SACHEZ CARO, J. y ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F. (Coords.) *Retos en Salud Pública: Derechos y Deberes de los ciudadanos*. Editorial Comares, S.L. Madrid, 2011. Págs. 161-179.

- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. “La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6/2009, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona. 2009.
- SACHEZ CARO, J “Derechos de los ciudadanos en Salud Pública” en SACHEZ CARO, J. y ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F. (Coords.) *Retos en Salud Pública: Derechos y Deberes de los ciudadanos*. Editorial Comares, S.L. Madrid, 2011. Págs. 145-160.

LA JUBILACIÓN FORZOSA POR EDAD DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS

M^a Cruz Reguera Andrés

Jefa de Servicio de Personal Sanitario

Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de Cantabria

ÍNDICE

- 1 Marco jurídico
 - 1.1 El contexto nacional
 - 1.2. El contexto comunitario
- 2 La respuesta judicial
 - 2.1. Criterio de los Tribunales Superiores de Justicia
 - 2.2. Criterio del Tribunal Supremo
 - 2.3. Jurisprudencia comunitaria
- 3 Conclusiones
- 4 Bibliografía

RESUMEN

La reducción de la edad forzosa de jubilación del personal estatutario, a los 65 años, efectuada por el Art. 26.2 de la Ley 55/2003, enseguida dio lugar a una significativa litigiosidad promovida, esencialmente, por personal médico interesado en prolongar la permanencia en servicio activo. En este trabajo se analizan las situaciones plantadas más significativas, su contexto, y las respuestas dadas por Tribunales Superiores de Justicia. Hasta llegar a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo en recientes sentencias de 2012, que dejan traslucir la influencia determinante de la jurisprudencia comunitaria sobre el principio de no discriminación por razón de edad, cuando entran en juego objetivos de la política de empleo ó la sostenibilidad del sistema sanitario público.

PALABRAS CLAVE

Médicos. Jubilación forzosa. Planes de ordenación. Jurisprudencia

1. MARCO JURÍDICO

Estamos viviendo actualmente un importante debate, jurídico y social, en torno al retraso de la edad legal de jubilación, que encuentra lógicos recelos en tanto supone demorar el tan merecido descanso, re-compensado, después de toda una vida laboral. Sin embargo, en una aparente contradicción, el Sistema Nacional de Salud, SNS, lleva prácticamente una década tratando de implementar la previsión legal de jubilación forzosa a los 65 años, en un contexto que no ha favorecido ni su aplicación, ni su comprensión. Incluso hoy en día, cuando la necesidad de contención del gasto público impulsa su generalizada aplicación a todos los empleados públicos, la medida sigue generando polémicas.

La reducción de la edad legal de jubilación, como causa de extinción de la condición de empleado público,¹ no ha sido asumida comúnmente con entusiasmo por los empleados públicos; especialmente por aquéllos que desempeñan puestos con un atractivo contenido funcional y régimen retributivo, en comparación a la pensión de jubilación.

No es pues de extrañar que la entrada en vigor del Art 26.2 del Estatuto Marco², EM, que la redujo de 70 a 65 años, diese lugar a una sistemática impugna-

1 La jubilación se contempla en el Art. 21 de la Ley 55/2003, del EM, entre las causas de extinción de la condición de personal estatutario fijo, y en el Art. 63.c de la Ley 7/2007, del EBEP entre las causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera.

2 Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

ción por los facultativos, de los actos e instrumentos jurídicos de aplicación del precepto.

El contexto nacional y comunitario que ha enmarcado la aplicación del precepto, en una somera reseña, ha sido el siguiente.

1.1. El contexto nacional

Los apartados 1 y 2 del Art. 26 del Estatuto Marco establecen lo siguiente³:

*“1. La jubilación puede ser forzosa o voluntaria.
2. La jubilación forzosa se declarará al cumplir el interesado la edad de 65 años.*

No obstante, el interesado podrá solicitar voluntariamente prolongar su permanencia en servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años de edad, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. Esta prolongación deberá ser autorizada por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos”.

La referencia a los planes de ordenación de recursos humanos, PORH, obliga a considerar, para una correcta interpretación del precepto, la regulación de los mismos en el Art 13, como instrumentos de planificación, indicando su posible contenido, y estableciendo su publicación, previa negociación.

De los citados preceptos del EM destacan las siguientes consecuencias⁴:

Primera. Una regla general, que categóricamente establece la jubilación forzosa del personal estatutario al cumplir los 65 años de edad

Segunda. Una posibilidad excepcional. La de prolongar la permanencia en el servicio activo.

3 Un detallado estudio de la problemática generada por el Art 26.2 del EM, es el realizado por **FERNÁNDEZ PRIETO, M** en *“La jubilación del personal estatutario de los Servicios de Salud. Aspectos significativos de la jubilación forzosa”*.

4 Otra consecuencia, derivada del Art 26.3 de la LEM, es la posibilidad de prórroga voluntaria en el servicio activo, con la finalidad de evitar la desprotección de quien, alcanzada la edad de 65 años, le faltan seis o menos de años de cotización para poder causar pensión de jubilación. En este caso la prórroga dependerá de la necesidad del interesado. Al igual que el supuesto de la Disposición Transitoria séptima del EM

Supeditada a varios condicionantes: que lo solicite el interesado; como máximo hasta los 70 años; que reúna capacidad funcional; y que sea autorizada siempre que lo permitan las necesidades de la organización, articuladas en el marco de los PORH.

Pues bien, su aplicación originó un gran debate, relativo a si el Art 26.2 contemplaba un auténtico derecho a la prolongación, o solo era una mera facultad⁵, que no se resolvió claramente por el TS hasta 2012.

Así centrada la controversia, entre los factores que más han influido en su aplicación están los siguientes:

1. El notable impacto de la jubilación a los 65 años en las plantillas sanitarias. Sobre todo en grandes hospitales, puestos en funcionamiento con la expansión de la Seguridad Social a principios de la segunda mitad del siglo XX, y que a la entrada en vigor del EM reflejaban unas plantillas envejecidas, afectadas por exenciones de guardias médicas por edad, que requerían empleos complementarios para garantizar la atención sanitaria continuada⁶.

2. La descentralización de la gestión sanitaria en las Comunidades Autónomas, CCAA, que permitió una diferente interpretación y aplicación del 26.2 del EM, al encargar a los servicios de salud completar el marco jurídico, elaborando,

5 La cuestión principal a dilucidar como expone **SOSPEDRA NAVAS, FJ** en *“El Personal Estatutario”* era si se debía considerar la prolongación como un supuesto condicionado a las posibilidades organizativas, de tal manera que si no hay necesidades de organización que aconsejen que el puesto sea cubierto por personal distinto o amortizado la prolongación debía ser autorizada, o por el contrario si solo podía autorizarse cuando se diese un supuesto de hecho de necesidad organizativa del servicio de salud. Y si las necesidades de organización debían estar contempladas en el PORH. Procediendo aplicar parámetros de especial rigidez para el caso de considerarlo como ejercicio de un derecho del personal estatutario.

6 Véase como ejemplo el apartado 2.2 del “Plan de ordenación de recursos humanos del Servicio Cántabro de Salud”. En él se realiza un diagnóstico de la situación de las plantillas, identificando como problemática principal: *“No obstante desde una visión global de las características de edad del personal del Servicio podemos concluir que la edad de la plantilla es elevada y que a corto plazo se va a producir un envejecimiento importante de la misma. De hecho la situación, sobre todo en centros como el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, cuyo personal supone el 60,7% de la plantilla del SCS, se resume en un envejecimiento importante de la misma que incide, negativamente, en la actividad asistencial global”*.

negociando, y publicando los PORH; con capacidad de decisión por tanto de cómo, cuándo y de qué forma realizarlo. Así en CCAA como Cataluña y Cantabria,⁷ entre otras, se adoptó el criterio de aplicar la jubilación forzosa a los 65 años, evitando generalizar la autorización de prolongaciones. Criterio que no siguieron otras CCAA, sino hasta fechas muy recientes a medida que ha ido empeorando la situación de crisis. Diferencias que se reflejarían en la posterior valoración judicial⁸

3. La dificultad de elaborar el PORH, dadas las carencias de la planificación de recursos humanos en el SNS, que constituye una asignatura pendiente al igual que en el resto de la Función Pública⁹.

4. El contexto de declarada escasez (más bien desajuste entre oferta y demanda) de médicos, que el escenario de crisis ha revertido.

5. El generalizado interés del personal médico en la prolongación, a diferencia de otras categorías estatutarias más interesadas en reclamar la jubilación voluntaria anticipada¹⁰ incluso judicial-

mente.¹¹

6. El cambio de competencia jurisdiccional, del orden social al contencioso-administrativo, en los litigios del personal estatutario.¹² Y en el contencioso-administrativo, las cuestiones referidas a la tutela cautelar y órgano competente para conocer sobre la extinción de la relación estatutaria por jubilación. Lo que además de pronunciamientos diferentes, retrasó conocer el criterio del TS sobre el régimen jurídico de la prolongación.

7. La generalizada adopción, actualmente, por las CCAA que no lo habían hecho, de medidas para evitar la automática prolongación del servicio activo, una vez cumplida la edad legal de jubilación. Así como el retraso paulatino de la edad de jubilación hasta los 67 años en 2027, establecido en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

Por último, el personal estatutario, aunque con régimen especial, no deja de ser funcionario, y como tal afectado por el EBEP, en cuyo Art. 67.3 se reguló en 2007, de forma similar al EM, la jubilación forzosa a los 65 años. Con este régimen finalizaba la regla general de facilitar a los funcionarios la prórroga hasta los 70 años, que resultaba de la Ley 13/1996.¹³ Los desequilibrios ya apuntados para el personal estatutario, entre las distintas preferencias del personal, según nivel retributivo, por mantenerse en activo o por la jubilación anticipada, también son apreciables en el resto de la Función Pública. Así como la dinámica de incluir entre las medidas de la reciente legislación autonómica de contención del gasto público, la de limitar la prolongación en activo. Lo que sitúa el debate actual sobre jubilación forzosa por edad de funcionarios, en su idoneidad como medida de contención del gasto, y en su coherencia con la de retra-

7 En Cantabria el marco jurídico para la aplicación del Art 26.2 del EM está integrado, básicamente, por el “Plan de ordenación de recursos humanos del Servicio Cántabro de Salud”, anexo al Acuerdo del Consejo de Gobierno de 11 de enero de 2007, por el que se aprueba el adoptado en la Mesa Sectorial: “Acuerdo integral para la mejora de la calidad en el empleo del personal de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud” (BOC de 29 de enero de 2007). Modificado por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de fecha 15 de diciembre de 2011, que aprueba el adoptado en la Mesa Sectorial modificando el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Cántabro de Salud en materia de prolongación en el servicio activo (BOC de 16 de diciembre de 2011). Y la Orden SAN/21/2011, de 16 de diciembre, por la que se modifica la Orden SAN/9/2008, de 4 de abril, por la que se regula el procedimiento de autorización de la prolongación de la permanencia en servicio activo.

8 Así, por ejemplo, lo refleja la STSJ de Cataluña de 14-3-2012.

9 PALOMAR OLMEDA, A. en “Instrumentos organizativos de Recursos Humanos”, analiza la regulación de los Planes de ordenación de recursos humanos en el EBEP; así como sus precedentes -poco exitosos- Planes de Empleo, Planes Integrales de Recursos Humanos y Planes Operativos de Recursos Humanos, cuyos defectos técnicos, la falta de tradición y, sobre todo, la incapacidad de vincular las ofertas posteriores y el más mínimo nivel de gasto público, les hizo perder rápidamente uno de los atributos esenciales de la planificación: la proyección en el tiempo, convirtiéndose en instrumento residual y apenas utilizado.

10 Los diferentes tipos de jubilación en el ámbito del empleo público, son analizados por MARTÍNEZ BARROSO, M.R. en “La jubilación o retiro del empleo público. Entre la voluntariedad y el carácter forzoso”.

11 El Art 26.4 EM, que regula la jubilación voluntaria anticipada, presenta una problemática singular sobre la que versan las SSTSJ de Castilla y León de 20 de enero de 2009, de Madrid de 18 de julio de 2008 y del TS de 13 de febrero de 2012, rec. 45/200945//2009.

12 Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de fecha 20 de junio de 2005 y Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 16 de diciembre de 2005

13 El Art 107 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, modificó el artículo 33 de la Ley 30/1984, y, manteniendo la edad de jubilación forzosa a los 65 años, posibilitó como regla la prolongación voluntaria, en el servicio activo hasta los 70 años; con excepción de funcionarios con normas específicas de jubilación. El procedimiento se reguló por Resolución de 31 de diciembre de 1996, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública.

sar la edad exigible para la pensión de jubilación¹⁴

1.2. El contexto comunitario

Como aprecia David Ordóñez Solís¹⁵ la integración de España en la Unión Europea, UE, ha tenido un efecto transformador en la legislación española.

Incluso en aquellos ámbitos que no era previsible que se vieses afectados, contribuyendo paradójicamente a su configuración, como el del empleo público. En este sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha considerado aplicables normas tuitivas del Derecho social a los empleados públicos. Y una de las materias es, precisamente, la jubilación forzosa por edad.

La principal norma a nivel comunitario, en tal materia, está constituida por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para igualdad de trato en el empleo y ocupación. La Directiva tiene por objeto luchar contra la discriminación, entre otros motivos, por edad. Y se aplica tanto al sector público como al privado.

Su Art 6, relativo a cuando pueden estar justificadas las diferencias de trato por razón de edad, dice que: “si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”. Como se verá, el que la jubilación forzosa por edad pueda favorecer las políticas de empleo, en particular las de reparto del empleo, y la sostenibilidad del sistema sanitario

público, constituye causa justificativa¹⁶.

Por otro lado no pueden obviarse, en esta breve reseña del contexto comunitario, los retos que los cambios demográficos, y el creciente envejecimiento de la población plantean a la UE. Da cuenta de ello la Comunicación de la Comisión, de 16 de marzo de 2005, denominada *Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones»*, en la que se advierten los efectos que tendrá la jubilación de los nacidos en la época del «baby-boom. En la misma línea el Libro Blanco “*Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*” de 16 de febrero de 2012, urge diseñar estrategias globales de adaptación¹⁷.

La UE no impone edades de jubilación, que son competencia de los Estados Miembros. Lo que propone, sobre todo, es limitar las jubilaciones anticipadas o prejubilaciones. Hay que tener en cuenta que la edad *efectiva* de jubilación se sitúa en 61,4 años, de promedio, en la UE (en España de 62,3). Alejadas por tanto de la edad *legal*, generalmente de 65 años. De ahí su retraso gradual en varios Estados, como en España hasta los 67 años.¹⁸

El verdadero reto de esta encrucijada demográfica europea es incrementar la tasa de empleo, favoreciendo la ocupación de los grupos que se encuentran *justo por debajo* de la edad normal de jubilación, para conseguir que ésta tenga una edad efectiva más avanzada. Acercar la edad real de jubilación a la edad legal¹⁹. En coherencia con el objetivo de la estrategia

14 Este es el planteamiento presentado por **HERRAIZ MARTINEZ, M.S.** en “*El mantenimiento de la jubilación forzosa, ¿una medida apropiada para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social?*”

15 **ORDÓÑEZ SOLÍS, D.** en “*Empleados públicos, Administraciones Españolas y Jurisprudencia Europea*”, comenta el interesante efecto homogeneizador que ha tenido la jurisprudencia europea en el estatuto de todos los tipos de empleados públicos. De tal modo que se corrobora – con cita de **PALOMAR OLMEDA, A.**– el proceso laboralizador que afecta al sector público, al que también ha contribuido el paso de los asuntos de personal estatutario de la jurisdicción social a la contencioso-administrativa. El mismo autor reflexiona sobre el papel del TC y del TS, de los que la jurisprudencia europea reclama una mayor implicación, de tal modo que “*no será extraño que los tribunales de apelación y de instancia traten de buscar soluciones razonables y claras y, sorprendentemente, las reclamen al Tribunal con sede en Luxemburgo*”

16 La obligación de verificar la existencia de los elementos concretos, sin ambigüedades, vinculados a políticas de empleo, mercado de trabajo y/o formación profesional, exigidos por la Directiva, es defendida por **FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.** y **MEGINO FERNÁNDEZ, D.** en “*Jubilación forzosa: criterios para su examen como medida objetiva y razonable o discriminación por razón de edad*”.

17 La atención a los retos del envejecimiento en la UE ha llevado a declarar el 2012 como Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional.

18 Cuestión que genera no pocos debates y contradicciones. Así, por ejemplo, las diferentes decisiones en Francia sobre la jubilación a los 60 años. O la huelga de médicos anunciada en Reino Unido, para el 21 de junio de 2012, en protesta por el retraso de la edad de jubilación de los 65 a los 68 años.

19 **LÓPEZ CUMBRE, L.** en “*El marco comunitario y la legislación española sobre jubilación flexible*”, expone como en todos los países de la UE sorprende la contradicción entre la norma y la realidad social en materia de jubilación. La norma establece una edad, la realidad social impone otra distinta, con frecuencia inferior de retirada del mercado de trabajo. Y es en este contexto en el que se enmarcan la pretensión comunitaria y las distintas reformas nacionales que incentivan la prolongación de la vida laboral activa. Medida que servirá para aliviar de

de empleo: “La meta principal de la UE...es alcanzar un índice de ocupación de mujeres y hombres con edades comprendidas entre los 20 y los 64 años del 75 % para 2020”.²⁰

El Libro Blanco incorpora, en todo caso, una orientación conciliadora entre generaciones, señalando que el aumento de la edad efectiva de jubilación debe tratar de encontrar el equilibrio adecuado de intereses entre jóvenes y mayores²¹

2. LA RESPUESTA JUDICIAL

Una vez descrito el contexto de aplicación e interpretación del Art 26.2 del EM, se analiza a continuación la interpretación derivada de la revisión judicial.

2.1. Criterio de los Tribunales Superiores de Justicia

La respuesta judicial ha dependido, en gran parte, de las diferentes opciones seguidas por las CCAA en la aplicación del precepto.

En primer lugar deben citarse los casos del Instituto Catalán de la Salud, ICS, ejemplo destacado de los avatares sufridos en el dilatado trayecto judicial. El ICS fue pionero en poner en marcha el Art 26.2, generalizando la jubilación a los 65 años y descartando como regla las prolongaciones. Lo que dio lugar a un peregrinaje jurisdiccional que, para algunos casos, sigue sin concluir hoy en día. Situación condicionada no solo por las peculiaridades de una cuestionada planificación de recursos, sino también por el inicial conocimiento del asunto por la Jurisdicción social. Sirva como ejemplo la STSJ de Cataluña, de 24 de enero de 2012, que se pronuncia sobre un caso de

mayo de 2004.

El TSJ de Cataluña en numerosas sentencias ha estimando las demandas de los facultativos, argumentando que la jubilación a los 65 años no es automática si hay una solicitud de prórroga. Considera que el artículo 26.2 del EM prevé un derecho a la prórroga del servicio activo, no absoluto, que habrá de depender de las necesidades asistenciales, en el marco de un PORH válido; esto es aprobado por el órgano competente y publicado, puesto que puede condicionar el fin de la relación estatutaria. Se apoya este Tribunal en que las recientes modificaciones en el ámbito de la Función Pública²² habían establecido la jubilación forzosa a los 65 años pero generalizando la prolongación voluntaria hasta los 70 años. Llamando la atención sobre el diferente modo en que se aplica el 26.2 del EM en las CCAA, pese a estar ante una Ley de carácter básico²³.

En las sentencias más recientes²⁴ incorpora, además, la interpretación dada al Art. 26.2 del EM en las Sentencias del TS de 10 de marzo de 2010, dictada en un recurso de casación en interés de la ley, y de 16 de febrero de 2011, que confirmó la anulación de un PORH. En su base expone que el Art 26.2 no faculta a la Administración para decidir libremente la denegación sin necesidad de una motivación. Concluye que la prolongación es un derecho subjetivo del funcionario, condicionado a que las necesidades organizativas hagan posible su ejercicio; recayendo sobre la Administración la carga de justificar tales necesidades.

Pero si hay un dato que resaltar de los casos del ICS es que los PORH, tanto de 2004 como de 2008, fueron declarados inexistentes o nulos, lo que indudablemente ha venido marcando el signo de los fallos judiciales. Así el TSJ de Cataluña en su sentencia 524/2008²⁵, de 7 de julio de 2008, RA nº 341/2007,

algunas cargas a los denostados, económica y financieramente, sistemas públicos de protección social.

²⁰ El aumento de la población activa, el de la productividad, y la incorporación de la mujer al mercado laboral, junto a la reducción del recurso por las empresas a la fórmula de las prejubilaciones, han sido identificados como elementos clave para la expansión del Estado del Bienestar y sus sistemas de protección social, por el profesor VICENÇ NAVARRO en la conferencia “La crisis financiera y económica y su impacto en los sistemas de protección social”, impartida el 27 de agosto de 2009 en la UIMP, Santander, dentro del Seminario “Europa ante la crisis. Perspectivas de la Presidencia española en la UE”. <http://www.vnavarro.org>

²¹ La UE se ha ocupado también de los retos que los cambios demográficos suponen para los profesionales sanitarios en el “Libro Verde sobre el Personal Sanitario Europeo”, COM (2008) 725 final, de 10 de diciembre de 2008

²² Cita el Art. 33 de la Ley 30/1984, Art. 107 de la Ley 13/1996 y Art. 67.3 de la Ley 7/2007

²³ Con mención expresa de Instrucciones de la Región de Murcia, y de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León: “Podemos ver, pues, que en dicha Comunidad Autónoma, el derecho que aquí se cuestiona se ha calificado como un derecho subjetivo del personal facultativo funcionario (al que se le asimila el personal estatutario, por aplicación del EBEP) sin mayor condicionante que la capacidad funcional.” (STJ Cataluña de 14 de marzo de 2012, Recurso nº 514/2009).

²⁴ Sentencia, entre otras, de 13 de marzo de 2012, Recurso nº 2519/2008

²⁵ Decisión corroborada por el TS: “En la sentencia de 28 de febrero de 2011, rec. 5002/2008, cuyo objeto era precisamente verificar la existencia del Plan de Ordenación de

declara que el “Plan no es ni puede ser cualquier texto donde se incide e incluso regule el servicio sanitario, sino aquel que cumple los requisitos del artículo 13 del Estatuto Marco... Por lo tanto, la existencia del Plan de Ordenación de Recursos humanos y no de cualquier otro texto, es preceptiva para poder determinar las causas que justifican que, por necesidades de la organización, se pueda denegar la solicitud de concesión de prórroga en la edad de jubilación hasta alcanzar los 70 años... Por lo tanto, la elaboración, aprobación y publicación del Plan de Ordenación de Recursos Humanos, es obligatoria a efectos de que la denegación de la prórroga solicitada, en los términos expuestos anteriormente, pueda ser debidamente justificada y avalada normativamente”. Reparando que el Plan no puede sesgar de entrada y hacia futuro, a modo de barrera infranqueable, toda posible prolongación del servicio activo²⁶ pues no lo permite la motivación exigida por el Art. 67.3 EBEP.

En definitiva los fallos del TSJ de Cataluña han venido determinados por la declarada inexistencia y nulidad de los Planes, y consecuente consideración de los actos recurridos como inmotivados, declarando el derecho de los facultativos a la prolongación del servicio activo²⁷.

En esta misma línea estimatoria de recursos formulados por facultativos, cuando no existe PORH, se han pronunciado otros Tribunales, como el de Canarias,²⁸ o el de Islas Baleares que, en sentencia

de 29 de marzo de 2012 recuerda que, en su ámbito, tanto el Plan de 2009 como el de 2010 fueron anulados, por lo que, con base a la STS de 10 de marzo de 2010, concluye en declarar el derecho del recurrente a continuar en el servicio activo, hasta cumplir los 70 años de edad, salvo que un nuevo Plan posterior al anulado así lo impidiera. El TSJ de Castilla y León, apoyándose también en la citada STS 10 de marzo de 2010, incluso consideró que “el derecho a la prolongación de la edad de jubilación es un derecho perfecto y que la denegación del mismo ha de efectuarse por la Administración en base a la existencia de causas organizativas, que realmente han de concurrir y pueden ser objeto de fiscalización jurisdiccional, sin que pueda entenderse que existe una suerte de habilitación discrecional a la Administración para su denegación” (sentencia de 4 de abril de 2011).

Distintos han sido los pronunciamientos de los TSJ que, en atención a los criterios del PORH, han considerado válida la declaración de jubilación forzosa a los 65 años y denegación de la prolongación. Así, el TSJ de La Rioja señala que el plan de ordenación de recursos humanos se erige en instrumento definidor, a estos efectos, de las necesidades de la organización sanitaria.²⁹ Rechazando que la jubilación forzosa vulnere el derecho al trabajo del Art. 35 de la Constitución, siguiendo la doctrina del TC en sentencias 22/1981³⁰ y 178/1989³¹, entre otras, que admiten

Recursos Humanos, hemos confirmado el pronunciamiento de la Sala de instancia en cuanto negaba que el Plan de Ordenación de Recursos Humanos hubiera sido aprobado y publicado debidamente.” (STS 16 de Junio de 2011, RC .6149/2010). Respecto al Plan de 2008 el propio TSJ de Cataluña resume sus pronunciamientos al respecto en la STSJ Cataluña de 13 de marzo de 2012.

26 STSJ de Cataluña nº 2637/2012, de 14 de marzo de 2012, RA 514/2009

27 Actualmente la Ley Catalana 5/2012, de 20 de marzo, contempla así la prolongación en el servicio activo hasta los setenta años de edad “excepcionalmente, por necesidades asistenciales, mediante una resolución expresa motivada en las causas previstas en el Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud que atienden a motivaciones específicas de necesidad asistencial al territorio o por el prestigio profesional de la persona interesada. En ningún caso se puede prolongar la situación administrativa de servicio activo sin autorización previa mediante una resolución expresa y motivada”.

28 Sentencias, entre otras, de 23 de enero de 2009, recurso nº 231/2008, de 3 de octubre de 2008, recurso nº 56/2008 y la más reciente de 7 de abril de 2011, recurso nº 109/2010 que con cita expresa de la motivación contenida en la del TS de 10 de marzo de 2010, dictada en el RC en interés de Ley interpuesto por el ICS, señala que: “La Administración demandada no ha confeccionado un plan de ordenación de

recursos humanos, incumpliendo una vez mas el presupuesto legal para denegar motivadamente - por remisión a tal plan- la prolongación de la vida laboral que prevé la norma. Por ello su acto resulta inmotivado.”

