



REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES Y LA CARTERA DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO

*Profesora Contratada Doctora
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

Un análisis retrospectivo por nuestro sistema sanitario público permite poner de manifiesto su compleja evolución desde que se promulgó la Ley General de Sanidad (LGS, 1986) hasta nuestros días. Un proceso evolutivo que se ha llevado a cabo, a nivel normativo, con lentos y tardíos avances que han provocado desajustes entre la evolución normativa y la realidad práctica en el tiempo en el que aparecieron y que se ha visto salpicado por una multiplicidad de normas reglamentarias dispares. Y todo ello se va sucediendo sin que se llegue a establecer una nítida línea divisoria entre la Seguridad Social y el sistema sanitario público, de tal manera que continua manteniéndose la dualidad —contradictoria— de la protección sanitaria de la Seguridad Social y como prestación, pública, externa al sistema de Seguridad Social. Derivado de este largo proceso se llega a plantear la necesidad de adaptar dicho sistema a los cambios económicos, técnicos y sociales que se han ido desarrollado durante todo ese período, así como de establecer, en base a la estructura inicial dispuesta en la LGS, un sistema sanitario público, armónico, equilibrado y coordinado. Ello exigía una respuesta normativa, en orden a establecer los elementos comunes necesarios que sirven de nexo unificador y cohesionador del sistema (las prestaciones, la farmacia, los profesionales sanitarios, la investigación, la información sanitaria y la calidad del sistema), y que va a tener lugar con la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. El dibujo de este sistema sanitario ha sido y es una obra de futuro y de construcción a largo plazo. Y por ello, hoy, 20 años después, se sigue hablando de cambios en el sistema. De ahí, la razón que de este trabajo, en el que se viene a analizar un aspecto concreto y de gran importancia en el desarrollo del propio sistema: la necesaria determinación efectiva del ámbito prestacional del sistema sanitario público que, recientemente, ha tenido una respuesta normativa con el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización.

ÍNDICE

1. EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES Y LA CARTERA DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD
 - 1.1. Apunte introductorio
 - 1.2. Delimitación conceptual
2. PRINCIPALES NOVEDADES EN EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD
3. CONTENIDOS IMPROPIOS EN LA CARTERA DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD
4. LA TAREA COMPLEMENTARIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD
5. VENTAJAS Y DESACIERTOS DE LA NUEVA ORDENACIÓN PRESTACIONAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD
6. LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO BÁSICO PRESTACIONAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD ¿MÍNIMO IMPRESCINDIBLE O NIVEL ÓPTIMO?

1. EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES Y LA CARTERA DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

1.1. Apunte introductorio

Hasta hace poco tiempo analizar el contenido prestacional del sistema suponía realizar un esfuerzo de síntesis entre el RD 63/1995, de 20 de enero, por el que se regula la ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud (BOE 10-2-1995) —norma reglamentaria que establecía la ordenación prestacional del sistema, en adelante RD 63/1995— y el cúmulo de disposiciones reglamentarias que desarrollando, ampliando, alterando, o suprimiendo modificaciones anteriores por otras nuevas, venían a determinar los contornos materiales de la protección sanitaria dispensada por el sistema sanitario público¹. Todo este conjunto normativo conforma-

¹ Sin ánimo de exhaustividad se citan las siguientes normas, en su mayoría, derogadas por la Disposición derogatoria única del RD 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 (BOE 16-9-2006): O. 18-1-1996 por la que se regula la prestación ortoprotésica (BOE 7-2-1996); O. 30-4-1997 por la que se regulan los tratamientos dietoterápicos complejos (BOE 14-5-1997); O. 2-6-1998 por la que se regula la nutrición enteral domiciliaria (BOE 11-6-1998); O. 15-12-2000 por la que se fija las condiciones de identificación de los alimentos destinados a usos médicos especiales susceptibles de financiación por el Sistema Nacional de Salud (BOE 6-1-2001); O. 3-3-1999, por la que se regula la oxigenoterapia a domicilio (BOE 13-3-1999); RD 83/1993, de 22 de enero, que regula la selección de medicamentos a efectos de su financiación para el Sistema Nacional de Salud (BOE 19-2-1993); L. 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento (BOE 22-12-1990) —derogada por la L.29/2006, de 29 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios

ba lo que la doctrina ha venido denominando el catálogo de prestaciones del SNS, de manera que, aquella prestación que no apareciera recogida en alguna de esas disposiciones quedaba excluida de la protección sanitaria pública. Pero aquí no acaba este laborioso proceso, puesto que, a lo anterior, había que añadir que, en base a la capacidad competencial de las CC.AA. de reconocer, en sus propias estructuras sanitarias, prestaciones no amparadas en el citado catálogo, dichas autonomías podían incorporar nuevas prestaciones que financiaban con sus propios recursos. Luego, después de la inicial búsqueda de encajar si alguna prestación o servicio sanitario estaba incluido —y, por consiguiente, financiado por el sistema sanitario— o, por el contrario, se encontraba excluida del mismo había que acudir a la normativa autonómica sanitaria del lugar de residencia para averiguar si tal prestación estaba o no financiada con cargo a los propios recursos del sistema sanitario autonómico.

Este proceso se simplificó a raíz de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (BOE 29-5-2003) —en adelante Ley de cohesión— puesto que en ella se dedicó todo un capítulo, concretamente el primero, a regular los aspectos esenciales de cada una de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud —en adelante SNS— determinando tanto su contenido como las garantías necesarias para el desarrollo de las mismas.

Centrándome en la materia, la Ley de cohesión ordena el conjunto de prestaciones sanitarias en torno a dos conceptos que son: el catálogo de prestaciones, que ni se define ni se concreta correctamente en la propia norma y la cartera de servicios, que se define en la norma pero se deja su concreción para un desarrollo normativo posterior, de tal suerte que, se mantiene la vigencia del RD 63/1995 hasta tanto no se produzca el citado desarrollo normativo (desarrollo que se ha llevado a cabo a través del RD 1030/2006 de 15 de septiembre). Por consiguiente, y partiendo de esta dualidad conceptual, resulta necesario aclarar, con precisión, los límites materiales de cada uno para, a su vez, valorar esta novedad que incorporó la Ley de cohesión.

(BOE 27-7-2006)—; RD 9/1996, de 15 de enero que regula la selección de los efectos y accesorios sanitarios a efectos de su financiación con fondos de la Seguridad o fondos estatales afectos a la sanidad y su régimen de suministro y dispensación a pacientes no hospitalizados (BOE 7-2-1996); RDL 12/1999, de 31 de julio sobre medidas urgentes para la contención del gasto farmacéutico en el Sistema Nacional de Salud (BOE 16-8-1999); O. 12-3-2004 por la que se autoriza la financiación de determinados efectos y accesorios con fondos públicos (BOE 19-3-2004).

1.2. Delimitación conceptual

Acabo de hacer referencia a que la Ley de cohesión efectúa la ordenación prestacional del SNS en torno a dos términos que aparecen tratados en la Ley de modo diferente, a saber, el catálogo de prestaciones y la cartera de servicios del SNS ².

Respecto del primero, la Ley regula, de manera un tanto confusa y desordenada, el catálogo de prestaciones del SNS. Porque si, en un principio, puede parecer que tal regulación aparece concentrada en un solo precepto, el art. 7, luego podremos comprobar que no es así, sino que se desarrolla a lo largo de todo el capítulo I.

En efecto, el art. 7 titulado «catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud» no se inicia con una definición sobre qué se entiende por catálogo de prestaciones, sino que éste se determina en base a su objeto: «garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención». A continuación le sigue una definición de prestaciones de atención sanitaria; una enumeración de las prestaciones incluidas en el SNS; y una remisión a los derechos de información y documentación sanitaria de los pacientes o usuarios del SNS.

Este contenido contrasta con el que se recoge en el apartado III de la Exposición de Motivos, en donde el catálogo de prestaciones aparece definido como el «conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción de la salud dirigidos a los ciudadanos». Es decir, que en dicha Exposición de Motivos se define el catálogo utilizando la definición que se recoge en el art. 7.1 para conceptuar a las prestaciones de atención sanitarias. Se trata pues, de un precepto que acoge una cuestión compleja y que requiere un detenido análisis que permita poner en orden la importancia de su contenido.

Partiendo del art. 7.1. el catálogo de prestaciones aparece como un instrumento jurídico esencial para el funcionamiento del propio sistema sanitario (porque en él se determina, a nivel prestacional, los elementos comunes de aplicación homogénea en todo el sistema), pero también de referencia o guía necesaria para los usuarios y/o pacientes del mismo (porque en él se contiene la oferta prestacional pública y las condiciones para su ejercicio).

Desde esta perspectiva el catálogo, que se recoge en la ley de cohesión, no es un mecanismo jurídico que sólo se identifique, exclusivamente, con un sistema clasificatorio de prestaciones sanitarias —tal como en un

² Respecto a los orígenes de ambos conceptos *vid.* VIDA FERNÁNDEZ J.: «Las carteras de servicios: concreción racionalización y articulación del contenido de las prestaciones sanitarias», *Revista Derecho y Salud* Vol. 13, núm. 1, enero-junio 2005, pág. 18.

primer momento pudiera desprenderse, tanto de la lectura del apartado III de la Exposición de Motivos, como del art. 7.1 apartado segundo—, sino que se presenta con un contenido mucho más amplio y complejo pues, además de lo anterior, en él se ha de incluir todos aquellos instrumentos o elementos que hacen posible el cumplimiento del objetivo para el cual fue creado.

En este sentido, el contenido del catálogo deberá incluir: el cuadro de prestaciones sanitarias de aplicación común en todo el SNS que permita dar cobertura, de forma integral y continuada, a las exigencias asistenciales que demanda la población (art. 7.1, párrafo 2.º); la definición de cada prestación; el conjunto de actuaciones que contiene cada una de ellas (arts. 11 a 19); las prestaciones cuyo importe se ha de reclamar a terceros obligados al pago (anexo IX RD 1030/2006) y pacientes privados; y las prestaciones excluidas. Asimismo, el catálogo deberá identificar en qué centros sanitarios se podrá dispensar tales prestaciones (art. 9); el personal que harán efectivas dichas prestaciones, así como las garantías necesarias para el adecuado y correcto acceso y utilización de las prestaciones que dispensa el sistema (arts. 23 a 29).

Este es, a mi juicio, el contenido del catálogo de prestaciones que se desprende de la Ley de cohesión. Pero, no se trata de un catálogo cerrado, sino que se encuentra abierto a todo aquello que permita garantizar la finalidad prevista en el art. 7.1 de la Ley de cohesión.

Por todo lo anterior, entiendo que, el catálogo de prestaciones puede definirse no tal y como aparece en la Exposición de Motivos, sino como el conjunto de criterios y elementos comunes del SNS dispuestos para garantizar el desarrollo de una atención sanitaria integral, continuada y adecuada a las necesidades asistenciales de la población.

