

ESTADO AUTÓNOMICO Y DESIGUALDADES EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

DAVID LARIOS RISCO

*Letrado de la Administración de la
Seguridad Social. Coordinador de
Servicios Jurídicos del SESCAM*



VICENTE LOMAS HERNÁNDEZ

*Jefe del Servicio de Derecho Sanitario
y Bioética del SESCAM*

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2009** en la modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Gregorio PECES BARBA MARTÍNEZ, don Íñigo DEL GUAYO CASTIELLA, don Juan Manuel HERREROS LÓPEZ, doña Blanca LOZANO CUTANDA, don Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y don Luciano PAREJO ALFONSO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto:

EL 1 de enero de 2002 marca un hito de gran importancia en la evolución y desarrollo del actual modelo de descentralización territorial del poder con la culminación de la política de traspaso de las competencias sanitarias a las distintas Comunidades Autónomas que aún quedaban pendientes.

Con la finalidad de contener el efecto centrífugo y disgregador que las políticas autonómicas pudieran provocar en este ámbito, y evitar las distorsiones en lo que debiera ser el funcionamiento armónico y solidario del Sistema Nacional de Salud, se adoptaron medidas importantes, algunas de gran calado como la aprobación de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Sin embargo, la realidad ha mostrado la fragilidad del Sistema a todos los niveles, tanto desde el punto de vista de su estructura y funcionamiento (ejemplificada en la inoperatividad del Consejo Interterritorial), como financiero, agravado en este último caso por las insuficiencias del modelo de financiación y las carencias del Fondo de Cohesión para compensar los desequilibrios en el gasto por asistencia prestada a pacientes procedentes de otras Comunidades.

Pero quizá haya sido en el plano de los derechos donde mejor se han evidenciado las disfunciones y contradicciones del actual modelo. En efecto, a lo largo de este breve pero intenso periodo de tiempo, hemos asistido a una proliferación de normas jurídicas autonómicas en las que, con desigual acierto, y en muchos casos incurriendo en manifies-

tas contradicciones con la normativa básica estatal, se ha ampliado considerablemente la esfera de los derechos de los ciudadanos aun a costa de socavar los principios básicos de igualdad y solidaridad.

Para finalizar, el presente estudio analiza igualmente el impacto que ha tenido durante estos años la gestión descentralizada de la asistencia sanitaria en el ámbito de los recursos humanos, caracterizada por una falta absoluta de coordinación en un contexto dominado por la escasez de profesionales sanitarios.

Palabras clave: Sistema Nacional de Salud, prestaciones sanitarias, solidaridad, coordinación.

Sumario

1. Planteamiento.
2. Consolidación y descentralización territorial del Sistema Nacional de Salud.
 - 2.1. Del Sistema de Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud.
 - 2.2. Consolidación del Sistema Nacional de Salud.
 - 2.3. Coordinación del Sistema Nacional de Salud.
 - 2.4. Instrumentos para la cohesión del Sistema Nacional de Salud.
 - 2.5. Los principios para la cohesión del Sistema Nacional de Salud.
3. La protección de la salud en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía: aspectos formales y competenciales.
4. Ámbito subjetivo de protección: diferencias territoriales en el acceso a las prestaciones sanitarias.
5. Ámbito territorial de protección: la movilidad de pacientes entre Comunidades Autónomas y el Fondo de Cohesión.
6. Ámbito objetivo de protección.
7. Diferencias territoriales en cuanto a las garantías de las prestaciones.
 - 7.1. Garantías de plazo máximo.
 - 7.2. Derecho a la libre elección de profesional y centro sanitario.
 - 7.3. Derecho a una segunda opinión médica.
8. Derechos de los pacientes en la normativa autonómica: contradicciones y encaje con la normativa estatal básica.
 - 8.1. Consentimiento informado.
 - 8.2. Instrucciones previas.
 - 8.3. Régimen jurídico de la documentación clínica.
 - 8.4. Otros derechos de los pacientes.
9. Recursos humanos y servicios autonómicos de salud: la desigual regulación de las condiciones de trabajo en el Sistema Nacional de Salud.
 - 9.1. Naturaleza jurídica de la relación de empleo de los profesionales sanitarios.
 - 9.2. Régimen retributivo y carrera profesional.
 - 9.3. Movilidad de los profesionales en el Sistema Nacional de Salud.
 - 9.4. Colegiación.
 - 9.5. Régimen de jubilación del personal del Sistema Nacional de Salud.
10. Conclusiones.

Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO

La consolidación del Sistema Nacional de Salud (SNS) español –y su correlativa y casi simultánea descentralización territorial– son fenómenos relativamente recientes. A los sistemas sanitarios territorialmente descentralizados se les atribuyen una serie de ventajas, tales como la aproximación de los servicios y de los niveles de decisión a los ciudadanos, mejor capacidad de adaptación a las necesidades locales, mayor flexibilidad en la respuesta a los problemas de salud de la población, mayor capacidad de innovación, incremento de la participación del ciudadano, o una respuesta más rápida a las necesidades en infraestructuras sanitarias ¹.

Frente a estas virtudes, los sistemas sanitarios descentralizados como el español presentan notables amenazas y problemas tales como el incremento de costes administrativos directos, el crecimiento exponencial del gasto sanitario, una mayor influencia de los grupos de presión sobre un poder político más fragmentado, la inequidad en el acceso a las prestaciones, o las diferencias territoriales difícilmente justificables en la política de recursos humanos.

La mayor objeción achacable al modelo sanitario surgido a partir del estado autonómico diseñado por la Constitución (CE) es que se trata de un sistema de difícil cohesión que puede generar importantes desigualdades en la posición del ciudadano respecto a la protección de su salud, hasta quebrar la equidad del propio Sistema ².

Como expondremos a continuación, las tensiones del modelo se materializan en importantes disfunciones que tienen su causa u origen en la estructura operativa de los órganos de gobierno y gestión del SNS y que se traducen en problemas de inequidad que afectan tanto a los ciudadanos como a los profesionales del Sistema.

2. CONSOLIDACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

La culminación del proceso de traspaso a las Comunidades Autónomas (CCAA) de las competencias en materia de gestión sanitaria de la seguridad social, que se produjo en diciembre de 2001,

¹ DEL LLANO SEÑARÍS, J. *Sanidades autonómicas. ¿Solución o problema?* Círculo de la Sanidad. Madrid, 2009.

² RODRÍGUEZ-VIGIL J.L. *Integración o desmoronamiento, la encrucijada del Sistema Nacional de Salud español*. Thompson-Civitas. Pamplona, 2008.

supuso el pistoletazo de salida para la diversificación de la regulación y de la gestión de la sanidad pública española, con la consiguiente necesidad de reforzar los débiles mecanismos de cohesión del Sistema: cuestión esta no bien resuelta, como tendremos ocasión de comprobar a continuación.

2.1. Del Sistema de Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud.

El derecho a la protección de la salud en España parte de un sistema de beneficencia gestionado por las corporaciones locales³. Sin embargo, la consolidación de un modelo efectivo y general de protección hizo necesaria la intervención del Estado a través del establecimiento de seguros obligatorios ligados a la actividad laboral por cuenta ajena⁴ (sistema de protección social) que evolucionaron hacia un sistema de seguridad social⁵ en el que las prestaciones (las sanitarias, entre ellas) se extendieron de forma progresiva a la totalidad de trabajadores (y a los beneficiarios de estos).

Sin embargo, este modelo financiado exclusivamente por empresarios y trabajadores resultaba insuficiente, debiendo suplirse las carencias mediante financiación pública que permitiese la ampliación de las prestaciones y del ámbito de protección, incluyendo a grupos con necesidades especiales⁶. A partir de ahí, el modelo derivó en la introducción de elementos extraños a la construcción teórica de un sistema de aseguramiento y cuotas (el nivel no contributivo de las prestaciones), consumándose el alejamiento de los pilares históricos del régimen de aseguramiento y dando paso a un sistema de seguridad social con vocación universalista⁷.

³ El artículo 321 de la Constitución Española de 1812 estableció que estarían a cargo de los ayuntamientos: la policía de salubridad y comodidad, así como el cuidado de los hospitales, hospicios, casas de expósitos, y demás establecimientos de beneficencia. Mediante Instrucción de 23 de junio de 1813 aprobada por Decreto CCLXIX, se crearon las Juntas de Sanidad para el cuidado de la salud pública, y la Junta Suprema de Sanidad, por Real Cédula de 8 de noviembre de 1921. Más adelante, el Decreto XLV, de 3 de febrero de 1823, la Ley de Sanidad de 28 de noviembre de 1855 y la Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de la Sanidad Nacional, volverían a incidir en las competencias de las corporaciones locales en materia de salud.