29 Sentencia 1/2007, de 17 de enero de 2007, en la que se indica que conforme el Plan - negociado, con acuerdo, en la Mesa Sectorial y aprobado por Resolución del Gerente - aplicar la edad de jubilación a los 65 años, en todas las categorías, es “perfectamente asumible y compatible con la garantía de las necesidades asistenciales y organizativas de los centros e instituciones del Servicio Riojano de Salud, no existiendo ninguna evidencia que demuestre la necesidad de prolongar la permanencia en el servicio activo a los profesionales que voluntariamente lo solicitasen según se plantea al final del punto 2 del artículo 26 ya citado. Por tanto no es necesario autorizar la continuidad en la prestación de los servicios, en ninguna categoría, de los profesionales que han cumplido los 65 años de edad”.

30 La STC nº 22/1981, de 2 de julio, decidió la inconstitucional de la disposición adicional quinta de la Ley 8/1980, interpretada como norma aislada que establecía la incapacitación para trabajar a los 69 años, y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral, desligada de una política de empleo que utilice como instrumento la jubilación forzosa.

31 La STC nº 178/1989, de 2 noviembre, desestimó el Recurso contra la Ley 53/1984, de 26-12-1984, de Incompatibilidades, señalando que no debe confundirse lo que pueden ser, en sentido estricto, derechos «consolidados» con «expectativas» puras y simples a que una situación legalmente

el establecimiento legal de la jubilación forzosa por exigencias razonables del interés general.

El PORH, su existencia o no, así como los criterios que contiene en orden a aplicar el Art 26.2 del EM, se han convertido por tanto en los puntos clave de la revisión judicial. Considerándose válidos en CCAA como Asturias o Cantabria. Así se aprecia, por ejemplo, en la sentencia n° 996/2011, de 13 de octubre del TSJ de Asturias, al resolver un recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Médicos contra el Plan, declarando su conformidad a derecho, y destacando su declarada pretensión de fomentar el equilibrio y renovación de las plantillas³². De tal modo que en su proyección a los casos individuales sirve al Tribunal³³ para desestimar la demanda con el argumento de que *“Ninguna causa excepcional que se haya demostrado concurre en el recurrente que permita su continuación en servicio activo, pues las necesidades de la organización sanitaria reflejadas en el estudio que se contiene en los Anexos del citado Plan, a efectos de ofrecer una planificación global del personal, teniendo en cuenta la estructura etárea de la población de Asturias y su proyección hasta el año 2017...no precisan de su participación activa en el sistema público de salud, de donde se deriva la consecuencia de su jubilación forzosa sin una particular motivación, al no ser posible justificar de manera particularizada una prolongación en el servicio activo más allá de los 65 años de edad que no resulta necesaria y que constituiría una excepción a la previsión general de jubilación forzosa de la legislación básica”*.

Pero si debe resaltarse una posición argumental ampliamente fundamentada, es la mantenida por el

determinada, pero de alcance general, para funcionarios, no pueda alterarse por el legislador en función de nuevos criterios.

32 La sentencia significa que el Plan del Principado de Asturias señala como única excepción la prolongación voluntaria de permanencia en servicio activo, en aquellos supuestos en que el Servicio de Salud aprecie, de manera justificada, carencia de profesionales con la cualificación y competencias requeridas, pudiendo prorrogar la actividad laboral de quienes se encuentren en estos supuestos, exclusivamente, hasta que se pudiera cubrir la plaza con garantía. No obstante se señala que *“será en cada caso concreto donde habrá de valorarse si la denegación de la prolongación voluntaria de permanencia en servicio activo no ha sido apoyada en las concretas necesidades de la organización sanitaria”*. La validez de los criterios del Plan son igualmente compartidos, entre otras, en las sentencias núms. 1110/2011 de 9 noviembre y 36/2012 de 30 enero, del TSJ de Asturias.

33 Sentencia del TSJ de Asturias n° 574/2012, de 14 de mayo de 2012.

TSJ de Cantabria, que en definitiva ha inducido la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia. Son numerosas las sentencias del Tribunal de Cantabria desestimando los recursos presentados contra las resoluciones de jubilación, denegaciones de la prolongación, contra el Acuerdo que aprobó el PORH y contra la Orden de procedimiento³⁴. Entre otras, las iniciales sentencias n° 235/2010³⁵ de 2 marzo, n° 929/2010 de 30 de diciembre de 2010, hasta las más recientes n° 8/2011, de 11 de enero, y la n° 417/2012 de 21 de mayo de 2012. En ellas se valora positivamente, confirmando la conformidad a derecho, la actuación seguida por la Administración para aplicar el Art 26.2 del EM. Sobre todo la motivación *“pues se incluyen, pormenorizan y explican las razones de la no autorización relativa a la prolongación de permanencia, partiendo de que asume la capacidad funcional del interesado...En atención a ello se concluye que se dispone de profesionales de la categoría para la cobertura de plazas que van a quedar vacantes por próxima jubilación”*. Motivación que justifica que no se autorice la prolongación, que como excepción contempla el Art 26.2 del EM, al no darse el presupuesto habilitante, esto es las concretas necesidades asistenciales, tal y como están definidas en el PORH. Conclusión que también apoya en la jurisprudencia nacional, comunitaria, y doctrina del TC sobre inexistencia para el funcionario de un derecho subjetivo a una edad de jubilación (STC de 11 de ju-

34 Ver nota 7

35 Una de las primeras sentencias del TSJ de Cantabria, sobre la controversia del Art 26.2 EM, fue la n° 235/2010, de 2 de marzo, en la que el TSJ expresó el criterio mantenido hasta ahora. El demandante curiosamente era funcionario de carrera, pero prestaba servicios integrado - no estatutizado - en el Servicio Cántabro de Salud. La sentencia concluye que la norma aplicable, directamente y sin necesidad de desarrollo autonómico, es el Art 67.3 del EBEP, que exige motivar la denegación de la prolongación. Para valorar la motivación realiza un detenido análisis del marco normativo que posibilita la prolongación en el personal estatutario, y del PORH, del que señala *“...se adecua en su contenido a los requisitos objetivos exigidos por el Estatuto Marco...el Plan de Recursos Humanos ha definido lo que debe entenderse por “necesidad asistencial”, de tal forma que en su apartado f) establece que en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 26.2 del Estatuto Marco se autorizará excepcionalmente y por el período de un año la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta cumplir los setenta años de edad, entendiéndose por “necesidad asistencial” “la carencia de personal sustituto detectada en los tres meses previos al momento de la jubilación del solicitante. Las autorizaciones de prolongación de permanencia en el servicio activo así concedidas serán revisadas al año de su concesión y renovadas por un año si subsisten las circunstancias que dieron lugar a su concesión. La Sala entiende correcto que sean las necesidades asistenciales la motivación sobre la que debe descansar la autorización o denegación de la prórroga así como el criterio objetivo para definir lo que debe entenderse por “necesidad asistencial” que el plan de recursos humanos ofrece...”*.

nio de 1987³⁶, 108/86 y 70/88 entre otras).

Los elementos clave para considerar el PORH del SCS³⁷ como instrumento válido, han sido su incuestionada existencia, su negociación³⁸, y la objetivización del criterio decisor de la prolongación. Así el Plan concreta lo que debe entenderse por “necesidad asistencial” (*la carencia de personal sustituto detectada en los tres meses previos al momento de la jubilación del solicitante, en la versión enjuiciada del Plan de 2007*), lo que es apropiado, ya que son esas - y no otras - “necesidades asistenciales”, definidas con criterio objetivo, las que deciden la prórroga. Objetivización³⁹ del criterio que dota de mayor legitimidad las decisiones de autorización o denegación.

2.2. Criterio del Tribunal Supremo

Las dos tendencias autonómicas, de signo diverso, que se han venido comentado en definitiva fueron objeto de valoración por el Tribunal Supremo. Cronológicamente los primeros asuntos sobre los que se pronunció fueron los procedentes de Cataluña, dictando la ya mencionada sentencia de 10 de marzo de 2010, en el RC en interés de la ley nº 18/2008. El ICS solicitaba se fijase como doctrina legal, resumidamente, la siguiente: 1) *La denegación de la solicitud de prórroga en el servicio activo prevista en el Art 26.2 de la Ley 55/2003 no requiere la existencia de*

un PORH, solo exigible para excepcionar el mandato legal de jubilar forzosamente a los 65 años. 2) La introducción en el PORH de medidas para conseguir la estructura de RRHH adecuada tiene carácter potestativo. 3) La publicación de un edicto en el diario oficial y en la WEB del ICS, poniendo a disposición el PORH cumple los requisitos legales de publicación y notificación.

La respuesta del TS, rechazando las razones esgrimidas por el ICS, es que en una interpretación literal y sistemática del precepto, la prolongación es un derecho subjetivo, pero no absoluto, sino condicionado a que las necesidades organizativas hagan posible su ejercicio, correspondiendo a la Administración justificar esas necesidades para la concesión o denegación. Y que sólo podría considerarse válida la denegación cuando sea motivada, en las necesidades recogidas en un PORH previamente aprobado.

El supuesto reconocimiento del derecho a la prolongación que quiso deducirse de tal interpretación, fue objeto de aclaración por el propio TS en las reiteradas sentencias dictadas, desde febrero de 2012, confirmando, el criterio del TSJ de Cantabria, al conocer los asuntos del SCS. Entre otras muchas pueden citarse las sentencias del TS de 15 de febrero (RC 1234/2011 y 2119/2011), de 9 de marzo (RC 1578/2011), de 27 de marzo (RC 2473/2011), de 29 de marzo (RC 4297/2011) y de 26 de abril (RC 2116/2011), todas ellas de 2012.

En ellas se aclara que el pretendido derecho a la prolongación hasta los 70 años no se establece como tal en el Art. 26.2 LEM, sino que se trata solo de una mera facultad, condicionada al ejercicio de una potestad de la Administración, que ha de ejercer motivadamente, en función de las necesidades de organización articuladas en el marco de los PORH. Sin que tal interpretación contradiga la de la Sentencia de 10 marzo de 2010, en la que no puede verse el reconocimiento inequívoco de que el Art. 26.2 consagra un auténtico derecho: *“Es ahí, en esa transformación en auténtico derecho, de una facultad, sometida al ejercicio de una potestad por la Administración, donde consideramos que se incurre en la exageración del planteamiento”*. Resaltando las diferencias entre los casos del ICS y del SCS, puesto que en éste existe un Plan, en el que se definen las necesidades asistenciales, y la motivación de la denegación se ha atendido a la previsión del mismo.

36 La STC nº 99 de 11 de junio de 1987, resuelve un recurso contra la Ley 30/1984: “...no hay que olvidar que, por parte de cada funcionario, se ostenta el derecho a la jubilación y al disfrute (o a solicitarlo, en su caso), de las situaciones administrativas legalmente reconocidas, pero no el derecho, sino la expectativa frente al legislador a que la edad de jubilación o el catálogo de situaciones continúen inmodificadas por el legislador; en modo que permanecieran tal y como él las encontró al tiempo de su acceso a la función pública” y que “es cierto -así se dijo en SSTC 10/1983 y 32/1985- que el derecho de acceso a los cargos y funciones públicas implica el de mantenerse en ellos, pero también lo es que, en cuanto se desempeñan por funcionarios públicos, ha de hacerse de acuerdo con la ley que, entre otros elementos de la relación funcional, puede variar; como antes se ha dicho, la edad de término en la prestación de los servicios, sin que ello lesione el contenido esencial del derecho al trabajo (35.1), ni del derecho al acceso y mantenimiento en la función pública del Art. 23.2 C.E.”

37 Publicado en el Boletín Oficial de Cantabria de 29-1-2007 y de 16-12-2011.

38 El Plan del SCS está suscrito, previa negociación, por Sindicatos de la Mesa de Negociación

39 La planificación pública de recursos humanos se ha señalado por **Alberto Palomar Olmeda**, como elemento central en la gestión de los recursos humanos. Observando que los PORH, además de su carácter de elemento esencial de gestión pública, tienen otro importante efecto: la objetivación de las decisiones en el marco del empleo público.

2.3. Jurisprudencia comunitaria

La fundamentación de las sentencias del TSJ de Cantabria, confirmadas por el TS, toman en consideración la interpretación dada por el TJUE al principio general del Derecho de la Unión de no discriminación razón de edad,⁴⁰ derivado de la Directiva 2000/78/CE.

La afectación de tal principio en un supuesto de jubilación forzosa, fue abordada en la STJCE, de 16 de octubre de 2007, asunto C-411/05 “*Palacios de la Villa*”⁴¹. En ella se analizó una norma que permitía la extinción del contrato de trabajo por cumplir la edad de jubilación. El TJUE razona que la Directiva 2000/78/CE no se opone a una normativa como la citada siempre que: 1) dicha medida, pese a basarse en la edad, esté justificada objetiva y razonablemente, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo y 2) los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios.

Añadiendo que la indeterminación, en la norma de que se trate, del objetivo que pretende alcanzar la medida (jubilación forzosa por edad) obliga a indagar los elementos del contexto general, para identificar el objetivo subyacente, a fin de controlar la legitimidad, idoneidad y necesidad de la medida.

Además de la justificación por finalidades legítimas de la política de empleo, el TSJUE ha considerado válidas las relacionadas con la sostenibilidad del sistema público sanitario, en sentencia de 12 de enero de 2010⁴², asunto C-341/08 “*Petersen*”, re-

lativo a una medida que limitaba la actividad de un profesional sanitario por edad. El TJUE concluye que «la disposición por la que se mantiene el límite de edad, en la medida en que está dirigida a prevenir un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social con el objetivo de conseguir un elevado grado de protección de la salud, ... es compatible con... la Directiva». Igualmente se justifica para conseguir el objetivo de repartir entre las generaciones de profesionales sanitarios las posibilidades de empleo⁴³. Por el contrario, si lo que se persigue con la medida es la protección de la salud de los pacientes, desde el punto de vista de la competencia de los médicos y dentistas, la medida presentaría incoherencias al no afectar a su ejercicio privado o no concertado.⁴⁴

Esta interpretación fue reiterada en la STJUE, de 18 Noviembre de 2010, asunto C-250/2009 “*Georgiev*”,⁴⁵ referida a la jubilación forzosa por

aumento constante del número de médicos concertados, parece necesario limitar su número. No puede controlarse el exceso de oferta únicamente mediante limitaciones de la habilitación y, por lo tanto, en perjuicio de la joven generación de médicos. A estos efectos, también es necesario establecer un límite de edad obligatorio para los médicos concertados”.

43 Argumentando: «una medida adoptada para favorecer el acceso de los jóvenes al ejercicio de la profesión de dentista en el régimen de concierto puede considerarse una medida de política de empleo». Pues ante una situación en la que exista un número excedentario de profesionales, o un riesgo latente de que se produzca tal situación, un Estado puede establecer un límite de edad para facilitar el acceso al trabajo de profesionales más jóvenes.

44 De tal modo que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una medida por la que se establece un límite de edad máxima para el ejercicio de la profesión de dentista concertado, cuando dicha medida tiene la única finalidad de proteger la salud de los pacientes contra la disminución de las facultades de los referidos dentistas a partir de la citada edad, puesto que ese mismo límite de edad no se aplica a los dentistas no concertado.

45 El TJUE al resolver este supuesto de catedráticos, expresamente se remite a la valoración efectuada en el caso de profesionales sanitarios (“*Petersen*”): “*Estas apreciaciones también son pertinentes por lo que respecta al ejercicio de una actividad como la de catedrático universitario. Al ser, por lo general, limitado el número de plazas de catedrático universitario y al estar reservadas a quienes hayan alcanzado las mejores calificaciones en el ámbito correspondiente, y dado que para contratar a un catedrático debe existir una vacante, procede considerar que un Estado miembro puede estimar apropiado fijar un límite de edad para alcanzar unos objetivos de política de empleo como los mencionados en los apartados 45 y 46 de la presente sentencia. No obstante, corresponde al juez nacional comprobar, habida cuenta de las objeciones presentadas por el Sr. Georgiev y recordadas en el apartado 47 de la presente sentencia, si la situación de los catedráticos universitarios en Bulgaria se corresponde con la situación general de los catedráticos universitarios descrita en el apartado anterior*”

40 Consideración reconocida en la Sentencia del TJUE, de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07 “*Kücükdeveci*”.

41 El asunto C-411/05, tuvo por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por un JS de Madrid, en un caso de extinción automática de la relación laboral, al cumplir la edad de jubilación forzosa establecida en convenio colectivo. Se cuestionaba la conformidad con el Derecho comunitario del párrafo primero de la disposición transitoria única de Ley 14/2005, al no exigir explícitamente un vínculo concreto entre la jubilación y un objetivo legítimo en materia de política de empleo. Si bien del análisis del contexto se deducía que tenía por objeto regular el mercado nacional de trabajo con el fin, en particular, de reducir el desempleo.

42 El asunto “*Petersen*” tuvo por objeto una cuestión prejudicial, planteada por un Tribunal Alemán, en un pleito contra la denegación de la habilitación para el ejercicio de la profesión de dentista concertada más allá de los 68 años de edad. El origen legal de la limitación por edad se hallaba en una Ley de 1993, cuya exposición de motivos decía: «La evolución del número de médicos concertados es una de las causas esenciales del aumento excesivo de los gastos del régimen legal del seguro de enfermedad. Habida cuenta del

edad de catedráticos de Universidad. Respondiendo que la medida no es discriminatoria cuando se garantiza el acceso a una pensión y se busca facilitar el acceso a las cátedras de docentes más jóvenes. El objetivo es pues legítimo al estar vinculado a la política de empleo, de reparto óptimo de las plazas de catedráticos entre generaciones.

Un pequeño apunte desde la perspectiva de género. El que el TJUE haya considerado no discriminatoria, por razón de edad, la medida de jubilación forzosa, en el marco de los fines legítimos de la política de empleo o la sostenibilidad del sistema sanitario, no autoriza a adoptar la misma con diferencias de trato por razón del sexo. Así lo avala la STJUE de 18 Nov. 2010, asunto C-356/2009 “*Kleist*”⁴⁶

Más recientemente el TJUE se ha pronunciado sobre un caso de jubilación forzosa por edad de funcionarios - en este caso fiscales - en el asunto resuelto por STJUE de 21 de julio de 2011, C-159/2010 “*Fuchs y Köhler*”.⁴⁷ De las más de veinte cuestiones prejudiciales planteadas se destacan las relativas a la adecuación al Derecho de la Unión de la medida de establecer la jubilación forzosa por edad para funcionarios. La de si el interés por ahorrar recursos presupuestarios y gastos de personal constituye una finalidad legítima en la Directiva antidiscriminación. Y las relativas a la coherencia de la medida con poner límites a la jubilación anticipada, dificultar la prolongación en activo, y retrasar la edad para causar derecho a la pensión de jubilación.

De las respuestas dadas por el TJUE a estas cuestiones puede concluirse que la extinción de la rela-

ción funcional, por cumplir una edad de jubilación forzosa constituye una diferencia de trato que debe justificarse en un objetivo legítimo. El Derecho de la Unión no impide a los Estados miembros tener en cuenta consideraciones presupuestarias, junto a otras de carácter político, social o demográfico, siempre y cuando respeten el principio de no discriminación por razón de la edad. Establecer una estructura de edades equilibrada entre funcionarios jóvenes y de más edad, con el fin de favorecer el empleo y la promoción, optimizar la gestión del personal, así como evitar litigios relativos a la aptitud del empleado, al tiempo que ofrecer un servicio de calidad, puede constituir un objetivo legítimo de la política de empleo y del mercado de trabajo. El Tribunal, por último, no advierte fallos de coherencia -en este caso- pues el objetivo exige planificar las jubilaciones a los 65 años, y que las excepciones sean limitadas.⁴⁸

En definitiva el TJUE se ha ratificado, una vez más, en la validez de los objetivos de la política de empleo, como causa justificativa de la diferencia de trato para la jubilación forzosa por razón de edad.

3. CONCLUSIONES

1ª El Art 26.2 EM no consagra un auténtico derecho a la prolongación en el servicio activo hasta los 70 años. Constituye una facultad.

2ª La autorización o denegación de la prolongación debe motivarse, en las necesidades de la organización, articuladas en el marco de los PORH, aprobados y publicados previa negociación.

3ª La objetivización en el Plan del criterio que motive la autorización o denegación de la prolongación, legitima las decisiones, evita instrumentalizaciones subjetivas, y facilita su control administrativo y judicial

4ª La diferencia de trato por razón de edad, está justificada cuando atiende un objetivo legítimo, cual es la política de empleo y la sostenibilidad del sistema sanitario público.

46 La Sra. Kleist, médica jefe en un organismo de pensiones de jubilación en Austria, que deseaba continuar en activo, impugnó su despido al ser jubilada forzosamente a los 60 años. La edad de cese de los hombres era la de 65 años. El organismo demandado trató de justificar la diferencia de trato invocando el objetivo de promoción del empleo de los más jóvenes. El TJUE contestó que constituye una discriminación prohibida por razón de sexo una normativa, y medida, como la citada, al infringir la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE. Rechazando expresamente su admisibilidad como medida de política de reparto de empleo

47 Hay que destacar, entre los antecedentes de este caso, que una Ley federal alemana de 2009, establece que los funcionarios se jubilarán al alcanzar el límite de edad, que se concretaba por los Länder. Tal previsión motivó la jubilación forzosa, a los 65 años, de los fiscales recurrentes en el Land Hessen. A escala federal se preveía un aumento progresivo de la edad de jubilación hasta los 67 años. El análisis de esta sentencia se aborda por **CASTELLANO BURGUILLO, E.** en “*Diferencias de trato entre trabajadores en función de la edad*”.

48 El TJUE estimó los argumentos del demandado, consistente en que el número de puestos en la función pública es limitado, especialmente en los grados más elevados. Y que frente a las exigencias presupuestarias, la posibilidad de crear nuevos puestos está restringida. De modo que la fijación de una edad obligatoria para la jubilación constituye el único medio de repartir el empleo de manera equitativa entre las generaciones.

5^a La medida de la jubilación forzosa por edad puede contribuir a preservar el equilibrio financiero del SNS y a un mayor reparto del empleo de calidad entre los profesionales.

6^a Cuando la medida no explicita su objetivo, debe buscarse en los datos del contexto. Entre ellos en el contenido del plan, los que afectan a la sostenibilidad financiera del sistema sanitario, así como en los condicionantes de dedicación de los puestos que integran las plantillas sanitarias. Y también en los relativos al derecho de acceso al empleo, de calidad, y a una carrera profesional de otros profesionales. Lo que no debe obstar, claro está, a la ineludible atención a la solidaridad intergeneracional, para garantizar la debida atención a los profesionales jubilados.

7^a La medida consistente en evitar prolongaciones de servicio activo, debe considerarse de preferente aplicación frente a otras más traumáticas para el empleo, en un contexto de crisis como el actual, que exige una especial sensibilidad para con los desempleados, la sostenibilidad del SNS, y el objetivo de la UE de incrementar la tasa de empleo.

4. BIBLIOGRAFÍA

- CASTELLANO BURGUILLO, E. “*Diferencias de trato entre trabajadores en función de la edad*” Aranzadi Social paraf. 55/2011 (Presentación). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y MEGINO FERNÁNDEZ, D. “*Jubilación forzosa: criterios para su examen como medida objetiva y razonable o discriminación por razón de edad*”. Aranzadi Social paraf. 12/2009 (Presentación). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2009
- FERNÁNDEZ PRIETO, M. “*La jubilación del personal estatutario de los Servicios de Salud. Aspectos significativos de la jubilación forzosa*”. Actualidad Laboral, N° 10, Sección Estudios, Quincena del 16 al 31 May. 2006, Pág. 1148, tomo 1, Editorial LA LEY
- HERRAIZ MARTINEZ, M.S. “*El mantenimiento de la jubilación forzosa, ¿una medida apropiada para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social?*”. Diario La Ley, N° 7426, Sección Doctrina, 17 Jun. 2010, Año XXXI, Ref. D-200, La Ley 3476/2010
- LÓPEZ CUMBRE, L. “*El marco comunitario y la legislación española sobre jubilación flexible*”. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración - Núm. 37, Septiembre 2002. Págs. 15-35
- MARTÍNEZ BARROSO, M. R. “*La jubilación o retiro del empleo público. Entre la voluntariedad y el carácter forzoso*”. Aranzadi Social num. 13/2009 (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2009.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. “*Empleados públicos, Administraciones Españolas y Jurisprudencia Europea*”. Actualidad Administrativa, N° 3, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 de Feb. 2012. Pág 272, tomo 1, Editorial LA LEY.
- PALOMAR OLMEDA, A. “*Instrumentos organizativos de Recursos Humanos*”. En “*Empleo Público: categorías de los empleados públicos y los problemas que suscitan*”. Cuadernos Digitales de Formación n° 28 (2009). CENDOJ. Y “*Manual del empleo público (Diciembre 2001)*”. Editorial vLex, 2004
- SOSPEDRA NAVAS, F.J. “*El Personal Estatutario*” en “*Empleo Público: categorías de los empleados públicos y los problemas que suscitan*”. Cuadernos Digitales de Formación n° 28 (2009). CENDOJ.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M “*La jubilación del personal estatutario de los Servicios de Salud. Aspectos significativos de la jubilación forzosa*”. Actualidad Laboral, N° 10, Sección Estudios, Quincena del 16 al 31 May. 2006, Pág. 1148, tomo 1, LA LEY 1102/2006
- VICENÇ NAVARRO “*La crisis financiera y económica y su impacto en los sistemas de protección social*”. 27 de agosto de 2009. UIMP. Seminario “Europa ante la crisis. Perspectivas de la Presidencia española en la UE”. <http://www.vnavarro.org>

LA NUEVA LEY DE SALUD PÚBLICA: DERECHOS, DEBERES DE LOS CIUDADANOS Y OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN EN SALUD PÚBLICA

Marta María Sánchez

Abogada

Asjusa Letramed

ÍNDICE

1. Introducción
2. Derechos de los ciudadanos
3. Deberes de los ciudadanos
4. Obligaciones de las administraciones públicas
5. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

1.1 La Constitución Española de 1978

La Constitución de 1978 va a ser el catalizador que, progresivamente, va a desencadenar el cambio cualitativo trascendental en la sanidad española la propiciar el paso de un sistema sanitario público basado en la Seguridad Social a otro sistema en el que se institucionaliza el Sistema Nacional de Salud.

Aunque la Constitución continuó manteniendo «un régimen público de Seguridad Social», con su «asistencia y prestaciones sociales» (art. 41), formalmente, lo separó del «derecho a la protección de la salud» y de la obligación de los poderes públicos de «organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios sanitarios necesarios» (art. 43). Desde un punto de vista competencial, el art. 148.21 permitía a las Comunidades Autónomas asumir responsabilidades en materia de «sanidad e higiene», si bien reservaba al Estado, por un lado, la sanidad exterior, las bases y coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1 16ª) y, por

otro, la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas (art. 149.1.17ª).

Estas son las premisas que enmarcan la configuración de la sanidad pública en la nueva etapa constitucional, tarea que acometió en 1986 la Ley General de Sanidad.