Esta tarea de definir qué es el catálogo de prestaciones, así como de identificar su contenido —de entre los distintos preceptos que componen el Capítulo I de la Ley de cohesión—, no parece necesaria respecto del segundo de los conceptos a tratar, es decir, de la cartera de servicios, puesto que la Ley de cohesión, aún sin concretar el contenido de la misma (que se deja para un posterior desarrollo reglamentario), efectúa un tratamiento más clarificador que el realizado respecto del catálogo de prestaciones. Así, tras indicar que las prestaciones que se recogen en el catálogo se hacen efectivas a través de la cartera de servicios (art. 8), define qué se entiende por cartera de servicios; qué órgano es el encargado de aprobarla; qué tipo de norma se utilizará para su aprobación; qué criterios se ha de seguir para determinar el contenido de la misma; qué competencias tienen las CC.AA en esta materia (art. 20); cuál es el proceso para su actualización (art. 21); y cómo y cuándo se podrá autorizar el uso tutelado de determinadas técnicas, tecnologías o procedimientos (art. 22).

Siguiendo el art. 20 la cartera de servicios es un conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos que permiten materializar las prestaciones sanitarias contenidas en dicho catálogo. Pero no cualquier técnica, tecnología o procedimiento podrá quedar incluida en la cartera de servicio, sino sólo aquellos métodos, actividades y recursos que estén basados en el conocimiento y la experimentación científica. Esto significa que quedan fuera de la cartera de servicios aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos cuya evidencia científica no se halle suficientemente probada (art. 20.3).

Corresponde, pues, al Consejo Interterritorial acordar el contenido de la cartera de servicios debatiendo y recomendando cuáles son las técnicas, tecnologías o procedimientos que deben quedar recogidas en la misma (art. 71.1.a y D.T.Única). Y esta labor se realizará teniendo en cuenta la eficiencia, la efectividad, la seguridad y la utilidad terapéutica de las técnicas, tecnologías o procedimientos a incluir³.

2. PRINCIPALES NOVEDADES EN EL CATÁLOGO DE PRESTACIONES DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

El catálogo de prestaciones que incorpora la Ley de cohesión establece una nueva regulación del conjunto de prestaciones de atención sanitaria del SNS y que supone un avance importante respecto del diseño prestacional trazado por el RD 63/1995 —en desarrollo de la LGS— por varios aspectos. Así pues, por un lado, se incorporan nuevas modalidades prestacionales —a las que luego haré referencia—. Con ello la Ley de cohesión se sitúa en una línea evolutiva de crecimiento y expansión de las funciones asistenciales (desde la óptica amplia de que la protección de la salud —en su vertiente individual— es un derecho que no se limita a la atención en supuestos de accidente o enfermedad, sino que posee un contenido mucho más amplio donde también tiene cabida la promoción de la salud o la prevención de las enfermedades). Por otro, también resulta novedosa su regulación por el tratamiento que se hace de cada una de las prestaciones. Es decir, la Ley de cohesión no se limita a enumerar las prestaciones según modalidades, sino que efectúa un tratamiento mucho más acabado que la regulación antecesora recogiendo de cada una de ellas su definición, su desarrollo formal y el ámbito o nivel sanitario en donde se presta. Asimismo, en todas se determina el contenido básico necesario que será de aplicación común en los centros, establecimientos o servicios sanitarios del SNS en cualquier parte del

³ Además de las anteriores el Consejo va a tener en cuenta otras circunstancias que también van a ser determinantes para definir la cartera de servicios como son: las ventajas y alternativas asistenciales, las necesidades sociales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y el impacto económico-organizativo que las mismas puedan provocar.

territorio español⁴ —contenido que se encarga de desarrollar la cartera de servicios—. Este último aspecto resulta de especial importancia, no sólo porque, de esta forma, se establece la cobertura asistencial común que permite el funcionamiento cohesionado del SNS —que nace con una concepción integral y en donde se pretende que la atención sanitaria pública dirigida al ciudadano responda a unas garantías básicas y comunes (equidad, calidad y participación social)—, sino también porque dicho sistema se sustenta con recursos limitados. Y esa perspectiva no puede ser desatendida cuando se configura las funciones asistenciales del mismo. Por ello resulta esencial establecer, para el conjunto del sistema sanitario, los parámetros comunes que delimitan el cuadro asistencial y la extensión del mismo.

Todo lo anterior se completa con una serie de garantías que se anexan a la función asistencial y que va a permitir asegurar a los ciudadanos la obtención de una atención sanitaria en condiciones de igualdad en cuanto a su acceso, en un tiempo máximo —de acceso— y con un alto nivel de calidad y de seguridad⁵.

Pero la amplitud y heterogeneidad en el contenido sustancial de las prestaciones del SNS dificultan dicha labor de ordenación⁶. De ahí, que la Ley de cohesión venga a sistematizar de forma acertada dicha tarea al establecer dos mecanismos que permiten identificar, por un lado, las condiciones básicas para el desarrollo de la atención sanitaria (catálogo de prestaciones) y, por otro, reunir a todo el conjunto de técnicas y procedimientos que contiene cada prestación mediante la creación de una cartera de servicios.

Atendiendo al art. 7.2 de la Ley de cohesión las prestaciones del SNS se clasifican en: salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, productos dietéticos, transporte sanitario, prestación farmacéutica y prestación ortoprotésica.

En base a la citada clasificación y a los contenidos dispuestos en el Capítulo I la Ley de cohesión presenta diferencias importantes en relación con el RD 63/1995 que paso a comentar:

⁴ Téngase en cuenta que las mutualidades, entidades colaboradoras y mutuas con responsabilidad de cobertura en la asistencia sanitaria pública se encuentran obligadas a proporcionar la atención prestacional que se deriva del catálogo, así como también el contenido dispuesto —para cada prestación— en la cartera de servicios, respetando las garantías reconocidas en la Ley de cohesión (accesibilidad, movilidad, calidad, seguridad, información y tiempo) —D.A.4.^a L. cohesión—.

⁵ En este sentido *vid.* VIDA FERNÁNDEZ J.: «Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y cartera de servicios», en la obra colectiva *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Luciano Parejo, Alberto Palomar, Marcos Váquer (coords). Edit., Marcial Pons, Madrid 2004, pág. 53.

⁶ *Vid.* PEMÁN GAVÍN J.: «Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro», *Revista de Administración Pública* núm. 156, septiembre-diciembre 2001, págs. 105 y ss.

- A) Todas las prestaciones que se incorporan al catálogo de prestaciones se encuentran clasificadas a un mismo nivel, es decir, todas son consideradas como prestaciones básicas del SNS y ninguna de ellas tiene carácter accesorio o complementario respecto de otras, tal y como sucedía en el RD 63/1995 respecto de la prestación ortoprotésica, el transporte sanitario, los tratamientos dietoterápicos complejos y la oxigenoterapia a domicilio (art. 7 Ley de cohesión)⁷.
- B) Se amplía el contenido básico de las prestaciones (en relación con el establecido en el RD 63/1995) cubriendo, de esta forma, el desfase existente entre el contenido asistencial incluido en el catálogo de prestaciones básico y la oferta asistencial que han venido desarrollando las CC.AA.⁸ Así pues, en la prestación de atención primaria se introduce la atención comunitaria y la atención a la salud mental, se amplía el ámbito subjetivo y funcional de la protección dispensada a los enfermos terminales, a la vez que se reorienta hacia los cuidados paliativos⁹; en la prestación de atención especializada se incorpora la hospitalización domiciliaria reorientándose, igualmente, la atención de los enfermos terminales; en la prestación de productos dietéticos (denominada por el RD 63/1995 tratamientos dietoterápicos complejos) se incorpora la nutrición enteral domiciliaria para pacientes cuyas patologías le impidan nutrirse con alimentos de uso ordinario¹⁰; en la prestación de transporte sanitario

⁷ Respecto al contenido de las prestaciones complementarias y a la interpretación judicial de las mismas *vid.* BLASCO LAHOZ J.F.: «El régimen jurídico y la interpretación judicial del derecho a las prestaciones sanitarias complementarias de la Seguridad Social», *Aranzadi Social*, Vol. 5, año 2001, págs. 577-601.

⁸ Asimismo el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, al desarrollar el contenido básico de cada prestación, —a excepción de la prestación sociosanitaria— mejora la oferta asistencial al ampliar algunos servicios ya existentes (pero de extensión asistencial limitada) como, por ejemplo, sucede con los servicios correspondientes a la atención de la salud bucodental en la prestación de atención primaria; o con la incorporación del trastorno metabólico de los lípidos en la prestación de productos dietéticos.

⁹ El RD 63/1995 sólo reconocía a la población adulta y anciana la atención domiciliaria para cuando se encontrasen inmovilizados o en fase terminal. En cambio, la Ley de cohesión no establece un límite de edad al respecto, sino que amplía la protección a toda la población. Tampoco se establece ningún límite al ámbito funcional en el que se dispensa la misma —en el RD 63/1995 se ceñía al domicilio del enfermo—, con lo cual, se permite que dicha atención se desarrolle también en los centros sanitarios de atención primaria, si así fuese posible. *Vid.* VIDA FERNÁNDEZ J.: «Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y cartera de servicios» *op. cit.*, pág. 78 en relación con pág. 82.

¹⁰ Sin embargo, no se especifica cuáles son los trastornos metabólicos congénitos a los que se les aplica la protección, dejándose esta cuestión al desarrollo reglamentario de la cartera de servicios, esto es, al RD 1030/2006, de 15 de septiembre, el cual incorpora el trastorno

se reconoce el acceso a las personas con discapacidad; en la prestación ortoprotésica se generaliza la utilización de la ayuda económica como medio de acceso a dicha prestación (limitada en el RD 63/1995 a las órtesis y a las prótesis dentarias y a las especiales recogidas en la correspondiente normativa reglamentaria)¹¹.

- C) La atención de urgencia se presenta como una prestación básica a diferencia de lo que sucedía en el RD 63/1995, en donde quedaba recogida como un servicio inherente a la prestación de atención primaria y a la prestación de atención especializada. A partir de la Ley de cohesión la atención de urgencia es una prestación que se regula de forma independiente de aquellas. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la citada prestación, por sus propias peculiaridades — en cuanto a la celeridad e inmediatez con la que se ha de prestar la misma— exige que una parte de la misma se desarrolle dentro de los centros sanitarios y que, en consecuencia, existan dispositivos de atención urgente tanto en los centros de atención primaria como en los centros de atención especializada. Fuera de dichos centros (incluyendo el domicilio del paciente) la atención de urgencia (médica o de enfermería) se lleva a cabo por los servicios específicos de emergencias sanitarias (art. 15 Ley de cohesión).
- D) Desaparece como prestación —complementaria— los servicios de información y documentación sanitaria. Ello obedece a que dichos servicios no son, propiamente, una prestación de atención sanitaria —tal y como se define en el art. 7 de la Ley de cohesión—, sino que se tratan de derechos reconocidos a los pacientes y usuarios del SNS por la L.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 (BOE 15-11-2002)¹². En consecuencia, la Ley de cohesión (arts. 7.2 y 26) hace una remisión al contenido de dicha norma. Asimismo, y teniendo en cuenta

metabólico de los lípidos (además de los producidos por hidratos de carbono o por aminoácidos ya reconocidos en el RD 63/1995) a la prestación de productos dietéticos. En relación con el contenido y regulación de esta prestación *vid.* también «Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud», Centro de publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid 2002, págs. 51-61.

