



LAS RELACIONES DE LA ASISTENCIA SANITARIA CON LA SEGURIDAD SOCIAL

María Sepúlveda Gómez

Prof. Contratada Doctora. Dto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Sevilla.

- INDICE:**
1. INTRODUCCIÓN.
 2. LA ASISTENCIA SANITARIA COMO PRESTACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.
 3. ESPECIFICACIÓN DE ALGUNOS ASPECTOS DE LA ASISTENCIA SANITARIA RELACIONADOS CON EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.
 4. POSIBLES CAUSAS DE LA PRESENCIA DE DOS CAMPOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN LA ASISTENCIA SANITARIA: SISTEMA DE NACIONAL DE SALUD *VERSUS* SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.

1. INTRODUCCIÓN¹

En torno a la asistencia sanitaria pública y, más concretamente desde un punto de vista jurídico, en torno al derecho a la protección de la salud, existen desde hace tiempo numerosos debates aún hoy no cerrados. Así, una de las cuestiones que se han venido planteando en los últimos años –en realidad desde la promulgación de la CE– que aún hoy se mantiene, es la relativa al doble anclaje institucional y normativo que ha venido teniendo la asistencia sanitaria pública: 1) Como materia integrada en el Sistema Nacional de Salud (en adelante SNS) comprensiva de todas las cuestiones relativas a la protección de la salud, cuyo referente constitucional son los arts. 43, 149.1.16^a y 148.1.21^a Constitución española (en adelante CE). Y 2) Como prestación que forma parte del marco conceptual e institucional de la Seguridad Social (en adelante SS), cuya base constitucional la constituyen los arts. 41 y 149.1.17^a CE.

La cuestión no es baladí, pues está en juego nada menos que los títulos competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas (CCAA) en materia de salud, lo que sigue provocando una persistente conflictividad judicial – y política– en torno a la delimitación competencial en la protección de un bien tan importante en la vida de todas las personas como es el derecho a la protección de la salud, especialmente sensible para todos.

1 La presente aportación forma parte de la investigación que realizo en el seno del Grupo de Investigación "Derecho, Mercado de Trabajo y Relación Laboral" (SEG-103).

Esta cuestión provoca una tensión político-institucional (la dialéctica entre 'descentralización', en el que domina el modelo autonómico -diferencia-, frente a 're-centralización' que primaría los imperativos de coordinación -cohesión-), que se une a las habituales tensiones sociales en la materia de salud (debate sobre la extensión y límites de una demanda asistencial potencialmente ilimitada) y económicas (sostenibilidad y eficiencia de la carga financiera que supone) (MOLINA).

Para el *Observatorio Europeo de Sistemas y Políticas Sanitarias*, en el documento titulado <<La descentralización de la Salud: Estrategias y resultados>> (2006), "existe una marcada división entre los investigadores sobre cuál es el camino a seguir en la reestructuración de los sistemas de la atención sanitaria", ya que mientras unos apuestan por un sistema descentralizado, otros los hacen por la planificación y administración centralizada de los servicios sanitarios.

En España, los Informes de 2003 y 2004 del *Observatorio del Sistema Nacional de Salud*, destacan el efecto positivo de la descentralización del SNS, por "la dinamización y mejora continua en la respuesta a los problemas", si bien se reconoce que falta por hacer ese estudio preciso de impacto del modelo constitucionalmente prefigurado y legalmente conformado (MOLINA).

Dado que el título de esta Ponencia se refiere precisamente a eso, a las relaciones de la Asistencia Sanitaria (en adelante AS) con la SS, acotaré la materia objeto de exposición en torno a dos puntos principalmente, esto es, a destacar aquellos aspectos normativos e institucionales de la AS en los que siguen apareciendo referencias al campo de la SS, para después intentar explicar cuáles pueden ser las razones que hacen que esta situación de la doble presencia normativa -la de SS y la del SNS- continúe en la actualidad, y si es necesario o no que ello siga siendo así.

No obstante, considero que con carácter previo debo referirme a la postura que tomo como punto de partida, esto es, la de considerar que la AS es una prestación del SNS y no de la SS. Esta afirmación no impide que dichos sistemas, el SNS y el de la SS, junto con la Asistencia social, siguiendo la conocida teoría de ALARCÓN, conformen en su conjunto un sistema protector más amplio de las personas, cual es el de la <<Protección Social>>.