1.2 La Ley General de Sanidad de 1986¹

La articulación legislativa de los principios sanitarios constitucionales pretendió llevarse a cabo por la ley 14/1986, de 25 de abril. En especial, la descentralización política territorial en materia sanitaria con la creación de un servicio nacional de salud fue su principal objetivo. El resultado fue el Sistema Nacional de Salud. Sin embargo, la Ley General de Sanidad no disponía de un sistema acabado e incluía muchos aspectos programáticos. En particular, por imperativo del diseño constitucional del proceso autonómico, la Ley opera en un contexto donde algunas Comunidades Autónomas asumieron competencias autonómicas y otras ven los servicios sanitarios provistos aún por el Estado a través del INSALUD. De esta forma el Servicio Nacional de Salud coexistió con la Seguridad Social. El reconocimiento del derecho a la protección de la salud tiende a la universalidad, pues «son titulares del derecho a la protección de

¹ Ley 14/1986, de 25 de abril, General para la Sanidad (BOE núm. 102, de 29-4-1986).

la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en territorio nacional»(art. 1.2 LGS). La gratuidad de la prestación sanitaria quedó fijada para las personas sin recursos, pero el cambio cualitativo definitivo vino con la asunción del gasto sanitario por los presupuestos públicos, separándolo de las cotizaciones.

1.3 La Ley de Cohesión y Calidad de 2003²

Aunque precedida por la Ley 41/2002³, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, los cambios estructurales vinieron de la mano de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Amén de articular la cooperación y coordinación de Estado y Comunidades Autónomas a través del Consejo Interterritorial de Salud, la Ley se dirige, directamente, a la consecución de la equidad, entendida como «desarrollo del principio constitucional de igualdad que garantice el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio y posibilite la libre circulación de todos los ciudadanos».

1.4 La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública⁴

La reciente Ley 33/2011, General de Salud Pública, contiene, con el genérico objetivo de mantener el máximo nivel de salud posible de la población, determinadas previsiones que inciden sobre los derechos y deberes de los ciudadanos y sobre las obligaciones de la Administración en materia de salud pública; describe las actuaciones de salud pública; regula la planificación y coordinación de la salud pública; se ocupa del personal profesional y la investigación en salud pública; prevé la autoridad sanitaria y sus agentes y, por último, establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de salud pública. En cambio, no se reconoce en la Ley 33/2011 el derecho a las prestaciones de salud pública.

² Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

³ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁴ Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE núm.240, de 5-10-2011).

El presente estudio lo centraremos en el análisis del Título I de la Ley 33/2011:«Derechos, deberes y obligaciones en salud pública», subdividido en los siguientes Capítulos:

- Capítulo I: Derechos de los ciudadanos (arts.4-7).
- Capítulo II: Deberes de los ciudadanos (arts. 8-9).
- Capítulo III: Obligaciones de las Administraciones Públicas(arts.10-11).

1.5 Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones⁵

Este Real Decreto-Ley modifica sustancialmente la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Así, en su art. 1, modificando el tenor del art. 3 de la Ley 16/2003,(De la condición de asegurado) se dispone que «la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado», concepto—asegurado—desarrollado en el apartado 2 del referido precepto⁶.

Del mismo modo, el mencionado Real Decreto-Ley modifica, también, la Ley 16/2003 en lo referente a la cartera de servicios comunes de salud pública⁷, aprobada, en desarrollo de la Ley 16/2003, por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre⁸.

⁵ Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril.(BOE núm.98, de 24-4-2012).

⁶ Art. 3 de la Ley 16/2003, tras la modificación del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril:«Tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; b) ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social c) Ser perceptor de cualquier otra prestación económica de la Seguridad Social, incluida la prestación y subsidio por desempleo, d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la Oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

⁷ Art. 8 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, modificado por el art. 2 del Real Decreto-Ley 16/2012.

⁸ Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

En suma, el citado Real Decreto-Ley invierte la tendencia del modelo separándolo de la universalidad pretendida por la Ley General de Sanidad de 1986, restringiendo el amplio catálogo de prestaciones públicas inicialmente previstas en la Ley 16/2003.

2. DERECHOS DE LOS CIUDADANOS

2.1 Origen y justificación. Breve trayectoria histórica

Los derechos de los ciudadanos en materia de salud pública constituyen una nueva generación de derechos en relación con los derechos de los pacientes⁹ cuyo origen tuvo lugar, en nuestra normativa, en la Ley General de Sanidad, llevándose a cabo su despliegue a través de la Ley de Autonomía del Paciente.

Mientras la normativa reguladora de los derechos de los pacientes otorga el protagonismo al «paciente», situándole, en su relaciones con la salud, en el centro de los sistemas sanitarios, cuando se habla de los derechos de los ciudadanos en el ámbito de la salud pública, el protagonismo no recae sobre el individuo sino sobre la colectividad, pues lo que se pretende, en definitiva, es establecer las bases para que la población alcance y mantenga el mayor nivel de salud posible¹⁰. Se adopta, por tanto, una perspectiva distinta en su regulación, pues, tal como recoge el Preámbulo de la Ley 33/2011, no es el dispositivo asistencial el principal condicionante de nuestro nivel de salud sino que la ganamos y la perdemos—léase, la salud—en otros terrenos¹¹.

9 Declaración de los Derechos de los Pacientes de 1972 en los EEUU.

10 El art. 1 de la Ley 33/2011 dispone: «Esta Ley tiene por objeto establecer las bases para que la población alcance y mantenga el mayor nivel de salud posible a través de las políticas, programas, servicios y, en general, actuaciones de toda índole, desarrolladas por los poderes públicos, empresas y organizaciones ciudadanas con la finalidad de actuar sobre los procesos y factores que más influyen en la salud, y así prevenir la enfermedad y proteger y promover la salud de las personas, tanto en la esfera individual como colectiva».

11 El Preámbulo de la Ley 33/2011 precisa: «...Antes del nacimiento pueden producirse exposiciones a distintos factores que de forma indeleble determinen la salud futura y desde el nacimiento hasta la muerte se van acumulando experiencias vitales positivas o negativas que perfilan nuestra salud. El entorno familiar, la educación, los bienes materiales, las desigualdades sociales y económicas, el acceso al trabajo y su calidad, el diseño y los servicios de nuestras ciudades o barrios, el aire que respiramos, el agua que bebemos, los alimentos que comemos, el ejercicio físico que realizamos, el entorno social y

La regulación contenida en el art. 43 de la Constitución Española, que reconoce «el derecho a la protección de la salud» y establece que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios», añadiendo que «la Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto», se interpretó como el derecho a recibir cuidados sanitarios frente a la enfermedad. Por esta razón, la Ley 14/1986, General de Sanidad, reaccionó y estableció, como principio general, que el sistema sanitario debía orientarse hacia la prevención y promoción de la salud¹².

Debe reseñarse, también, el derecho a la información epidemiológica sancionado por la Ley 41/2002 de Autonomía del paciente, que dispuso que los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud¹³.

Sin embargo, fue la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud la que dio un paso decisivo para el reconocimiento del derecho a las prestaciones en materia de salud pública, en cuyo desarrollo se aprobó en el año 2006 el Catálogo de prestaciones del sistema merced al Real Decreto 1030/2006, que incluía la cartera de servicios comunes de salud pública. Tanto el referido derecho como la citada cartera de servicios se han visto modificados por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, en los términos que ya han sido examinados.

La Ley 3/2011, General de Salud Pública regula en el Capítulo I de su Título I los «Derechos de los ciudadanos», distinguiendo los siguientes: a) Derecho a la información (art.4); b) Derecho de participación (art. 5); c) Derecho a la igualdad (art. 6); d) Derecho a la intimidad, confidencialidad y respeto de la dignidad (art. 7).

No obstante, antes de proceder a analizar su regulación normativa se hace preciso consignar una serie de cuestiones previas.

el entorno medioambiental en el que nos desenvolvemos, todo ello y mucho más determina nuestra salud».

12 Art. 3 de la citada Ley.

13 Vid. art. 6 de la referida Ley.

2.2 Consideraciones preliminares

- Destaca el recorte drástico que han sufrido los citados derechos a lo largo del proceso legislativo, en particular, en la versión del Anteproyecto de la Ley General de Salud Pública correspondiente a 1 de julio de 2010, donde eran más numerosos y estaban desarrollados con mayor extensión.
- Conviene tener presente, en todo momento, la Ley 41/2002 de Autonomía del paciente puesto que cuando la información, en el ámbito de la salud pública, tenga carácter personal—lo que puede ser bastante frecuente—la citada Ley ostenta carácter preferente en materia de información personal frente a la Ley General de Salud Pública¹⁴.
- El término «dignidad» hay que separarlo del resto de los derechos ya que, más que un derecho en sí mismo, es el principio inspirador de todos ellos.
- Es menester tener en cuenta lo dispuesto en las Leyes de Salud Pública de las Comunidades Autónomas que hacen referencia a los derechos de los pacientes en salud pública¹⁵.

2.3 Derecho a la información¹⁶

La Ley 33/2011 admite que los ciudadanos ejer-

citen su derecho a la información directamente, es decir, de forma individualizada, o colectivamente, a través de las organizaciones en que se agrupen o que les representen. Se pone así de manifiesto, de un lado, el interés general que suscita la salud pública en la población y, de otro, la importancia que para el ciudadano puede tener dicha información que, recordemos, en este último caso, no se regiría por la Ley general de Salud Pública sino por la Ley de Autonomía del paciente.

El derecho de información se regula «con las limitaciones previstas en la normativa vigente». Es decir, el legislador nos advierte sobre un eventual conflicto en el que pueda salir triunfante la negativa a la información, cuestión que no resuelve la Ley. Una primera aproximación a dichas limitaciones parece indudable que la hallamos en las «medidas especiales y cautelares» contempladas en la Capítulo II del Título V¹⁷, que analizaremos al estudiar la intervención de la Administración Pública en materia de salud pública.

2.3.1 El derecho a la información en el caso de riesgos específicos y relevantes para la salud

Con carácter especial, la Ley reconoce el dere-

Administraciones competentes.

Este derecho comprende, en todo caso, los siguientes:

Recibir información sobre los derechos que les otorga esta Ley, así como sobre las vías para ejercitar tales derechos.

Recibir información sobre las actuaciones y prestaciones de salud pública, su contenido y la forma de acceder a las mismas.

Recibir información sobre los condicionantes de salud como factores que influyen en el nivel de salud de la población y, en particular, sobre los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos o de otro carácter, relevantes para la salud de la población y sobre su impacto. Si el riesgo es inmediato la información se proporcionará con carácter urgente.

Toda la información se facilitará desagregada, para su comprensión en función del colectivo afectado, y estará disponible en las condiciones y formato que permita su plena accesibilidad a las personas con discapacidad de cualquier tipo».

El derecho a la información debe ser completado con lo dispuesto en la Disposición Final Segunda de la misma norma que, en su apartado cuarto, modifica el apartado 1 del art. 26 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud que queda redactado en los siguientes términos:

«Los servicios de salud informarán a la ciudadanía de sus derechos y deberes, de las prestaciones y de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, de los requisitos necesarios para el acceso a éstos y de los restantes derechos recogidos en la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como de los derechos y obligaciones establecidos en la Ley General de Salud Pública y en las correspondientes normas autonómicas, en su caso»

17 Art. 54 de la referida Ley.

14 Así lo reconoce el art. 7.2 de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, que dispone: «La información personal que se emplee en las actuaciones de salud pública se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica».

15 La Ley 4/2005 de Salud Pública de la Comunidad Valenciana; la Ley 18/2009 de Salud Pública en Cataluña; la Ley 10/2010 de Salud Pública y seguridad alimentaria de Castilla y León; la Ley 16/2010 de Salud Pública de las Islas Baleares y la Ley 7/2011 de Salud Pública de Extremadura. No se regulan apenas los derechos de los ciudadanos en salud pública en la Ley de la Comunidad Valenciana ni en las Leyes de Cataluña y Castilla-León. En la Ley de las Islas Baleares la regulación se contiene dentro de los «principios rectores» y, sin duda, al mayor expresión se recoge en la Ley de Extremadura.

16 El art. 4 de la Ley 33/2011 dispone:
«Derecho a la información.

Los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones en que se agrupen o que los representen, tienen derecho a ser informados con las limitaciones previstas en la normativa vigente, en materia de salud pública, por las

cho a recibir información sobre riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos o de otro carácter, relevantes para la salud de la población y sobre su impacto. Dicha información hace referencia a cualquier ámbito geográfico donde el riesgo sea relevante y se refiere, además, a cualquier clase de riesgo, sea éste de carácter inminente y agudo o sea acumulativo, es decir, que el perjuicio en la salud se produzca tras exposiciones a lo largo de muchos años.

En particular, avala el derecho a recibir información respecto a situaciones concretas de contaminación del agua, aire o medio construido que no cumplan la legislación sanitaria vigente o puedan dar lugar a un posible riesgo para la salud.

2.3.2 Denegación del derecho a la información. Otras lagunas legales

Se observa que la Ley no aborda los casos de denegación del derecho a la información, que pueden revestir dos modalidades diferentes: por razones formales o por existir un conflicto con otros derechos y valores.

En el primer supuesto, por razones formales, caben las siguientes posibilidades: a) Que la información no esté en poder de la Administración o entidad frente a la que se solicita; b) Que la solicitud sea manifiestamente irrazonable; c) Que esté formulada de manera excesivamente general, sin que el peticionario haya atendido al requerimiento de concreción; d) Que la solicitud de refiera a material en curso de elaboración o a documentos y datos inconclusos, en cuyo caso la petición debe quedar en suspenso hasta que aquélla se halle disponible, debiendo informar al solicitante del plazo previsto para ultimar su elaboración.

En el segundo caso, en los supuestos de conflicto, se pueden realizar las siguientes distinciones: a) Denegación por razones de confidencialidad de un procedimiento declarado así de acuerdo con una norma con rango de ley; b) Por razones de defensa nacional o de seguridad pública; c) Cuando se trate de causas o asuntos sujetos a procedimientos judiciales bajo secreto sumarial, debiendo identificarse el órgano judicial; d) Por existir derecho a la confidencialidad de datos de carácter comercial o industrial, cuando dicha confidencialidad esté prevista en una norma con rango de ley o en la normativa comunitaria; e) Por respeto a los derechos de propiedad intelectual o industrial, salvo que se hubiera autorizado la divul-

gación o fuese de dominio público; f) Por el carácter confidencial de los datos personales de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; g) Por respeto a la protección de la intimidad o dignidad de las personas involucradas en las actuaciones de salud pública a que se refiera la petición de información.

Tampoco se abordan en la Ley una serie de cuestiones relacionadas con este derecho que deberían haber sido objeto de regulación para evitar la proliferación de soluciones diferentes en las distintas Comunidades Autónomas¹⁸, tales como: a) el acceso a la información que obre en poder de las Administraciones sanitarias o de otras personas en su nombre o Administraciones no sanitarias que dispongan de información relevante para la salud pública, sin que sea necesario declarar un interés determinado; b) el derecho a ser asistidos, si es necesario, en el acceso a la información; c) a recibir información que soliciten en un plazo máximo, prorrogable cuando se den circunstancias que lo hagan aconsejable (volumen, complejidad); d) a recibir información, siempre que sea posible, en el formato elegido; e) a conocer, cuando se solicite, el método de medición empleado para obtener la información o el procedimiento normalizado empleado o, en su caso, el lugar donde pueden encontrar esa información.

Por último, se hace preciso destacar que resulta evidente que, por motivos de salud pública, puede resultar afectado el derecho a la libertad de información y el derecho a la libertad de expresión, con la finalidad de impedir aquella información que carece de veracidad y puede, por tanto, causar confusión y desconcierto en los ciudadanos. En tales casos, opera con especial intensidad el «principio de proporcionalidad» proclamado por la doctrina del Tribunal Constitucional¹⁹ que ha de observarse en la restricción de derechos fundamentales.

2.4 Derecho de participación²⁰

¹⁸ Puede consultarse el Anteproyecto de la Ley General de Salud Pública, versión de 1 de julio de 2010, donde se desarrolla esta materia con mayor extensión que en la actual Ley.

¹⁹ STC 37/1989, Fundamento Jurídico 8º.

²⁰ El art. 5 de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, dispone:

«Derecho de participación.

1. Los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones en que se agrupen o que los representen, tienen derecho a la participación efectiva en las actuaciones

Una vez más la Ley nos recuerda el doble aspecto que pueden ostentar las actuaciones en materia de salud pública, ya que pueden afectar al ciudadano individualmente (recuérdese la vigencia en tales casos de la Ley de Autonomía del paciente) o colectivamente, en cuyo caso se debe aplicar la Ley General de Salud Pública.

Puede entenderse que el derecho de participación incluye una serie de facultades, completando el esbozo precepto legal²¹:

- a) Participar en la elaboración, modificación y revisión de normas, planes, programas y evaluaciones en materia de salud pública.
- b) Acceder, con tiempo suficiente, a la información relevante sobre esas normas, planes, programas y evaluaciones y los procedimientos en la medida que afecten a la ciudadanía.
- c) A que se haga público el resultado definitivo del procedimiento en que se haya participado y se informe de los motivos de la decisión adoptada, con indicación de la información relativa a la participación pública.
- d) A que se haga público el resultado de las evaluaciones a que se someta la ejecución de los planes y programas de salud pública.
- e) A participar en los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones en los que, por su impacto en la salud pública, esté previsto el trámite de información pública.
- f) Identificar necesidades de salud o detectar problemas o riesgos para la salud de la población, ponerlo en conocimiento de las Administraciones sanitarias y participar con las Administraciones Públicas en aquellas actividades dirigidas a darles respuesta.

Por último, señalar que el artículo comentado regula en su párrafo segundo la colaboración vo-

de salud pública. Las Administraciones Públicas competentes establecerán los cauces concretos que permitan hacer efectivo ese derecho.

21 Sin perjuicio del deber de colaboración, al participación en las actuaciones de salud pública será voluntaria, salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública».

21 Vid. Anteproyecto de la Ley General de Salud Pública, versión de 1 de julio de 2010.

luntaria (regla general) y la participación obligatoria (regla excepcional). En relación con esta última nos remitimos, de nuevo, al Capítulo II del Título V, «medidas especiales y cautelares» (art 54) que analizaremos al examinar la intervención administrativa en salud pública.

2.5 Derecho a la igualdad²²

El derecho de igualdad en la Ley General de Salud Pública se inspira, obviamente, en el art. 14 de la Constitución, prohibiendo toda discriminación en la aplicación de la Ley ante identidad de supuestos así como la aplicación desigual de la norma sin causa razonable²³ y la discriminación por razones de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia o condición personal o social.

Ahora bien, tras el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, no se puede afirmar que los ciudadanos, conforme a la Ley, tengan derecho al acceso o disfrute en igualdad de condiciones de cualquier prestación o beneficio social, al restringirse la condición de beneficiario de

22 El art. 6 de la Ley 33/2011, General de Salud Pública dispone:

«Derecho a la igualdad.

1. Todas las personas tienen derecho a que se las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad si que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

2. En especial, queda prohibida la discriminación entre mujeres y hombres en las actuaciones de salud pública, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como por la demás normativa existente en esta materia.

3. La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas a las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública.

4. Este derecho se concretará en una cartera de servicios básica y común en el ámbito de la salud pública, con un conjunto de actuaciones y programas. Dicha cartera de servicios incluirá un calendario único de vacunación y una oferta única de cribados poblacionales».

Este precepto ha de ponerse en concordancia con el resto del articulado de la Ley, especialmente con los artículos 20 y 21.6, en los que se prohíbe, sucesivamente, la discriminación en las actuaciones específicas sobre cribados y en los reconocimientos sanitarios previos a la incorporación laboral y a la práctica deportiva.

23 STC 115/1989, de 22 de junio, publicada en suplemento al BOE núm. 175, de 24 de julio.

las prestaciones a quien ostentela condición de «asegurado». Si, excepcionalmente, fueran necesarias pruebas de salud o medidas de trato diferenciado, éstas deberán ser públicas y estar debidamente justificadas, siendo la Administración sanitaria competente la encargada de publicar las circunstancias que las motivan.

Se ocupa, también el artículo comentado de la discriminación por razones de enfermedad, señalando que, al margen de las diferencias propias que resulten del padecimiento de la enfermedad, no puede admitirse diferencia de trato distinta de las limitaciones objetivas que la enfermedad imponga en relación con determinadas actividades o de las exigidas por la salud pública.

Un punto especialmente delicado es el relativo a las enfermedades transmisibles que no pueden ser, con carácter general, motivo de exclusión ni de trato diferenciado en el acceso o mantenimiento de ningún empleo. Cuando en el desempeño laboral el padecimiento de una enfermedad transmisible pueda constituir un problema de salud pública, sería razonable que correspondiera a la Administración competente la determinación de la enfermedad, riesgos de transmisión así como la publicación de dicha información.

La exigencia de reconocimientos sanitarios previos a la incorporación laboral remite a la normativa vigente, esto es, la Ley de prevención de riesgos laborales²⁴, si bien la protección del trabajador queda reforzada al ser aquí aplicables los principios recogidos en el Capítulo II del Título Preliminar.

2.6 Derecho a la intimidad, confidencialidad y respeto a la dignidad²⁵

Los ciudadanos tienen derecho al respeto de la información relativa a su estado de salud y a la protección frente a acciones que puedan tender a su

vulneración, incluyéndose, claro está, el derecho a la confidencialidad.

Igualmente, todos los ciudadanos tienen derecho a la intimidad, en particular con respecto al manejo por las Administraciones Públicas sanitarias de la información personal que sea utilizada como soporte de intervenciones de salud pública, debiendo dichas Administraciones adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de la información que, como la propia Ley precisa, abarca también el ámbito relativo a la protección de los datos de carácter personal. Por supuesto, dichos derechos pueden ser objeto de limitación o restricción en caso de conflicto con el interés general que representa la sanidad pública.

3. DEBERES DE LOS CIUDADANOS

3.1 Introducción

Una de las notas que caracterizan a la salud pública es su preocupación por el interés general, por encima del particular, lo que conlleva, en ocasiones,—de conformidad con el mandato que el art. 43 de la CE atribuye a los poderes públicos—, la adopción de medidas por parte de la Administración para proteger y promover la salud en su vertiente colectiva. Como consecuencia de dichas medidas o decisiones pueden resultar afectados los derechos de los ciudadanos, que tienen el deber de soportar las restricciones en sus derechos justificadas por el amparo del interés general como es la preservación de la salud pública²⁶.

Ahora bien, no todos los deberes que se regulan en la Ley acarrearán privación de derechos, pudiendo diferenciar, en primer lugar, los deberes que no comportan privación de derechos; en segundo lugar, los que pueden llegar a condicionar derechos no fundamentales y, por último, los supuestos en los que la intervención administrativa comporta privación de derechos fundamentales²⁷.

²⁴ El art. 20 de la Ley 33/2011 remite tácitamente a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, y en concreto, a su artículo 22.

²⁵ El art. 7 de la Ley 33/2011 dispone:

1. Todas las personas tienen derecho al respeto de su dignidad e intimidad personal y familiar en relación con su participación en actuaciones de salud pública.

2. La información personal que se emplee en las actuaciones de salud pública se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica».

²⁶ La posibilidad de la Administración de limitar los derechos de los ciudadanos por motivos de salud pública ya se reconoció en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950 (vid. art. 8) y en los Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1985.

²⁷ Son derechos fundamentales en la Constitución Española el art. 14 y los previstos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de la CE (arts. 15-29), de conformidad con lo dispuesto en el art. 53.2 de la CE.

Señalar, por último, que dejamos al margen de este análisis los deberes de los ciudadanos que resultan de las prohibiciones recogidas en los delitos contra la salud pública (arts. 332 y ss. CP).

3.2 Deberes que no comportan privación de derechos: deber de colaboración con la Administración Pública y deber de comunicación

Los ciudadanos deben facilitar el desarrollo de las actuaciones de salud pública y abstenerse de realizar conductas que dificulten, impidan o falseen su ejecución²⁸. Asimismo, deben cooperar con las Administraciones Públicas cuando sea preciso para la efectividad de prevención de riesgos y protección de la salud que hayan de adoptarse²⁹.

Asimismo, las personas que conozcan hechos, datos o circunstancias que pudieran constituir un riesgo o peligro grave para la salud de la población los pondrán en conocimiento de las autoridades sanitarias, que velarán por la protección debida a los datos de carácter personal³⁰. La Ley de Salud Pública considera una infracción grave el incumplimiento de comunicación de información cuando revista especial gravedad³¹.

3.3 Deberes de los ciudadanos respecto de la intervención administrativa que comporta privación de derechos

Por virtud del «principio de precaución» consagrado en el Título Preliminar como uno de los principios inspiradores de la Ley 33/2011, la Administración puede intervenir en las actividades públicas y privadas de los ciudadanos que puedan originar conse-

cuencias negativas para la salud pública, adoptando, mediante resolución motivada, medidas preventivas como las siguientes³², que habrán de sujetarse al «principio de proporcionalidad³³» consagrado por la doctrina del Tribunal Constitucional:

- La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.
- La intervención de medios personales o materiales.
- El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.
- La suspensión del ejercicio de actividades para las prácticas que comporten un perjuicio o una amenaza para la salud.
- La determinación de condiciones previas en cualquier fase de fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, servicios e industrias con el fin de corregir las deficiencias detectadas.
- Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud, incluida la suspensión de actuaciones.

Estas medidas, que se adoptan con carácter preventivo, sin que ostenten el carácter de sanción, deben respetar el principio de audiencia del interesado—salvo en el caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población— y su duración no debe exceder del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó³⁴.

3.4 Deberes de los ciudadanos respecto de la intervención administrativa que comporta privación de derechos fundamentales. Medidas especiales

Son varios los derechos fundamentales que pueden resultar limitados por la actuación de la Administración en materia de salud pública, a saber:

a) *El derecho a la libertad personal*³⁵: la Ley Orgánica de medidas especiales en materia de

28 Art. 8 de la Ley 33/2011, General de Salud Pública.

29 El art. 57.2 de la Ley 33/2011 recoge como infracción grave la denegación de apoyo, auxilio o colaboración a los agentes de la autoridad sanitaria, el incumplimiento de las instrucciones recibidas de la autoridad competente si comporta daños para la salud y la resistencia u obstrucción de las actuaciones que fueren exigibles. Si los daños para la salud fueran graves, la infracción puede llegar a calificarse como muy grave. Vid. art. 50 de la Ley 7/2011 de Salud de Extremadura y art. 41.2 de la Ley 16/2010 de Salud de las Islas Baleares.

30 Art. 9.1 de la Ley 33/2011. Como aclara la Ley en su apartado segundo, lo dispuesto se entiende sin perjuicio de las obligaciones de comunicación e información que las leyes imponen a los profesionales sanitarios, lo que remite a la obligación de denuncia para médicos y farmacéuticos que conozcan hechos delictivos en el ejercicio de su profesión (art. 262 de la LE Criminal).