⁴ Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900, superando el mecanismo de la responsabilidad del empresario, instaura el principio de responsabilidad objetiva. La obligatoriedad del aseguramiento del trabajador (si bien constreñida al retiro obrero) se instauró en nuestro país por primera vez mediante Real Decreto de 11 de marzo de 1919. La previsión social se completa con la Declaración X del Fuero del Trabajo (Decreto de 9 de marzo de 1938), a partir de la cual se instauran el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), creado por Decreto de 18 de abril de 1947, el Seguro Obligatorio de Enfermedad (SOE), creado por Ley de 14 de febrero de 1942, que supone el primer sistema de responsabilidad pública respecto de la enfermedad, y el régimen de Mutualidades Laborales, que comienzan a constituirse por ramas de actividad a partir de los años 40 para completar las escasas prestaciones económicas (reguladas por Ley de Montepíos y Mutualidades de Previsión Social de 6 de diciembre de 1941 y por el Reglamento General del Mutualismo Laboral de 1954).

⁵ Modelo instaurado a partir de la Ley General de la Seguridad Social de 1966 que sigue presente en el vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994.

⁶ Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

⁷ Esta perspectiva ha sido analizada por BORRAJO DACRUZ, para quien el desarrollo constitucional de los artículos 41 y 43 superó el molde definido por cada uno de los subsistemas que integran el nuevo conjunto y que se integra actualmente por tres sistemas de Acción Social: a) El sistema de protección de la salud: que atiende los servicios sanitarios y hace efectivo el derecho de todos a la protección de la salud (art. 43); b) El sistema de Seguridad Social (art. 41) que atiende situaciones de necesidad de trabajadores y no trabajadores con prestaciones económicas; y c) El sistema de servicios sociales, fuertemente descentralizado por áreas territoriales en beneficio de determinados grupos sociales acreedores de

En definitiva, la escisión de la protección de la salud (art. 43) del sistema de Seguridad Social (art. 41) es un hito en la Constitución de 1978, que plasma la superación de la idea de seguro como elemento de cobertura. Este planteamiento es el que ha inspirado los textos de desarrollo. De este modo, tanto la Ley 14/1986, de 21 de abril, General de Sanidad (LGS), como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, conciben un SNS desgajado del Sistema de Seguridad Social, con vocación de universalidad y gratuidad en el acceso a las prestaciones sanitarias.

A pesar de ello, el modelo no resulta tan claro en la práctica, de forma que la confusión entre las prestaciones de asistencia sanitaria con el modelo de seguridad social ha venido siendo de tal naturaleza y calado, que no resulta posible trazar una línea divisoria que clarifique el sistema español de protección de la salud.

2.2. Consolidación del Sistema Nacional de Salud.

La consolidación de un SNS desgajado de la Seguridad Social comienza a partir de la LGS de 1986. Esta norma diseña una organización compleja para la gestión de la asistencia sanitaria pública, definida como el «conjunto de los servicios de salud de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas» (art. 44.2) en el que se deben integrar «todas las funciones y prestaciones sanitarias que (...) son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud» (art. 45).

El proceso de traspaso a las CCAA que contaban en ese momento con competencias suficientes en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, se había iniciado ya con las transferencias de Cataluña (RD de 8 de julio de 1981) y Andalucía (RD de 22 de febrero de 1984). Tras la promulgación de la LGS, se fueron produciendo las restantes ⁸; aunque hubo que esperar hasta el año 2002 para que se completase el panorama diseñado por la LGS, casi 20 años atrás, y se produjese el despliegue definitivo de una cobertura casi universal de la asistencia sanitaria ⁹.

Finalizado el proceso transferencial, la coherencia del modelo sanitario español precisa más que nunca del efectivo ejercicio por parte del Estado de la competencia exclusiva en materia de fijación de bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16.^a).