¹¹ Respecto al contenido y regulación anterior de esta prestación *vid.* «Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, págs. 35-51.

¹² *Vid.* VIDA FERNÁNDEZ J.: «Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y cartera de servicios» *op. cit.*, pág. 102 en relación con pág. 97; PEMÁN GAVÍN J.: «Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud», *Estudios Jurídicos* núm. 22, Edit. Comares, Granada 2005, pág. 236.

la necesidad de reformar la organización del SNS potenciando la participación del usuario en el mismo —como sujeto con capacidad decisoria—, la Ley de cohesión incorpora en el catálogo de prestaciones una garantía de información, a través de la cual los servicios sanitarios se encuentran dotados de unos dispositivos de atención y de información al usuario sobre: las prestaciones y su contenido; los requisitos para el acceso a las mismas; los contenidos que se desarrollan en la L.41/2002, de 14 de noviembre y en las normas autonómicas que se hayan dictado al efecto. De esta forma se mejora la obligación de informar que corresponde a los servicios de salud (art. 10.2 LGS) y que ya reconocía el art. 6 del RD 63/1995¹³. También se establece un sistema de información sanitaria, a disposición de los usuarios con información sanitaria procedente de las correspondientes administraciones (art. 53 Ley de cohesión) y que se gestiona por el Instituto de Información Sanitaria (art. 58 Ley de cohesión).

Otra de las prestaciones —complementarias— que desaparece de la clasificación dispuesta en el catálogo es la oxigenoterapia a domicilio. Esta ausencia no significa que desaparezca del ámbito protector del SNS, sino su reubicación como una técnica de terapia respiratoria a domicilio que se desarrolla en el marco de la atención especializada, dentro la modalidad asistencial de la hospitalización domiciliaria¹⁴.

- E) Se reconocen dos nuevas modalidades prestacionales que son la prestación de salud pública y la prestación sociosanitaria¹⁵ (arts. 12 y 14 Ley de cohesión). Con estas dos nuevas incorporaciones se

¹³ Vid. también el art. 10 del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, en donde se recoge el derecho de los usuarios a: obtener información sobre los procedimientos administrativos necesarios para garantizar la continuidad asistencial; expedición de documentos para la valoración de la incapacidad; certificaciones de nacimientos, defunciones y otros extremos para el Registro Civil.

¹⁴ Vid. apartado 4 del Anexo III (Cartera de servicios comunes de atención especializada) del RD 1030/2006, de 15 de septiembre. Vid. también «Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, págs. 63-65.

¹⁵ Ha de advertirse que este reconocimiento que se hace en la Ley de cohesión a estas dos prestaciones lo es como modalidades prestacionales que en el RD 63/1995 no eran consideradas como tales pero que, sin embargo, sus servicios sí formaban parte de la atención dispensada por los servicios públicos de salud, ya que, por lo que se refiere a la primera, a la salud pública, el conjunto de sus actuaciones aparece disperso a lo largo de la LGS. Vid. al respecto VIDA FERNÁNDEZ J.: «Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y cartera de servicios», en la obra colectiva *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, *op. cit.*, págs. 74-76. Por lo que se refiere a la atención sociosanitaria también la D.A. 4.ª del RD 63/1995 hace referencia a la misma aunque califica-

expande el ámbito sustantivo de cobertura del SNS ampliándose la protección asistencial hacia nuevos campos. Por un lado, la atención sanitaria centrada no ya en el individuo aislado (prestación no personal), sino orientada a la comunidad en general. Se trata de la prestación de salud pública, la cual engloba a un conjunto de actuaciones dirigidas a preservar, proteger y promover la salud de la población. Por otro, la atención sanitaria conjugada con otros aspectos de carácter social. Esta es la prestación de atención sociosanitaria dirigida a enfermos crónicos con el objeto de proporcionarles autonomía, remediar sus limitaciones y facilitarles su reinserción social ¹⁶.

3. CONTENIDOS IMPROPIOS EN LA CARTERA DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Tal y como quedaba previsto en la Ley de cohesión la cartera de servicios aparece regulada en una norma reglamentaria —con bastante retraso respecto a la Ley de cohesión— que se publicó el pasado mes de septiembre. Se trata del RD 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 (BOE 16-9-2006), —en adelante RD 1030/2006—. La aprobación de esta norma supone dar un paso más en la lenta evolución normativa del sistema sanitario, pues con ella se pone en funcionamiento la nueva ordenación de prestaciones establecida por la Ley de cohesión concluyendo así la etapa normativa que marcó el RD 63/1995. Y digo que la incorporación de la cartera de servicios a la ordenación prestacional supone un avance porque su existencia condensa a todo el conjunto de servicios en el que quedaban desglosadas cada una de las prestaciones sanitarias (a excepción de la prestación farmacéutica y también de la prestación de atención sociosanitaria —ésta última porque se mantiene sin desarrollar—), con lo cual se facilita bastante el conocimiento acerca del ámbito material básico de cada una de las prestaciones de común aplicación en todo el sistema sanitario —evitándose la dispersión normativa existente en la etapa anterior—.

da como atenciones sociales. En la actualidad, dicha D.A. es lo único que se mantiene vigente del RD 63/1995 a la espera del desarrollo de la cartera de servicios correspondiente a la atención sociosanitaria (*vid.* Disposición derogatoria única del RD 1030/2006).

¹⁶ A este respecto *vid.* también la L.39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (BOE 15-12-2006)

Así pues, y dejando a salvo las citadas excepciones, el RD 1030/2006 viene a desarrollar, de una manera acorde con la naturaleza dinámica y evolutiva de las prestaciones sanitarias, el contenido básico de cada una de ellas incorporando técnicas, tecnologías o procedimientos que no se recogían en el RD 63/1995 y estableciendo un procedimiento ágil que permite mantener actualizada esta cartera de servicios de forma acorde con las innovaciones científicas y tecnológicas¹⁷.

Por su propia funcionalidad la cartera de servicios posee un contenido muy cambiante, pues se halla en íntima relación con la evolución científico-técnica y con la consecución de un óptimo grado de calidad y accesibilidad asistencial. Para que el SNS pueda incorporar dichos cambios con facilidad y en un período temporal reducido se establece la utilización de la Orden Ministerial (del Ministerio de Sanidad y Consumo) como la vía normativa más adecuada y ágil para incorporar actualizaciones a su contenido, (siguiendo un procedimiento concreto que se determina en los arts. 7 y 8 RD 1030/2006).

Todo ello ha de ser apreciado en sentido positivo, porque ofrece la posibilidad a los ciudadanos de recibir un servicio sanitario de calidad y en condiciones de igualdad efectiva en el acceso a las mismas (con independencia de cuál sea la Comunidad Autónoma en la que tenga establecida su residencia). De esta forma, el SNS alcanza el reconocimiento de ser valorado como uno de los sistemas sanitarios más avanzados y eficientes de Europa¹⁸.

No obstante, y a pesar del esfuerzo realizado en condensar en esta norma los límites materiales de la casi totalidad de las prestaciones del SNS, considero necesario apuntar algunas deficiencias importantes observadas en el contenido de esta norma, fundamentalmente en lo que respecta a la diferenciación entre el catálogo de prestaciones y la cartera de servicios porque, a pesar del lapso temporal (más de tres años) desde la publicación de la Ley de cohesión hasta la del RD 1030/2006, persiste en ésta última la dosis de confusión que, en materia de prestaciones, ya albergaba la Ley de cohesión. Con lo cual, la puesta en práctica de esta norma no consigue todos los resultados esperados ya que, si bien se pretende ordenar el ámbito

¹⁷ Respecto a la naturaleza dinámica de las prestaciones sanitarias *vid.* PEMÁN GAVÍN J.: «Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro», *op. cit.*, págs. 123 y ss.

¹⁸ *vid.* MONTERO CUADRADO M.J. (Consejera de Sanidad de la Junta de Andalucía): «El gobierno del Sistema Nacional de Salud en un marco descentralizado. Una visión desde Andalucía», *Revista de Administración Sanitaria* 2 (3), año 2004, pág. 17. Una visión general, aunque no actualizada, en cuanto a los sistemas sanitarios y tipología prestacional dispensables en otros países de la Comunidad Europea *vid.*: LIMÓN MENDIZÁBAL C.: *Prestaciones sanitarias en los países de la Comunidad Europea*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid 1994.

prestacional determinando los contenidos en torno a estos dos instrumentos jurídicos, en la práctica resulta de gran dificultad establecer los límites materiales entre uno y otro porque no quedan claramente definidos¹⁹. Porque en la cartera de servicios, que se regula en el citado Real Decreto, se incluyen contenidos que, a mi juicio, son propios del catálogo de prestaciones. Ello plantea un importante problema de concreción sustancial de ambos mecanismos (catálogo de prestaciones y cartera de servicios) que podría haberse evitado si tales contenidos se hubiesen incorporado al catálogo de prestaciones en la Ley de cohesión y, en su caso, haber realizado un desarrollo reglamentario al catálogo de prestaciones —en aquellos aspectos que precisaran de ulterior concreción— (desarrollo que podría haberse realizado, incluso, junto con el desarrollo de la cartera de servicios en un mismo Real Decreto aunque, eso sí, de ser éste el caso se tendría que haber establecido una clara separación de los contenidos correspondientes a cada uno de los citados mecanismos).

Esta mezcla de contenidos se observa en el RD 1030/2006, no sólo en su redacción preliminar en relación con el contenido de su articulado, sino también entre el contenido de los preceptos de dicha norma y el que se recoge en la Ley de cohesión.

Lo primero a destacar es la discordancia de objetivos que se enmarcan en los preliminares del RD 1030/2006 con los que se recoge en su art. 1. Así, mientras que en los preliminares se establece como objetivos definir y garantizar las prestaciones que el sistema sanitario público, actualmente, está ofertando a los ciudadanos, el art. 1 fija como objetivos establecer el contenido de la cartera de servicios y las bases procedimentales para su actualización. Esto último es lo que, efectivamente, viene a realizar esta norma, puesto que las prestaciones ya están definidas en la Ley de cohesión, la cual contiene también un sistema de garantías. Pero es que, además, ambos contenidos (definir y garantizar las prestaciones) forman parte del catálogo que, precisamente, se determina en la Ley de cohesión y, por lo tanto, no son materias que deban incluirse entre las funciones que ha de cumplir la cartera de servicios. Como tampoco ha de formar parte de la misma la concreción de los supuestos en los que los servicios de salud han de reclamar el pago de las prestaciones sanitarias facilitadas a terceros obligados o a pacientes privados, materia esta que ha de quedar incluida en el catálogo de prestaciones y que, sin embargo, aparece regulada en el Anexo IX de este Real Decreto²⁰.