31 Vid. art. 57.2b) 5º de la Ley 33/2011.

32 Art. 54.2 de la Ley 33/2011 si bien las medidas están incluidas en gran parte en el art. 26 de la Ley 14/1986, General de Sanidad. Se reproducen en términos similares en las Leyes autonómicas.

33 Vid. art. 54.3 in fine de la Ley 33/2011.

34 Vid. art. 54.3 de la Ley 33/2011.

35 Art. 17.1 de la CE.

salud pública³⁶ prevé una doble afectación, bien de forma total, cuando se decreta hospitalización y aislamiento por padecer una enfermedad contagiosa, bien parcial o atenuada cuando hubiera que decretar aislamiento que no comporta hospitalización, restringiendo sólo los movimientos del individuo.

b) El derecho a la libertad de información y el derecho a la libertad de expresión³⁷: a fin de evitar la divulgación de información que careciera de veracidad y pudiera causar confusión a los ciudadanos. Por el contrario, la limitación no estaría justificada si se acreditara el grave riesgo para la salud.

c) El derecho a la intimidad personal y familiar³⁸: la sospecha razonable de que determinadas personas puedan padecer una enfermedad grave contagiosa para la población, puede justificar pruebas de reconocimiento médico contra la voluntad del interesado que, si persiste, se puede suplir con autorización judicial expresa. Tratándose de reconocimientos físicos el Tribunal Constitucional exige que se persiga un fin constitucionalmente legítimo, que la medida esté prevista por la Ley, que se adopte mediante resolución judicial motivada y que sea proporcionada, que se lleve a cabo por personal médico o sanitario y que no ocasione un trato inhumano o degradante (STC 207/1996).

d) El derecho a la protección de datos personales³⁹: podría verse limitado si para la prevención de un riesgo grave para la salud pública, la Administración precisa acceder a historiales médicos de pacientes⁴⁰.

e) El derecho a la libertad religiosa e ideológica⁴¹ en relación con el derecho de reunión y manifestación⁴², respectivamente: piénsese, por

ejemplo, en la presencia masiva de personas en un cato religioso o político que resulte desaconsejable por una grave pandemia en la zona.

Señalar, por último, que las medidas previstas en el art. 2 de la Ley Orgánica 3/86 de Medidas especiales en materia de salud pública (reconocimiento médico, reconocimiento sanitario previo en materia laboral y deportiva, cribados, hospitalización y tratamientos médicos obligatorios, así como medidas de control), requieren que concurren determinadas condiciones, amén del principio de proporcionalidad⁴³: que tengan como fin la prevención de la salud pública y la prevención de su deterioro; que las autoridades actúen dentro de sus competencias; que existan razones de urgencia o necesidad que las justifiquen; que existan indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud. Dichas medidas necesitarán autorización previa, o, en su caso, ratificación judicial si la urgencia no permitió aquélla⁴⁴.

4. OBLIGACIONES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Dedica La Ley 33/2011 el Capítulo III del Título I (arts. 10 y 11) a regular las «obligaciones de las Administraciones Públicas» que concreta en una obligación de «información sobre la presencia de riesgos específicos para la salud de la población», que incluirá «una valoración de su impacto en la salud, de las medidas que adopten las Administraciones sanitarias al respecto y de las recomendaciones para la población», así como en la obligación de exigencia de «transparencia e imparcialidad a las organizaciones científicas y profesionales y a las personas expertas con quienes colaboren en las actuaciones de salud pública, incluidas las de formación e investigación, así como a las personas y organizaciones que reciban subvenciones o con las que celebren contratos, convenios, conciertos o cualquier clase de acuerdo».

Para garantizar dicha imparcialidad de dispone que será pública la composición de los comités o grupos que evalúen acciones o realicen recomendaciones de salud pública, los procedimientos de selección, la declaración de intereses de los intervinientes, así como dictámenes y documentos relevantes, salvo las limitaciones previstas por la normativa vigente.

³⁶ LO 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.

³⁷ Art. 20.1 de la CE

³⁸ Art. 18.1 CE con desarrollo en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil de los derechos fundamentales al honor, la intimidad y la propia imagen.

³⁹ Art. 18.4 de la CE desarrollada en la LO 15/1999, de 13 de diciembre.

⁴⁰ Posibilidad prevista en el art. 16. 3 de la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente (DF3ª de Ley 33/11).

⁴¹ Art. 16.1 de la CE.

⁴² Art. 21 de la CE.

⁴³ Arts. 1 y 2 de la LO 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.

⁴⁴ Vid. art. 8.8, párrafo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa.

5. CONCLUSIONES

1. En los derechos regulados por la Ley 33/2011 predomina el concepto de «ciudadano» sobre el de «paciente».

2. La Ley 33/2011 realiza, en nuestra opinión, una regulación innecesariamente restrictiva de los derechos de los ciudadanos en el ámbito de la salud pública ya que sólo contempla cuatro derechos: información; participación; igualdad; intimidad, confidencialidad y respeto a la dignidad, siendo éste último principio inspirador de todos ellos.

3. La Ley 33/2011 Incluye el derecho de igualdad, eliminando toda discriminación con relación con las actuaciones de salud pública. Sin embargo, tras el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, entendemos que no se puede afirmar que los ciudadanos, conforme a la Ley, tengan derecho al acceso o disfrute, en igualdad de condiciones, de cualquier prestación social—como proclamaban tanto la Ley General de Sanidad como la Ley de Cohesión Social—, al restringirse la condición de beneficiario de las prestaciones a quien ostente la condición de «asegurado».

4. En consecuencia, consideramos que si bien la Ley 33/2011 no reconoce el derecho en condiciones de igualdad, a las prestaciones de salud pública—ni siquiera en el apartado 4 del art. 6 de la Ley—, implícitamente lo admite al remitirse a la regulación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y desarrollado en el catálogo de prestaciones aprobado por el Real Decreto 1030/2006. No obstante, insistimos, tras el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, dicho derecho se constriñe a quien ostente la condición de «asegurado» en los términos allí dispuestos, por lo se hace preciso matizar el reconocimiento del «derecho a la igualdad» regulado en la Ley de 2011.

5. Idéntica estrategia adopta con relación al derecho a la autonomía personal, que no reconoce, al venir ya caracterizado en la Ley de Autonomía del paciente. Tampoco se reconoce el derecho a la seguridad de las intervenciones en salud pública ni el derecho a una actuación imparcial y sin conflicto de intereses de cualquier intervención sanitaria, acorde con la obligación impuesta a las Administraciones.

6. Llama la atención el silencio de la Ley sobre los conflictos que pueden plantearse entre los derechos y los deberes, cuando los derechos resulta amenazados por las obligaciones que pueden surgir en el ámbito de la salud pública, resuelto doctrinal y jurisprudencialmente.

7. Debemos completar la regulación de la Ley de 2011 con las Leyes de Salud Pública de las Comunidades Autónomas.

8. Por último, la regulación de las obligaciones de las Administraciones Públicas en materia de salud pública la consideramos fundamental para reforzar la confianza de la población en la autoridad sanitaria y sus recomendaciones de salud pública, amparando y reforzando la imparcialidad de las actuaciones administrativas en materia de salud pública.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GIL M. Y BLEDA GARCÍA J.M.: «Participación ciudadana en salud» Ed. Universitas S.A. Madrid, 2011.
- CAYÓN DE LAS CUEVAS J. y TOMILLO URBINA J: «*Estudios sobre Derecho de la salud*».Universidad Menéndez Pelayo. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2011.
- DOMINGUEZ MARTÍN, M.: «*Formas de gestión de la sanidad pública en España*».La Ley, 2006.
- HERNÁNDEZ BEJARANO, M: «*La ordenación sanitaria en España*».Thomson/ Aranzadi, Pamplona 2004.
- LINDE PANIAGUA, E: «Parte especial del Derecho Administrativo».La intervención de la Administración en la sociedad.Cólex.2ª Edición. Madrid 2012.
- PEMÁN GAVÍN, J.F.:«*Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*».Comares, Granada 2005.
- SÁNCHEZ CARO .J.: «*Retos en salud pública*».Coords. Javier Sánchez Caro y Fernando Avellán.Comares, Madrid, 2011.
- ABELLÁN F: «*Perspectiva del derecho a la información, a la intimidad y a la protección de datos en un Sistema de Notificación y Registro de Sucesos Adversos*».Coord. David Larios Risco. Ed. Comares, Granada 2009.
- V.NARVÁEZ RODRIGUEZ A.: «*La limitación de los derechos fundamentales por ra-*

- zones sanitarias*». Revista Aranzadi Doctrinal. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2009.
- V.REGIS PRADO L.: «*Salud Pública*» dentro de la obra Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Tomo II. Comares. Granada, 2011.
 - VIDA FERNÁNDEZ J.: «*Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y carteras de servicios*» en *la reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*».». (Coords. L .Parejo, A. Palomar y M. Vaquer). Marcial Pons, Madrid 2004.

EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA COMO DERECHO PÚBLICO EXIGIBLE Y SOSTENIBLE

Jesús Esteban Cárcar Benito

Doctor en Derecho. Facultativo no Sanitario del Servicio Murciano de Salud

ÍNDICE

1. Introducción
2. El derecho a la asistencia sanitaria y los principios programáticos
3. El derecho a la asistencia sanitaria como prestación
4. El derecho a la asistencia sanitaria como derecho social
5. El acceso a la asistencia sanitaria y el disfrute del derecho a la salud
6. El principio de sostenibilidad y el derecho a la asistencia sanitaria.
7. Bibliografía

RESUMEN

Las modificaciones legales de los últimos meses, como son la Ley 33/2011, General de Salud Pública, y el Real Decreto Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, dan pie a la reflexión acerca de la extensión del derecho a la asistencia sanitaria pública. Entre la universalización de la misma, como se norma en la Ley de Salud Pública, y la sostenibilidad que se preconiza en las medidas urgentes. La Ley 33/2011, General de Salud Pública, su disposición adicional sexta, ha supuesto la universalización del sistema nacional de salud, extendiendo el derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública a todos los españoles residentes en el territorio nacional y a los que no se les reconoce en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico. La Disposición adicional sexta de la citada Ley menciona que en el caso de las personas que hayan agotado la prestación o el subsidio de desempleo, ha establecido la extensión de este derecho efectivo a partir de enero de 2012, y, para el resto de los colectivos, el Gobierno determinará reglamentariamente los términos y condiciones de la extensión del derecho para quienes ejerzan una

actividad por cuenta propia, en el plazo de seis meses.

Sin embargo, el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, detalla que tendrán derecho a la asistencia sanitaria gratuita en nuestro país únicamente aquellas personas que ostenten la categoría de “asegurados” (o beneficiarios de un asegurado). A saber, trabajadores afiliados a la Seguridad Social, pensionistas, o quienes hayan agotado la prestación por desempleo y figuren como demandantes de empleo. Quienes no entren en ninguna de estas categorías deberán acreditar que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente. Podemos estar ante una posible oportunidad perdida para la plena garantía y universalidad del derecho a la salud. Deviene la cuestión, por tanto de introducir un nuevo principio el de sostenibilidad.

PALABRAS CLAVE

Exigibilidad, derechos, asistencia sanitaria, sostenibilidad, sistema sanitario.

ABSTRACT

The exigibility of health care rights can be exercised in different ways, but also at the judicial stage. In a juridical manner speaking, a right is necessary if the case for its realization intends to use various mechanisms to demand its implementation as Ley 33/2011, General de Salud Pública, y Real Decreto Ley 16/2012,. Health care rights are legally enforceable, when their enforceability is carried out via pre-established procedures that are likely to achieve a specific administrative decision in order to guarantee the realization of the right in question. I introduce the basic features of Spain's public assistance laws,

and analyze what explains variations in both public Laws spending the system coverage (the number of recipients) over time. I find that, unlike other “welfare nations”, Spain does not have a quasi-automatic, institutionalized response to changes in social and economic health distress of its citizens. The problem is often phrased in terms of the ability of governments and others adequately to finance health care in the face of growing cost pressures, with population ageing, new technologies and consumer expectations around health care coverage and quality being the three most commonly cited challenges.. The question as to whether health systems will be financially sustainable in the future is frequently raised in health policy debate.

KEYWORDS

Exigibility, rights, health care, sustainable, health system.

1. INTRODUCCIÓN

El proceso normativo habido para la exigibilidad del derecho a la asistencia sanitaria pública, y el debate doctrinal, para, seguidamente, situar en ese contexto Ciertamente la disposición adicional introducida en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, y el actual Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, que abre el camino al principio de sostenibilidad.

El art. 43 de la CE, como los demás principios rectores de la política social y económica contiene una serie de mandatos dirigidos a los poderes públicos para que hagan efectivas las prestaciones que se definen como contenidos del Estado social y a las que los ciudadanos tendrán derecho a acceder en los términos que establezca la legislación positiva. De ahí que, como se ha dicho de forma expresiva, aunque el art. 43 no configure un derecho subjetivo constitucional, de él resulta “el derecho a que se establezcan derechos”¹, que sí serán verdaderos derechos subjetivos de acuerdo con la legislación que los regule.

Entre ellos estaría, el derecho a la asistencia sanitaria. Su contenido, aunque parcial desde la óptica del citado artículo, es, seguramente el más relevante para los ciudadanos en su conjunto o, al menos, se

refiere a los aspectos de la protección de la salud a los que la conciencia social es más sensible y respecto de los que la demanda ha experimentado un incremento espectacular en los últimos años, cuantitativa y cualitativamente.

2. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA Y LOS PRINCIPIOS PROGRAMÁTICOS

En este sentido, diversos autores sostienen que el derecho a la protección de la salud no es un derecho exigible por considerarlo una norma o principio programático. Al respecto definimos a las normas o principios programáticos como “aquellas que establecen simplemente las directivas de acción, de las cuales no deberá apartarse en el futuro el legislador ordinario, el cual se encuentra obligado a aplicar concretamente las citadas disposiciones a la mayor brevedad posible, las que por otra parte deben ser observadas por la autoridad administrativa en el ejercicio de sus facultades discrecionales. Los contenidos de estos derechos implican por lo general un resultado concreto (salud, vivienda, alimentación), que en caso de no darse anulan completamente su existencia”². En el mismo sentido, podemos afirmar que “el carácter declarativo de las normas programáticas conduce a que no sean accionables, o sea que no se puedan hacer valer en juicio. El ciudadano no tiene derecho a la tutela jurisdiccional para que la autoridad obligue coactivamente al Estado a que haga efectiva aquí y ahora una norma programática. Las normas programáticas son normas impropias, porque no están revestidas de coercibilidad; no pueden hacerse cumplir por la fuerza ni pueden llevarse al órgano jurisdiccional, como en el caso de las normas que otorgan derechos individuales y buena parte de los derechos sociales”³. Sin embargo, al referirse al derecho a la protección de la salud, algunos autores van más allá al afirmar que “se trata de derechos vacíos de contenido, que campean en nuestros textos constitucionales a manera de simples expresiones ideales, sin llegar siquiera a constituirse en normas programáticas, pues no consigna en sus fórmulas consagrables ningún programa a seguir”⁴. En esta misma corriente de pensamiento

2 BISCARETTI DI RUFFIA, P., Introducción al Derecho Constitucional Comparado. Las formas de Estado y las formas de gobierno. Las Constituciones Modernas, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1ª edición española, 1975, p. 322.

3 RUIZ MASSIEU, J. F., *Cuestiones de Derecho Político (México-España)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., UNAM, primera edición, 1993, p.59.

4 MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, V., “El Derecho a la salud como un derecho humano”, *Seminario Salud y Derechos Humanos, México D.F., Fondo editorial de la Comisión Nacional*

1 FERNANDEZ PASTRANA, J.M., *El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984, p.62.

algunos afirman “que el proclamado -derecho a la protección de la salud- no es tal y auténtico derecho subjetivo, a pesar de la expresión que se utiliza, sino un mero principio informador o rector de la política social, que debe ser, eso sí, reconocido, respetado y protegido y que informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”⁵. Estamos ante lo que se denomina una guía de conducta, que no es necesariamente un mandato, sino que comprende una declaración de lo que es bueno y lo que es malo, lo correcto y lo incorrecto. De aquí la necesidad de su desarrollo posterior, de esos reenvíos que concreta la guía de conducta, los valores principales, en mandatos (órdenes, prohibiciones) y sanciones. En pocas palabras, el art. 43 CE reenvía a la ley para la fijación del contenido de los derechos y reenvía a los tribunales para la concreción del contenido de tales derechos. Es por su naturaleza, una norma de definición de valores principales y, en consecuencia una norma de reenvíos⁶.

Por último, estaría la corriente que adscribe el derecho a la protección de la salud al grupo de los derechos económicos, sociales y culturales. Para algunos autores, la principal característica de estos derechos es la progresividad⁷ o condicionamiento económico, que en principio constituiría la medida de exigibilidad⁸ (incluyendo la del derecho a la protección de la salud) y que con frecuencia se utiliza como pretexto para enmascarar evidentes incumplimientos aduciendo que se debe a la falta de recursos o para encubrir la inadecuada distribución de los recursos existentes, por lo que hay una íntima vinculación entre la satisfacción del derecho a la protección de la salud y las políticas públicas de salud, ya que estas últimas van a determinar en una prelación de importancia, los aspectos del derecho a la protección de la salud que van a ser atendidos prioritariamente. Si bien es cierto, que la regla general es la progresividad, hay

determinadas circunstancias en donde tal derecho es de realización inmediata⁹. En este sentido, el artículo 53.3 de CE nos indica que el capítulo III del Título I donde está contenido el derecho a la protección a la salud, como principio rector de la política social y económica, dice “informarán”, expresión ésta que no debe conducir a una interpretación restrictiva de su significado, “la legislación positiva, la práctica judicial, y la actuación de los poderes públicos, pudiendo ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen”. Ante esta regulación nuestra doctrina ha señalado que los principios vienen caracterizados por tener un valor interpretativo, una eficacia restrictiva y una eficacia habilitadora. Pero el problema de fondo planteado es el grado de vinculación de los poderes públicos respecto de estos principios. A este respecto, creo que su existencia, como derecho a la salud, consecuencia directa de la proclamación del Estado social¹⁰ y democrático de Derecho, no puede conducir a una actitud abstencionista por parte de los mismos, sino más bien exigen una actitud positiva de los poderes públicos que deben concretar dichos principios, pues su cumplimiento no puede ser diferido indefinidamente aunque sí demorado¹¹. Al mar-

de *Derechos Humanos*, primera edición, 1991, pp. 45-48.

5 FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., op. cit., p.60.

6 NIETO GARCÍA, A., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, RAP, nº 100-1002, enero-diciembre, 1983, pp.371-414.

7 Es el cumplimiento paulatino y creciente de los derechos humanos de carácter económico, social y cultural, condicionado por los recursos económicos y técnicos con que cuenta cada uno de los Estados.

8 MORALES ACHÉ, P. I, *Tesina: La Salud y los Derechos Humanos*, Puebla (Mexico), Universidad de las Américas, A.C., 1993, pp.7-8. Para el autor, el concepto de política pública incluye la definición e instrumentación de programas de gobierno, la deliberación parlamentaria y la construcción del derecho a través de resoluciones judiciales.

9 ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C., *El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*, publicado en *La Ley*, Tomo D, 2001, pp. 22-29. En principio, el derecho a la salud presenta dos perfiles delimitables, el primero, integrado por algunas obligaciones tendientes a evitar que la salud sea dañada, ya sea por la conducta terceros –ya sea el Estado u otros particulares- (obligaciones negativas), o por otros factores controlables –tales como epidemias, prevenir enfermedades evitables, a través de campañas de vacunación- (obligaciones positivas). El segundo perfil, está integrado por otras obligaciones tendientes a asegurar la asistencia médica una vez producida la afectación a la salud denominadas habitualmente como “derecho a la atención o asistencia sanitaria”, cuyo contenido implica, entre algunas prestaciones, la complejísima tarea de planificación y previsión de recursos presupuestarios necesarios para llevar a cabo la satisfacción de los requerimientos de salud correspondientes a toda la población.

10 PAREJO ALFONSO, L. afirmara que “la legitimidad de la actuación estatal se mide... principalmente en el Estado actual por su capacidad de conseguir y mantener unas determinadas condiciones de vida- (vid. *Estado social y Administración pública*, Civitas, Madrid, 1983, pp 20 ss.), y que DE CABO MARTIN, C. considerara prevalente la legitimidad del elemento Estado social con respecto al complejo (vid. “Estado social y democrático de Derecho” en *Teoría histórica*, II, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU, 1993, pp. 332)

11 SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución española de 1978: ensayo de un sistema: (diez lecciones sobre la Constitución de 1978)*, Madrid, Editora Nacional, 7ª ed., 1994, p. 188 ss. Vid. también, BASILE, S. “Los vlores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, en PREDIERI A.; GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución española de 1978 / estudio sistemático dirigido*, Madrid: Civitas, 1980, pp 253 ss. Vid. DE ESTEBAN, J.; LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN, E.;

gen de todo ello, en la medida en que el enfoque es el propio de un análisis iusfilosófico, los principios rectores suponen un contenido constitucional mínimo que debe ser realizado por los poderes públicos, especialmente por parte del legislador, pero nada impide que éstos en su actuación, vayan más allá de lo establecido por ellos.

3. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA COMO PRESTACIÓN

Al vincular, por tanto, la universalización o generalización del derecho a la asistencia sanitaria con la financiación pública de las prestaciones, el legislador hizo una apuesta arriesgada, pero tanto más loable cuanto que con ella se persigue claramente la efectividad real del derecho y no sólo su afirmación en el plano formal. De poco serviría, en efecto, la atribución generalizada del derecho a la asistencia si el titular tuviera que abonar el coste del servicio y careciera de recursos para ello. La libertad de acceso, sin financiación pública, y, por tanto, con obligación de pagar el coste de las prestaciones recibidas, impediría, de hecho, el acceso a los potenciales usuarios carentes de recursos. En tal caso, el acceso, aunque “libre”, no se produciría en condiciones de “igualdad efectiva” como quiere el art. 3.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS). Es cierto, sin embargo, que esa igualdad efectiva no implica necesariamente la financiación pública íntegra de las prestaciones en todos los casos. Frente a ello se podría objetar que un tal sistema discrimina positivamente a los usuarios de mayor capacidad económica, que reciben gratuitamente unas prestaciones cuyo coste podrían satisfacer sin quebranto patrimonial grave. Sin embargo, económicamente la separación entre atención sanitaria y Seguridad Social no se consuma en 1986, hasta tal punto que en 1994, cuando se publica un nuevo Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, [R.D. Legislativo 1/1994, de 20 de junio](#), ha de realizarse todo un ejercicio de ingeniería jurídica para incluir la asistencia sanitaria como parte del Sistema de Seguridad Social, pero al mismo tiempo dejarla sin regulación dentro de la legislación refundida de dicho Sistema.

En consecuencia, con la LGS, la asistencia sanitaria deja de ser una prestación contributiva del Sistema de Seguridad Social para convertirse en un derecho de todos los ciudadanos residentes en España, y por tanto la pertenencia o no a aquel sistema, alta y afiliación al mismo, y por extensión, la de la persona dependiente de afiliado y en alta, desaparece. Se esté o no en alta en un régimen de Seguridad Social y se dependa o no económicamente de una persona en alta, se tiene derecho a la asistencia sanitaria y por tanto al reconocimiento administrativo de este derecho con carácter personal y propio.

En esta reflexión hay una decantación por la subjetivización de la sanidad, esto es, el cambio de perspectiva desde lo objetivo (el sistema o el instrumento) a lo subjetivo -los derechos de quienes comprendidos dentro del art. 3 de la Ley 16/2003 de 28 de mayo de Cohesión y Calidad (LCCSNS)-, viene exigida no tanto como consecuencia de los derechos fundamentales, que desde luego es evidente que están presentes a lo largo de la evolución normativa del régimen de la sanidad como derechos fundamentales existentes, sino como consecuencia de la culminación de un proceso de reconocimiento en esta materia, a veces desde la propia descentralización del Estado¹².

El derecho a la asistencia sanitaria surge, por tanto, como un derecho público subjetivo dada la posibilidad de su exigibilidad. La primera pregunta sería ¿a quién obliga el derecho a la asistencia sanitaria? La naturaleza de los derechos sociales nos muestran como relevante un tema que de alguna manera se ha señalado tangencialmente en párrafos anteriores: la responsabilidad de los terceros en el esquema de los derechos sociales. Ya PECES BARBA señalaba que los particulares pueden estar a cargo de la prestación de un derecho social¹³. También resaltamos que los derechos sociales gozan de una “doble cara” porque se hacen valer tanto hacia los poderes públicos como en las relaciones entre particulares¹⁴, que hay detrás de estas argumentaciones es el rasgo de que los derechos sociales no se reducen a una simple obligación

GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ TREMP, P., *El régimen constitucional español*, Barcelona, Labor, 1980-1982, pp 20-50. *Vid.* MURILLO FERROL F.; RAMÍREZ JIMÉNEZ, M., *Ordenamiento constitucional de España*, Madrid, S.M., 1980. *Vid.* DE OTTO, I., “Introducción”, en BASTIDA, F.J.; PUNSET, R.; DE OTTO, I (coords.), *Lecciones de Derecho Constitucional*, Oviedo, Guastur Ediciones, 1980, pp. 15 ss. *Vid.* PECES-BARBA G.; PRIETO SANCHIS L., *La Constitución española de 1978: un estudio de derecho y política*, Valencia, Fernando Torres-Editor, 2ª ed.1984, pp 286-291.

12 DE LA QUADRA SALCEDO, T. “Igualdad de los pacientes y cohesión del Sistema Nacional de Salud”, en Luciano Parejo, Alberto Palomar, Marcos Vaquer, (coords) *La reforma del Sistema Nacional de Salud, Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud*, Madrid, Marcial Pons, p. 12

13 PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 11, Madrid, Dykinson, pp.20 ss.

14 CASCAJO CASTRO, J. L., *La Tutela Constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1988, pp.58 ss.

del Estado, sino también que involucra a los particulares.

Y García De Enterría afirma que “... *todos los sujetos públicos o privados, en cuanto vinculados a la Constitución y llamados a su aplicación ... deben aplicar la totalidad de sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa, y otros meramente programáticos, que carecerían de valor normativo ...(-ya que si bien-) no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativas ... todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas ... sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación ... es un reconocimiento preciso de que los principios constitucionales ... son algo más que meras normas –programáticas–, en el sentido tradicional que les negaba toda aplicación judicial*”¹⁵.