2.3. Coordinación del Sistema Nacional de Salud.

Es evidente que uno de los mayores problemas que plantea la coexistencia de 17 servicios de salud autonómicos es el de su coordinación. La coordinación sanitaria, señala el Tribunal Constitu-

una mayor protección, como la infancia, juventud, tercera edad, o discapacitados –arts. 39, 40.2, 49 y 50– («*La Seguridad Social en la Constitución Española*». Estudios sobre la Constitución Española. Tomo II)

⁸ Las transferencias a las CCAA del País Vasco (RD de 6 de noviembre de 1987) y Valencia (RD de 27 de noviembre de 1987) se produjeron de forma inmediata a la entrada en vigor de la Ley General de Sanidad. Las de Galicia y Navarra tuvieron que esperar unos años más (RRDD de 28 de diciembre de 1990). Canarias recibió el traspaso en 1996. Las 10 restantes las recibieron, en bloque, a través de Reales Decretos de 27 de diciembre de 2001.

⁹ En el año 1982 la asistencia sanitaria pública cubría a unos 32 millones de españoles (lo que suponía el 84,5% de la población) en tanto que en el año 1995 se elevaba ya a la cifra de 39 millones, con una tasa del 98,5 por 100.

cional¹⁰, «es una función instrumental que consiste en fijar medios y sistemas de relación que hagan posible (...) la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario».

De este modo, y según advierte también el Tribunal Constitucional¹¹, la esencia de la coordinación es la unidad de actuaciones, lo cual no implica dirección o gestión de un ente sobre otros, ni ejecución, por moverse en una dimensión formal, no material, y en un plano horizontal ajeno a cualquier tentación de jerarquía o verticalidad.

Culminado el traspaso de competencias en materia sanitaria, el papel del Estado queda reducido, pues, a esa coordinación entre iguales, en la que no hay supremacía del ente que coordina, cuyos resultados han de ser fruto de la voluntad común de todos los entes; esa coordinación que GARCÍA DE ENTERRÍA¹² califica de *formal*, y que MUÑOZ MACHADO¹³ describe de manera gráfica al afirmar que «este tipo de instrumentos de coordinación deben usarse de manera que sus contenidos sean aceptados antes de ser aprobados».

De este modo podemos concluir, siguiendo a BELTRÁN AGUIRRE¹⁴, que la coordinación general sanitaria, como competencia exclusiva del Estado, es una función instrumental que no conlleva dirección, gestión o ejecución (salvo casos excepcionales en los que estuviera en peligro un interés general). Así, el Estado no puede imponer a las CCAA criterios de política sanitaria elaborados unilateralmente ni impartir directrices, que deben ser, por el contrario, debatidas y consensuadas por todos en el seno de un órgano multilateral.

2.4. Instrumentos para la cohesión del Sistema Nacional de Salud.

Para salvaguardar la cohesión del SNS y posibilitar el ejercicio, por parte del Estado, de sus competencias exclusivas en materia de fijación de bases y, sobre todo, de coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16.^a CE), la LGS (art. 47) creó el Consejo Interterritorial del SNS como órgano permanente de comunicación e información de los distintos Servicios de Salud, entre ellos y con la Administración del Estado. De composición paritaria (está integrado por un representante de cada una de las CCAA y por igual número de miembros de la Administración General del Estado) el Consejo está presidido por el titular del Ministerio de Sanidad y Consumo¹⁵.

¹⁰ STC núm. 32/1983.

¹¹ STC núm. 102/1995.

¹² Frente a la denominada por este autor *coordinación material*, vertical, que sin ser jerárquico, se basa en una cierta posición de supremacía, por lo que admite cierto poder directivo de la unidad superior (GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Estudios sobre autonomías territoriales*. Cívitas, 1985).

¹³ MUÑOZ MACHADO, M. *La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos*. Alianza, 1995.

¹⁴ BELTRÁN AGUIRRE, J.L. «Coordinación General Sanitaria». *Revista Derecho y Salud*. Vol. 15, 2007.