2. LA ASISTENCIA SANITARIA COMO PRESTACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Como decía antes, tomo como punto de partida la afirmación de que la AS es una prestación pública del SNS y no de SS. Pienso que, a día de hoy, se puede mantener esta afirmación, no sólo por la configuración constitucional del derecho a la protección de la salud, sino por el desarrollo legal que del mismo se ha hecho, que parte de la Ley General de Sanidad de 1986, creadora del Sistema Nacional de Salud: "hasta ese momento hablar de sanidad era, básicamente hablar de Seguridad Social" (ALARCÓN). Las previ-

siones constitucionales y legales han hecho que hoy por hoy estemos ante un sistema sanitario público, descentralizado y autónomo respecto del Sistema de SS, integrado en el campo del SNS.

Los motivos en los que me baso para mantener esta afirmación son, de forma resumida, los siguientes:

PRIMERO: Por la configuración constitucional de la salud, de la sanidad y de la SS y el modelo de Estado autonómico, esto es:

- 1) Por la consideración autónoma de la protección de la salud humana en un precepto constitucional específico -el art. 43- separado del relativo a la SS -art. 41.

Sabido es, no obstante, que la interpretación de este precepto se ha encontrado con dos obstáculos: A) Si es derecho subjetivo o no. B) Su relación con el art. 41 CE (que podía obstaculizar en su momento la consideración de que la AS no es una prestación de la SS).

- A) Sobre el debate en torno a la naturaleza jurídica del derecho reconocido en el art. 43 CE, sobre si es un derecho subjetivo o no, originado por el hecho de, al igual que el art. 41 CE, el 43 CE se encuentra dentro del Capítulo II del Título I de la CE, dedicado a los <<Principios rectores de la política social y económica>>. Ello significa, de acuerdo con el art. 53 CE, que éste no otorga directamente a los ciudadanos un 'derecho a la protección de la salud', sino que ese derecho solamente existirá a partir del momento en que el legislador ordinario haya desarrollado legalmente dicho derecho; aunque no hay que olvidar que la AS ya contaba con una ordenación positiva dentro del campo de la SS con anterioridad a la promulgación de la CE.

Pero sea cual sea la respuesta que se dé a esta dialéctica, lo cierto es que el sólo hecho del reconocimiento del derecho a la protección de la salud a nivel constitucional, conlleva un nivel de garantías para su existencia, aplicación e interpretación -conforme al art. 53 de la CE-. Es más, la protección de la salud se ve más fortalecida al configurarse como derecho -aunque necesite desarrollo legal- que en cuanto prestación integrante del Sistema de SS, pues lo que impone el art. 41 a los Poderes Públicos es <<el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad>>, sin que el texto haga mención expresa de ninguna de dichas prestaciones, salvo la de desempleo (ALARCÓN).

- B) Sobre el debate en torno al doble anclaje constitucional de la AS, esto es, : en el art. 41 CE y en el art. 43 CE (aunque en el primero de estos preceptos no se alude expresamente a la AS, no debe olvidarse que dicha asistencia se ha venido proporcionando históricamente en el campo de la SS). Varias y diferentes son las posturas mantenidas respecto a la interpretación de esta doble previsión consti-

tucional, siendo las dos principales la que considera que la prestación de AS está incluida en el ámbito del 41 CE, esto es, en el campo de la SS, y la que considera que la AS ha sido desplazada por la CE al ámbito de la Sanidad (art. 43 CE).

A estos efectos, ningún impedimento jurídico existía para que la interpretación y el desarrollo legal de estos preceptos constitucionales siguiera cualquiera de estas dos opciones, ya que el texto constitucional es lo suficientemente amplio y ambiguo como para que quepan dentro del mismo cualquier opción legal que respete los principios constitucionales que se contienen en los dos preceptos citados. Así, la AS tanto podría ser una prestación de SS como del SNS, como decimos, siempre y cuando en cada uno de ellos se respetaran los principios que conforman cada modelo de protección: publicación, universalidad, no contributividad, generalidad objetiva y suficiencia.

Así, a favor de la primera postura estarían los argumentos de que 1) La AS viene siendo históricamente una prestación incluida en el campo de la SS. 2) que la protección de la salud requiere de acciones públicas en ámbitos que desbordan el campo de protección de la SS, por ejemplo, de políticas alimentarias, tratamientos de aguas, eliminación de residuos contaminantes, prevención de riesgos laborales, ect. De manera que la protección de la salud no se circunscribe exclusivamente a la AS. Esta interpretación llevaría a entender, respecto al reparto competencial de la materia en el texto constitucional que la AS entra dentro del concepto de SS (art. 149.1.17 CE) y los demás aspectos de la salud o la sanidad entrarían en el ambiguo concepto de sanidad (art. 148.1.21 CE) que sería una materia compartida con el Estado (art. 149.16 CE), reservando para el Estado sólo la sanidad exterior, las bases y coordinación general de la sanidad, y la legislación de productos farmacéuticos.