¹⁹ En semejante sentido *vid.* PEMÁN GAVÍN J.: «Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud» *op. cit.*, págs. 237-238.

²⁰ Anexo que se actualiza en cuanto a su contenido prestacional pero que mantiene el título con el que aparecía regulado en el RD 63/1995 «asistencia sanitaria cuyo importe ha de

Otro aspecto a destacar es el desarrollo reglamentario que el RD 1030/2006 realiza al art. 9 de la Ley de cohesión, en relación con los supuestos en los que se permite que las prestaciones sanitarias puedan ser obtenidas por medios externos a los asignados por el SNS. En esta materia se parte de la base de que en nuestro sistema sanitario no existe un derecho de opción entre la medicina pública y la privada, sino que el paciente y/o usuario del mismo debe acudir a los centros sanitarios incluidos en la red sanitaria pública para que le proporcionen la atención sanitaria que requiera. Sólo de manera excepcional se permite la utilización de recursos ajenos al sistema²¹.

Pues bien, el art. 9 citado trató esta cuestión utilizando una redacción diferente y un tanto incompleta a la establecida por el art. 5.3 del RD 63/1995 pero que pasó, prácticamente, inadvertida por la vigencia transitoria del propio RD 63/1995 —vigencia que se mantendría hasta tanto fuese desarrollada reglamentariamente la cartera de servicios—²². Como consecuen-

reclamarse a los terceros obligados al pago», en lugar de haber utilizado la expresión «prestaciones de atención sanitaria» teniendo en cuenta la ampliación producida en el catálogo de prestaciones.

²¹ Recuérdese que esta materia quedaba regulada en el art. 5.3 del RD 63/1995 en donde se reconocía el reintegro de gastos sanitarios a los supuestos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, cuando quedase comprobado que los servicios sanitarios públicos no pudieron utilizarse de forma oportuna y que el recurso a medios externos a los públicos no suponía utilizar esta excepción de manera desviada o abusiva. También que dicho precepto ha sido objeto de una copiosa y litigiosa doctrina jurisprudencial en relación a la determinación de los supuestos que quedaban amparados. *Vid.* BLASCO LAHOZ J.F.: «El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales», *Aranzadi Social* núm. 11, noviembre 2004, págs. 57 y ss; DESDENTADO BONETE A. y DESDENTADO AROCA E.: «El reintegro de los gastos de la asistencia prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 44, junio 2003, págs. 28-29; GUERRERO ZAPLANA J.: «El reintegro de gastos ocasionados fuera del sistema de la Seguridad Social. (Su ejercicio en la vía Contencioso-Administrativa)», *Información Laboral* núm. 31, año 2000, págs. 13-15; HERNÁNDEZ BEJARANO M.: «El reintegro de los gastos sanitarios: etapas normativas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 128, octubre-diciembre 2005, en especial págs. 548-569.

²² El art. 9 de la Ley de cohesión introdujo las siguientes variaciones: a) Sustituyó la expresión objeto de polémica recogida en el art. 5.3 del RD 63/1995: «asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital» por la de «riesgo vital». Con ello parecía eliminarse la dificultosa interpretación, en torno al contenido de la urgencia vital y a su diferenciación con otros supuestos de urgencia para desviar la excepción, exclusivamente, a aquellas situaciones en las que la jurisprudencia entendía que se daba una situación de urgencia vital, es decir, una situación de riesgo importante para la vida del sujeto afectado o para su integridad física. Se trata, pues, de una situación de riesgo objetiva y contrastada, de resultado inesperado o imprevisible y que requiere una atención inmediata. *Vid.* por todas STSJ Madrid 4-3-2005 AS 2005/1462 y la doctrina jurisprudencial en ella contenida; b) Se concretan las situaciones en las que, utilizándose servicios externos a los públicos, quedan amparados por el sistema sanitario público. Ello tiene lugar cuando queda justificado que dichos servicios públicos no pudieron ser

cia de ello, la jurisprudencia siguió apoyándose en el art. 5.3 del RD 63/1995 y en las interpretaciones que se derivaban del mismo para proceder a reconocer o a denegar los múltiples supuestos de reintegro de gastos sanitarios que tuvieron conocimiento desde la entrada en vigor de la Ley de cohesión hasta la actualidad²³.

Sin embargo, el art. 4.3 del RD 1030/2006 —referido a la cartera de servicios— deshace las interpretaciones que, en relación a esta excepción, se pudo realizar con la redacción del citado art. 9 de la Ley de cohesión, al incorporar en el art. 4.3 del RD 1030/2006, íntegramente, el contenido del art. 5.3 del RD 63/1995. Y lo hace para aclarar que, cuando el art. 9 se refiere a las situaciones de riesgo vital —como supuestos excepcionales para acceder a la medicina privada—, se está haciendo referencia a las situaciones en su día contempladas por el art. 5.3 del RD 63/1995, o lo que es lo mismo, a la asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, con lo cual se produce un retorno a la situación anterior a la Ley de cohesión y, en consecuencia, se mantienen los conflictos interpretativos en relación a los supuestos que quedan dentro y fuera de la excepción, tal y como existían entonces.

utilizados, por existir una causa impositiva que pudiera estar motivada, por ejemplo, por circunstancias como la distancia geográfica, la inexistencia de tratamiento en los centros sanitarios del sistema más cercanos, o la demora en la obtención del tratamiento. En consecuencia, y atendiendo al tenor literal del art. 9, algunos supuestos problemáticos, tales como el abandono de dichos servicios —por inconformidad del paciente y/o familiares— para recurrir a la medicina privada, o el error de diagnóstico quedan con claridad al margen de esta situación excepcional c) Se vuelve a determinar el ámbito material de la excepción, pero ahora se efectúa de una manera más contundente, puesto que, únicamente, se ciñe a las prestaciones reconocidas por el SNS e incluidas en su catálogo. De esta forma, quedan fuera de esta excepción aquellos supuestos polémicos en los que se reclamaba el reintegro de los gastos ocasionados en centros sanitarios privados siguiendo la recomendación del propio personal sanitario del SNS, o por tratarse de técnicas más avanzadas, o no reconocidas por el sistema sanitario público. En relación con estos supuestos polémicos *vid.* por todas SSTs (Sala de lo Social) 8-3-1996 (RJ 1996,1979). En contra *vid.*, entre otras, SSTSJ (Sala de lo Social) de Canarias de 30-1-2001 (AS 2001, 2220); País Vasco de 18-4-2000 (AS 2000, 3156). En la doctrina *vid.* POLO SÁNCHEZ C.: *Reintegro de gastos médicos y estado de bienestar*, edit. Tirant lo Blanch, Colección Laboral, Valencia 2001, pág. 55; ALARCÓN CARACUEL M.R.: «Los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios» ponencia presentada al IV Congreso *Derecho y Salud*, Donostia-San Sebastián, noviembre 1995 y publicada por el Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Victoria-Gasteiz, 1996, págs. 124-125.

²³ Citamos por todas las SSTSJ (Sala de lo Social) correspondientes al año 2005 y 2006 de: Cantabria de 19-7-2006 (JUR 2006/245609); Extremadura de 4-5-2006 (AS 2006/1410); 28-6-2005 (JUR 2005/175458); Madrid de 27-3-2006 (AS 2006/1253); de 31-10-2006 (JUR 2006/10738); 18-7-2005 (AS 2005/2798); 4-7-2005 (JUR 2005/217015); 28-6-2005 (JUR 2005/186295); 30-5-2005 (JUR 2005/177336); 14-3-2005 (AS 2005/1462); País Vasco de 14-2-2006 (AS 2006/1746); Cataluña de 22-4-2005 (JUR 2005/122359).

En mi opinión, el contenido que aparece en el art. 4.3 del RD 1030/2006, debió de haberse precedido de un desarrollo reglamentario al art. 9 de la Ley de cohesión que formase parte del desarrollo reglamentario del catálogo de prestaciones, pero no de la cartera de servicios.

Lo mismo sucede con el contenido del Anexo V del citado RD 1030/2006, —referido a la cartera de servicios comunes de la prestación farmacéutica—. En dicho Anexo se recogen aspectos que vienen a configurar a la prestación farmacéutica (contenido básico común, condiciones de indicación, prescripción y dispensación y la aportación económica de los usuarios del SNS). Por lo tanto, y, de forma acorde con el art. 94 de la L. 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE 27-7-2006)²⁴, estos contenidos debieron de haberse incorporado en un desarrollo reglamentario efectuado al catálogo de prestaciones y no a la cartera de servicios. Porque la cartera de servicios de esta prestación no es otra cosa que el detalle de los medicamentos y productos sanitarios que el Ministerio de Sanidad resuelve incorporar a la financiación pública del SNS —conforme al procedimiento establecido en el art. 89 de la Ley 29/2006, de 26 de julio—²⁵. Es decir, se trataría de configurar un listado positivo de medicamentos y productos sanitarios que forman parte de la prestación farmacéutica del SNS utilizando la técnica que se usa para determinar el contenido sustancial del resto de prestaciones —y que resulta ser inversa a la que tradicionalmente se ha utilizado para determinar a la prestación farmacéutica—, esto es, por la vía de elaborar listas negativas de medicamentos y productos sanitarios excluidos de la financiación pública del SNS (D.A.5.^a LGS)²⁶. Atendiendo a lo anterior, el desarrollo de la cartera de servicios de esta prestación bien podría haberse realizado —conforme a lo establecido en la D.A.5.^a de la L29/2006, de 26 de julio— de manera semejante a como se ha elaborado la cartera de servicios comunes de la prestación ortoprotésica en el Anexo VI del citado RD 1030/2006.

²⁴ Dicho precepto dispone que la participación de los usuarios del SNS en el pago de los medicamentos y productos sanitarios —objeto de financiación pública por dicho sistema—, o el reconocimiento gratuito de los mismos será objeto de regulación a través de Real Decreto.

²⁵ Respecto a la fijación del sistema de precios de referencia (cuantía con la que el SNS financia las presentaciones de medicamentos) *vid.* art. 93 L 29/2006, de 26 de julio (BOE 27-7-2006).

²⁶ *Vid.* el art. 7 del RD 946/1978, de 14 de abril (BOE 6-5-1978) y con posterioridad el art. 94 L.25/1990, de 20 de diciembre (BOE 22-12-1990) que establecieron una relación de medicamentos no financiados. Con posterioridad el art. 2 RD 83/1993, de 22 de enero (BOE 19-2-1993) vino a excluir unos 1.200 medicamentos destinados a síntomas menores. Esta lista negativa se amplió con el RD 1663/1998, de 24 de julio (BOE 25-7-1998) que, conocido con el sobrenombre del «medicamentazo», excluyó de la prestación farmacéutica 661 medicamentos, antiguos y baratos, destinados a síntomas menores o de escasa relevancia terapéutica.