¹⁵ El Consejo Interterritorial, creado por la LGS, se regula actualmente en el Capítulo X de la Ley de Cohesión y Calidad, estableciéndose su composición y funciones. En cuanto a estas últimas, si bien gran parte de ellas se encuentran disemi-

La necesidad de potenciar el papel de este órgano multilateral de coordinación (típico ejemplo de conferencia sectorial –art. 5 Ley 30/1992, de 30 de noviembre–) fue uno de los objetivos prioritarios de la Ley de Cohesión y Calidad del año 2003 ¹⁶, para lo cual delimitó una serie de ámbitos de colaboración entre el Estado y las CCAA que definen el núcleo común de actuación del Sistema:

- a) Las **prestaciones sanitarias básicas y comunes**: que deben ser acordadas en el seno del Consejo Interterritorial y plasmarse en un real decreto que establezca el catálogo de prestaciones y el procedimiento para su actualización (RD 1030/2006, de 8 de septiembre).
- b) La **farmacia**: el Capítulo II realiza una reordenación del ejercicio de las competencias que, con carácter exclusivo, corresponden al Estado en materia de evaluación, registro, autorización, vigilancia y control de los medicamentos y de los productos sanitarios en beneficio, también en este sector, de la consecución de una mayor calidad del sistema.
- c) Los **profesionales sanitarios**: en este punto, la ley contiene básicamente principios referidos a la planificación y formación de los profesionales de la sanidad, así como al desarrollo y a la carrera profesional y a la movilidad dentro del SNS. Especial interés tiene la creación de una Comisión de Recursos Humanos, en cuya composición participarán la Administración estatal y autonómica junto con las correspondientes comisiones nacionales de las distintas especialidades sanitarias. Su cometido general es el de contribuir a la planificación y diseño de los programas de formación de los profesionales de la sanidad, en colaboración y sin menoscabo de las competencias de los órganos e instituciones responsables, en cada caso, de la formación pregraduada y posgraduada, así como de la continuada, y en la oferta de plazas dentro del sistema público.

nadas a lo largo del articulado de la ley, y en otras disposiciones legales y reglamentarias, podemos señalar como principales las siguientes: desarrollo de la cartera de servicios y su actualización; establecimiento de prestaciones sanitarias complementarias por parte de las CCAA; criterios marco sobre tiempos máximos de acceso a las prestaciones; garantías mínimas de seguridad y calidad para la autorización de la apertura y puesta en funcionamiento de los centros, servicios y establecimientos sanitarios; designación de los servicios de referencia del SNS; criterios generales y comunes para el desarrollo de la colaboración de las oficinas de farmacia en garantía de la dispensación en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional; criterios básicos y condiciones de las convocatorias de profesionales que aseguren su movilidad en todo el territorio; iniciativa sectorial de investigación en salud; criterios y sistemas de relación que permitan la información recíproca en el SNS; criterios de seguridad y accesibilidad del sistema de información; criterios para la elaboración y evaluación de las políticas de calidad; declaración de la necesidad de realizar las actuaciones coordinadas en materia de salud pública; aprobación de los planes integrales; criterios generales sobre financiación pública de medicamentos y productos sanitarios; establecimiento de criterios y mecanismos en orden a garantizar en todo momento la suficiencia financiera del sistema y el carácter equitativo y de superación de las desigualdades; evaluación de los Planes Autonómicos de Salud y formulación de los Planes Conjuntos y del Plan Integral de Salud; líneas genéricas del programa formativo de los profesionales del SNS; evaluación de las políticas de calidad y evaluación de la eficacia, eficiencia y seguridad de las nuevas técnicas, tecnologías y procedimientos; elaboración de la memoria anual sobre el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud; conformar la voluntad del Estado en el seno de las Comunidades Europeas; coordinar la implantación de las medidas, decisiones y orientaciones adoptadas en las Comunidades Europeas; fijación de los principios generales de coordinación respecto a los requisitos comunes y las condiciones para la financiación y desarrollo de los ensayos clínicos; establecimiento de criterios para la coordinación de la política general de recursos humanos del SNS; acuerdos sanitarios internacionales por los que se colabore con otros países y organismos internacionales y, en general, la coordinación de aquellos aspectos relacionados con acciones sanitarias del SNS que dispongan las leyes o que, de acuerdo con su naturaleza, precisen de una actuación coordinada de las Administraciones sanitarias públicas.

¹⁶ Ya en 1997 la Subcomisión del Congreso de los Diputados para la Consolidación y Modernización del SNS manifestó la necesidad de fortalecer el papel de este órgano, definiéndolo como el instrumento esencial de vertebración del Sistema.