Ahora bien, la respuesta a su naturaleza puede ser resuelta desde diferentes fórmulas doctrinales. De un lado, la posición negadora del carácter de verdaderas normas jurídicas para los derechos sociales, y, por tanto, justificadora de una falta de protección jurisdiccional; y de otro lado, la posición que reconoce carácter normativo a los derechos sociales y por tanto exige su defensa y protección judicial¹⁶. En otras pa-

labras, se trata de reconocer que los derechos sociales gozan de tutela, pero no de la forma como la tienen los derechos civiles. En realidad los derechos sociales se encuentran en un período de transición¹⁷. En este estudio, el cuestionamiento de si es posible destacar el carácter normativo y no descriptivo del derecho a la asistencia sanitaria con la consiguiente implicación entre el derecho y sus garantías, podemos partir del razonamiento de la definición de los derechos como expectativas positivas y negativas de prestaciones o de no lesiones, es decir, de modalidades imperativas (obligaciones y prohibiciones: garantías primarias de los derechos), y se desarrolla con las tesis de que una expectativas y otras modalidades imperativas, en el plano teórico, se implican respectivamente, que son dos caras de la misma moneda, es decir, que las prohibiciones y las obligaciones correspondientes a los derechos son deducibles de la enunciación de estos últimos. La propuesta de redefinición del concepto de derecho subjetivo planteada por FERRAJOLI, se inspira precisamente, en la exigencia de resolver este tipo de problema. Para tal redefinición, utilizamos el término expectativa, por otro lado, ya identificado como equivalente a “pretensión”, en su definición; si bien la noción de expectativa tiene un alcance mucho

15 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 68-69.

16 En este sentido, CASTRO CID, B., (vid. *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, León, Servicio de publicaciones Universidad de León, 1993, pp. 74- 101) señala que mientras los derechos civiles y políticos se dirigen a un hombre-individuo en su razón de ser abstracto, universal e inmutable, los derechos económicos, sociales y culturales conciben a un hombre histórico concreto. La aparición de estos derechos se acompaña, pues, de un profundo cambio en las condiciones sociales: tanto en la estructura social y de poder, como en los planteamientos en que se plasma la mentalidad política

Para De Castro antes y después de cualquier reconocimiento por parte de las legislaciones históricas, los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que los otros derechos humanos, han de ser entendidos como potestades relativas a la propia existencia y actuación, que corresponden a los sujetos humanos por el simple título de su modo de ser humano y con independencia de los condicionamientos existenciales de raza, sexo, nacionalidad, religión, etc. Y esto sobre su afirmación de que “son derechos humanos aquellas exigencias o expectativas existenciales del hombre en cuanto tal que se imponen a la razón como atribuciones que no pueden faltar en ningún ordenamiento jurídico” y que el Estado está obligado a garantizar.

Por último, evaluando, a mi juicio, a los críticos de los derechos sociales un nutrido grupo de autores defiende abiertamente la tesis de que las situaciones jurídicas creadas por los llamados derechos sociales no poseen los caracteres propios de los verdaderos derechos, puesto que carecen de la aptitud para la efectividad, no son jurisdiccionalmente defendibles, y su efi-

cacia inmediata queda recortada y condicionada de tal modo por los factores políticos, que su mismo contenido varía de un Estado a otro, en función del nivel alcanzado por el desarrollo económico y en función del orden de prioridad que se asigne a la realización de tales derechos. Esta postura encuentra fiel correspondencia en la doctrina que sostiene que las disposiciones normativas en que se proclaman los derechos sociales no llegan a ser auténticas normas jurídicas aplicables, sino simples principios programáticos con una eficacia ético-política meramente directiva.

17 RUIZ MIGUEL, A., “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. 2, nº 15-16, 1994, pp. 670-671. Podemos señalar con el autor que “el problema de la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales más, parecería que, incluso en sistemas jurídicos como los europeos-occidentales, obliga a denunciar el déficit de protección de muchos de los derechos sociales como única opción frente a quienes les niegan el carácter de derechos precisamente por la ausencia de dicha tutela. Esta alternativa, sin embargo, es demasiado tajante y no tiene suficientemente en cuenta una doble flexibilidad relacionada con la protección jurídica de los derechos fundamentales: en los contenidos de los derechos y en las modalidades de su tutela judicial. En lo que se refiere a la flexibilidad en el contenido de los derechos, cuando se contrastan derechos clásicos, como el derecho al voto o la libertad de expresión, con derechos sociales como el derecho a la vivienda o el derecho al trabajo no siempre se tiene en cuenta cómo (...) los procesos de juridificación sirven para fijar efectos y límites de unos derechos que, antes de tales procesos, tienden a estar mucho más indeterminados y a ser menos específicos en su contenido. (...) En cuanto la flexibilidad en las propias formas de tutela judicial, deben resaltarse los muy variados procedimientos de que se sirven los sistemas jurídicos para proteger los derechos básicos

más vasto¹⁸. En su sentido más habitual, expectativa es la previsión de lo que verosíblemente puede ocurrir; es decir, relacionado con la redefinición de derecho subjetivo, el término adquiere un específica acepción normativa: en el ámbito y a partir de un cierto ordenamiento normativo, el derecho de un sujeto no es otra cosa que una expectativa de no sufrir lesiones o de tener algunas prestaciones, a cargo de otro sujeto, relativas a un interés del primero. Naturalmente, la expectativa del derecho puede no coincidir con lo que pueda ocurrir, resulta prácticamente inevitable una falta de correspondencia entre las dos. La amplitud de la divergencia entre los dos tipos de expectativas mide el grado de eficacia del derecho.

Ello significa que configurar sin más el derecho a la asistencia sanitaria no basta. Los derechos exigen garantías idóneas, que deben ser establecidas y hechas valer eficazmente por el mismo ordenamiento que atribuye los derechos. Desde este punto de vista, la existencia de “derechos sin garantías” parece una especie de aporía dentro de un ordenamiento, que, por un lado, crea, expectativas normativas, y por otro lado, las ignora (o no las satisface adecuadamente). Pero, el derecho a la asistencia sanitaria, incluso entendido sin garantías, no puede ser considerado inexistente, existe en cuanto aparece establecido (o predispuesto, como es el caso actual), por una norma positiva, los derechos “de papel” no son no derechos, sino que es tarea de la teoría identificarlos, y proponer la solución a las aporías en que consisten¹⁹.

Así, dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales hay notables avances sobre la tutela judicial efectiva de los derechos sociales²⁰. Tampoco es aje-

no a este proceso el ámbito internacional en el que, si bien, se reconocen los limitados recursos con que cuentan los Estados para cumplir sus obligaciones, no es óbice para excusar la tutela que ejercen los órganos de control internacional²¹. Un balance sobre el tema de la tutela de los derechos sociales nos lleva admitir que tienen dificultades para su cumplimiento, pero que hay evidencias claras –tanto en los ordenamientos internos como internacionales– de este proceso se viene revertiendo a favor de su cabal ejercicio.

4. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA COMO DERECHO SOCIAL

Otra cuestión sería sí el derecho a la asistencia sanitaria como derecho social está condicionado a los recursos con que cuentan los Estados para su implementación, mientras que los derechos civiles no enfrentan esta dificultad (no representan grandes costos la garantía de estos derechos). Los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran condicionados a los recursos económicos que cuente el Estado para lograr su implementación. Cuando esos recursos abundan no hay riesgos para su cumplimiento; en cambio, la escasez de recursos imposibilita materialmente el goce de los derechos sociales. Esta crítica a los derechos sociales tienen dos aspectos relevantes: por un lado, resalta la estrecha relación entre recursos económicos del Estado y goce de los derechos sociales; y, por otro lado, los costos que suponen la implementación de los derechos sociales.

Hay que exponer claramente lo condicionable de los recursos para los derechos sociales: “reconocen y proclaman derechos cuya efectividad está subordinada al quehacer económico, hacen que venga a nuestra consideración, no la raigambre jurídica del derecho reconocido, la cual para nosotros está fuera de duda, sino la efectividad real del mismo, conscientes de que la dudosa eficacia real del derecho al trabajo, de la elección libre de profesión u oficio, no

18 FERRAJOLI, L., “Expectativas y garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho”, *Doxa*, nº 20, 1997, pp. 226 ss.

19 BOVERO, M., en “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”, en De Cabo, A.; Pisarello, G. (edirs.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Luigi Ferrajoli, Barcelona, Editorial Trotta, 2005, pp. 226-227.

20 PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 92. Estima el citado profesor que “debe también rechazarse la afirmación de que mientras los derechos de libertad se benefician de la tutela constitucional directamente, los derechos sociales no pueden ser objeto inmediato de tal tutela. Si la constitución puede formular positivamente los derechos sociales puede también tutelarlos en igual medida que a los demás derechos en ellas proclamados. Así, si se proclama por vía constitucional y con carácter general para todos los trabajadores el derecho a la asistencia sanitaria podría impugnarse como anticonstitucional cualquier disposición de rango inferior que excluye a un determinado grupo de trabajadores de ese beneficio, al igual que una ley que suprimiera la libertad de culto o el derecho de sufragio”

21 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU, *Instrumento internacional de derechos humanos*, Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, GE.04-41305(S) 010604, 070604, HRI/GEN/1/Rev.7 12 de mayo de 2004, p.8-183. A modo de ejemplo podemos mencionar el pronunciamiento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas sobre el tema: “el Comité reconoce que los programas de ajuste son muchas veces inevitables y que a menudo suponen un elemento importante de austeridad. Ahora bien, en tales circunstancias, los esfuerzos por proteger los derechos económicos, sociales y culturales más fundamentales adquieren una urgencia mayor, no menor”

se salda con un subsidio de desempleo, aunque éste fuera de alcance universal. Por otro lado, nos resulta difícil circunscribirnos al ámbito de la abstracción de los derechos naturales, enraizados en la Ley natural, cuando de suyo el texto jurídico a lo largo de su articulado pretende positivizar aquellos que para algunos podría haber sido una simple abstracción conceptual más propia de la escolástica que de los momentos presentes²².

De esta forma, resulta innegable la dependencia de los derechos sociales de los recursos económicos con los que cuente el Estado. Sin embargo, es apresurado establecer como argumento para el incumplimiento de los derechos sociales la ausencia de recursos económicos. Para ello, destaco una serie de argumentos: “cabe preguntarse si el Estado puede ser exonerado del cumplimiento de sus obligaciones –ya sea de acción o de abstención– en la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales a causa de la existencia de recursos limitados. Una lectura desprevenida del artículo 2.1 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC) podría sugerir que la satisfacción de estos derechos está condicionada a la disponibilidad de recursos. Sin embargo, el mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha sostenido que “para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas por falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para satisfacer, con carácter prioritario, estas obligaciones mínimas”. Además, no basta con que los estados demuestren la existencia de recursos limitados; tienen que evidenciar un uso eficaz, equitativo y oportuno de esos recursos. Por otra parte, aún en aquellos casos en los que el Estado evidencie una inequívoca limitación de recursos, ello no agota las posibilidades de satisfacción de los de derechos económicos, sociales y culturales, ya que éstos pueden ser cubiertos mediante programas desarrollados a través de la cooperación y la asistencia internacional. “Las obligaciones de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales corresponden, por tanto, a los Estados, considerados estos individualmente, y en el conjunto integrado por la comunidad de las naciones. En este segundo grupo deben incluirse los organismos multilaterales de los sistemas internacional y

regional²³.

En cuanto al tema de los costos de los derechos sociales que imposibilitan su implementación como la asistencia sanitaria, enfatizo la debilidad de esa argumentación porque “el recorte jurídico-estructural de un derecho no puede ni debe confundirse con la cuestión de su financiación. Si estas dos dimensiones fuesen indisociables, entonces no se comprendería que ciertos derechos –como los derechos de acceso a los tribunales y de acceso al derecho– pudiesen ser considerados tranquilamente derechos directamente aplicables cuando, sin embargo, dependen de prestaciones estatales (tribunales, procesos, etc.). (...) La “reserva de las arcas del Estado” supone problemas de financiación pero no implica el “grado cero” de vinculación jurídica de los preceptos que consagran los derechos fundamentales sociales²⁴. En esa misma línea argumental la satisfacción de los derechos sociales no depende de la disponibilidad de recursos, sino más bien en la asignación de los recursos disponibles²⁵.

Finalmente, hay pasos relevantes en el plano internacional para que se adopte un Protocolo Adicional al PIDESC²⁶ que establezca un procedimiento de examen por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, otorgándole competencia para comunicaciones o reclamaciones presentadas por los Estados y los particulares sobre violaciones a los derechos sociales. Se ha admitido progresivamente que el PIDESC no sólo obliga a los Estados a dar realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales dentro de los límites derivados de los recursos disponibles sino que impone obligaciones de efecto inmediato. En una reclamación individual se podría verificar si un Estado cumple o no esas obli-

23 BOLIVAR, L., “La justicia de los derechos económicos, sociales y culturales: el papel de la sociedad civil”, en *Memoria I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos*, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, pp.57-58.

24 GOMES CANOTILHO, J.J., “Metodología Fuzzy y Camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales” en *Derechos y Libertades*, Madrid, Universidad Carlos III- Boletín Oficial Del Estado, Año III, 1998, febrero, nº 6, p. 45.

25 CARAZO, R. A., “Los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Memoria I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos*, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p.190.

26 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU, Pacto adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

22 RAGA, T., “Efectividad de los derechos económicos y sociales”, en *Derechos y Libertades*, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Año III, nº 6, Febrero 1998, p. 194.

gaciones, las cuales serían “justiciables”²⁷.

Por último, la diversidad de técnicas de garantía para el desarrollo del modelo de derecho social pone su acento, según los diferentes autores, en la garantía institucional, la garantía jurisdiccional o la garantía social, mediante la movilización constante de los individuos y los grupos portadores de estos intereses y valores. La garantía institucional, cuando el reconocimiento jurídico de un derecho social se entiende como un mandato dirigido por el poder constituyente al legislativo y la administración para que actúe positivamente. Según LORA, para el caso de vulneración a la protección de la salud cabría reprochar al legislador y a la administración el que no proporcionen cobertura sanitaria a todos los ciudadanos²⁸. En ello consistiría por tanto el derecho que nos ocupa: en un mandato o desafío lanzado a los poderes públicos para que se pongan manos a la obra y organicen la asistencia sanitaria.

5. EL ACCESO A LA ASISTENCIA SANITARIA Y EL DISFRUTE DEL DERECHO A LA SALUD.

En consecuencia, el acceso a los bienes, servicios y oportunidades destinados a satisfacer las necesidades de salud no es sólo un derecho humano fundamental y la clave para que las personas puedan disfrutar de otros derechos humanos fundamentales. Desde una perspectiva social es también un elemento crucial para la construcción de capital humano y tejido social, a través de la inserción de los individuos en la vida de su comunidad. Desde una perspectiva económica, es un factor esencial para el desarrollo productivo de los países²⁹. Para que se cumplan las dos últimas condiciones, los bienes, servicios y oportunidades de salud deben ser distribuidos de modo tal que una cantidad suficiente de personas alcance

y conserve un estado de salud que permita generar y mantener el tejido social y la plataforma productiva. Sin embargo, para que las condiciones mencionadas contribuyan a la cohesión social y al desarrollo humano de los países, la distribución de los bienes, servicios y oportunidades, el acceso a la salud no solo debe involucrar a un número crítico de personas. Debe ser además equitativa. Desde el punto de vista ético, la distribución equitativa de los bienes, servicios y oportunidades de salud se inscribe en el marco de la *Teoría de la justicia* de RAWLS³⁰, que plantea que todos los bienes sociales primarios –libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, y las bases del auto-respeto– deben ser distribuidos igualmente a menos que la distribución desigual de uno o todos estos bienes favorezca a los menos privilegiados. El segundo principio de la citada teoría establece que los bienes sociales y económicos deben ser organizados para el máximo beneficio de los más débiles.

La búsqueda de equidad es un objetivo central de muchos sistemas de salud en la actualidad y representa un desafío que se extiende más allá del sector salud. La inequidad en la distribución de los bienes y oportunidades de salud y en la utilización de los servicios de salud se manifiesta en la existencia de grupos de personas que no pueden disfrutar de dichos bienes, servicios y oportunidades, es decir, se encuentran excluidos del acceso a los mecanismos de satisfacción de sus necesidades de salud. La exclusión en salud representa la negación del derecho a la salud para estas personas.

6. EL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD Y EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

Es cierto que *de facto* esta acumulación de conceptos ha dado lugar a una cuasiuniversalización del derecho a la asistencia sanitaria, (pero no menos cierto es que continuaba existiendo un colectivo de personas con residencia en España que carecen de tal derecho). Esta situación llegaba a suponer el incumplimiento del mandato de universalización que deriva del derecho a la salud constitucionalmente consagrado y formalmente asumido por nuestra legislación general sanitaria (Ley General de Sanidad de 1986 y Ley de Cohesión de 2003), sino que resultaba incongruente con el sistema vigente de financiación sanitaria, que no descansaba ya en las cotizaciones sociales vinculadas al trabajo sino en la carga tribu-

27 MARÍN, F. M., “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de las Naciones Unidas”, *Revista de Derechos y Libertades*, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Año III, Febrero, nº6, 1998, p. 94.

28 LORA DEL TORO, P., “El derecho a la protección de la salud”, en BETEGÓN CARRILLO J.; LAPORTA SAN MIGUEL F.; PRIETO SANCHÍS L.; DE PARAMO ARGÜELLES J.R. (coords.) *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, 2004, pp. 875-910.

29 ACUÑA, M. C., “Exclusión, protección social y el derecho a la salud, Unidad de Políticas y Sistemas de Salud Área de Desarrollo Estratégico de la Salud OPS-OMS, *Revista Panamericana de Salud Pública*, marzo 2005, disponible en: <http://www.lachsr.org/extencion/pdf/exclus-ders>

30 RAWLS, J., *A theory of justice*, Mexico, Fondo de Cultura Económica de, 1997, pp.12 ss.

taria soportada por todos los contribuyentes. Lo cual producía una discriminación contraria al principio constitucional de igualdad (art. 14 CE), en la medida en que implica una diferencia de trato que carecía de una justificación razonable, dado que no hay, en efecto, más allá de una pura inercia histórica, razón alguna que justifique la exclusión de un colectivo de ciudadanos-contribuyentes del acceso a la asistencia sanitaria pública: si todos contribuyen a sostener el gasto público sanitario de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario “inspirado en los principios de igualdad y progresividad” (art. 31.1 CE), es claro que todos deben tener acceso a los servicios y prestaciones que se financian a través de dicho sistema tributario. En consecuencia, recientemente, por medio de la disposición adicional introducida en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, el ordenamiento reguló el procedimiento para la universalización de la asistencia sanitaria pública, esto es, para su extensión a todos los ciudadanos españoles por el mero hecho de serlo, dándose así cumplimiento, tres décadas más tarde de lo deseado, al mandato contenido en el artículo 43 CE

Sin embargo esta pretensión parece haber decaído rápidamente por el *Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones* detallando que tendrán derecho a la asistencia sanitaria gratuita en nuestro país únicamente aquellas personas que ostenten la categoría de “asegurados” (o beneficiarios de un asegurado, es decir, cónyuge e hijos). A saber, trabajadores afiliados a la Seguridad Social, pensionistas o quienes hayan agotado la prestación por desempleo y figuren como demandantes de empleo. Quienes no entren en ninguna de estas categorías, deberán “acreditar que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente”.

El citado Real Decreto supone, a mi juicio, introducir el principio de sostenibilidad, que intenta mejorar la eficiencia en la gestión, promueve el ahorro, y la economicidad dentro del sistema incidiendo en la creación de normas comunes de aseguramiento, que permitan un crecimiento igual de las prestaciones del catálogo, un adecuación a la realidad socioeconómica y la inclusión de rigor y énfasis en la eficiencia, como principios. El mecanismo utilizado ha sido la modificación de la LCCSNS, que es el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias que permiti-

rán garantizar la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud, entendido éste, en los términos de la [Ley General de Sanidad](#), como el conjunto de los servicios de salud de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, integrándose todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud, así como las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos, en orden a satisfacer el derecho a la protección de la salud.

En esa línea, parece traerse de una garantía de futuro para solucionar problemas insostenibles. Algunos son procedentes del envejecimiento de la población y de la necesidad de incorporar las innovaciones terapéuticas en la terapia clínica, el avance y progreso en la medicina molecular etc., Sin duda, todos suponen un incremento de gasto. El objeto del tal desarrollo normativo, por tanto, sería como colegir el derecho a la protección a la salud, que se sustenta con base en la financiación pública, la universalidad y la gratuidad de los servicios sanitarios. Es decir, ¿existe la necesidad de apuntalar la LGS, que dio respuesta y desarrollo a estas previsiones constitucionales, estableciendo 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 sostenibilidad de los sistemas sanitarios depende de su capacidad de transformación y adaptación a la nueva realidad. Uno de los retos del llamado estado del bienestar es conseguir que los ciudadanos tengan la mejor asistencia sanitaria posible, independientemente de su nivel social. Sin embargo, una cartera de servicios cada vez más amplia, como he dicho, debido al envejecimiento de la población, al incremento del número de enfermos crónicos, y medicamentos cada vez más caros, unida a la ineficiencia en la gestión, hacen necesario plantear un nuevo escenario en el que los sistemas sanitarios se transformen y se adapten a la realidad actual con el objetivo de ser sostenibles.

La universalización de la asistencia sanitaria y su compatibilidad con un modelo económico sostenible ha sido, desde siempre, uno de los retos más importantes para los gobiernos de casi todo el mundo. Por eso, [redimensionar los sistemas sanitarios](#) va a ser una tarea ineludible para los gobernantes a corto y medio plazo³¹. La evolución de este factor depende

31 LLUCH, E., “La “operación primavera” contra la Ley General de Sanidad”, en Francisco Ortega y Fernando Lamata,

de las decisiones políticas sobre dotación de recursos y adopción de innovaciones en el sistema sanitario. Ahora bien, a la vista de las circunstancias actuales, existen pocas dudas de que la prestación sanitaria *real media*³² *estará sometida en los próximos años a una importante presión al alza por parte de los pacientes. Es un hecho que el sector sanitario representa una realidad socioeconómica compleja no sólo por las características del servicio que se presta sino por los agentes que intervienen en él: desde el personal sanitario a la industria farmacéutica pasando por los farmacéuticos, las administraciones centrales y autonómicas y, desde luego, el usuario.*

Una mínima revisión histórica de la salud en el mundo, muestra que la organización de los servicios sanitarios tal y como los entendemos ahora tienen muy pocos años de vida. Y es que fue la necesidad de luchar de forma organizada contra las enfermedades infecciosas la que planteó la necesidad de organizar la salud pública. Por eso, los expertos señalan que el siglo XIX puede definirse como el de la lucha contra estas patologías; el siglo XX, el del tratamiento a los enfermos agudos y el siglo XXI, debería corresponderse con el de la prevención y la atención de los enfermos crónicos. La transformación de los sistemas sanitarios es ineludible, debe afectar tanto a la atención primaria como a la hospitalaria y centrarse en el paciente y el proceso. Los recursos son muy caros y hay que ser más eficientes. Esta es la gran transformación que tiene pendiente el Sistema Nacional de Salud, en común con los países europeos³³.

Pero vayamos por partes. porque esta transformación no es sencilla. Tal vez por ello, uno de los aspectos que más preocupa a la Organización Mundial de la Salud (OMS) es cómo obtener recursos suficientes para financiar la asistencia sanitaria y evitar las barreras económicas que impiden a la población de los países pobres acceder a estos servicios indispensables. La pregunta sería: ¿cómo hacer que esto

sea posible? Es hoy más imperioso que nunca en un entorno de recesión económica y con un incremento creciente en los costes de la atención sanitaria. Así ocurre en el ámbito sanitario que los argumentos técnico-científicos no resuelven por si solos la complejidad de situaciones en la que nos encontramos y es preciso recurrir a la argumentación filosófica y jurídica y, sobre todo, en los casos difíciles, a la ética³⁴.

La *sostenibilidad* tiene varias dimensiones: la social, la natural, la económica y la institucional. La sostenibilidad social está relacionada con el equilibrio de las sociedades y de éstas con su entorno económico, natural y/o político-institucional. Los Derechos Humanos a su vez, parten de dimensionar al Ser Humano de forma integral, por lo cual tiene bases similares con la sostenibilidad social.

La visión holística y sistémica de la sostenibilidad permite plantear que no es posible obtener *sostenibilidades* parciales. Es imprescindible que todos los sistemas o dimensiones que lo componen sean coherentes y que el sistema en su conjunto sea sostenible, debido a la interdependencia de sus componentes. Al mismo tiempo, el enfoque integral de los Derechos Humanos plantea que no es posible el disfrute de unos Derechos a expensas de otros. Los Derechos Humanos tienen raíces muy profundas, pues gracias a estos, se coloca en igualdad de condiciones a todas las personas, independientemente de su lugar de origen, raza, credo religioso o nivel socio económico, entre otros. Los Derechos humanos tienen como base una vida digna en la que se gozan de todos los derechos y en la que se asume un papel responsable con los derechos de las demás personas y con el planeta. Sin embargo, los Derechos Humanos y la sostenibilidad pareciera aparentemente no tener inmediata conexión, pero en realidad estamos hablando de dos aproximaciones orientadas hacia lo mismo: la responsabilidad y el bienestar individuales y colectivos en un mundo que es indivisible e interdependiente, en el cual todas nuestras acciones o inacciones generan consecuencias

Desde la perspectiva del derecho interno, debemos tener en cuenta la remisión expresa en nuestro sistema constitucional a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Convenios Internacionales para la interpretación de los derechos fundamentales en los que el Estado es parte, en cohe-

(editores) *La Década de la Reforma Sanitaria*, Madrid, Exlibris Ediciones, 1998, pp. 29-34.

32 PUIG -JUNOY, J., “¿Es la financiación sanitaria y adecuada?”, *Parte III, recurso y financiación*, Barcelona, Doyma, 16-03-2006. <http://www.doyma.es/es>

33 GENSINI G.F, YACIOUB MH, CONTI A.A... “The concept of quarantine in history: from plague to SARS”, *Jounal Infect* 2004; 49, 257-261; LE GRAND J., ROBINSON R., *The Economics of Social Problems. The Market versus the State*. London: MacMillan, 1984: pp.24-46 .REPULLO JR. “Cambios y reformas en los sistemas y servicios sanitarios.”, en. REPULLO JR, INESTA.A., *Sistemas y Servicios Sanitarios. Manuales de Dirección Médica y Gestión Clínica*, Madrid, Díaz de Santos; 2006:pp. 121-197

34 MARCOS DEL CANO, A. M., “La Bioética y el Bioderecho desde los Derechos Humanos”, en Ana M^o. Marcos del Cano, *Bioética y derechos humanos*, Madrid, UNED, Ciencias Sociales y Jurídicas, 2011, p. 20.

rencia con el artículo 10.2 CE, al prefigurar que las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre la misma materia, ratificados en España. Además, el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina se encuentra en vigor en nuestro sistema jurídico (hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, fue firmado por el Reino de España en esa fecha y ratificado por Instrumento de Ratificación de 23 de julio de 1999, B.O.E. de 20 de octubre de 1999, incorporándose y entrando en vigor en el sistema jurídico español el 1 de enero de 2000). En tal sentido, estos instrumentos jurídicos sirven, en el momento actual, al desarrollo de esos intereses, necesidades y preocupaciones de los poderes públicos como medio de concreción de sus diversas acciones políticas en este ámbito, en las que es indudable que el Derecho Constitucional se ve comprometido respecto al enunciado y orientación del desarrollo de estas funciones, no sólo por el camino de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, sino especialmente por los principios rectores de política social y económica.