4. LA TAREA COMPLEMENTARIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Hasta ahora me he referido al catálogo de prestaciones y a la cartera de servicios básicos del SNS de una manera general, sin hacer referencia a cuál es el papel que poseen las CC.AA. en la ordenación de las prestaciones sanitarias del SNS. La razón se halla en la importancia del tema, lo que justifica una atención específica. Y ello exige partir de un análisis constitucional y, de una manera más concreta, del reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas establecido en los arts. 148 y 149 del citado texto. En base a dichos preceptos las CC.AA., por la vía del art. 148.21, ostentan la competencia exclusiva en materia de sanidad e higiene, competencia esta que ha de ser ejercida respetando las fronteras competenciales del art. 149 de la Constitución, que establece el ámbito competencial que corresponde al Estado. Y, específicamente, se ha de tener en cuenta el apartado 16 del citado precepto, que reconoce al Estado la competencia para regular la sanidad exterior, las bases, la coordinación de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos. Lo dicho abre la posibilidad a las CC.AA. para ejecutar la normación básica y regular todos aquellos aspectos que no tengan la consideración de básicos.

Como se puede apreciar, existe entre el Estado y las CC.AA. una competencia compartida en materia sanitaria, de forma que las bases y la coordinación general del sistema sanitario son de ámbito estatal, mientras que el desarrollo del mismo y su gestión son de ámbito autonómico²⁷.

En virtud de lo anterior, así como de las competencias reconocidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía, las CC.AA. (que han asumido las competencias de gestión sanitaria, así como la financiación de las mismas), dentro del trazado básico del sistema sanitario fijado por el Estado, han ido creando sus propias regulaciones sanitarias en las que se han fijado, entre otros aspectos, las estructuras orgánico-territoriales y funcionales de sus respectivos sistemas sanitarios —con sus correspondientes catálogo de presta-

²⁷ Vid. HERNÁNDEZ BEJARANO M.: «La ordenación sanitaria en España», *op. cit.*, pág. 117. No obstante, en materia sanitaria la concepción de lo que es básico ha permitido al legislador reservarse algunas competencias ejecutivas en materia de intervención o administración, como se puede observar en la Ley de cohesión con determinadas materias (uso tutelado, procedimiento para actualizar la cartera de servicios, fijación de criterios para definir los tiempos máximos de espera etc.) planteándose la cuestión de si la normación de estos aspectos excede del contenido básico sobre el que puede operar el Estado. Vid MUÑOZ MACHADO S.: «La cohesión del Sistema Nacional de Salud», XII, *Revista Derecho y Salud*, monográfico sobre el XII Congreso de Derecho y Salud, *Sistema Nacional de Salud: cohesión y consolidación*, Cuenca 29-31 octubre 2003, pág. 20.

ciones—, así como el quantum prestacional a dispensar. Esto último permitió que las autonomías, utilizando sus facultades competenciales, dotasen sus catálogos prestacionales autonómicos con nuevos contenidos que no se recogían en el catálogo básico dispuesto por el RD 63/1995 (posibilidad esta que, expresamente, reconocía el RD 63/95 en su Disposición Adicional 5.^a)²⁸.

De esta forma, las CC.AA. han venido financiando diversos servicios sanitarios (material ortoprotésico, medicamentos y determinadas técnicas o procedimientos asistenciales) que quedaban excluidos de la financiación pública del SNS²⁹.

Este era el panorama existente hasta la Ley de cohesión, norma básica en materia sanitaria —que viene a completar lo dispuesto por la LGS—. Procede ahora examinar las posibles novedades introducidas, en materia de prestaciones, a nivel autonómico.

Lo primero a subrayar es que la Ley de cohesión en el Capítulo I, dedicado a establecer la ordenación prestacional del SNS, omite referirse a las competencias de las CC.AA. para dictar prestaciones complementarias a las básicas del SNS. Dicha ausencia no debe ser entendida como el equivalente a la negación de esta posibilidad, porque lo que viene a establecer dicha Ley, es la protección básica, necesaria y de aplicación general para el conjunto del SNS —sin que se limiten las expectativas autonómicas de establecer sus particulares catálogos—, así como de complementar el catálogo bá-

²⁸ Esta facultad fue objeto de importantes debates, en torno a la posible vulneración del principio de igualdad. A esta cuestión dio respuesta negativa el Tribunal Constitucional en distintas Sentencias en las que vino a establecer el criterio de que la igualdad no exige un tratamiento uniforme de todos los derechos y deberes de los ciudadanos en todo el territorio nacional, ya que ello sería incompatible con la autonomía reconocida a las CC.AA., sino, a lo sumo, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales. *Vid.* SSTC 37/1987, de 26 de marzo; 186/1993, de 7 de junio; 225/1993, de 12 de julio; 14/1998, de 22 de enero, entre otras. A pesar de lo anterior, aún existe algún sector doctrinal que sigue planteando esta cuestión. *Vid.* BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 129.

²⁹ Tal es el caso, por ejemplo, de Andalucía con la asistencia bucodental, el proceso de reasignación de sexo de personas transexuales; las sillas de rueda de material ligero, las plantillas y parte de las órtesis y prótesis; o la financiación de medicamentos excluidos del SNS por el RD 1663/1998, de 24 de julio, por citar algunas. *Vid.* al respecto: D.281/2001, de 26 de diciembre por el que se reconoce la asistencia bucodental a la población infantil de forma progresiva (BOJA 31-12-2001) —actualizado por sucesivas Órdenes en donde se ha ido ampliando la protección por tramos de edades. La última es la O. 13-12-2005, por la que se establece para el año 2006 la población con derecho a la prestación asistencial dental—; D.195/1998, de 13 de octubre por el que se regula la prestación ortoprotésica (BOJA 3-11-1998); Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Parlamento Andaluz en 1999 (BOJA 9-3-1999) respecto a la financiación por el SAS del proceso de reasignación de sexo de personas transexuales. Respecto a la financiación de medicamentos *vid.* D.159/1998, de 28 de julio (BOJA 13-8-1998).

sico del SNS con nuevas prestaciones³⁰. Y esto es lo que se puede deducir de la lectura del art. 7.1 —al fijar el objetivo del catálogo de prestaciones— y, en particular, del art. 71.1.b, que reconoce al Consejo Interterritorial la función de conocer, debatir y, en su caso, emitir recomendaciones sobre el establecimiento de prestaciones complementarias por parte de las CC.AA³¹. Se trata, pues, de un aspecto que tiene un reconocimiento implícito en la ley. No obstante, y teniendo en cuenta, no sólo el carácter básico de la norma, sino también la importancia del papel que, en esta materia, disponen las CC.AA. hubiera sido deseable que el legislador hubiera establecido los perfiles básicos de esta competencia autonómica³². Y, máxime, cuando lo contrario tiene lugar con la regulación de la cartera de servicios (art. 20), en donde, expresamente, se reconoce a las CC.AA. la posibilidad de realizar sus particulares carteras de servicios.

En desarrollo del citado precepto el art. 11 del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, regula los criterios básicos que han de respetar las carteras de servicios complementarios que puedan establecer las CC.AA incorporando la obligación que pesa sobre las CC.AA. (art. 53.5 Ley de cohesión) de comunicar al Ministerio de Sanidad y Consumo los servicios complementarios incorporados a sus correspondientes carteras complementarias (al objeto de poder incluir tales datos en el sistema de información sanitaria del SNS —art. 53 de la Ley de cohesión y art. 12 del RD 1030/2006—)³³. Asimismo, en su apartado tercero, reconoce cual es la intervención, en este ámbito, del Consejo Interterritorial basándose, precisamente, en el art. 71.1.b de la Ley de cohesión —referido a las funciones de este órgano en relación con el establecimiento de prestaciones complementarias—. Es decir, que la Ley de cohesión no reconoce, de forma expresa, la competencia de las CC.AA de establecer prestaciones complementarias a las básicas —a excep-

³⁰ Esta ausencia quedaría justificado para algunos autores, como PEMÁN GAVÍN, el cual considera que el quantum prestacional del SNS no evoluciona hacia la consecución de nuevas prestaciones, sino hacia la mejora en la cobertura de las ya existentes. *Vid.* en: «Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 91.

³¹ En semejante sentido *vid.* BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 129.

³² Para PEMÁN GAVÍN la ausencia en la Ley de cohesión de una previsión expresa sobre el catálogo de prestaciones complementario a realizar por las CC.AA, obedece a que el catálogo de prestaciones básico del SNS tiene pretensión de fijeza y estabilidad y su desarrollo se ha de llevar a cabo por la cartera de servicios del SNS y por las carteras de servicios autonómicas, a través de las cuales se podrá introducir prestaciones o servicios adicionales. *Vid.* en: «Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, págs. 238-239.

³³ La finalidad de respetar estos criterios no es otra que la de garantizar la consecución de la equidad en el acceso a las prestaciones de cualquier usuario, con independencia de la Comunidad Autónoma en la que resida. En definitiva, de garantizar el funcionamiento cohesionado del sistema sanitario público.

ción del art. 71.1.b—. En cambio, si les reconoce, expresamente, la posibilidad de establecer carteras de servicios complementarios. Y esta posibilidad queda desarrollada en el art. 11 del RD 1030/2006 en donde se reitera las funciones del Consejo (art. 71.1.b) para que también sirva de aplicación a la cartera de servicios complementarios, (ya que la Ley de cohesión sólo hace referencia a las funciones del Consejo Inteterritorial en relación con las prestaciones complementarias del SNS pero no respecto de las carteras de servicios complementarios). En consecuencia, tras la Ley de cohesión la novedad más significativa que se incorpora a nivel autonómico es la utilización de catálogos de prestaciones y carteras de servicios complementarios, aunque el tratamiento que se hace de ellos resulta deficitario y confuso, tal y como he dado cuenta en otros apartados de este trabajo³⁴.

5. VENTAJAS Y DESACIERTOS DE LA NUEVA ORDENACIÓN PRESTACIONAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Lo hasta aquí expuesto permite obtener una valoración de conjunto en relación a los cambios materializados, a partir de la Ley de cohesión, en el orden prestacional del SNS. que paso a comentar resaltando los aspectos que considero han de ser valorados positivamente y los que no.

A) Considero un logro la articulación de la ordenación prestacional del SNS, a través de una norma con rango legal —la Ley de cohesión—, pues esta novedad conjuga, de forma adecuada, el mandato constitucional establecido en el art. 43 de la Constitución (en donde se establece el derecho a la protección de la salud, así como la obligatoriedad de los poderes públicos de establecer los instrumentos necesarios para organizar un sistema de prestaciones que protejan la salud colectiva de los ciudadanos), con la función constitucional que el Estado tiene reconocida en el art. 149.1.16 del citado texto (de establecer los aspectos básicos del sistema sanitario). Dicha Ley viene, de esta forma, a completar a la LGS y a superar el desarrollo reglamentario, en materia prestacional, llevado a cabo por el RD 63/1995 —y que en su día dispuso la propia LGS (art. 18)—, de tal manera que, ahora, es el legislador y no el ejecutivo el que configura la ordenación prestacional y el que ha de establecer las modificaciones a su contenido³⁵.