- d) La **investigación**: materia en la que concurren las competencias estatales y autonómicas. Las normas contenidas en el Capítulo IV de la Ley de Cohesión y Calidad van dirigidas a ordenar la actividad investigadora de los órganos competentes de la Administración del Estado, concretando las responsabilidades del Ministerio en este aspecto y encomendando a ese departamento, en colaboración con las CCAA en el seno del Consejo Interterritorial, la elaboración de la iniciativa sectorial de investigación en salud que debe incorporarse al Plan Nacional de I+D+I, así como la designación de centros de investigación del SNS.
- e) La **información sanitaria**: la Ley de Cohesión y Calidad encomienda al Ministerio la creación y mantenimiento de un sistema de información sanitaria que garantice la disponibilidad de la información y la comunicación recíprocas entre la Administración sanitaria del Estado y la de las CCAA. Este sistema contendrá, entre otros, los datos básicos sobre las prestaciones y la cartera de servicios en la atención sanitaria pública y privada, población protegida, recursos humanos y materiales y financiación. El sistema se debe nutrir de la información procedente de la Administración sanitaria del Estado y de la que suministren las CCAA, en las condiciones convenidas en el seno del Consejo Interterritorial.
- f) La **infraestructura para la calidad**: en este punto, la Ley de Cohesión y Calidad concreta los elementos que configuran la que se denomina infraestructura de la calidad, que comprende normas de calidad y seguridad, indicadores, guías de práctica clínica y registros de buenas prácticas y de acontecimientos adversos.

Además de los seis ámbitos de colaboración descritos, la Ley de Cohesión y Calidad ofrece mecanismos de cooperación y coordinación tanto en materia de organización de la asistencia sanitaria (se regulan los Planes Integrales de Salud) como en salud pública (se identifican aquellos ámbitos en los que se requiere un enfoque conjunto).

Para que ello sea factible, la Ley de Cohesión diseña una serie de órganos multilaterales que hagan posible la toma de decisiones que corresponde asumir conjuntamente a las Administraciones estatal y autonómica, creando o potenciando el papel de órganos especializados que se abren a la participación de las autonomías, tales como la Agencia de Evaluación de Tecnologías, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, la Comisión de Recursos Humanos, la Comisión Asesora de Investigación en Salud, el Instituto de Salud Carlos III, el Instituto de Información Sanitaria, la Agencia de Calidad o el Observatorio.

De ese modo, y sin interferir en la diversidad de fórmulas organizativas, de gestión y de prestación de servicios consustancial con un Estado descentralizado, la Ley de Cohesión ha pretendido potenciar el papel del Consejo Interterritorial al objeto de que la atención al ciudadano por los servicios públicos sanitarios responda a unas garantías básicas y comunes.

Lo cierto, sin embargo, es que a pesar de todas estas previsiones, el funcionamiento cohesionado del Sistema deja bastante que desear. Buena prueba de ello es la accidentada vida del principal órgano de gobierno del SNS. Las disfunciones del Consejo Interterritorial han trascendido a los

medios públicos ¹⁷: de las 20 reuniones celebradas entre enero de 2002 y marzo de 2007, únicamente 7 han estado presididas por la normalidad. En cuanto al resto, 3 de ellas no pudieron celebrarse por la ausencia o el abandono de varios consejeros. Las otras 10 fueron un ejemplo continuado de escenificación de diferencias políticas, desobediencia a normas jurídicas básicas ¹⁸, y desacato al consenso de órganos técnicos (en asuntos tales como la financiación de las bombas de insulina, o el calendario vacunal común, etc.), habiéndose llegado al extremo de recurrir ante los tribunales la configuración del orden del día de las reuniones (SAN de 28 de marzo de 2007, por medio de la cual se obligó al Ministerio de Sanidad a incluir en el orden del día la financiación sanitaria de las autonomías a requerimiento de varias CCAA).

A la vista de estos datos, es evidente que los mecanismos para la cohesión y coordinación del Sistema diseñados por la ley no funcionan. La cuestión radicaría en saber si las disfunciones del modelo se deben a fallos estructurales –de concepción, de planteamiento– o si, por el contrario, responden a una inadecuada utilización de los instrumentos de coordinación. Para una buena parte de la doctrina especializada, encabezada por REPULLO LABRADOR ¹⁹, la Ley de Cohesión y Calidad es una norma insuficiente para el gobierno del Sistema «en la que domina de forma abrumadora lo retórico».