Sin embargo, a favor de la segunda postura juegan, no sólo el reconocimiento del derecho a la protección de la salud separado del art. 41 CE, y el reparto competencial descentralizado, sino también y principalmente las razones que se están listando y que ahora siguen.

- 2) Por el reconocimiento de la universalidad en la protección, en el que descansa el reconocimiento de un derecho a «la protección de la salud de todos» -art. 43.1 CE-

En el momento de promulgarse la CE, la interpretación de que este artículo constitucional, reconocía el derecho de una forma universal «a todos», distaba mucho del modelo de SS no universalizado vigente en ese momento. Esto llevaba a pensar, pues, que la AS no podía ser una prestación de la SS, pues en este sistema la universalidad del derecho a la protección de la salud quedaría limitado a los sujetos protegidos por el Sistema de SS.

Pero, ¿a día de hoy podemos seguir manteniendo esta afirmación? Para responder a esta cuestión habrá que despejar la duda de si el Sistema de SS ha alcanzado materialmente y de forma plena el principio de universalidad. Desde luego el modelo teórico de SS previsto en la CE -art. 41- sí contiene el principio de universalidad, lo que ocurre es que el legislador ordinario ha mantenido durante mucho tiempo limitado este principio; un paso importante en la consecución material del principio de universalidad de la SS lo supuso la ley de 1990 de reconocimiento de las prestaciones no contributivas de la SS, aunque todavía con limitaciones, como pone de manifiesto ALARCÓN, ya que no se garantiza un *minimum* vital para todas las personas que lo necesitan por carencia de recursos. Otro avance en el mismo sentido fue la reforma del art. 86.2 de la LGSS de 1994, a través de la Ley 24/1997 de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, que calificó la prestación de AS como no contributiva.

Sin embargo las prestaciones del Sistema de SS todavía se siguen aplicando sólo a los sujetos incluidos en su campo de protección, y éstos no son toda la población. En cambio, el desarrollo legal de la universalización del derecho a la AS, iniciado con la Ley 14/1986 y extendido gradualmente a través de sucesivas normas del SNS, ha supuesto reconocer como titulares del derecho a la protección de la salud a todos los españoles y extranjeros residentes en territorio nacional, sin exclusión alguna ni listado de personas incluidas en su campo de protección. De manera que se puede seguir manteniendo la afirmación con la que se iniciaba este punto, esto es, la de que la AS es una prestación del SNS.

- 3) Por el régimen competencial que deriva de los artículos 148 y 149 de la CE.

El desarrollo del modelo de Estado descentralizado diseñado por la CE ha dado lugar a que dos de los pilares fundamentales del Sistema de SS, como son el Servicio público de Salud y la Asistencia Social, se hayan independizado de dicho Sistema de SS. Pese a que la construcción del modelo de SS podría haber sido diferente, comprendiendo un Sistema de SS mucho más amplio del que es hoy día, integrado por los cuatro pilares postulados por Beveridge, o cierto es que ese objetivo omnicompreensivo no se ha visto culminado, por la descentralización a la que hemos hecho referencia. Esto supone que la protección de la salud no es competencia del Estado -salvo en las materias contenidas en el art. 149.1.16- sino de las CCAA que la hayan asumido en sus Estatutos de Autonomía, lo que incide en la calificación de la prestación de AS como una prestación del SNS y del Sistema de SS.

El modelo de protección actual es, pues, un «Sistema de protección social», integrado por el Sistema de SS que proporciona seguridad económica a los ciudadanos a través de sus brazos contributivo y no contributivo; el SNS encargado de la protección de la salud de todos los ciudadanos; y la Asistencia Social que proporciona servicios y prestaciones a los que carecen de recursos (aunque ésta última, en algunas CCAA se pasa a llamar, erróneamente entiendo, Servicios Sociales, cuando éstos no son más que un tipo de prestación que forma parte de la Asistencia Social). No obstante, este modelo que se acaba de referir, en opinión de ALARCÓN, contiene un diseño cuyos perfiles aún no aparecen con suficiente nitidez.



SEGUNDO: La opción del legislador ordinario ha sido la de considerar la AS dentro de un Sistema distinto al del SS: el SNS.