³⁴ Recientemente Andalucía, por Resolución de 11-12-2006 (BOJA 22-12-2006), ha publicado su Carta de servicios en la que, curiosamente, mantiene la clasificación prestacional dispuesta por el RD 63/1995, omitiendo las novedades que en este aspecto incorporó la Ley de cohesión. Y así incluye como prestaciones complementarias la prestación ortoprotésica, el transporte sanitario, la dietoterapia o la oxigenoterapia a domicilio.

³⁵ Esta deslegalización de la ordenación prestacional no ha estado exenta de críticas por lo inadecuado que resultaba el rango de la norma (un Real Decreto) con el contenido de la

B) También resulta adecuada la configuración de un nuevo orden prestacional sobre la base de los mecanismos estudiados (catálogo de prestaciones y cartera de servicios), porque ello implica otorgar una mayor claridad y agilidad a la regulación, organización y gestión de las prestaciones sanitarias. Y ello tiene importantes efectos prácticos, al condensar en ambos instrumentos lo que hasta hace poco era un amplio, complejo y disperso tejido normativo que había que barajar para, no sólo conocer el ámbito material de las prestaciones públicas, sino también para identificar cuáles eran sus fronteras respecto de la atención sanitaria privada.

C) A pesar de las ventajas anteriores y, en mi opinión, el tratamiento realizado por la ley de cohesión, en cuanto a la delimitación de ambos instrumentos —a través de los cuales se pretende ordenar esta función esencial del sistema sanitario—, ha sido un tanto desordenado y poco clarificador³⁶.

En lo que se refiere a la concreción del catálogo de prestaciones (ya comentada) esta dificultad se podía haber evitado, en buena medida, estableciendo una adecuada definición del catálogo de prestaciones, así como de sus límites materiales. Y, a lo anterior, hubiera podido contribuir una mo-

misma (la ordenación de las prestaciones sanitarias) si atendemos al citado mandato constitucional. Vid. VIDA FERNÁNDEZ J.: «Las carteras de servicios: concreción, racionalización y articulación del contenido de las prestaciones sanitarias», *op. cit.*, pág. 20 en relación con pág. 23. Del mismo autor «Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y cartera de servicios», *op. cit.*, pág. 56.

³⁶ Esta escasa claridad en la delimitación de estos dos mecanismos se puede apreciar no sólo en la Ley de cohesión, sino también en el propio RD 1030/2006, concretamente en los apartados 1.3 y 4.2 del Anexo VI en el que, refiriéndose a la gestión de la prestación ortoprotésica, remite a los catálogos (en lugar de decir las carteras de servicios) que elaboren las administraciones sanitarias competentes en desarrollo de lo establecido en los apartados 6 a 10 del citado Anexo. También se aprecia en otras normas como es en la reciente L.39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia (BOE 15-12-2006), en donde se utiliza el mecanismo del catálogo, en lugar de la cartera de servicios, para determinar el contenido de los servicios que albergan las prestaciones de dependencia. En mi opinión, se debería de haber utilizado la misma diferenciación establecida en la Ley de cohesión entre catálogo de prestaciones y cartera de servicios (*vid.* capítulo II de la citada ley). Respecto a esta dificultad de diferenciar ambos conceptos *vid.* BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», *Revista Derecho y Salud* Vol. 11, julio-diciembre 2003, pág. 128. Esta confusión conlleva a algunos autores a defender que la cartera de servicios otorga contenido al catálogo de prestaciones, posición que no comparto, puesto que la función que tiene reconocida por la Ley de cohesión solamente es la de hacer efectivas las prestaciones recogidas en el catálogo, es decir, detallar el contenido de cada prestación pero, en ningún modo, dar contenido al propio catálogo, porque, en nuestra opinión, el catálogo posee un contenido más amplio que la simple clasificación prestacional del SNS y porque, además, ha de determinarse por una norma de rango legal y no de rango reglamentario. Vid. GONZÁLEZ DÍAZ F.A.: *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Edit. Thomson Aranzadi, Pamplona 2003, pág. 60.

dificación del capítulo I en el siguiente sentido: una modificación del Título I que podría haberse denominado «la ordenación de las prestaciones», en lugar de «las prestaciones»; una modificación del título de la Sección 1.^a que podría haberse denominado «el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud», en lugar de «ordenación de prestaciones»; y una modificación en el orden de las Secciones 1.^a y 3.^a, es decir, la Sección 3.^a actual pasar a ser la segunda y viceversa, manteniendo, ambas, el mismo título.

D) Tampoco consideramos satisfactorio el desarrollo llevado a cabo de la cartera de servicios por el RD 1030/2006, por las dosis de confusión que puede plantear en cuanto a la delimitación del contenido material de los aspectos ahí tratados. Este problema es consecuencia de la propia inconcreción que muestra la Ley de cohesión, porque si el objetivo era el realizar una nueva ordenación, en donde se llevase a cabo un tratamiento delimitador de contenidos y funciones, no se puede establecer dicha delimitación sin concretar sus límites materiales, como tampoco dejar al desarrollo reglamentario de uno de ellos —la cartera de servicios— aspectos que no pertenecen a su ámbito ni funcional, ni material.

Subrayo que el catálogo de prestaciones y la cartera de servicios son mecanismos diferentes pero complementarios entre sí, por lo que no pueden existir el uno sin el otro. Ahora bien, lo dicho impide, a mi juicio, considerar a la cartera de servicios como el medio oportuno para incorporar modificaciones al catálogo, porque ello supondría vaciar de contenido al propio catálogo y volver a desandar el camino que se pretende avanzar con la introducción de ambos instrumentos³⁷.

E) A diferencia del RD 63/1995, la Ley de cohesión no hace referencia alguna a las prestaciones que quedan excluidas de la financiación pública. Ello podría quedar justificado atendiendo al razonamiento de que si sólo son financiadas aquellas prestaciones que se recogen en el catálogo de SNS, todas aquellas que no aparezcan incorporadas a aquel, por exclusión, quedarán fuera del SNS.

Sin embargo, dicha ausencia se ha pretendido solventar en el art. 5.4. del RD 1030/2006, en donde se recoge las técnicas, tecnologías o procedimientos que quedan fuera de la cartera de servicios del SNS³⁸.

En mi opinión, creo que, teniendo en cuenta la amplia definición que el art. 7.1 de la Ley de cohesión efectúa de las prestaciones de atención sanitaria, hubiese sido conveniente que el legislador identificase en el catálogo

³⁷ En contra *vid.* VIDA FERNÁNDEZ J.: «Las carteras de servicios: concreción racionalización y articulación del contenido de las prestaciones sanitarias», *op. cit.*, pág. 23.

³⁸ Según el citado precepto no se incluyen en la cartera de servicios comunes las técnicas, tecnologías o procedimientos que tengan como fin meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte o mejora estética o cosmética, uso de aguas, balnearios o centros residenciales u otras similares.

go aquellas modalidades prestacionales que, actualmente, y por razones financieras, se encuentran excluidas del mismo, porque se tratan de prestaciones que, aunque con otra finalidad, como es la de mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos (actividades deportivas, de descanso, uso de aguas, etc.), en ellas se incorporan servicios terapéuticos que también van dirigidos a la promoción y al mantenimiento de la salud de los ciudadanos.

F) Se omite en la Ley de cohesión el procedimiento a seguir y la forma de financiar las nuevas prestaciones que se pudiesen incorporarse al catálogo básico³⁹.

Pudiera pensarse, en un principio, que dicha ausencia obedece al hecho de que las prestaciones, actualmente reconocidas, tal y como están formuladas en su contenido básico en el citado catálogo, albergan todas las situaciones posibles que pudieran ser objeto de protección, con lo cual la ampliación asistencial se realizaría no por la vía de reconocer una nueva prestación, sino de incrementar los servicios de las prestaciones ya reconocidas. Y, en el caso de que existiera esa posibilidad, serían las CC.AA. las que establecerían nuevas prestaciones, si bien con carácter complementario a las prestaciones básicas del SNS. Sin embargo, no es esa la interpretación que obtengo de la lectura de la Ley y, en particular, del art. 10.3, ya que en este apartado se establece la obligatoriedad de realizar una memoria económica previa cuando se proponga incorporar una nueva prestación (en donde se analice el impacto económico que pueda causar tal incorporación) y, de la cual se dará traslado al Consejo de Política Fiscal y Financiera. Esta falta de regulación en la materia contrasta con lo dispuesto en el RD 63/1995 que de una forma breve y esquemática venía a trazar, en su Disposición Adicional 2.ª, el cauce procedimental a seguir (exigencia de un informe del Consejo Interterritorial y de un dictamen del Consejo de Estado con carácter previo a su aprobación)⁴⁰ y el rango de la norma a utilizar. También con-

³⁹ Vid. BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 126.

⁴⁰ En el art. 71 de la Ley de cohesión, que regula las funciones del Consejo Interterritorial, tampoco aparece ninguna referencia, expresa en relación a la participación del Consejo Interterritorial en el establecimiento de nuevas prestaciones básicas por parte del SNS, aunque esta función podría quedar amparada por lo dispuesto el apartado primero letra (p) del citado precepto, según el cual se le podrá atribuir al Consejo Interterritorial cualquier otra función que le atribuyan otras disposiciones esenciales para la configuración del SNS. Por lo tanto, siendo este órgano el encargado de promover la cohesión del SNS y, atendiendo a lo anterior, así como al art. 9 del RD 1030/2006 —que viene a regular la Comisión de prestaciones, aseguramiento y financiación dependiente del propio Consejo Interterritorial— y que recoge entre las funciones de dicha Comisión la de elevar propuestas al Consejo, entre otros aspectos, sobre la ordenación de las prestaciones y su financiación, parece ser que el Consejo Interterritorial seguirá manteniendo su funcionalidad en lo que respecta a la aprobación de nuevas prestaciones del SNS, aunque dicha función no aparezca expresamente prevista en el citado art. 71.

trasta con la amplia regulación que se hace en los arts. 7 y 8 del RD 1030/2006 en los que se contienen —con mayor extensión a la escueta referencia que se contenía en la Disposición 1.ª del RD 63/1995—⁴¹ los requisitos, el procedimiento, los órganos intervinientes y el tipo de norma a utilizar para llevar a cabo la actualización de la cartera de servicios. En consecuencia, esta falta de tratamiento en el procedimiento a seguir y en los recursos a utilizar, para el caso de que se pudiese incorporar al catálogo una nueva prestación, ha de ser calificada de laguna legal.

G) Respecto a la financiación de las prestaciones, el tratamiento realizado en este aspecto por la Ley de cohesión resulta deficitario, fundamentalmente, por dos razones.

Primero, porque la Ley de cohesión reconoce, como principio general, la financiación pública del SNS (art. 2.e) —lo que vendría a equivaler a la gratuidad completa de sus prestaciones—, pero omite referirse a las excepciones existentes a dicho principio y que, actualmente, son las fórmulas de copago previstas para la prestación farmacéutica y para la prestación ortoprotésica⁴². Y, tal y como ya me he referido en el epígrafe núm. 3 de este trabajo, dicha fórmula de copago, para el caso de la prestación farmacéutica, se recoge, a mi juicio, indebidamente en el Anexo V del RD 1030/2006.