Por ello, no deben ser olvidados los principios generales que forman parte del ordenamiento jurídico interno con una doble función, de un lado, integradora, por cuanto que constituyen fuente dentro del sistema de jerarquía de normas y por otro lado, informadora, en cuanto que constituyen una vía esencial interpretativa del ordenamiento jurídico, pues el derecho no solo se identifica con la ley, sino que acoge también los principios que orientan a criterios de justicia material que no tienen en principio acogida explícita en la ley, pero que configuran, junto a la costumbre y la jurisprudencia, la total configuración del ordenamiento jurídico, por cuanto que esos principios generales del derecho se integran en las Declaraciones Internacionales y no constituyen normas jurídicas coercitivas.

Sea como fuere, habrá que mencionar que el principio de *sostenibilidad* ya está “descubierto”, pero ahora le quedan por recorrer el camino necesario hasta que se haga evidente y sea suficiente su mera alegación para comprender su alcance y contenido, esto es, para llegar a lo que antes se ha llamado fase de *consolidación*³⁵. Su supervivencia depende, por

*tanto, de los operadores jurídicos, fundamentales de la jurisprudencia y doctrina, pero no porque sean los únicos a los que corresponde esta tarea, pues, como ya se ha visto, cualquier jurista está en condiciones de demostrar que existe un nuevo valor jurídico en la comunidad al aplicar el derecho en su actuaciones singulares, sino porque éstos se encuentran en una posición más adecuada para realizar este tipo de tareas, bien, como ocurre con la doctrina, porque ésta sea una de sus principales funciones*³⁶, bien, como es el caso de la jurisprudencia, porque su aplicación se vea respaldada, sino por el imperium de sus decisiones, sí por su auctoritas.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C., El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible, publicado en La Ley, Tomo D, 2001.
- ACUÑA, M. C., “Exclusión, protección social y el derecho a la salud, Unidad de Políticas y Sistemas de Salud Área de Desarrollo Estratégico de la Salud OPS-OMS, Revista Panamericana de Salud Pública, marzo 2005, disponible en: <http://www.lachsr.org/extension/pdf/exclus-ders>
- BELADIEZ ROJO, M., Los principios jurídicos, Madrid, Cuadernos civitas, Civitas, 2ª edición, 2010.
- BETTI, E., Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Milano, Giuffrè, 1971.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P., Introducción al Derecho Constitucional Comparado. Las formas de Estado y las formas de gobierno. Las Constituciones Modernas, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1ª edición española, 1975
- BOLIVAR, L., “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: el papel de la sociedad civil”, en Memoria I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.
- BOVERO, M., en “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”, en De Cabo, A.; Pisarello, G. (edirs.), Los fundamentos de los derechos fundamentales, Luigi Ferrajoli, Barcelona, Editorial Trotta,

35 BELADIEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, Madrid, Cuadernos Civitas, Civitas, 2ª edición, 2010, pp.99-100.

36 BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1971, p.218.

- 2005.
- CARAZO, R. A., “Los derechos económicos, sociales y culturales”, en Memoria I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.
 - CASTRO CID, B, Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos, León, Servicio de publicaciones Universidad de León, 1993.
 - DE LA QUADRA SALCEDO, T. “Igualdad de los pacientes y cohesión del Sistema Nacional de Salud”, en Luciano Parejo, Alberto Palomar, Marcos Vaquer, (coords) La reforma del Sistema Nacional de Salud, Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, Madrid, Marcial Pons
 - FERNANDEZ PASTRANA, J.M, El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984.
 - FERRAJOLI, L., “Expectativas y garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho”, *Doxa*, nº 20, 1997.
 - GARCÍA DE ENTERRÍA, E., La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, Civitas, 1988
 - GENSINI G.F, YACOUN MH, CONTI A.A... “The concept of quarantine in history: from plague to SARS”, *Journal Infect* 2004, nº49.
 - GOMES CANOTILHO, J.J., “Metodología Fuzzy y Camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales” en *Derechos y Libertades*, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial Del Estado, Año III, 1998, febrero, nº 6,
 - LORA DEL TORO, P, “El derecho a la protección de la salud”, en [BETEGÓN CARRILLO J.](#); [LAPORTA SAN MIGUEL F.](#); [PRIETO SANCHÍS L.](#); [DE PÁRAMO ARGÜELLES J.R.](#) (coords.) *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, 2004.
 - MARCOS DEL CANO, A. M., “La Bioética y el Bioderecho desde los Derechos Humanos”, en Ana M^o. Marcos del Cano, *Bioética y derechos humanos*, Madrid, UNED, Ciencias Sociales y Jurídicas, 2011.
 - MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, V., “El Derecho a la salud como un derecho humano”, Seminario Salud y Derechos Humanos, México D.F, Fondo editorial de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, primera edición, 1991.
 - LLUCH, E., “La “operación primavera” contra la Ley General de Sanidad”, en Francisco Ortega y Fernando Lamata, (editores) *La Década de la Reforma Sanitaria*, Madrid, Exlibris Ediciones, 1998.
 - MARIÑO, F. M., “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de las Naciones Unidas”, *Revista de Derechos y Libertades*, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Año III, Febrero, nº6, 1998.
 - NIETO GARCÍA, A., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública, RAP*, nº 100-1002, enero-diciembre, 1983.
 - PEREZ LUÑO, A. E, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2003
 - PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 11, Madrid, Dykinson.
 - RAGA, T., “Efectividad de los derechos económicos y sociales”, en *Derechos y Libertades*, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Año III, nº 6, Febrero 1998.
 - RAWLS, J., *A theory of justice*, Mexico, Fondo de Cultura Económica de, 1997.
 - REPULLO JR. “Cambios y reformas en los sistemas y servicios sanitarios.”, en REPULLO JR, IÑESTA.A., *Sistemas y Servicios Sanitarios. Manuales de Dirección Médica y Gestión Clínica*, Madrid, Díaz de Santos; 2006:pp. 121-97.
 - RUIZ MASSIEU, J. F., *Cuestiones de Derecho Político (México-España)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., UNAM, primera edición, 1993.
 - RUIZ MIGUEL, A., “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. 2, nº 15-16, 1994.

SALUD PÚBLICA Y POLICÍA SANITARIA MORTUORIA: PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL TRATAMIENTO DE LOS RESTOS FETALES

Jimena Beatriz Manjón Rodríguez

*Técnico Jurídico del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla
Servicio Cántabro de Salud*

ÍNDICE

1. Planteamiento
 - 1.1. Objeto
 - 1.2. Ausencia de la policía sanitaria mortuoria en la reciente Ley General de Salud Pública.
 - 1.3. Residuos sanitarios: clasificación y tratamiento.
2. La muerte fetal
3. Tratamiento legal de los supuestos de muerte fetal intrauterina.
4. “Resto humano de entidad suficiente” como concepto jurídico indeterminado.
 - 4.1. Necesidad y relevancia de su calificación.
 - 4.2. Criterios de calificación

RESUMEN

Resulta preciso fijar un criterio normativo que permita determinar con seguridad jurídica qué ha de entenderse por restos humanos con entidad suficiente a los efectos de establecer con exactitud qué restos fetales tienen seguir el tratamiento previsto en la normativa de policía sanitaria mortuoria y no en las disposiciones reguladoras de residuos hospitalarios. Para ello, frente al criterio de las 25 semanas (180 días) que cabe extraer indirectamente de la Ley del Registro Civil, apostamos por la noción de la viabilidad como concepto delimitador, a cuyo efecto la relevancia exigida normativamente se produciría en los restos fetales de 22 o más semanas.

PALABRAS CLAVE

Policía sanitaria mortuoria, residuo sanitario, restos fetales, muerte fetal, viabilidad.

1.- PLANTEAMIENTO

1.1 Objeto

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del problema relativo al tratamiento que haya de darse a los restos fetales en orden a su consideración bien como cadáver o resto humano de entidad suficiente, bien como residuo sanitario, a los efectos de su destino final, problemática cuestión que suele presentarse con frecuencia en los hospitales españoles en orden a su calificación bien como cadáver o resto humano de entidad suficiente, bien como residuo sanitario en sentido estricto. Dicha calificación determinará su destino final, bien de acuerdo con las normas sobre PSM, en el primer caso, o de acuerdo con las normas reguladoras de los residuos sanitarios, en el segundo supuesto.

1.2 Ausencia de la policía sanitaria mortuoria en la reciente Ley General de Salud Pública

La policía sanitaria mortuoria, entendida, entre otros aspectos, como la actividad de intervención administrativa en relación con toda clase de prácticas sanitarias sobre cadáveres y restos cadavéricos, constituye una de las clásicas competencias en materia de salud pública cuya regulación corresponde a las Comunidades Autónomas desde los primeros trasposos de competencias en los años 80. No obstante, es de significar que la policía sanitaria mortuoria no ha merecido atención alguna por el legislador en la reciente Ley General de Salud Pública de 2011, por lo que se

echa en falta un tratamiento de mínimos en el conjunto del Sistema Nacional Salud para la resolución unificada de determinados problemas, aspecto que deberá ser colmado a través de los reglamentos autonómicos, todos ellos tributarios del viejo reglamento estatal de Policía Sanitaria Mortuoria aprobado por Decreto 2263/1974, de 20 de julio.

El constante desarrollo de actividades de atención a la salud humana así como la utilización de las técnicas científicas cada vez más avanzadas hacen que en los hospitales se genere una cantidad muy elevada de residuos sanitarios, cuya gestión merece una especial atención debido a la composición de los mismos y a su potencial grado de peligrosidad, principalmente en relación con los siguientes ámbitos afectados:

- a) La salud pública, en la medida en que una mala gestión interna por parte del centro puede afectar a pacientes y al público en general, del mismo modo que una inadecuada gestión externa puede afectar a la población general.
- b) El medio ambiente, cuando se realiza un tratamiento y eliminación ineficaz de los residuos dando lugar a emisiones contaminantes.
- c) Los trabajadores, especialmente los que realizan su actividad laboral en el centro productor.

1.3 Residuos sanitarios: clasificación y tratamiento

Los residuos sanitarios pueden ser definidos como aquellos que se generan en cualquier establecimiento o servicio en el que se desarrollen actividades de atención a la salud humana. En cuanto a su tratamiento legal cabe significar la existencia de una compleja ordenación jurídica de los residuos sanitarios. Ello es debido por un lado, a que hasta la fecha no se ha aprobado una Ley General de residuos sanitarios a nivel estatal¹. Por otro lado, existe una

numerosa regulación autonómica sobre la materia adoptada en el ejercicio de sus respectivas competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de medioambiente y sanidad e higiene. Actualmente, la gran mayoría de las diecisiete Comunidades Autónomas existentes han promulgado Decretos sobre los residuos sanitarios.²

Los residuos sanitarios se clasifican y eliminan a través de procedimientos especiales, previstos en las diferentes normativas autonómicas, con objeto de garantizar la seguridad en el ámbito hospitalario y de la población en general. Existe por tanto, un amplio abanico de clasificaciones de residuos en función de la normativa de cada Comunidad Autónoma. No obstante una clasificación de los residuos sanitarios generados en los hospitales podría ser la siguiente:

- a) *Clase I.- Residuos generales o sólidos urbanos*: Son aquellos que se generan en los servicios de administración, consultas de los hospitales, cocina, vestuarios, almacenes entre otros. Entre ellos podemos incluir papel, vidrio, plástico car-

¹ La legislación estatal sobre la materia viene constituida por la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, que derogó la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos que establece el régimen jurídico básico aplicable a los residuos en España y el Real Decreto 833/1988, de 20 de julio, sobre residuos tóxicos y peligrosos. La aprobación del Real Decreto 952/1997, de 20 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 833/1988, de 20 de junio, supuso un cambio en el régimen legal de los residuos peligrosos, incluyendo entre ellos a los residuos sanitarios específicos, como consecuencia de la incorporación al ordenamiento Español de la Directiva 91/689/CEE, de 12 de diciembre de 1991, relativa a los residuos peligrosos.

² En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria, se ha promulgado el Decreto 68/2010, de 7 de octubre, por el que se regulan los residuos sanitarios y asimilados, que deroga el Decreto 22/1990, de 7 de mayo, sobre gestión de residuos hospitalarios en la Comunidad Autónoma de Cantabria. Asimismo, las normas autonómicas que regulan sobre residuos sanitarios son las siguientes a la fecha de redacción del presente trabajo: Decreto 460/1997, de 21 de noviembre, por el que se establece la normativa para la gestión de los residuos de los establecimientos sanitarios en la Comunidad de Galicia; Decreto 132/2011, de 17 de mayo, por el que se modifica el Decreto 104/2002, de 26 de julio, de Ordenación de la Gestión de Residuos Sanitarios de la Comunidad Autónoma de Canarias; Decreto Foral 296/1993, de 13 de septiembre, sobre gestión de Residuos Sanitarios de Navarra; Decreto 76/2002, de 26 de marzo, por el que se regulan las condiciones para la Gestión de los Residuos Sanitarios en la Comunidad Autónoma del País Vasco; Decreto 27/1999, de 9 de febrero, de la Gestión de los Residuos Sanitarios en la Comunidad Autónoma de Cataluña; Decreto 240/1994, de 22 de noviembre, del Gobierno Valenciano, por el que aprueba el Reglamento regulador de la gestión de los Residuos Sanitarios; Decreto 204/1994, de 15 de septiembre, de Ordenación de la Gestión de los Residuos Sanitarios en la Comunidad de Castilla León; Decreto 52/1998, de 24 de febrero, de la Diputación General de Aragón, por el que se modifica el Decreto 29/1995, de 2 de febrero, de Gestión de Residuos Sanitarios; Decreto 136/1996, de 5 de julio, de Ordenación de la Gestión de los Residuos Sanitarios en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; Decreto 141/1998, de 1 de diciembre, por el que se dictan normas de Gestión Tratamiento y Eliminación de los Residuos Sanitarios y Biocontaminados en la Comunidad Autónoma de Extremadura; Decreto 51/1993, de 11 de noviembre, de Ordenación de la Gestión de los Residuos Sanitarios en la Comunidad Autónoma de La Rioja; Decreto 83/1999, de 3 de junio, por el que se regulan las actividades de producción y gestión de los residuos biosanitarios y citotóxicos en la Comunidad de Madrid y Decreto 73/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Residuos de Andalucía

tón o restos de comida entre otros. Algunos de estos residuos son reciclables.

b) *Clase II.- Residuos biosanitarios*, que a su vez se subdividen en dos categorías:

- Asimilables a urbanos, que se generan por el contacto con pacientes pero no han estado en contacto con líquidos biológicos o pacientes infecciosos, como vendas, gasas, sondas apósitos, bolsas de sangre vacías etc.

- Biosanitarios especiales o no asimilables a urbanos: En este subapartado se incluyen fundamentalmente los residuos patológicos, contagiosos o infecciosos, es decir aquellos cuya incorrecta manipulación puede transmitir una enfermedad, como agujas y hojas de bisturí.

c) *Clase III.- Residuos químicos*: son residuos contaminados con productos de naturaleza química, como disolventes, mercurios, medicamentos o el formol o el xilol donde se conservan los órganos.

d) *Clase IV.- Residuos radiactivos*: consiste básicamente en material de desecho contaminado por sustancias radioactivas. Estos desechos se generan únicamente en aquellos hospitales que dispongan de unidades de tratamiento con radioterapia, medicina nuclear o ciertos laboratorios.

e) *Clase V.- Cadáveres y restos humanos de entidad suficiente*: en los hospitales se practican un gran número de cirugías, autopsias, así como procedimientos de anatomía patológica que pueden dar lugar a mutilaciones. En este apartado se incluyen por tanto los cadáveres o restos humanos procedentes tanto de abortos, como de operaciones quirúrgicas y mutilaciones.

Estos restos humanos si bien son catalogados como residuos sanitarios en sentido amplio, su gestión es realizada de conformidad con la normativa sobre Policía Sanitaria Mortuoria, delimitada a nivel estatal por el Decreto 2263/1974, de 20 julio, que aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, y a nivel autonómico por los Decretos adoptados por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus respectivas competencias de desarrollo legislativo

vo en materia de sanidad e higiene ³

2.- LA MUERTE FETAL

Como se ha señalado anteriormente, el presente estudio pretende analizar el tratamiento que debe darse a los restos procedentes de fetos fallecidos durante el embarazo en orden a su consideración, bien como cadáver o resto humano de entidad suficiente procedente de aborto, bien como residuo sanitario a los efectos en cuanto a la gestión de su destino final. Para comenzar el análisis debemos partir del concepto de persona dado por el artículo 30 de Código Civil, en la redacción dada por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁴. Dicho precepto señala que a efectos civiles la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno. No dándose las referidas condiciones, el alumbrado, nazca vivo o muerto, no será una persona sino una criatura abortiva,

Así lo determina, *a sensu contrario*, el artículo 745 de la citada norma que al regular la incapacidad para suceder entiende por criaturas abortivas aquellas que no reúnen las circunstancias establecidas en el artículo 30⁵. En análogos términos se pronuncia el artículo 171 del Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958⁶.

La culminación del embarazo tiene como consecuencia natural el nacimiento de un producto de la concepción vivo. Sin embargo, esto no ocurre así en todos los casos. Aproximadamente, en 1 de cada 160 embarazos se produce un nacimiento sin vida⁷. En

³ A nivel de la Comunidad Autónoma de Cantabria, cabe citar el Decreto 1/1994, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de Cantabria.

⁴ Actualmente en periodo de *vacatio legis* según dispone su Disposición Final Décima: “La presente Ley entrará en vigor a los tres años de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado”.

⁵ Según el artículo 745 Cc: “Son incapaces de suceder: 1.- Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnen las circunstancias expresadas en el [artículo 30](#)”.

⁶ El artículo 171 Reglamento del Registro Civil dispone que: “Se entiende por criaturas abortivas las que no reúnen las circunstancias exigidas para que un feto se reputa nacido a los efectos civiles”.

⁷ American College of Obstetricians and Gynecologists (ACOG). (2009). (*Evaluation of Stillbirths and Neonatal*

España, la tasa de mortalidad fetal tardía anual entre los años 2000 y 2006 fue del 3-4% del total de nacidos según el Instituto Nacional de Estadística (INE). La muerte fetal, definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como el fallecimiento del producto de la concepción antes de su completa expulsión o extracción de la madre independientemente de la duración de la gestación⁸, es por tanto, un hecho que se presenta con frecuencia en los hospitales.

Desde un punto de vista cronológico se diferencian tres estadios de muerte fetal: muerte fetal temprana (fetos de menos de 22 semanas de gestación y/o un peso de mas de 55 gramos); muerte fetal intermedia (fetos entre 22 y 28 semanas de gestación y/o un peso de entre 500 y 999 gramos de peso); muerte fetal (fetos después de la 28 semana de gestación completa y/o 1000 gramos de peso).

De conformidad con los criterios de viabilidad establecidos por la OMS, los supuestos de muertes fetales tempranas, es decir, de fetos con menos de 22 semanas de gestación, se consideran abortos⁹. Este carácter de viabilidad fijado por la OMS en las 22 semanas de gestación es, por tanto, el que marca el punto de inflexión a la hora de catalogar la muerte de un feto como aborto o muerte fetal (intermedia o tardía).

3.- TRATAMIENTO LEGAL DE LOS SUPUESTOS DE MUERTE FETAL INTRAUTERINA.

Como se ha señalado anteriormente, la personalidad jurídica se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno. Esta cualidad de persona no se predica de la criatura que muere dentro del vientre materno, o bien perece antes de estar completamente desprendido del mismo.

En todo caso, producido el nacimiento de un feto sin vida, se plantea la duda de cómo debe procederse en orden a la determinación de su destino final.

Desde un punto de vista jurídico, para abordar esta cuestión cabe aludir en primer término al Decreto 2263/1974, de 20 julio, por el que aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria. Dicha norma dispone que el destino de todo cadáver debe ser “*el enterramiento en lugar autorizado, incineración o inmersión en alta mar*”. En otras Comunidades Autónomas, entre las que cabe incluir la Comunidad Autónoma de Cantabria en virtud del lo establecido en el Decreto 1/1994, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de Cantabria, se sustituye éste último destino por la utilización del cadáver para fines científicos y de enseñanza.

No cabe duda por tanto, que producido el nacimiento en los términos del artículo 30 del Código Civil, se adquiere la condición de persona, por lo que aquellos recién nacidos vivos que fallezcan con posterioridad al nacimiento (supuestos de mortalidad neonatal) deben ser tratados de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, en orden a su destino posterior en la medida en que nos encontramos propiamente ante un cadáver.

Más controvertido resulta sin embargo, establecer del destino final que deba darse a aquellos fetos que no reúnen las condiciones exigidas para ser considerados nacidos a efectos civiles. En otras palabras ¿cómo debe procederse en relación con las denominadas criaturas abortivas, en orden a la determinación del destino final de dichos restos?

La respuesta a este interrogante viene de la mano de la propia normativa sobre Policía Sanitaria Mortuoria, si bien de forma poco clarificadora. En efecto, el Reglamento estatal de 1974, dispone que “*los restos humanos de entidad suficiente procedentes de abortos mutilaciones e intervenciones quirúrgicas*”, también tendrán uno de los tres destinos establecidos en relación con los cadáveres, sin otro requisito, en el orden sanitario, que el certificado facultativo en que se acredite la causa y procedencia de tales restos¹⁰.

Deaths. ACOG Committee Opinion, 383).

8 Recomendación del Comité de Expertos de la OMS en Estadística Sanitaria, aprobada en la Tercera Asamblea Mundial de la Salud (1950).

9 La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido el aborto en su Resolución técnica n° 461 como “*La interrupción de la gestación antes de la viabilidad fetal*”.

10 Artículo 6 2° del Decreto 2263/1974, de 20 julio, por el que aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria: “También tendrán uno de los destinos expresados en el párrafo anterior los restos humanos de entidad suficiente procedentes de abortos, mutilaciones y operaciones quirúrgicas, sin otro requisito, en el orden sanitario, que el certificado facultativo en que se acredite la causa y procedencia de tales restos”.

4.-“RESTO HUMANO DE ENTIDAD SUFICIENTE” COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

4.1.- Necesidad y relevancia de su calificación.

La norma establece por tanto una equiparación entre los “*restos humanos de entidad suficiente procedentes de abortos*”, y los “*cadáveres*”, en cuanto al destino final que daba darse a los mismos. Ahora bien, a continuación surge inevitablemente la duda de lo que deba entenderse por “*resto humano de entidad suficiente procedente de aborto*”, dado que la norma no especifica nada al respecto.

A nuestro parecer, la definición de lo que deba entenderse por “*resto humano de entidad suficiente procedente de aborto*”, resulta del todo necesaria, ya que como hemos visto anteriormente, en función de la consideración de los restos abortivos como de entidad suficiente o insuficiente, su tratamiento se realizará de conformidad con el Reglamento de Policía Sanitaria mortuoria, en cuyo caso su destino final será el enterramiento, la incineración o su inmersión en alta mar¹¹, o bien será considerado un resto anatómico cuyo tratamiento se realizará de acuerdo con la normativa reguladora de los residuos sanitarios, siguiendo los protocolos establecidos a tal efecto para su tratamiento y eliminación por los respectivos centros productores.

La definición de tal concepto mediante el establecimiento de plazo mínimo de gestación, peso, o longitud a partir del cual un resto humano procedente de aborto pueda ser considerado como de entidad suficiente a los efectos de determinar su destino final es, por tanto, una cuestión que queda abierta a la discusión, dado que nos encontramos en presencia de un auténtico supuesto de “*concepto jurídico indeterminado*”, que plantea evidentes problemas prácticos de aplicación en los centros sanitarios. Resultaría por ello necesaria, la conversión de dicho concepto jurídico “*indeterminado*” en “*determinado*”, a los efectos de homogeneizar los protocolos de actuación en los hospitales u clínicas de las diferentes Comunidades Autónomas. En definitiva, la definición de resto humano de entidad suficiente procedente de aborto, constituye a nuestro juicio una exigencia ne-

cesaria en virtud del principio de seguridad jurídica a los efectos de aclarar a los destinatarios de la norma como debe ser su aplicación. Todo ello, sin obviar el hecho de que nos encontramos ante una cuestión delicada en la que se entremezclan además aspectos de índole moral y religioso¹².

En otro orden de cosas, debe tenerse en cuenta que tal delimitación podría realizarse a través de la modificación de la normativa sobre policía sanitaria mortuoria, bien a sensu contrario, modificando la normativa reguladora sobre residuos sanitarios, mediante el establecimiento de un límite temporal máximo por debajo del cual deba entenderse que el resto humano reviste entidad insuficiente, debiendo ser considerado como un residuo sanitario mas. Así ha ocurrido en la Comunidad Autónoma de Canarias, con la aprobación del Decreto 132/2011, de 17 de mayo, por el que se modifica el Decreto 104/2002, de 26 de julio, de Ordenación de la Gestión de Residuos Sanitarios¹³.

4.2.- Criterios de calificación

Como se ha señalado anteriormente, no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna que defina un límite de gestación a partir del cual los restos fetales procedentes de un aborto deban ser considerados de entidad suficiente a los efectos de su tratamiento según las normas sobre policía sanitaria mor-

12 Como señala P.R. BARBERÁ RIVERA en su artículo “Destino final de los de los cadáveres de los fetos no nacidos” (<http://www.billingsmexico.org.mx/articulos/fetosnonatos>): “para reafirmar una actitud a favor del derecho a la vida, nada mejor que despejar las dudas sobre el carácter humano del embrión y del feto, dándoles el trato efectivo de seres humanos aún a sus restos mortales”. Por su parte C. JAVALOYES DEL RÍO en su obra: “Estudio inicial sobre el destino previsto de los restos humanos abortivos en España” (<http://www.aebioetica.org/rtf/19-BIOETICA-70.pdf>), señala que: “la disposición de estos restos humanos y sus consecuencias, desde el análisis bioético, van a depender del concepto que se tenga por un ser humano en el útero de la madre y qué se le considera una vez muerto”. Para mas información sobre esta cuestión véase el artículo “La dimensión Personal del Embrión Humano” M.C. IGLESIAS ORTIZ (*Studia cordubensia: revista de teología y ciencias religiosas de los centros académicos de la Diócesis de Córdoba*, Nº 3, 2010, págs. 135-181).