En efecto, esta es la opción que ha seguido la Ley 14/1986, General de Sanidad, y posterior desarrollo de la misma. A día de hoy, culminado el proceso de transferencias autonómicas a todas las CCAA (salvo a las Ciudades de Ceuta y Melilla que no han asumido en sus Estatutos la AS, en las que ésta todavía se dispensa por el INGESA, órgano gestor de la SS), tenemos que:

- La AS es un derecho público.
- Se encuentra universalizado y gratuito (no absolutamente) para todos los residentes en territorio español (además de para los no residentes con ciertas condiciones). Luego me referiré a las razones para mantener esta afirmación (universalidad y gratuidad)
- La AS se gestiona y proporciona por los servicios autonómicos de Salud, no por la SS (modelo autonómico bajo bases uniformes o mínimo común -equidad-).
- La AS se financia actualmente por los Presupuestos Generales del Estado, a través de la cesión de tributos a las CCAA, habiendo quedado ya superada la financiación a través de los presupuestos de la SS (aunque queda pendiente la financiación de AS derivada de contingencias profesionales); lo que a su vez justifica la tesis de que si la AS es financiada por todos, debe ser reconocida a todos (prestación no contributiva).
- Es una AS que gira en torno a un concepto integral de salud (generalidad objetiva: atender todas las necesidades de protección de la salud; aunque este objetivo tiene unas fronteras ilimitadas), y no sólo recuperar la salud y rehabilitar a los trabajadores para que puedan volver a trabajar.
- Que debe proporcionar la cantidad necesaria o suficiente de cada una de las prestaciones que integran la AS para alcanzar sus objetivo (quantum prestacional: mínimo garantizado a todos -equidad-, mejorable por las CCAA).

Todos estos principios han sido explícitamente contemplados por la Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del SNS, art. 2.

TERCERO: La interpretación que viene haciendo el Tribunal Constitucional de la AS como una prestación del SNS. A estos efectos, interesa destacar la STC 98/2004, de 25 de mayo, en la que, con ocasión de un conflicto competencial entre una Comunidad Autónoma y el Estado en torno a la financiación de los medicamentos en dicha Comunidad, se puede observar cómo el Tribunal, dejando expresamente a un lado lo que es la AS dispensada a los beneficiarios incluidos en el campo de la SS, o sin querer entrar en ella, analiza y argumenta las razones por las que la financiación del medicamento es competencia de la Comunidad Autónoma, siendo la razón principal la de considerarla como una prestación sanitaria proporcionada por el Sistema Nacional de Salud con carácter universalista a todos los ciudadanos, cuya gestión se encuentra descentralizada, y su financiación desvinculada de la SS. Es decir, que salvo a los efectos de discutir sobre los sujetos beneficiarios de la AS -que prácticamente son todos los ciudadanos- aspecto éste en el que todavía se sigue haciendo referencia a la AS como prestación



de la SS, a todos los demás efectos la AS es considerada como prestación del SNS, con todas sus consecuencias. Interesa traer aquí una parte de la citada sentencia, por ser ilustrativa a estos efectos:

“ (...) A pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (art. 149.1.17 CE). Como se ha dicho con anterioridad, el precepto impugnado no se circunscribe a la asistencia sanitaria que es dispensada por el sistema de Seguridad Social a favor de los beneficiarios que se encuentran dentro de su campo de aplicación, sino, más ampliamente, a la financiación pública de una prestación sanitaria (el medicamento) proporcionada por el Sistema Nacional de Salud con carácter universalista a todos los ciudadanos. En este sentido, se aprecia que la norma canaria no afecta al régimen económico de la Seguridad Social, ni a sus recursos financieros, ni a la vigencia del principio de “caja única” por el que se rige. Y ello resulta avalado porque la descentralización de la gestión de los servicios sanitarios y el traspaso de servicios y funciones efectuada por la Administración del Estado en materia de sanidad a favor de las distintas Comunidades Autónomas se ha visto acompañada de una nueva forma de financiación de la asistencia sanitaria, que abandonando la específica partida presupuestaria de la Seguridad Social se ha integrado en el sistema general de financiación autonómica junto al resto de las partidas presupuestarias (proceso este que ha culminado con 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).

(...)siendo relevante que esta prestación, como las restantes previstas en dicha Ley son responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el actual sistema de financiación autonómica, quedando garantizada la suficiencia financiera por lo previsto en la citada Ley 21/2001 (art. 10.1 y 2). En suma, la cuestión debatida se encuadra en el ámbito material correspondiente a la “sanidad” (art. 149.1.16 CE)”.

CONCLUSIÓN: Materialmente la AS es una prestación que pertenece al SNS, pero formalmente sigue quedando la presencia del Sistema de SS en algunos aspectos de la AS, más aparente que real, que puede llevar a la confusión. Veamos cuales son estos aspectos.