Segundo, porque el art. 10 de la Ley de cohesión garantiza el principio de suficiencia en la financiación de las prestaciones de atención sanitaria, en base a los recursos que son asignados a las CC.AA. por la L. 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las CC.AA. de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía (BOE 31-12-2001). Sin embargo, lo anterior no es del todo real, problema que las CC.AA. vienen poniendo de manifiesto, de forma reiterada, ante el insuficiente reparto financiero realizado en dicha Ley. Lo anterior ha dado lugar a que el Gobierno recurra a la dotación adicional de fondos para las CC.AA. ante la constante demanda de una mayor financiación⁴³. Y, en este sentido, la Ley de cohesión no da

⁴¹ Respecto a las vías utilizadas para actualizar el contenido de las prestaciones sanitarias (informes de evaluación, estudios realizados por grupos de expertos y sociedades científicas, uso tutelado, etc.) *vid.* «Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, págs. 17-21.

⁴² *Vid.* PEMÁN GAVÍN J.: «Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios Jurídicos», *op. cit.*, pág. 232; BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, págs. 126-128.

⁴³ Esta medida se justificó, supuestamente, en base al aumento de la población (como consecuencia, fundamentalmente, del incremento de la población inmigrante). *Vid.* REY DEL CASTILLO J.: «Algunos comentarios sobre la Conferencia de Presidentes autonómicos y el futuro del Sistema Nacional de Salud», *Revista de Administración Sanitaria* núm. 4 (2), año 2006, pág. 323.

respuesta a dicho problema manteniendo un modelo de financiación —para la atención sanitaria— que no se ajusta a las necesidades financieras de las autonomías para sufragar los costes prestacionales básicos que genera su dispensación⁴⁴.

H) Finalmente, he de referirme al título competencial en el que se sustenta la ordenación de las prestaciones del SNS porque, viene siendo tradicional que, por la propia evolución del sistema sanitario⁴⁵ y por las profundas modificaciones que se suceden⁴⁶ —y que vienen a configurar el modelo sanitario actual—, las normas que lo regulan se dicten al amparo de dos preceptos constitucionales que otorgan al Estado la competencia exclusiva para regular, por un lado, las bases y la coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16) y, por otro, las bases y el régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17). Esta inercia del legislador contrasta con el propio proceso de separación gradual del sistema sanitario del sistema de la Seguridad Social, separación que se lleva a cabo sin que el legislador realice una ruptura formal, en su totalidad, de ambos sistemas (al seguir utilizando este doble título competencial para dictar normas que regulan el derecho a la protección de la salud y al mantener vigentes preceptos de normas básicas de Seguridad Social que regulan algunos aspectos relativos a la asistencia sanitaria)⁴⁷.

⁴⁴ Vid. VIDA FERNÁNDEZ J.: «La reforma del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 72; GONZÁLEZ DÍAZ F.A.: «Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria», *op. cit.*, pág. 58.

⁴⁵ Nacido del sistema aseguratorio que se inició con los seguros sociales, ampliado, tanto en su ámbito subjetivo como en el objetivo, por el sistema de la Seguridad Social y modificado tras la LGS que, como ya se sabe, crea un Sistema Nacional de Salud descentralizado compuesto por un conjunto de subsistemas sanitarios autonómicos.

⁴⁶ La culminación del proceso de transferencia en materia de gestión sanitaria, al producirse el traspaso definitivo de las funciones y servicios del INSALUD a las CC.AA. que aún se encontraban pendientes de ello en el año 2001 (salvo las Ciudades de Ceuta y Melilla que se gestionan por el INGESA que viene a sustituir al extinto INSALUD) lo que supone que son las CC.AA. las que se encargan de organizar y gestionar la atención sanitaria en sus respectivos territorios; la exclusión de las cotizaciones sociales de las fuentes de financiación de la atención sanitaria que, a raíz de la L.24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social (BOE 16-7-1997) viene a financiarse a través de impuestos; la desvinculación normativa con la Seguridad Social al no quedar incluida la regulación del contenido de la asistencia sanitaria en el actual Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RDL 1/1994, de 20 de junio); el establecimiento de un nuevo modelo de financiación autonómica a partir de la L. 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatutos de Autonomía (BOE 31-12-2001), a través del cual se va a financiar las prestaciones sanitarias en las distintas CC.AA.

⁴⁷ Vid. el Capítulo IV del Título II vigente del D.2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 20 y 22 de julio de 1974); el art. 38.1.a del RDL 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refun-

Y en esa dinámica la Ley de cohesión (que configura las prestaciones dentro del SNS y no del sistema de la Seguridad Social —art. 4—) se dicta al amparo, no sólo del art. 149.1.16 de la Constitución, sino también de la competencia estatal en relación con el régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 Constitución), lo que viene a significar que el legislador, al basarse en dicho título competencial, continua incluyendo la regulación del SNS dentro del sistema de la Seguridad Social⁴⁸. Y ello choca frontalmente con el proceso evolutivo del SNS, porque en las fechas en la que se publica la Ley de cohesión (29-5-2003) los servicios sanitarios se encuentran deslindados, definitivamente, de la financiación de la Seguridad Social (por la L.24/1997, de 15 de julio) y acogidos al modelo de financiación autonómico establecido en la L.21/ 2001, de 27 de diciembre⁴⁹.

dido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 29-6-1994); el mantenimiento de regulaciones mutualistas en materia sanitaria para los funcionarios públicos (MUFACE, MUGEJU e ISFAS); o las fórmulas de colaboración de las empresas en la gestión sanitaria de carácter autoasegurativo. *Vid.* BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 124 en relación con pág. 138; HERNÁNDEZ BEJARANO M.: «La ordenación sanitaria en España», *op. cit.*, págs. 98 y ss.

⁴⁸ Atendiendo a la STC 124/1989, de 7 de julio, (RTC 1989/124), en relación a la competencia exclusiva del Estado sobre el régimen económico de la Seguridad, (F.J. núm. 5) se establece que: «Del art. 149.1.17.ª de la Constitución no puede extraerse la apresurada conclusión de que en materia de régimen económico de Seguridad Social el Estado retenga sólo potestades normativas. Que ello no es así se deduce sin dificultad de un análisis sistemático, histórico y teleológico del precepto constitucional. El diseño perseguido con el acantonamiento del «régimen económico» dentro de la competencia exclusiva del Estado no ha sido otro, con toda claridad, que el de 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 (art. 41 de la Constitución), que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social (art. 149.1.1.ª de la Constitución). Debe tenerse en cuenta a este propósito que en el momento de aprobarse la Constitución había sido ya creada la Tesorería General de la Seguridad Social para hacer efectivos los principios de solidaridad financiera y de unidad de caja, y este dato resulta relevante para la correcta interpretación del art. 149.1.17.ª, en la medida en que, como cabe deducir de los antecedentes y de los debates parlamentarios que culminaron en la aprobación del texto del citado precepto constitucional, la mención separada del «régimen económico» como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social, y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas o que se trata de garantizar con la citada competencia es la unidad del sistema de la Seguridad Social impidiendo la diversidad de políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas».

⁴⁹ De inoportuna determinación legal califica BELTRÁN AGUIRRE la conceptualización de la asistencia sanitaria como prestación de la Seguridad Social en base a las referencias que de ésta se hace en la Ley de cohesión. *Vid.* en: «Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, págs. 125-126. También en: «Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad», *op. cit.*, pág. 25.

Pero lo que más llama la atención es que se siga manteniendo esta técnica de doble título competencial en el RD 1030/2006, tras la STC 98/2004 de 25 mayo (RTC 2004/98), la cual viene a reconocer que, a pesar de la vinculación que aún existe entre la protección de la salud y el sistema de Seguridad Social, la financiación de las prestaciones de atención sanitaria no es competencia de la Seguridad Social por la vía del art. 149.1.17 (régimen económico de la Seguridad Social), porque se trata de una responsabilidad financiera de las CC.AA., en virtud del proceso de asunción de competencias sanitarias y del actual sistema de financiación autonómica⁵⁰.

Por lo tanto, resulta una contradicción que, tanto el legislador como el Gobierno, sigan manteniendo la competencia estatal recogida en el art. 149.1.17 para regular aspectos del sistema sanitario público.

En mi opinión, considero que hay que tener claro que la LGS (que, como se sabe, se dictó en desarrollo del derecho a la protección de la salud, que se recoge en el art. 43 de la Constitución), creó un sistema sanitario público, autónomo e independiente del sistema de la Seguridad Social, tomando como título competencial básico, única y exclusivamente el art. 149.1.16

⁵⁰ Según el TC «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 éste que ha culminado con la Ley 21/2001, de 27 de diciembre [RCL 2001, 3245 y RCL 2002, 1318], 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). Lo anterior se confirma también por la Ley 16/2003, de 28 de mayo (RCL 2003, 1412), de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud que, según su art. 1, tiene por objeto el establecimiento del «marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias». Entre los principios generales que informan dicha Ley, de acuerdo con su art. 2 a) y e), se encuentran «la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad» y «la financiación pública del Sistema Nacional de Salud de acuerdo con el vigente sistema de financiación autonómica», principios que se concretan en un catálogo de prestaciones entre las que se incluye la «prestación farmacéutica» (art. 7.1), 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)». *Vid.* un estudio de esta Sentencia en VIDA SORIA J.: «El paso definitivo de la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud», *Actualidad Laboral* núm. 2, enero 2005, págs. 161 y ss. En contra de los argumentos de la citada sentencia, en especial del F.J. núm. 5, *vid.* PEMÁN GAVÍN J.: «Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud» *op. cit.*, págs. 229-230, nota a pie núm. 109.

de la Constitución⁵¹. Esto significa que, todas las normas que regulen algún aspecto del mismo (ya sean normas estatales o autonómicas) han de tener como referencia obligada los límites competenciales del art. 149.1.16 de la Constitución. Lo que sucede es que, a pesar de la evolución conseguida en el sistema sanitario, aún queda pendiente un aspecto muy importante que, a mi juicio, es el que plantea esta mezcla de competencias, y que no es otro que el de conseguir la protección universal, (entendiéndose esta como protección sanitaria pública y gratuita)⁵². Dicha protección universal, a la que se aspira en la LGS, y que se consolida formalmente en la Ley de cohesión, al establecer entre sus principios inspiradores el aseguramiento universal y público del Estado (art. 2) y reconocer a todos los ciudadanos españoles el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria (art. 3)⁵³ continúa siendo una declaración de objetivos pendiente de alcanzar, puesto que la nacionalidad española o la residencia legal en España no son, aún, los únicos títulos que permiten el acceso a la protección sanitaria pública y gratuita⁵⁴. En consecuencia, siguen siendo válidos los distintos títulos por los que se accede a la misma recogidos en normas básicas de la Seguridad Social, las cuales fueron dictadas al amparo del art. 149.1.17 de la Constitución⁵⁵. Ahora bien, el que aún se conserve ese título de acceso al sistema sanitario público (hasta tanto se consiga la universalidad plena) no significa que la regulación del sistema sanitario se haya de dictar tomando

⁵¹ Este propósito, según MONTROYA MELGAR queda patente en distintos pasajes de la LGS, tanto en la propia Exposición de Motivos de la Ley, como en la Disposiciones Adicionales 3.^ª y 11.^ª; en la Disposición Final 2.^ª; y en la Disposición Transitoria 3.^ª.1. *Vid.* en: «Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud. (Apunte para un estudio)», *Aranzadi Social* núm. 5, año 2004, págs. 2 y 3; BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad», *Revista Derecho y Salud* Vol.10, núm. 1, enero-junio 2002, pág. 16.