13 El artículo 3.b).1. Grupo III. b) del Decreto 104/2002, de 26 de julio, tras la modificación operada por el Decreto 132/2011, de 17 de mayo queda como sigue: “Restos anatómicos que por su entidad no se incluyen en el ámbito de aplicación del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, aprobado por Decreto 2263/1974, de 20 de julio. Se considera que no tienen entidad suficiente abortos hasta la 14ª semana de gestación, amputaciones o mutilaciones que afecten a extremidades o miembros a nivel de metacarpiano o metatarsiano, apéndices, órganos y vísceras procedentes de operaciones quirúrgicas”.

11 En la Comunidad Autónoma de Cantabria, el artículo 5 del Decreto 1/1994, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de Cantabria sustituye la “*inmersión en alta mar*” como destino final por la “*utilización para fines científicos y de enseñanza*”.

tuoria. No obstante, y en orden a la determinación o concreción de tal concepto podrían señalarse los siguientes criterios de clasificación:

1.- Criterio de la legislación sobre Registro Civil: en primer lugar cabe señalar que legislador no se desprecupa totalmente del destino final que deba otorgarse a los fetos que nacen sin vida. En este sentido, la vigente Ley de 8 de junio de 1957¹⁴, del Registro Civil establece la obligación de comunicar al Registro Civil el alumbramiento de las criaturas abortivas de mas de 180 días (25 semanas de gestación)¹⁵. La legislación registral española, toma por tanto en consideración dichas criaturas humanas abortivas, consagrando la obligación, que no facultad, de que se proceda a su inscripción en el Legajo de Abortos¹⁶. El principal efecto jurídico del legajo de abortos es que la incorporación al mismo del denominado parte de alumbramiento de la criatura abortiva, constituye un presupuesto previo para la expedición de la licencia de sepultura, tal y como dispone el Reglamento del Registro Civil de 1958¹⁷.

Como acaba de señalarse, la Ley consagra la obligación de comunicar al Registro Civil las muertes fatales de más de 180 días de gestación. Asimismo, de conformidad con el artículo 174 del Reglamento del Registro Civil, una vez producida la incorporación al

legajo de abortos del denominado parte de alumbramiento de criaturas abortivas el encargado del Registro Civil expedirá la *“licencia de sepultura”*. Por tanto, a tenor de lo dispuesto por la normativa civil, puede concluirse que un feto de mas de 180 días de gestación tiene en cualquier caso *“entidad suficiente”*, a los efectos de la determinación de su destino final, pudiendo inferirse por tanto, una concreción del citado concepto realizada de forma indirecta a través de la normativa sobre el Registro Civil. En este sentido, cabe señalar que es habitual en algunos hospitales españoles la adopción de este criterio de los 180 días de gestación (25 semanas), como limite por debajo del cual el resto fetal es tratado como un residuo bio-sanitario.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el artículo 45 de la Ley del Registro Civil de 1957, no fija un plazo taxativo para la inscripción de la criatura humana abortiva, sino que lo determina por estimación, esto es, a partir de los 180 días de vida fetal, *“aproximadamente”*. Nos encontramos por tanto ante un plazo aproximativo y por ello susceptible de modificación¹⁸.

Finalmente, cabría añadir en este aspecto, que la nueva Ley del Registro Civil de 2011¹⁹, actualmente en periodo de *vacatio legis*, no va mucho mas lejos respecto de esta cuestión, consagrando a tal efecto la obligación de que figuren en un archivo del Registro Civil aquellos fallecimientos que se produzcan con posterioridad a los seis meses de gestación y no cumplan las condiciones previstas del art. 30 Cc, pudiendo los progenitores otorgar un nombre. La futura Ley del Registro civil, obliga en este sentido, a dejar constancia en el Registro Civil, no ya de la criatura abortiva (eliminando tal denominación), sino del *“fallecimiento”* producido con posterioridad a los

14 Actualmente vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, que tendrá lugar según establece su Disposición Final Décima *“(…) a los tres años de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”*.

15 Artículo 45 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil: *“Las personas obligadas a declarar o a dar el parte de nacimiento están también obligadas a comunicar en la misma forma el alumbramiento de las criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal, aproximadamente. En el Registro Civil se llevará un legajo con las declaraciones y partes de estos abortos”*.

16 En cuanto a la información que ha de suministrarse, el artículo 173 del Reglamento del Registro Civil prevé al efecto que: *“La declaración y parte expresarán el aborto o, en su caso, el alumbramiento y muerte; contendrán, en cuanto sea posible, las circunstancias exigidas para la inscripción de nacimiento y defunción y, particularmente, el tiempo aproximado de vida fetal y si la muerte de la criatura se produjo antes, al tiempo o después del alumbramiento, indicando en este último caso, con toda exactitud, las horas del alumbramiento y muerte”*.

17 Artículo 174 del Reglamento del Registro Civil: *“El Encargado, con los requisitos de inscripción, pero en folio suelto, levantará acta de la declaración con referencia precisa al parte o a la información supletoria. Inmediatamente incorporará al legajo de abortos, con el acta, los documentos relativos al declarado, cuya entrada debe constar; con la propia declaración, en el Libro Diario. Hecha la incorporación, expedirá la licencia de sepultura”*.

18 En Francia, es posible solicitar la inscripción del *“niño nacido sin vida”* antes de las 22 semanas en el Registro del estado civil. Así lo disponen dos normativas francesas: un Decreto firmado por el Primer Ministro y una Orden Ministerial del Ministro del Interior, ambos de 20 de agosto de 2008. En México, la Ley prevé que el no nacido con 13 semanas o más de gestación, puede ser inhumado o incinerado, previa expedición de un certificado de muerte fetal, más la autorización del Registro Civil.

19 Ley 20/2011, de 20 de julio, del Registro Civil, en su Disposición Adicional Cuarta, regula la constancia en el Registro Civil de los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación, en los siguientes términos: *“Figurarán en un archivo del Registro Civil, sin efectos jurídicos, los fallecimientos que se produzcan con posterioridad a los seis meses de gestación y no cumplieran las condiciones previstas en el artículo 30 del Código Civil, pudiendo los progenitores otorgar un nombre. Este archivo quedará sometido al régimen de publicidad restringida”*.

seis meses de gestación, otorgando a los progenitores la posibilidad de dar un nombre al feto fallecido en dichas circunstancias y estableciendo por tanto, idéntico plazo gestacional (seis meses), que la vigente Ley de 1957 (180 días).

2.- *Criterio del la determinación autónoma*: otra posibilidad en orden a la concreción del resto humano con entidad suficiente procedente de aborto, podría consistir en la fijación autónoma (al margen de parámetro alguno) de una edad gestacional por encima de la cual resto humano fuese considerado de entidad suficiente a los efectos de determinar su destino final, y por debajo de la cual fuese considerado un residuo sanitario.

Como ejemplo paradigmático de este criterio cabe citar el de la Comunidad Autónoma de Canarias, cuyo Decreto 132/2011, de 17 de mayo, que modifica el Decreto 104/2002, de 26 de julio, de Ordenación de la Gestión de Residuos Sanitarios, precisa los restos que por su escasa entidad pueden asimilarse a residuos sanitarios y que por tanto, se excluyen del ámbito de aplicación del RPSM, considerando como tales los “*abortos hasta la 14ª semana de gestación*”. Parece por tanto, que la normativa sobre residuos sanitarios de la citada Comunidad Autónoma toma como referencia el plazo de aborto libre de consagrado en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo²⁰.

Debe señalarse que dicha Comunidad Autónoma carece de regulación propia sobre policía sanitaria mortuoria, por lo que a la luz de la indeterminación del reglamento estatal cabría entender, *a sensu contrario*, que por encima de dicho límite de las 14 semanas el resto anatómico quedaría incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de 1974, encontrándonos por tanto, ante un resto humano de entidad suficiente susceptible de enterramiento o incineración.

3.- *Criterio de la viabilidad fetal*: una tercera po-

sibilidad podría consistir en la determinación de lo que es un resto humano de entidad suficiente, a partir del propio concepto de viabilidad fetal.

Históricamente se hablaba de dos clases de viabilidad: propia o impropia. Por viabilidad propia se ha entendido la que presenta el recién nacido a término, es decir, el que después de una gestación normal nace, o por lo menos nace después de una gestación que, aun siendo corta, ha sido la suficiente para que la criatura pueda continuar su vida extrauterina. Por viabilidad impropia, se entiende la que presenta el recién nacido vivo sin vicio orgánico o funcional que lo imposibilite continuar su existencia independiente²¹.

El término “Viable” según la Real Academia Española significa: “Que puede vivir. Se dice principalmente de las criaturas que, nacidas o no a tiempo, salen a luz con robustez o fuerza bastante para seguir viviendo”. El concepto de viabilidad en términos sencillos, puede ser definido como el pronóstico que en un momento concreto pueda hacerse sobre la posibilidad del feto de cumplir su desarrollo y alcanzar la vida independiente con aptitud suficiente para vivir²².

Efectivamente, a la luz de tales previsiones, parecería lógico pensar que un feto con aptitud o potencialidad para poder sobrevivir fuera del útero, es de igual forma un resto humano con “*entidad suficiente*” a los efectos de ser enterrado o incinerado en caso de que se produzca su fallecimiento dentro del vientre materno. En otras palabras, ¿acaso no sería susceptible de ser calificado como resto humano “*de entidad suficiente*”, a los efectos de poder proceder a su enterramiento o incineración un feto que de no haber fallecido hubiera sido apto para sobrevivir fuera del útero materno?

En cualquier caso, debe señalarse que el establecimiento del límite en el que se halla la viabilidad fetal no es un tema pacífico en la doctrina científica médica. En este sentido, existen múltiples opiniones dado que se trata de un concepto esencialmente dinámico, en continua evolución en función de los propios avances científicos. Así, en los años 70, pocos prematuros sobrevivían con menos de 30 semanas de gestación. Sin embargo, con el paso de los años este

20 La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, dispone que “podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes: a). Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley. B). Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención”.

21 B. PÉREZ GONZÁLEZ, “El requisito de la viabilidad”, *Revista de Derecho Privado*, 1944 pp. 273 y ss.

22 J.T. SÁLAS DARROCHA, “El concepto de feto en el Código Penal Español”. *Derecho y Salud*, volumen 13, nº 1, enero-junio 2005, p. 122.

umbral de viabilidad se ha ido rebajando al albor de los avances médicos y tecnológicos²³.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la viabilidad fetal no sólo es un umbral cambiante a lo largo del tiempo, sino que sigue dependiendo de cada caso concreto. Así las cosas, en el año 2006, Amillia, una niña estadounidense, nació tras 22 semanas en el útero materno y con sólo 284 gramos. Se trata de un caso excepcional, pero lo cierto es que en los últimos tiempos el límite de la viabilidad ha disminuido drásticamente.

Tal y como determina la OMS, la viabilidad suele definirse en función de la duración del embarazo o del peso del feto, y en ocasiones de la longitud de éste. En definitiva, tal y como ha señalado el Dr. Félix Omeñaca del Hospital La Paz de Madrid, *“el límite de la viabilidad es un dilema y, como tal, no está resuelto”*.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la viabilidad fetal es el criterio fijado por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) así como por la Organización Mundial de la Salud (OMS) para establecer el límite entre lo que es un aborto o una muerte fetal, tal y como se observa en la definición dada por esta organización médica del aborto como: *“La Interrupción del embarazo antes de que el feto sea viable, es decir, capaz de llevar una vida extrauterina independiente”*. La OMS ha señalado en este sentido, que el límite inferior de edad estacional (EG) que establece el límite entre parto prematuro y aborto es de 22 semanas de gestación o 500 grs. de peso o 25 cm de coronilla a la rabadilla. Por tanto, de conformidad con los criterios establecidos por la OMS el límite de viabilidad fetal se situaría en la actualidad en torno a las 22 semanas de gestación y/o 500 gramos de peso y/o 25 cm de coronilla a la rabadilla.

Por su parte, el profesor Bajo Arenas, presidente de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) ha declarado recientemente que la viabilidad fetal se sitúa después de las 22 semanas. Asimismo, la SEGO ha indicado que ya no puede considerarse aborto la interrupción del embarazo a partir de la semana 22 de gestación, sino que en ese momento hay que hablar de destrucción de un feto que es viable ex-

trauterinamente ya que puede vivir por sí mismo con el apoyo médico correspondiente²⁴. Por este motivo, la Sociedad Española de Ginecología ha manifestado de modo institucional, la propuesta médica y ética de *“inducir el parto”* cuando las madres soliciten abortar a partir de la semana 22.

Por tanto, de conformidad con los criterios establecidos por la OMS el límite de viabilidad fetal se situaría en la actualidad en torno a las 22 semanas de gestación y/o 500 gramos de peso y/o 25 cm de coronilla a la rabadilla.

Las anteriores previsiones han sido recogidas en la reciente Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en cuyo preámbulo se establece que: *“el umbral de la viabilidad fetal se sitúa, en consenso general avalado por la comunidad científica y basado en estudios de las unidades de neonatología, en torno a la vigésima segunda semana de gestación”* La citada Ley, siguiendo el criterio de la viabilidad fetal establecido, permite hasta la semana 22 de gestación, la interrupción del embarazo siempre que concurra alguna de estas dos indicaciones: *«que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada»*, o *«que exista riesgo de graves anomalías en el feto»*.

En cualquier caso, sea utilizado uno u otro criterio, cabe reivindicar la necesidad de una norma en el conjunto del SNS que fije un plazo concreto y determinado a partir del cual quepa calificar los restos fetales como entidades suficientes a efectos de su enterramiento o su tratamiento como mero residuo, con la finalidad de introducir seguridad jurídica en esta cuestión.

23 De acuerdo con datos de años 2003-2005, de 20 a 35 por ciento de los bebés nacidos a las 23 semanas de gestación sobreviven, mientras que el 50 al 70 por ciento de los bebés nacidos a las 24 a 25 semanas, y más del 90 por ciento nació a las 26 a 27 semanas, sobrevivir (MARCH OF DIMES FOUNDATION-“La muerte neonatal”).

24 La SEGO define el aborto como *“la expulsión o extracción de su madre de un embrión o de un feto de menos de 500 g de peso (peso que se alcanza aproximadamente a las 22 semanas completas de embarazo) o de otro producto de la gestación de cualquier peso o edad gestacional pero que sea absolutamente no viable (por ejemplo, huevos no embrionados, mola hidatidiforme, etc), independientemente de si hay o no evidencia de vida o si el aborto fue espontáneo o provocado”*.

LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LOS RECURSOS ESPECIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

Gustavo Merino Gómez

Asesor Jurídico.

Consejería de Sanidad y Servicios Sociales. Gobierno de Cantabria

ÍNDICE

1. Introducción
2. Presupuestos formales
 - 2.1. Lugar de presentación
 - 2.2. Anuncio previo.
 - 2.3. Plazo de interposición.
3. Presupuestos sustantivos
 - 3.1. Legitimación.
 - 3.2. Actos de trámite recurribles.
4. Efectos derivados de la interposición.

1. INTRODUCCIÓN

La normativa contenida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo TRLCSP) plantea no pocos interrogantes en relación con la admisión a trámite de los recursos especiales en materia de contratación.

El presente trabajo pretende exponer los principales problemas planteados en la práctica por la aplicación de los requisitos tanto de orden formal como sustantivo en relación con la admisión a trámite de éstos recursos. Para ello, constituye herramienta fundamental, junto con el análisis de la normativa vigente, la obligada referencia a los sucesivos pronunciamientos tanto de los órganos de naturaleza consultiva como del principal órgano dirimiente de conflictos en materia de contratación administrativa, el Tribunal

Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) sobre los preceptos que regulan la admisión a trámite de los recursos especiales en materia de contratación.

2. PRESUPUESTOS FORMALES

2.1 Lugar de presentación del recurso

Según el artículo 44.3 del TRLCSP “*la presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso*”. La primera cuestión que cabe plantearse pues, es qué ocurre con los escritos presentados fuera de los registros designados por el precepto. En otras palabras, determinar si resulta aplicable con carácter supletorio al régimen previsto por el artículo 44.3 del TRLCSP, el listado de registros contenido en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (a la que nos referiremos como LRJPAC).

El TACRC ha tenido ocasión de pronunciarse en la resolución 100/2012¹ sobre esta cuestión indicando que:

¹ Conviene consultar también las resoluciones 43/2011, 46/2012, 104/2012 del TACRC.

“a estos efectos es necesario reseñar que de acuerdo con el artículo 314.3 de la Ley de Contratos del Sector Público el escrito de recurso deberá presentarse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el de éste Tribunal, sin que pueda considerarse como fecha de interposición del escrito de recurso su presentación en las oficinas de Correos para su envío, en este caso, al órgano de contratación, en cuanto que dicha modalidad no se prevé en la Ley citada.

No procediendo, asimismo, la aplicación subsidiaria de lo previsto al respecto en el artículo 37.4² de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común para las solicitudes que dirijan los ciudadanos a los órganos de las Administraciones Públicas, en cuanto que la Ley 30/2007 regula expresamente la cuestión relativa al lugar donde debe presentarse el recurso especial en materia de contratación”.

Continúa el Tribunal indicando que:

“este criterio resulta plenamente ratificado por el contenido de la disposición final tercera, apartado 1, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de conformidad con la cual los procedimientos regulados en ella “se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias”. Con ello no viene sino a recoger el criterio previamente sentado respecto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 16/00, de 11 de abril de 2000 según el cual, “los procedimientos en materia de contratación administrativa se rigen por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus normas de desarrollo y, por tanto, la aplicación supletoria únicamente puede entrar en juego, no solo cuando la normativa a aplicar en primer lugar guarde silencio sobre un determinado extremo, sino, sobre todo, cuando la normativa supletoria no sea contraria al contenido general y principios generales que inspiran aquélla, pues en estos casos debe entenderse que la materia apare-

ce regulada por la primera”.

Resulta particularmente adecuada la referencia que hace la Junta Consultiva a los principios generales de la legislación de contratos porque en ellos, justamente, encuentra fundamento el hecho de que la presentación del recurso especial en materia de contratación tenga peculiaridades en su regulación que la apartan de la general establecida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Al respecto debe mencionarse la idea reiteradamente expresada en la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, en relación con la necesidad de que el recurso a interponer tenga una especial condición de eficacia. Así lo hace el exponendo 2 de la misma de conformidad con cual “según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Estados miembros deben garantizar que se disponga de medios de recurso eficaces y rápidos contra decisiones adoptadas por poderes adjudicadores y entidades contratantes”, y su artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, en que dispone que “En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible”. Se trata pues de una exigencia de eficacia en el procedimiento preferentemente servida por la condición de rapidez que sólo mediante la articulación de normas que la permitan se puede lograr. Tal es el caso del requisito de lugar establecido con respecto a la presentación de los escritos de interposición.”

En el caso sometido al conocimiento del Tribunal, el recurso fue inadmitido por extemporáneo ya que su entrada en su registro del Tribunal se produjo una vez agotados los 15 días hábiles que otorga el artículo 44.3 del TRLCSP.

En cualquier caso, cabe destacar que los efectos derivados de la presentación de un determinado escrito no hay que buscarlos en el propio artículo 38.4 de la LRJPAC que se limita a recoger los lugares en los que cualquier escrito puede ser presentado, sino en el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula, entre otros aspectos, la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado. Es el artículo 4.1 del citado Real Decreto el que determina los efectos de la presentación de un escrito en un registro válido, señalando que *“la fecha de entrada de las solicitudes,*

² Debe entenderse que se refiere al artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

escritos y comunicaciones dirigidos a la Administración General del Estado y a sus Organismos públicos en los lugares previstos en el artículo 2 de este Real Decreto producirá efectos, en su caso, en cuanto al cumplimiento de los plazos de los ciudadanos.”³. A sensu contrario, debe entenderse que todos aquellos escritos presentados fuera de un registro válido no producirán el efecto de interrumpir el plazo del que disponga el particular, en el caso que nos ocupa, el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación.

Sin perjuicio de compartir la argumentación del Tribunal, lo cierto es que, el pronunciamiento final sobre el caso concreto, lejos de ofrecer un mayor grado de seguridad jurídica puede ocasionar, en la práctica, cierta confusión en aquellos que promuevan el recurso. La presentación del escrito fuera del registro designado por el artículo 44.3 del TRLCSP tal y como señala el Tribunal no interrumpe el plazo para la interposición del recurso. De ésta manera, si una vez presentado el escrito de recurso, tiene entrada en alguno de los dos registros designados por el precepto, dentro del plazo de 15 días hábiles el recurso será admitido a trámite y en caso contrario deberá ser inadmitido por extemporáneo.

Sin embargo, de la lectura del precepto, parece deducirse que el legislador de forma consciente o no, dispuso que el escrito del recurso debe presentarse con carácter imperativo en el registro del órgano de contratación o en registro del competente para resolverlo. Ello porque en el precepto destacan dos términos que no pueden considerarse neutrales.

En primer lugar, el artículo se refiere a la presentación del escrito, no a la interposición del recurso, a diferencia de la regulación contenida en los artículos 114.2, 115.1 o 117.1 de la LRJPAC en relación con la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. Mientras que la concreta presentación del escrito se regula el artículo 38.4 de la norma.

En segundo lugar, porque subraya que la presentación del escrito deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del ór-

gano competente para la resolución del recurso.

Nada hubiera impedido que el precepto hablase de interposición del recurso y no de presentación del escrito y que no incidiera en que el mismo debe presentarse “necesariamente” en un registro determinado y no ante un órgano concreto, como sí se prevé en el caso de los recursos administrativos recogidos en la LRJPAC.

De la lectura del artículo 44.3 del TRLCSP no debiera derivarse otra consecuencia que la privación de cualquier efecto jurídico a la presentación de un escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación que se realice en lugar distinto del registro del órgano de contratación o del competente para dictar resolución acerca del mismo.

En estos casos el motivo de inadmisión no debiera ser tanto la extemporaneidad del recurso como concluye el Tribunal sino la presentación del escrito en lugar distinto de los únicos lugares que la Ley prevé a tal efecto.

Este criterio, sin perjuicio de resultar en exceso rigorista, tiene mejor encaje en la dicción literal del precepto y ofrece, sin duda, mayor seguridad jurídica para el interesado, que dejar al albur de la diligencia en las labores de remisión y registro de los escritos presentados ante las Administraciones Públicas la posibilidad de que el recurso presentado sea admitido a trámite o sea inadmitido por extemporáneo.

Por otro lado, este mismo criterio ha sido ya sostenido por el propio Tribunal, si bien en un supuesto distinto a la interposición del recurso especial en materia de contratación. Así, el Tribunal en resolución 247/2011 ha señalado en relación con la subsanación y presentación de documentación administrativa en un lugar distinto de los indicados en el TRLCSP, que:

“Teniendo en cuenta los plazos y demás características del procedimiento de contratación, la normativa de contratación del Sector Público contiene previsiones específicas y distintas, en algunos aspectos, de las contenidas en la Ley 30/1992. Así por ejemplo el artículo 80 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone que “Los sobres a que se refiere el apartado anterior habrán de ser entregados en las dependencias u oficinas expresadas en el anuncio o enviados por correo dentro del plazo de admisión señalado en aquél, salvo que el pliego autorice otro procedimiento,

³ Tampoco parece posible acceder a la ventanilla única prevista en el artículo 18 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ya que se prevé a los efectos de obtener información sobre los procedimientos necesarios para el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, como a la realización de los trámites preceptivos para ello, pero no se hace referencia a la participación en procedimientos de adjudicación de contratos.

respetándose siempre el secreto de la oferta”. Y la presentación de los escritos de recurso especial tiene que hacerse necesariamente, conforme a lo estipulado en el artículo 314 de la Ley 30/2007, en el registro del órgano de contratación o en el del Tribunal encargado de su resolución.

En el caso de la documentación de subsanación de defectos advertidos en la documentación administrativa, teniendo en cuenta que el plazo máximo de subsanación es de tres días hábiles (artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) y que los sobres con la documentación relativa a los criterios ponderables en función de un juicio de valor deben abrirse en acto público en un plazo no superior a siete días desde la apertura de la documentación administrativa (artículo 27 del Real Decreto 817/2009 de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público”, la remisión por determinadas vías admitidas con carácter general por la Ley 30/1992 harían inviable la continuación del procedimiento conforme a los trámites y plazos legalmente previstos; por eso el propio Reglamento señala que la subsanación se efectuará ante la propia mesa de contratación. Y por todo ello, entiende el Tribunal que no es contrario a derecho que se requiera que la documentación de subsanación se entregue en el lugar que se indique por la mesa de contratación y en los plazos establecidos al efecto.”

Bien pudiera asumir el Tribunal, empleando idéntico fundamento, que en atención a las consecuencias que derivan de la interposición del recurso, y a la necesidad de que el órgano de contratación conozca, cuanto antes, la interposición del mismo, se establezca con carácter imperativo que el recurso especial tan sólo puede ser presentado en los lugares indicados por el artículo 44.3 del TRLCSP.

2.2. Problemática en relación con el anuncio previo

De conformidad con lo que prevé el artículo 44.1 del TRLCSP “todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el [artículo 40.1 y 2](#) deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso.”

Para reforzar el carácter imperativo del anuncio en el apartado 4.e) del mismo artículo se establece que al recurso deberá acompañarse el justificante de haber realizado aquel y que sin este justificante no se dará curso al escrito de interposición, aunque su omisión podrá subsanarse.

El carácter imperativo del anuncio ya fue puesto de manifiesto por la Abogacía General del Estado en Circular 3/2010, de 19 de octubre cuando señaló que:

“el anuncio previo en cuestión, ha de formalizarse mediante escrito especificando el acto del procedimiento de contratación que vaya a ser objeto del recurso, es obligatorio, debiendo justificarse haber dado cumplimiento a esa exigencia al presentar el escrito de interposición del recurso, pues, de lo contrario, no se dará curso al mismo, aunque se trata de una omisión subsanable de acuerdo con el artículo 314.5 de la Ley”.

En cuanto a la finalidad del anuncio señala el TARC en resolución 18/2012 que:

“A pesar del tenor taxativo del precepto, este Tribunal considera que el anuncio de interposición está establecido por el legislador con la finalidad de que el órgano de contratación sepa que contra su resolución, sea cual fuere esta, se va a interponer el pertinente recurso. Esta circunstancia podría considerarse necesaria cuando la interposición se realice directamente ante el registro de este Tribunal, pero no cuando la interposición se realice ante el órgano de contratación pues, en este caso, es evidente que la propia interposición asegura el cumplimiento de la intención del legislador. Incluso en el supuesto de que el recurso se presente directamente ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la LCSP obliga a éste a notificarlo en el mismo día al órgano de contratación y, en consecuencia, el conocimiento por parte de éste es inmediato y anterior, en todo caso, al inicio del plazo de dos días para la emisión del correspondiente informe. Por tanto, la omisión del requisito en los casos en que la interposición del recurso se verifique directamente ante el órgano de contratación, como es el caso del expediente en cuestión, no puede considerarse como un vicio que obste a la válida prosecución del procedimiento y al dictado de una resolución sobre el fondo del recurso.”