3. ESPECIFICACIÓN DE ALGUNOS ASPECTOS DE LA ASISTENCIA SANITARIA RELACIONADOS CON EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Pese a que considero la AS como una prestación del SNS, no se puede obviar que existen todavía en nuestro ordenamiento numerosos textos legales donde aparece recogida la AS dentro del Sistema de SS; ello es lo que produce, en mi opinión, la persistente

confusión acerca de la AS como prestación del Sistema de SS. Haré referencia a continuación, sin ánimo de exhaustividad, a los textos más destacados en los que ésta sigue apareciendo así.

- 1) La vigencia de la Ley General de Seguridad Social de 1974 y del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sobre prestaciones de la asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos de la SS (concepción de la atención médico-sanitaria vinculada al aseguramiento obligatorio del trabajador y su familia, para hacer frente a enfermedades derivadas de contingencias profesionales y enfermedad común, mediante prestaciones asistenciales requeridas para recuperar su salud, incluyendo la rehabilitación). La refundición llevada a cabo en 1994 (D.legisl. 1/1994) de la Ley General de Seguridad Social dejó fuera de la misma la regulación de las prestaciones de asistencia sanitaria. Ésta, en parte ha sido derogada explícitamente por leyes posteriores, y el resto de la normativa antigua se puede entender derogada implícitamente por contravenir lo dispuesto en leyes posteriores (según doctrina del Tribunal Supremo).
- 2) La actual Ley General de Seguridad Social de 1994:
 - El hecho mismo de la existencia del art. 38.a) de la LGSS: hay que entenderlo como el título jurídico que ha legitimado la titularidad del derecho a la AS, hasta tanto ésta quedara plenamente universalizada²; precepto justificado en tanto se culminaba el proceso de tránsito, pero ahora no. El hecho de que el mismo continúe en vigor, a día de hoy, nos lleva a preguntarnos si es que dicho texto legal contempla una AS de SS, distinta y separada de la del SNS; la respuesta evidentemente es negativa. Es más, su presencia es superflua por cuanto, constituyendo exclusivamente la puerta de entrada al SNS de los sujetos protegidos por la SS, que ahora ya no la necesitan, pues la AS está ya plenamente universalizada, por lo que ahora diremos respecto a la titularidad.
 - El acto administrativo de reconocimiento del derecho: ha seguido teniéndolo la SS, concretamente el INSS, sin el cual no será expedida la Tarjeta Sanitaria que permite a su titular acceder gratuitamente a las prestaciones sanitarias del SNS. Es la consecuencia de que se siga contemplando el hecho de que la AS pertenece al campo de la SS como una de las puertas de entrada a la AS del SNS. Pero la SS sólo tendrá competencias de reconocimiento respecto de las personas que incluye en su campo de protección; para las demás personas serán otras las Administraciones competentes.
 - La vigencia a día de hoy de la Disposición Transitoria quinta de la LGS de 1986 ("La extensión de la asistencia sanitaria pública a la que se refieren los artículos 3.2. y 20 de la presente ley se efectuará de forma progresiva"), lo que hace per-

² Se dice que la LGS cuando se promulga es una ley programática que establece el modelo sanitario público y los principios que lo informan, quedando su desarrollo y su efectiva puesta en práctica para un momento posterior y gradual. Por ejemplo, la universalización de la AS; la financiación basada en el sistema impositivo general y la unificación de los diferentes regímenes de la SS.

sistir el debate sobre la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria: polémica sobre la progresiva extensión del derecho, ¿es ya una prestación universal y gratuita (relativamente) para todas las personas residentes en España?

Creo que la universalización llevada a cabo por la LGS de 1986, ha culminado su proceso de extensión gradual con la Ley 16/2003 (art. 3.1), que a su vez ha sido desarrollada por el nuevo RD 1030/2006 sobre Cartera de Servicios Comunes del SNS y el procedimiento para su actualización, cuyo art. 2.2. dice:

"Son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria a través de la cartera de servicios comunes que se establece en este RD, los contemplados en el art. 3.1 de la Ley 16/2003³."

"El procedimiento para el acceso a los servicios que hacen efectivas las prestaciones será determinado por las 'Administraciones sanitarias' en el ámbito de sus respectivas competencias".

Sin embargo, el anterior RD 63/1995, que regulaba la cartera de servicios comunes, ahora derogado, no decía lo mismo, pues aludía en su artículo 1 a toda la población <<conforme a la LGS de 1986>>, es decir, conforme a la extensión progresiva a la que alude la Disposición Transitoria quinta de dicha ley. Esto nos lleva a pensar que, con el nuevo RD de 2006 de Cartera de Servicios Comunes, el proceso de extensión progresiva de la AS a toda la población, ha culminado.