⁵² *Vid.* MENÉNDEZ REXACH A.: «El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas», *Revista Derecho y Salud* núm. 1, año 2003, pág. 19 en relación con págs. 31-32; HERNÁNDEZ BEJARANO M.: «La ordenación sanitaria en España», *op. cit.*, págs. 104-109.

⁵³ Este objetivo también quedó recogido en el apartado 1 del Acuerdo de la Subcomisión Parlamentaria para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud, de 30-9-1997 (llevar a cabo la universalización efectiva del derecho a la asistencia sanitaria, extendiéndolo a todos los grupos sociales y desvinculándolo de los regímenes de afiliación de la Seguridad Social).

⁵⁴ En semejante sentido *vid.* BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 124; PEMÁN GAVÍN J.: «Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro», *op. cit.*, págs. 117-119 en relación con págs. 129 y ss.

⁵⁵ *Vid.* MENÉNDEZ REXACH A.: «El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas» *op. cit.*, págs. 21-22.

como referencia la competencia estatal que sirve de base a las normas de Seguridad Social.

6. LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO BÁSICO PRESTACIONAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD ¿MÍNIMO IMPRESCINDIBLE O NIVEL ÓPTIMO?

Tanto la Ley de cohesión como el RD 1030/2006 son normas básicas del sistema sanitario porque son dictadas por el Estado al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.16 de la Constitución —que establece la competencia exclusiva del Estado para regular la sanidad exterior, las bases y la coordinación general de la sanidad—. Y se dice que son normas básicas porque vienen a establecer una serie de criterios o principios normativos generales que ordenan, en este caso, al sistema sanitario español para que sean de aplicación común en todo el territorio nacional (STC 32/1983 F.J. núm. 2). Esta facultad que la Constitución concede al Estado, de establecer las bases del sistema sanitario, está orientada a una finalidad muy precisa, que no es otra que la de preservar el conjunto normativo, uniforme y de mínimos que sustentan a dicho sistema. Y aunque se dispone que la vía para ello es a través de Ley formal se permite que, de manera excepcional, se haga uso de la potestad reglamentaria y regular mediante Real Decreto (en este caso el RD 1030/2006 y, con anterioridad, el RD 63/1995) aspectos básicos de alguna materia que sean o sirvan de complemento necesario al desarrollo de la competencia básica ⁵⁶.

De esta forma, y mediante las citadas normas básicas, el Estado entra a regular las condiciones comunes que van a garantizar la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de su derecho constitucional a la protección de la salud. Además, tales normas configuran un límite sustantivo que ha de ser respetado por las CC.AA., a partir del cual dichas autonomías podrán ejercer las competencias que hayan asumido en sus Estatutos bajo el respeto, eso sí, del interés general (STC 32/1983, F.J. núm. 2). Con ello se evita

⁵⁶ Vid. MUÑOZ MACHADO S.: «La cohesión del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 19. Algunos autores como Beltrán Aguirre critican el excesivo uso que se hace de la potestad reglamentaria para regular las prestaciones sanitarias pues, según el autor, se trata de una materia básica que ha de ser regulada en una norma con rango de ley, argumentando dicha posición en base a tres preceptos constitucionales: el art. 43.2, que contiene la reserva legal para regular los derechos y deberes de todos los ciudadanos en relación a la protección de la salud; el art. 149.1.16, que contiene la competencia estatal para regular las bases de la sanidad; y el art. 149.1, que establece la competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles. Vid. en: «Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos» *op. cit.*, pág. 94.

que, a la hora de desarrollar sus competencias, las CC.AA. se excedan de su marco competencial y puedan crear divergencias desproporcionadas o irrazonables (art. 149.1 Constitución)⁵⁷. También que el Estado, en el uso de sus atribuciones básicas, se excedan en el grado de desarrollo de las mismas y deje vacías de contenido las competencias autonómicas (STC 32/1983, F.J. núm. 2).

Visto lo anterior, me detengo a analizar la extensión de lo que es básico refiriéndome a estos dos instrumentos.

De una somera lectura del art. 7 de la Ley de cohesión y del art. 3 del RD 1030/2006 se desprende que, por un lado, el catálogo de prestaciones tiene la finalidad de garantizar las condiciones básicas para el desarrollo, en todo el SNS, de una atención sanitaria integral. Esto es, el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional que asegure el disfrute de unas prestaciones sanitarias a todos los ciudadanos con independencia del lugar donde residan. Por otro, que la cartera de servicios recoge el conjunto de servicios básicos y comunes, a través de los cuales se hacen efectivas las distintas prestaciones sanitarias del SNS. Por lo tanto, atendiendo a lo anterior y, siguiendo a la doctrina del TC referida en relación al concepto de lo que es básico, se puede decir, en principio, que, en lo que respecta a la ordenación de las prestaciones del SNS, lo básico ha de ser entendido desde una perspectiva restrictiva, es decir, que tiene un significado de mínimos⁵⁸. Y es ese mínimo el que ha de ser respetado por las CC.AA. a la hora de crear en sus demarcaciones territoriales sus respectivos catálogos de prestaciones y carteras de servicios complementarios, para que se pueda garantizar a todos los ciudadanos el disfrute de los derechos que de tales instrumentos se desprenden.

Sin embargo, una reflexión posterior —no sólo de los preceptos citados, sino del conjunto de ambas normas en el contexto evolutivo del propio sistema sanitario— nos lleva a considerar que en esta materia concreta el Estado no configura lo básico como el equivalente a la atención sanitaria mínima a dispensar, sino que de la regulación básica se desprende un contenido mucho más amplio y, no sólo desde un punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo.

En efecto, a nivel cuantitativo la ley de cohesión incrementa el ámbito material de protección (art. 7.2) incorporando nuevas prestaciones de aten-

⁵⁷ Vid. BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad», *op. cit.*, pág. 20.

⁵⁸ Este criterio cauteloso a la ampliación de nuevas prestaciones en el SNS es el que prevaleció durante la década de los noventa motivado por la inviabilidad financiera de sostener tales incrementos prestacionales. Vid. PEMÁN GAVÍN J.: «Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 88.

ción sanitaria (arts. 11 y 14) y complementándolas con un conjunto de garantías (arts. 23 a 28), de mecanismos de información (art. 56), de coordinación y cooperación, a través de órganos especializados (el Consejo Interterritorial, la Comisión Asesora de Investigación en Salud, el Instituto de Salud Carlos III, el Instituto de Información Sanitaria, el Consejo de Participación Social, etc.) y de acciones en materia de calidad (art. 59) que van a hacer posible que el ciudadano reciba la mejor atención posible en cualquier centro o servicio del SNS. Por su parte, el RD 1030/2006 incorpora nuevas técnicas, tecnologías y recursos que no se recogían en el RD 63/1995.

A nivel cualitativo la Ley de cohesión realiza un notable esfuerzo en la consecución de una atención sanitaria adecuada, integral y continuada en donde la calidad se convierte en un objetivo prioritario⁵⁹. Y así la citada Ley dispone: entre sus principios generales la atención integral de la salud (promoción, prevención, asistencia y rehabilitación) procurando un alto nivel de calidad (art. 2.d); la formación continuada, y el desarrollo de la cualificación técnica de los profesionales orientados a la mejora de la calidad y a la modernización del SNS (arts. 34, 38 y 40). Asimismo, el RD 1030/2006 establece un procedimiento común de estricto control y basado en la evidencia científica, para aprobar y actualizar la cartera de servicios⁶⁰. Por lo tanto, en esta materia, lo básico no puede ser interpretado como lo esencial o imprescindible⁶¹.

En consecuencia, el nivel adecuado de atención sanitaria que persigue el catálogo de prestaciones básico del SNS (art. 7 Ley de cohesión) no se corresponde con un nivel de atención mínimo o reducido, sino con un nivel de atención óptimo que aspira a ofrecer cada vez más y mejores prestacio-

⁵⁹ En semejante sentido, BELTRÁN AGUIRRE J.L.: «Anotaciones a la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, pág. 130. Respecto a la formalización de la calidad en la Ley de cohesión *vid.* PAREJO ALFONSO L.: «La calidad al servicio de la eficacia en el Sistema Nacional de Salud», en la obra colectiva *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, *op. cit.*, págs. 238-240.

⁶⁰ En dicho procedimiento se evaluará la eficacia, la eficiencia, la efectividad, la seguridad, la utilidad sanitaria, las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de los grupos sensibles, las necesidades sociales y su impacto económico-organizativo (art. 20.2 Ley de cohesión y arts. 7 y 8 del RD 1030/2006).

⁶¹ Desde esa perspectiva el Estado, en su condición de garante de la protección de la salud de los ciudadanos, ha de garantizar, entre otros aspectos, «un espectro amplio y uniforme de prestaciones por igual en todo el territorio español, sin menoscabo de las prioridades que puedan fijar las CC.AA.». En este sentido, la política sanitaria (central y autonómica) ha de tener como objetivo: «el reforzar la legitimidad del sistema público de salud ante los ciudadanos, y consolidarse como un sistema de protección social moderno, flexible y adaptado a sus deseos y necesidades». *Vid.* MONTERO CUADRADO M.J. (Consejera de Sanidad de la Junta de Andalucía): «El gobierno del Sistema Nacional de Salud en un marco descentralizado. Una visión desde Andalucía», *op. cit.*, pág. 23 en relación con pág. 17.



nes dentro de sus posibilidades financieras ⁶². Y es ese nivel óptimo el límite infranqueable a tener en cuenta, el que se exige que sea de aplicación generalizada en todo el territorio nacional y el que ha de ser respetado por todas las autonomías ⁶³. Y será, pues, a partir de ese nivel donde las autonomías podrán disponer medidas complementarias que vengar a mejorarlo o a incrementarlo.

⁶² En semejante sentido PEMÁN GAVÍN J.: «Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud», *op. cit.*, págs. 83-84 en relación con pág. 90.

⁶³ En semejante sentido se posiciona VIDA FERNÁNDEZ, el cual critica la amplitud de dicho contenido básico aunque lo justifica atendiendo a la propia evolución del sistema sanitario. *Vid.* en: «Las carteras de servicios: concreción, racionalización y articulación del contenido de las prestaciones sanitarias», *op. cit.*, pág. 33.