El anuncio previo permite al órgano de contra-

tación conocer la intención de interponer recurso previamente a su presentación y su única utilidad se comprende si el recurso es presentado en el registro del órgano competente para resolver dicho recurso y no en el del propio órgano de contratación. En este mismo sentido, el TACRC en resoluciones 33/2012, 51/2012, 80/2012 87/2012 ha admitido que cuando el recurso se interponga directamente ante la entidad adjudicadora, la propia interposición del recurso surte el efecto de anuncio del mismo, requerido en el artículo 44.1 del TRLCSP. Ello se traduce en la práctica en la exención de la obligación de presentar anuncio previo a los licitadores que interpongan el recurso ante el propio órgano de contratación y no así para aquellos que opten por presentar dicho recurso ante el competente para resolverlo⁴.

Cabe destacar que, de nuevo, el artículo 44.1 del TRLCSP, determina que el escrito por el que se anuncie la futura interposición del recurso debe presentarse ante el órgano de contratación.⁵ Surgen, de nuevo, dudas respecto del tratamiento que deben recibir los anuncios previos presentados en lugar distinto del previsto en el precepto. Si admitimos la posibilidad de que el anuncio sea presentado en lugar distinto, y siguiendo la tesis sostenida por el TACRC, podría llegarse a la paradoja de que en el supuesto de presentación simultánea y dentro del plazo señalado al efecto, del escrito del recurso y su anuncio en el registro del órgano competente para resolver el recurso, si finalmente, el anuncio previo tuviera entrada en el registro del órgano de contratación transcurrido el plazo máximo para interponer el recurso, el recurso debería ser inadmitido, pese a haber sido válidamente presentado (en lugar idóneo y dentro del plazo señalado), por faltar el requisito del anuncio previo ante el órgano de contratación.

Según la doctrina del TACRC⁶ en aquellos casos en que el interesado no fuera requerido por el órgano de contratación para acreditar haber dado cumplimiento a la obligación de anunciar previamente la interposición del recurso, no cabe “*inadmitir el recurso por su falta de cumplimiento*”.

En cuanto a los efectos del anuncio la resolución

⁴ O cualquier otro registro, según la tesis sostenida por el TACRC.

⁵ Nótese que el precepto no indica a diferencia de la presentación del escrito de recurso que debe presentarse “necesariamente” en un registro determinado sino que señala que debe presentarse ante el órgano de contratación.

⁶ En resolución 113/2012, de 16 de mayo de 2012.

del TACRC 50/2012 establece que “*la mera presentación del anuncio de interposición del recurso no produce el efecto de interrumpir el plazo de caducidad para su interposición*” de manera que si con posterioridad al anuncio de interposición el recurso se presenta fuera de plazo el mismo deberá ser inadmitido por extemporáneo.”

2.3. Plazo de interposición del recurso

Señala el artículo 44.2 del TRLCSP que el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 151.4](#). Sin perjuicio de lo anterior, el precepto establece unos plazos especiales en los siguientes supuestos:

Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el [artículo 158 de esta Ley](#).

Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de publicación.

A diferencia de lo previsto en la antigua redacción del artículo 37.6 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP) que regulaba que el plazo para interponer el recurso se iniciaba al día siguiente a aquél en que se notificase o publicase el acto impugnado, lo que ya de por sí generaba problemas cuando la fecha de notificación y publicación no coincidían, de conformidad con el actual artículo 44.2 del TRLCSP el plazo de interposición del recurso se computará a partir del siguiente a “*aquél en que se remita la notificación del acto impugnado*”.

En cuanto a la interpretación que debe darse al término “*remisión de la notificación*” el TACRC ha señalado en resolución 46/2012 que:

“El uso del término “remisión” supone la traslación a la legislación nacional de una de las posibilidades previstas en la Directiva 2007/66/CE, que modifica las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. El criterio de la remisión de la notificación aparece expresamente recogido en el artículo 2 quáter de la citada Directiva. La razón de esta especialidad es la necesidad de hacer coincidir el cómputo del plazo entre la adjudicación y la formalización con el del plazo para la interposición del recurso especial, de modo que ambos se cuenten siempre desde la misma fecha para todos los interesados al ser único y común para todos. Así lo manifestó el Consejo de Estado en su dictamen 499/2010, sobre el anteproyecto de ley de modificación de las leyes 30/2007 y 31/2007, para su adaptación a la normativa comunitaria y también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su recomendación de 10 de marzo de 2011, sobre la publicidad de la adjudicación y formalización de los contratos, que en su punto 4 señala que el cómputo de los plazos en los contratos previstos en el artículo 40.1 del TRLCSP, tanto para la formalización del contrato como para la interposición del recurso especial en materia de contratación, se inicia con la remisión de la notificación, no desde la recepción por el interesado.”

El concepto de remisión de la notificación, no goza de tradición en las normas reguladoras de los procedimientos administrativos en España, e introduce una elevada dosis de inseguridad jurídica⁷, toda vez que en el ámbito administrativo no resulta fácil determinar el momento exacto de la remisión de una notificación, al no existir en ocasiones constancia documental de dicha actuación. Si bien parece claro que no puede equipararse, aunque eventualmente pudiera coincidir, a la fecha de la propia resolución, la de su

notificación o publicación, ni siquiera a la fecha del asiento de registro de salida toda vez que la fecha de remisión de la notificación podría realizarse en un día posterior a su registro.

Por otro lado, y en lo que se refiere a la resolución de adjudicación, que es quizá la más relevante, siquiera por los efectos suspensivos derivados de su sola impugnación, el artículo 151.4 del TRLCSP señala que la adjudicación, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante. Viéndonos obligados, de nuevo, a llevar a cabo una interpretación sistemática de la norma, cabe entender que la publicación en el perfil del contratante debe coincidir con la remisión de la notificación a los interesados, pues de otra manera sería imposible al órgano de contratación cumplir con el precepto, al desconocer la fecha exacta de notificación de cada licitador y por la posibilidad de que la notificación no se realice el mismo día a todos los interesados.

Por ello, no hubiera existido obstáculo en haber fijado la publicación de la resolución de adjudicación en el perfil del contratante como *dies a quo* a los efectos de entender abierto el plazo para interponer recurso especial contra la misma, como ya preveía, por otro lado, la LCSP en relación con el plazo para interponer recurso contra la antigua adjudicación provisional (que se correspondía *mutatis mutandi* con la actual resolución de adjudicación). En este caso, el plazo se computaba desde el día siguiente a aquél en que se publicase el acuerdo en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación.

Por lo que respecta al momento en que los pliegos se entienden puestos a disposición de los interesados cuando se pretende su impugnación el TACRC en resolución 130/2011 ha indicado que:

“La cuestión que se suscita aquí es la de determinar el momento a partir del cual debe computarse el plazo establecido en el artículo 314.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público para la interposición del recurso especial en materia de contratación, según el cual éste será de “quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado”, añadiendo en su apartado a) que “cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los lici-

⁷ La falta de rigor en la norma en el empleo de conceptos jurídicos, se manifiesta también cuando el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, consagra el error introducido por la Ley 34/2010 en la Ley 30/2007, al realizar una remisión al artículo 154.2 del TRLCSP para establecer el momento de inicio del cómputo del plazo para interponer la cuestión de nulidad contra la adjudicación del contrato, toda vez que dicho precepto no regula la publicación de la adjudicación de los contratos, como se empeña en señalar el artículo 38.3.a) del TRLCSP, sino el régimen de publicidad de su formalización. Parece imperativa la modificación del precepto si quiera vía corrección de errores.

tadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 142 de esta Ley”.

Así, de acuerdo con el citado artículo 142 habrá que distinguir si el acceso a los pliegos e información complementaria se realiza por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o si por el contrario no se facilita el acceso por dichos medios”.

Puesto que el acceso a los pliegos a que se refiere el presente recurso se ha facilitado por medios electrónicos, concretamente a través del perfil de contratante del Instituto Cervantes, debe entenderse que el plazo de interposición del recurso no puede comenzar a computarse sino a partir de la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores, y ello porque cuando el artículo 314.2, letra a) se refiere a la cuestión lo hace mencionando el artículo 142 de la Ley de Contratos del Sector Público, el cual se refiere a la obligación que incumbe a los órganos de contratación de suministrar los pliegos y demás documentación complementaria a quienes lo solicitaran, pero sin hacer mención alguna al otro supuesto.

Concretamente el citado precepto dice que “cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas”. La aplicación de este precepto en relación con el 314.2 nos llevaría a entender que el plazo para interponer el recurso cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, fecha que muy bien puede coincidir o incluso ser posterior a la de finalización del plazo de presentación de las proposiciones. Precisamente por ello, debe entenderse con respecto a aquellos supuestos en que los pliegos y demás documentación complementaria se haya puesto a disposición de los posibles licitadores a través del perfil de contratante o de la Plataforma de Contratación del Estado debe procederse a la aplicación analógica del citado precepto. Así lo declara este Tribunal en la resolución antes mencionada al decir que ante la imposibilidad “de acreditar de forma fehaciente el momento a partir del cual los licitadores o candidatos han obtenido los pliegos cuando a éstos se acceda por medios electrónicos, la única solución, entiende este Tribunal, es

considerar como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos”.

3. REQUISITOS SUSTANTIVOS

3.1. Legitimación

El artículo 42 del TRLCSP determina en materia de legitimación que “podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”

Partiendo de la doctrina del Tribunal Constitucional plasmada en sentencias 119/2008 de 13 de octubre y 144/2008 de 10 de noviembre estará legitimada toda persona física o jurídica cuyos intereses se hayan visto o puedan verse afectados por el acto objeto de recurso, aunque no haya tomado parte en el procedimiento de licitación de contrato ya que “negar la existencia de un interés legítimo por el mero hecho de no haber tomado parte en el concurso que trataba de impugnarse, sin haber ponderado las razones expuestas en la demanda contencioso-administrativa, debe calificarse de rigorista y desproporcionado y, por ello, lesivo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.”

Cuestión especialmente compleja es determinar si existe un interés legítimo cuando un licitador pretende la exclusión de otro en el mismo procedimiento. Es decir aquellos supuestos en los que la resolución impugnada es la admisión de un licitador y no la exclusión del propio recurrente. El TARCR en resolución 59/2011 del TACRC ha indicado que:

“A juicio de este Tribunal, una correcta interpretación del precepto exige que se examinen paralelamente este precepto y el que le da origen, es decir el artículo 107 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre. Del análisis conjunto de ambos preceptos se desprende que el legislador ha querido evitar la posibilidad de que resulten perjudicados los derechos o intereses legítimos de los administrados como consecuencia de actos de trámite, que de no ser por la excepción contenida en

la Ley, no serían recurribles. Ello significa que, en tales casos, la posibilidad de recurrir no se abre a todos los interesados sino sólo a aquellos respecto de los cuales pudiera resultar perjudicado el ejercicio de sus derechos o la defensa de sus intereses legítimos como consecuencia del acto de trámite en cuestión. La justificación de esto es clara. El licitador que hubiera resultado excluido del procedimiento por el acto de trámite, quedaría privado de la posibilidad de defensa de su derecho o interés legítimo pues carecería de legitimación para recurrir el acto resolutorio del mismo. Precisamente para evitar esta posibilidad establece el legislador en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, primero y en la ley de Contratos del Sector Público con posterioridad la posibilidad de impugnación del acto de trámite que le perjudique.

Sin embargo, esta misma razón excluye la posibilidad de que los actos de trámite que no perjudican de forma directa el derecho de un licitador sean recurridos por éste, pues, con independencia de que la no exclusión del procedimiento no prejuzga respecto del contenido de la adjudicación, además, de resultar adjudicatario el licitador que debiera haber sido excluido, siempre quedará la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación a los restantes licitadores en base a la circunstancia que debió motivar su exclusión. “

Como anticipo de lo que veremos en el apartado siguiente respecto de los actos de trámite recurribles, el TACRC en resolución nº 238/2011 ha indicado que el acto de admisión de otro licitador no es un acto de trámite cualificado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 310.2 de la LCSP y por tanto susceptible de ser recurrido y concluye que:

“no se encuentra entre los supuestos regulados en este mencionado artículo 310.2 b) de la LCSP, toda vez que la admisión en la licitación no decide, ni directa ni indirectamente, la adjudicación que recaerá en el licitador que haya proporcionado la oferta económicamente más ventajosa, no determina por supuesto tampoco la imposibilidad de continuar el procedimiento, sino todo lo contrario, que continúe el mismo con las dos empresas que han concurrido inicialmente a la licitación, y no produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, porque el ahora recurrente puede, en todo caso, recurrir la adjudicación.”

Siguiendo el criterio manifestado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 mayo de 2008⁸ el TACRC ha apreciado también falta de legitimación y consecuentemente ha inadmitido el recurso especial, en los casos en que ni siquiera prosperando el mismo, se produzca una ventaja real en la esfera jurídica del recurrente. Así, se ha pronunciado en resolución 57/2012, en los siguientes términos:

“Resulta evidente que el beneficio perseguido por la UTE recurrente no puede ser otro que resultar adjudicataria del contrato, situación ésta del todo imposible en cuanto que, tal y como señala el órgano de contratación en su informe, aún admitiéndose su pretensión –que se valore su oferta económica por no ser anormal o desproporcionada-, lo único que conseguiría es que su oferta pasaría a ser la tercera o segunda mejor valorada, según que se consideren sólo su oferta o bien todas las ofertas excluidas por ser anormales o desproporcionadas –aspecto éste del todo improcedente-, sin que, por tanto, pudiera ser en ningún caso adjudicataria del contrato. Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto que la UTE recurrente no obtendría beneficio inmediato o cierto alguno, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia citada, no es suficiente puesto que la UTE ahora recurrente no podría resultar en modo alguno adjudicataria, de ahí que la misma carezca de interés legítimo para recurrir en cuanto que no ostenta un interés concreto que se vaya a ver beneficiado por la eventual estimación del recurso.”

⁸ En la citada sentencia el Tribunal Supremo asume el criterio mantenido expresado por el Tribunal Constitucional en Sentencia de 19 de mayo de 2000 en la que, acerca del concepto de interés legítimo señala que: la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento.

3.2. Actos de trámite recurribles

El artículo 40 del TRLCSP determina el elenco de actos recurribles dentro de procedimientos de adjudicación de los contratos que permiten interponer el recurso especial en materia de contratación. Dentro de ellos, el principal problema se plantea al determinar cuáles de entre los actos de trámite, distintos de los acuerdos de exclusión de licitadores por la Mesa de contratación citados expresamente por el precepto, pueden ser impugnados a través del recurso especial en materia de contratación.

Uno de los primeros actos que pudieran considerarse susceptibles de decidir, directa o indirectamente, sobre la resolución del procedimiento, son los actos de valoración de las ofertas por el órgano asesor del órgano de contratación. En relación con estos actos el Tribunal ha negado su carácter impugnable en resolución 255/2011 el Tribunal indicando que:

“Por su naturaleza, el acto de apertura de sobres y valoración de las ofertas es un mero acto de trámite, que coadyuda a la determinación del adjudicatario, pero que no decide por sí mismo esa adjudicación, ni determina la exclusión de ningún licitador.[...]”

[...]En el caso que nos ocupa, no concurre ninguna de estas circunstancias. Como ya tuvo ocasión de señalar esta Tribunal en su resolución 147/2011, el acto en el que se determina la puntuación aplicable a una determinada oferta técnica no decide directa ni indirectamente la adjudicación del contrato (que tiene lugar en un momento procedimental posterior), no impide la continuación del procedimiento (pues la oferta del recurrente no ha sido descartada definitivamente, pudiendo incluso resultar adjudicatario mientras no se resuelva sobre la adjudicación) y no produce indefensión ni perjuicio irreparable de derechos o intereses legítimos (pues el licitador podrá impugnar la adjudicación realizada).

En consecuencia, procede declarar la inadmisión del recurso al no interponerse frente a un acto que sea susceptible de recurso especial en materia de contratos.”

4. EFECTOS DERIVADOS DE LA INTERPOSICIÓN

En cuanto a los efectos derivados de la mera in-

terposición del recurso el artículo 45 del TRLCSP determina que una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación de forma automática, bien hasta que se dicte resolución de fondo sobre el recurso, bien hasta que se levante la suspensión por el órgano competente.

Si el recurso especial se interpusiera contra un acto distinto de la adjudicación del contrato, la suspensión no tendrá carácter automático y la adopción de cualquier medida provisional deberá ser solicitada con arreglo al artículo 43 del TRLCSP bien con carácter previo o bien en el escrito de interposición del recurso por el recurrente.

En este último caso, la **adopción de** medidas provisionales por parte del órgano competente a solicitud del interesado puede ir acompañada de la obligación de constituir de caución o garantía suficiente para responder de los perjuicios que pudieran derivarse de su adopción. Sin embargo, en el supuesto de que el recurso especial en materia de contratación se interponga frente a la adjudicación del contrato no hay previsión legal que permita al órgano la imposición de caución o garantía.

Sólo procedería adoptar, la única medida disuasoria prevista por la Ley para impedir la interposición temeraria de un recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación de un contrato. Dicha medida es la contenida en el artículo 47.5 del TRLCSP que prevé que, cuando el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, y acuerde la imposición de una multa al responsable de la misma. Sin embargo, el importe de ésta multa está limitada a un máximo de 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores.

La exigua cifra de 15.000 euros puede no resultar suficiente siquiera para satisfacer los perjuicios ocasionados a la Administración por las dilaciones en el procedimiento de adjudicación del contrato, y no está prevista la indemnización a los restantes licitadores, de manera que puede verse comprometido su carácter proporcional en los términos que prevé el artículo 131.2 de la LRJPAC.

Por otro lado, satisfacer la multa aunque se imponga en su cuantía máxima puede resultar beneficioso para el propio recurrente, toda vez que en el

caso de haber resultado adjudicatario de un contrato anterior próximo a expirar, puede ver prorrogado el plazo de ejecución del mismo únicamente a través de la suspensión de la adjudicación a un nuevo licitador. De esta manera, el importe de la multa resultará menor que los pagos que deba realizar la propia Administración al recurrente, en tanto se levante la suspensión del acto recurrido y se comienza la ejecución del nuevo contrato.

Debe tenerse en cuenta, además, que los efectos suspensivos de la mera interposición de un recurso especial pueden extenderse más allá de la propia resolución del mismo tal y como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su recomendación⁹ de 1 de marzo de 2012 sobre la interpretación del régimen contenido dentro de la Disposición Transitoria Séptima, norma d) del TRLCSP indicando que:

“En el caso de que las Comunidades Autónomas no tuvieran establecido el órgano independiente que deben crear o no hayan suscrito convenio con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, si los particulares interponen previamente recurso ante el órgano de contratación, su interposición comporta la suspensión automática de la adjudicación cuando sea este acto el recurrido.

Los recursos contra los actos de adjudicación que se plantean ante los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa tiene carácter suspensivo de la celebración del contrato hasta que dicha jurisdicción se haya pronunciado sobre el fondo o sobre las medidas provisionales.

La interposición de recurso especial en materia de contratación comporta la suspensión automática de la adjudicación, y una vez resuelto el recurso la resolución del mismo no será ejecutiva hasta que sea firme por el transcurso del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo, o bien, en el caso de interposición de dicho recurso, hasta que el órgano de la Jurisdicción decida sobre la suspensión solicitada.

En su virtud, suspendida la eficacia del acto de adjudicación, y hasta tanto no se levante,

no podrán ejecutarse los actos subsiguientes a la adjudicación, incluida la formalización del contrato. En este sentido el artículo 140 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, modificado por la Ley 34/2010, cuya redacción se ha incorporado al artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece unos plazos para la formalización de contrato teniendo en cuenta la posibilidad de la suspensión del contrato, de forma que si la adjudicación resulta suspendida, no resulta posible requerir al adjudicatario para la formalización del contrato.”

Asimismo, la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía en informe 7/2011, de 7 de diciembre, sobre interpretación de la disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LCSP concluye que:

“En los supuestos contemplados en la disposición transitoria segunda letra d) de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, sólo en el caso de que la resolución sea totalmente estimatoria debe entenderse que ésta será directamente ejecutiva, dejando a salvo el supuesto de comparecencia de terceros; en los demás casos, en los que no se da el supuesto anterior, es decir, estimación parcial, desestimación o inadmisión, las resoluciones quedan en suspenso hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas.”

Es claro que la inactividad de algunas Comunidades Autónomas en la atribución a un órgano independiente de la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación no puede suponer una merma en los derechos de los interesados en los procedimientos de adjudicación de los contratos. Si bien, no es menos cierto que las consecuencias prácticas derivadas de los dictámenes transcritos, exceden con mucho de lo deseable, especialmente en los casos en los que, interpuesto un recurso especial, proceda su inadmisión a trámite de forma indubitada por aplicación de alguno de los motivos expuestos en los apartados anteriores del presente trabajo.

⁹ Publicada en el BOE nº 86 de 10 de abril de 2012 mediante resolución de 28 de marzo de 2012 de la Dirección General de Patrimonio del Estado.

NORMAS DE PUBLICACIÓN ESTUDIOS Y COMUNICACIONES

1. Los originales que se presenten para publicación deberán ser inéditos.
 2. En el caso de los ESTUDIOS que aborden en profundidad cualquier tema del Derecho Sanitario, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 80 páginas.
 3. En el caso de las COMUNICACIONES que realicen una crónica, apunte o conclusión breve respecto a un tema del Derecho Sanitario, la extensión máxima no podrá superar las 20 páginas.
 4. Tanto los ESTUDIOS como las COMUNICACIONES deberá remitirse por correo electrónico a la redacción de la revista (ds@ajs.es), indicándose en el mismo título original y datos del autor/es.
 5. En todo caso se utilizará letra tipo “times new roman”, tamaño 12 para el texto principal y tamaño 10 para las notas a pie de página. No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados, ni subrayados. No deben dividirse las palabras con guiones al final de la línea, ni se dejarán líneas en blanco.
 6. La primera página debe de incluir, por este orden:
 - a. Título del artículo
 - b. Nombre y apellidos del autor o autores
 - c. Profesión o título académico del autor y Centro o Institución de trabajo
 - d. Índice o sumario
 - e. Un breve resumen (ABSTRACT) en español e inglés de 20-30 palabras acompañado de 3-5 palabras clave, en los dos idiomas.
 - f. Nombre y dirección del autor o autores y dirección (postal o e-mail) al que los lectores pueden dirigir la correspondencia.
 - g. Fecha de finalización del trabajo
 7. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice, siguiendo los siguientes modelos:
 - a. Libros: LAÍN ENTRALGO, Pedro: *La relación médico-enfermo*, Alianza Editorial, Madrid 1983, p36 [o pp. 36-39].
 - b. Capítulos de libros: ESER, Albin: “Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica” en MIR PUIG, S. (Ed.): *Avances de la medicina y derecho penal*, Barcelona, 1988, p.12 [o pp. 12 y ss].
 - c. Artículos de revistas: MORALES PRATS, Fermín: “Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitario”, *Derecho y Salud*, Vol, 9, núm.2, 2001, pp. 141-149.
 - d. Jornadas o Ponencias: PUIG, Jaume: “Innovación tecnológica y mercado sanitario: de la macro-regulación a la micro-regulación”, Ponencia presentada en las *XIV Jornadas de Economía de la Salud: Cambios en la regulación sanitaria*, Asociación de Economía y Salud, Barcelona, 1995, p. 342.
 - e. Sitios de Internet: BARRIOS FLORES, Luis Fernando. El internamiento psiquiátrico en España: de Valencia a Zaragoza (1409-1808). *Rev Cubana Salud Pública*. [online]. Jul.-dic. 2002, vol.28, no.2, p.224-245. Disponible en la URL: http://cielo.sld.cu/cielo.php?script=sci_arttex&pid=S0864-34662002000200009&lng=es&nrm=iso. [Con acceso el 4.3.2006].
 8. Los manuscritos serán valorados anónimamente por evaluadores externos al Consejo Editorial de la Revista, expertos en la materia, quienes informarán sobre la conveniencia de su publicación y, en su caso, de introducir modificaciones en el texto.
- Adicionalmente, se realizará una revisión por pares que garantice la objetividad de la evaluación.



Asociación Juristas de la Salud
<http://www.ajs.es>
 Avda. Romero Donallo nº 21, 3ºA
 15706 Santiago de Compostela

SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN A LA REVISTA DERECHO Y SALUD

DATOS SUSCRIPCIÓN

Nombre/Razón Social: _____
 Departamento/Servicio: _____
 Número de ejemplares: _____
 Dirección: _____
 Código Postal: _____
 Población: _____
 Teléfono/s: _____
 Fax: _____
 Dirección e-mail: _____
 DNI/NIF: _____

FORMA DE PAGO

Transferencia ☐ A la cuenta 0182-6022-31-0201538629

Domiciliación Bancaria ☐

Titular de la cuenta: _____
 NIF del titular: _____
 Entidad Bancaria: _____
 Oficina: _____
 Dirección oficina: _____
 Código Entidad: (4 dígitos)
 Código Sucursal: (4 dígitos)
 Dígitos de Control: (2 dígitos)
 Cuenta: (10 dígitos)

Importe de la suscripción 62 euros anuales (dos revistas)

Remitir a: presidente@ajs.es
ds@ajs.es

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "suscriptores" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Avda. de Romero Donallo, 21, 3ºA, de Santiago de Compostela (15706), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a js@ajs.es, indicando "derechos ARCO".



Asociación Juristas de la Salud
<http://www.ajs.es>
Avda. Romero Donallo nº 21, 3ºA
15706 Santiago de Compostela

SOLICITUD DE ASOCIACIÓN

DATOS SUSCRIPCIÓN

Nombre: _____
Primer apellido: _____
Segundo apellido: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____
Población: _____
Teléfono/s: _____
Fax: _____
Dirección e-mail: _____
DNI/NIF: _____

DATOS BANCARIOS

Titular de la cuenta: _____
NIF del titular: _____
Entidad Bancaria: _____
Oficina: _____
Dirección oficina: _____
Código Entidad: (4 dígitos)
Código Sucursal: (4 dígitos)
Dígitos de Control: (2 dígitos)
Cuenta: (10 dígitos)

ENVÍO CORRESPONDENCIA (cuando sea diferente del domicilio)

Lugar de trabajo: _____
Cargo: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____

Cuota de la Asociación 82 euros anuales

Remitir a: presidente@ajs.es

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "suscriptores" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Avda. de Romero Donallo, 21, 3ºA, de Santiago de Compostela (15706), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a js@ajs.es, indicando "derechos ARCO".