Según esto, todos los sujetos que enumera la Ley de Cohesión tienen derecho a acceder a la cartera de servicios comunes, incluidos los inmigrantes ilegales que puedan estar empadronados en el Ayuntamiento de su localidad (art. 12 de la vigente Ley de extranjería no se refiere a residentes legales, sino a los que se encuentren inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente). También tendrá ya este derecho aquella parte de la población no incluida en el campo de protección de la SS, siempre que sean residentes en territorio español.

Sin embargo el RD 183/2004, de 30 de enero, que regula la Tarjeta Sanitaria Individual, alude a la expedición de la misma por las Administraciones sanitarias competentes y por el INGESA: "a las personas residentes en su ámbito territorial que tengan acreditado el derecho a la asistencia sanitaria pública". Es decir, que todavía habrá que seguir acreditando el hecho de pertenecer a un colectivo que tenga expresamente reconocida la titularidad del derecho a la AS, no pudiéndose invocar, parece ser, la universalidad del derecho.

- ³ **Art. 3.1. Ley 16/2003:** a) Todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000.
- b) Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación.
- c) Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos.

- La existencia de las Mutualidades de funcionarios, Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales, y las empresas colaboradoras: pueden proporcionar una asistencia sanitaria al margen de los servicios públicos de salud; pero en todos estos casos, deben respetar la cartera de servicios comunes estatal. Su existencia se debe al hecho mismo de que el Sistema de SS no haya unificado los distintos regímenes de SS y al hecho de que mantenga la asistencia sanitaria como prestación contributiva si es debida a contingencias profesionales.
- El artículo 86.2 de la vigente LGSS, que regula la financiación de las prestaciones de la SS (distinguiendo entre AS contributiva -la que trae como causa una contingencia profesional- y AS no contributiva), en relación con los arts. 79 y 82 de la LGS; artículos éstos cuya redacción actual se debe a Ley 21/2001 que establece el nuevo sistema de financiación de las CCAA de régimen común y de Ceuta y Melilla. Todos ellos relativos a la financiación: en el siguiente epígrafe explico esta cuestión.

3) Invocación legal del título competencial del 149.1.17ª CE:

- Por ejemplo en el hoy derogado RD 63/1995, sobre Ordenación de las Prestaciones Sanitarias del SNS, al que le ha sucedido el RD 1030/2006, sobre Cartera de Servicios Comunes, que también invoca el título competencial de SS, junto al de Sanidad.
- RD 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la Tarjeta Sanitaria Individual.
- También, la reciente Ley de Uso Racional del Medicamento de 2006.
- También en todas las normas referidas a financiación de la AS se invoca como título competencial para dictarlas, la competencia del Estado en materia de SS del art. 149.1.17ª CE.

4) Competencia del Orden Jurisdiccional Social

- Salvo en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración por defectuosa prestación de los servicios de sanitarios (art. 139 de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) y los litigios del personal estatutario al servicio de las Administraciones (Ley 55/2003, Estatuto Marco del Personal Estatutario), en las que se declara la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, todas las demás materias que tienen que ver con la prestación de AS, sigue siendo competencia de la Jurisdicción Social, por considerarse formalmente, aún, una prestación de SS.

4. POSIBLES CAUSAS DE LA PRESENCIA DE DOS CAMPOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN LA ASISTENCIA SANITARIA: SISTEMA DE NACIONAL DE SALUD *VERSUS* SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

El contexto normativo caótico en el que todavía se encuentra la regulación de la AS, entiendo que no está justificado, sean cuales sean las razones de ello, porque lo que está en juego es un derecho constitucional de vital importancia para las personas, esto es, el derecho a la protección de la salud. Transcurridos ya veintidós años desde la Ley General de Sanidad y casi treinta años desde que se promulgara la Constitución española, ha habido ya margen suficiente para clarificar y estabilizar el reparto de competencias entre Estado y CCAA y la financiación de la AS, que es en definitiva lo que llevaría a aclarar de una vez si estamos ante una prestación del SNS o de la SS.

Precisamente por el largo tiempo transcurrido y visto el estado de la cuestión, cabe preguntarse por las razones de que esta situación confusa permanezca. Apuntaré algunas de las que creo pueden ser dichas razones, aunque insisto en que no me parecen que a día de hoy todavía sigan estado justificadas.

1) Por tradición histórica.

Una de las razones de esta persistente vinculación entre ambos campos protectores es el hecho cierto de que la gestación de un sistema de AS pública en nuestro país no tuvo lugar en el marco de lo que era históricamente la Sanidad Pública, sino en el contexto normativo e institucional de la acción protectora de la SS: primero a través de una ley específica, la Ley de 14 de diciembre de 1942 por la que se creó el Seguro Obligatorio de Enfermedad, y posteriormente en el marco de la legislación general de la Seguridad Social (LGSS de 1966 y 1974). Sin desconocer la importancia de los antecedentes históricos de cualquier institución, tampoco cabe olvidar que la evolución normativa se debe ajustar, a partir de la Constitución española, al respeto de los principios y derechos reconocidos en nuestra Carta Magna. Si en materia de AS este respeto materialmente podemos decir que existe, razón de más para que formalmente también se haga.

2) Por el proceso de tránsito de la AS desde el Sistema de Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud.

Ya hemos comentado con anterioridad que este tránsito se puede entender culminado a día de hoy. Dada la complejidad técnica, administrativa y económica de la materia, es lógico entender que la extensión universal de la AS a toda la población residente y su completa inclusión dentro del campo del SNS se haya tenido que hacer de una forma gradual -tal como previó la LGS de 1986-. Pero el desarrollo legislativo posterior, observado el conjunto de normas que lo integran, nos lleva a concluir que dicho tránsito está materialmente terminado, aunque continúa formalmente abierto.

3) Por la afectación de las competencias del Estado.

Esta es una de las razones más delicadas en materia de AS, como ocurre en muchas otras: delimitar las fronteras competenciales entre el Estado y las CCAA. El Estado es el que tiene competencias en materia de Seguridad Social y las CCAA la tienen en materia de Sanidad –con excepción de algunos aspectos de ésta que son competencia del Estado-. Tradicionalmente ha sido el Estado el que ha tenido competencias en materia de AS, por venir ésta incluida en el campo de la Seguridad Social y mientras sigan existiendo normas que consideran la AS como una prestación del Sistema de Seguridad Social, el Estado seguirá teniendo competencias en la materia; de hecho hasta en las más recientes normas estatales sobre AS se sigue invocando la competencia del Estado en base al art. 149.1.17ª CE.

Es evidente que si se reconoce la AS como una prestación del SNS, el Estado dejaría de tener competencias en la materia –salvando las que le reconoce el art. 149.1.16ª CE-. Por ello cabe preguntarse, culminado ya el proceso de traspaso de competencias en materia de AS a las CCAA, cuál es la razón de que el Estado persista en mantener una competencia que no le corresponde –manteniendo la AS como una prestación del Sistema de Seguridad Social-, cuya gestión y financiación está ya descentralizada. Entiendo que la razón puede ser la de seguir manteniendo competencias en el control de la financiación de la AS, a la que seguidamente me refiero.

4) Por mantener el control de la financiación y gastos del Sistema Sanitario gestionado por las CCAA, invocando competencia exclusiva en el régimen económico de la Seguridad Social.

Entiendo que ésta es quizás la razón principal por la se sigue invocando por muchas normas el carácter de SS de la asistencia sanitaria; así, la propia LGS, art. 82, con la nueva redacción dada por la Ley 21/2001, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común con Estatuto de Autonomía, LNSFCA; y el art. 86.2 LGSS, en la redacción dada al mismo, primero por la ley 24/1997 de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social –que considera la AS como prestación no contributiva, salvo la derivada de contingencias profesionales-, y después por la redacción dada por la Ley 21/2001 antes citada, sobre financiación de la asistencia sanitaria no contributiva.

En efecto, todas las normas que el Estado ha promulgado desde la LGS que afectan directa o indirectamente al régimen de financiación de la AS a cargo del Estado o de las CCAA, contienen la referencia siempre a <<prestaciones de AS de la SS>> (incluso la propia LGS, tanto en su versión original como en la reformada, en materia de financiación sigue haciendo referencia a la AS de la SS) y, lo que es más llamativo, incluso en la Ley 21/2001 cuya fecha de promulgación coincide con la culminación del proceso de transferencia de competencias pendientes a las CCAA.

Las razones de que en materia de financiación se siga manteniendo la AS como prestación del Sistema de SS son claras: 1) El debilitamiento de competencias del Estado. 2) La posible pérdida de la dimensión solidaria a nivel nacional que resulta inherente a nuestro sistema de asistencia sanitaria pública, con la obstaculización de una visión unitaria del mismo –que es precisamente la situación contraria a la que intenta mantener el nuevo sistema de financiación-.

Si se deja de considerar la AS como prestación de SS, el Estado no tendría competencia sobre el <<régimen económico>> de la misma, y aunque esta competencia estatal está pensada para mantener la unidad financiera de las prestaciones contributivas, no es descartable que el título sobre régimen económico pueda tener también implicaciones en ámbitos de la SS configurados como no contributivos. El título sobre régimen económico serviría al Estado para, por ejemplo, excluir o limitar las divergencias autonómicas en el establecimiento de contribuciones a efectuar por los usuarios (fórmulas de copago), o para fundamentar previsiones normativas que vinculan determinados recursos de las CCAA a la financiación de la AS; en esta línea se mueve el nuevo sistema de financiación de las CCAA, en la idea de un régimen económico de la SS de carácter unitario establecido por el Estado⁴.

Pero a partir del nuevo sistema de financiación de las CC.AA, deja de tener sentido que el Estado pretenda preservar la unidad financiera del Sistema de SS, porque la AS no se financia ya con el presupuesto de la SS⁵. Así, algunos de los caracteres principales de este nuevo sistema de financiación son:

- La financiación sanitaria se integra ahora en el sistema general de financiación de las CCAA, sin perjuicio de que se mantenga una consideración específica de aquélla, que diferencia de las demás 'competencias comunes' y de los servicios sociales de la SS.
- El nuevo sistema no descansa ya en las transferencias estatales condicionadas (ni proviene de los presupuestos del SS), sino que se nutre, igual que para las demás competencias autonómicas, de la recaudación derivada de tributos estatales cedidos. No obstante se establecen garantías de suficiencia y se imponen determi-

4 Como de manera reiterada ha establecido la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.17.ª de la Constitución, corresponde al Estado dentro de su competencia exclusiva preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de un régimen público, es decir, único y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos (artículo 41 CE), que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes en materia de Seguridad Social (artículo 149.1.1.CE) y haga efectivos los principios de solidaridad interterritorial y financiera y de unidad de caja, impidiendo la existencia de políticas diferenciadas de Seguridad Social en cada una de las comunidades autónomas. Por ejemplo STC 124/1989.

5 Salvo la AS derivada de contingencias profesionales, que sigue teniendo carácter contributivo –art. 86.2 LGSS- y se financian con las cotizaciones efectuadas por AT y EP.

nadas vinculaciones a las CCAA⁶. Con estas vinculaciones se pretende garantizar el mantenimiento de la AS como prestación básica que se reconoce a todos los ciudadanos (universalidad) y se garantiza por el Estado en todo el territorio nacional.

- Se sigue considerando la AS como prestación de SS, que responde a la idea de un <<régimen económico de SS fijado por el Estado con carácter unitario>>.

Por ello, el Estado utiliza esta vía (la de la AS como prestación de SS), para seguir teniendo competencias sobre régimen económico a través del cual mantener los criterios de universalidad y equidad (establecer reglas uniformes para todos los titulares del derecho a la protección de la salud).

Pero la consecución de la universalidad de la AS en condiciones de equidad efectiva, son objetivos que se pueden conseguir por otras vías: la del 149.1.16 CE: las bases y coordinación general de la sanidad. La coordinación, por ejemplo, ha querido ser impulsada a través de la Ley de Cohesión y Calidad del SNS Ley 16/2003, de 28 de mayo, que fija el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas; contiene además diversas previsiones que inciden sobre aspectos concretos de la financiación de la AS, a través de los que se pretende, entre otros, conseguir los objetivos de igualdad efectiva y calidad en las prestación de los servicios a los usuarios del sistema y garantía de acceso en condiciones de igualdad efectiva. Pero dicha ley, pese a que no hace ninguna referencia al carácter de prestaciones de SS de la AS, sin embargo se dicta al amparo de las competencias 16 y 17 del art. 149 CE⁷.

Me inclino a pensar que lo que pretende el Estado con este control de la financiación del gasto sanitario de las CCAA sea evitar la responsabilidad de tener que sufragar las deudas de AS que contraigan y no puedan asumir aquéllas. Pero ¿Para ello es necesario seguir manteniendo formalmente la AS como prestación del Sistema de SS, o existen otras vías? Dejo abierto el debate.

-
- 6 Junto a la garantía de suficiencia en la financiación disponible por la CCAA se establece también la obligación positiva de las mismas de dedicar a la AS un determinado volumen de recursos, que quedan así vinculados a este destino
- 7 Es significativo el hecho de que el Proyecto de Ley reconociera la competencia estatal para determinar el contenido de las prestaciones sanitarias, con un carácter básico y común para todo el SNS, pero atribuyera a las CCAA la responsabilidad de financiar dichas prestaciones; propuesta que fue objeto de enmiendas que llevaron la modificación del texto para potenciar una corresponsabilidad entre el Estado y las CCAA en la financiación de la AS.