No faltan propuestas técnicas para una reforma del Sistema que debieran articularse previo consenso político y social, tales como la constitución de una comisión mixta Congreso-Senado con el claro mandato de encontrar las claves de un nuevo contrato social por un SNS sostenible y equitativo y la normalización del modelo a través de las oportunas reformas legislativas.

En caso contrario, corremos el riesgo de que la Ley de Cohesión no resulte sino un adorno caro e inoperante que admirar en la casa de la sanidad española, que la búsqueda del equilibrio en la desigualdad quede en eso, en mera búsqueda, y que los variados instrumentos que se han creado para una mejor gestión de los objetivos comunes se conviertan en estructuras burocráticas vacías y costosas.

2.5. Los principios para la cohesión del Sistema Nacional de Salud.

La Ley de Cohesión y Calidad define una serie de ámbitos en los que el Estado y las CCAA deben colaborar y coordinarse con base en los siguientes principios generales (art. 2):

- a) **Aseguramiento universal y público:** lo que apunta a un ámbito objetivo de protección que habría de ser idéntico en todo el territorio nacional.

¹⁷ *El Consejo Interterritorial del SNS: un órgano enfermo de crispación* (diario *El Mundo* –suplemento sanidad– 8 de marzo de 2008).

¹⁸ Como, por ejemplo, el Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen los criterios, indicadores y requisitos mínimos, básicos y comunes en materia de listas de espera; o en cuanto al cumplimiento de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo.

¹⁹ REPULLO LABRADOR, J.R. «Instrumentos extra-competenciales para el gobierno del SNS». *Revista Derecho y Salud*. Vol. 15, 2007.

- b) **Atención integral a los problemas de salud** (en las dimensiones de prevención, asistencia y rehabilitación) y prestación de servicios en condiciones de igualdad efectiva y calidad: lo que nos lleva a pensar en un catálogo de prestaciones equitativo en todos los territorios del Estado.
- c) **Coordinación y cooperación** entre las diferentes Administraciones públicas sanitarias.
- d) **Financiación pública** del Sistema acorde con el modelo de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.

En relación con las prestaciones sanitarias, esta norma fija como premisas de calidad y garantía el reconocimiento de los siguientes **derechos a favor de los ciudadanos** (art. 4):

- a) Accesibilidad en condiciones de igualdad efectiva.
- b) Movilidad para el usuario, que podrá acceder en todo el territorio nacional al Sistema.
- c) Tiempo de acceso a las prestaciones en relación con los tiempos máximos que se establezcan.
- d) Acceso a una segunda opinión facultativa.
- e) Información a los ciudadanos sobre sus derechos y deberes, las prestaciones y la cartera de servicios del SNS, entre otros.
- f) Seguridad en la prestación de las técnicas, tecnologías o procedimientos.
- g) Calidad de las instituciones asistenciales.
- h) Servicios de referencia para la atención de patologías que precisen una concentración de recursos diagnósticos y terapéuticos.

Sin embargo, el desarrollo de estos principios y derechos en la legislación básica y autonómica dista mucho de ser equitativo, como tendremos ocasión de ver en los siguientes epígrafes.

3. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA: ASPECTOS FORMALES Y COMPETENCIALES

Orillando, en la medida de lo posible, el debate en torno a la naturaleza jurídica de las prestaciones sanitarias (Sistema Nacional de Salud *versus* Sistema de Seguridad Social) del que no faltan rigurosos y extensos trabajos doctrinales²⁰, nos centraremos en los aspectos formales y competen-

²⁰ PEMÁN GAVIN, J. «Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud». *Revista Derecho y Salud*. Vol. 16, noviembre 2008; BELTRÁN AGUIRRE, J.L. «¿Sistema Nacional de Salud o asistencia sanitaria de la Seguridad Social?». *Revista Derecho y Salud*; Vol. 15. Extraordinario Foro SEPAS-AJS; TORNOS MAS, J. «Sistema de Seguridad Social *versus* Sistema Nacional de Salud». *Revista Derecho y Salud*. Vol. 10, junio 2002; o MENÉNDEZ REXAC, A. «El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas». *Revista Derecho y Salud*. Vol. extraordinario XI, entre otros.

ciales del derecho a la protección de la salud desde el punto de partida que supone la independización de la asistencia sanitaria pública respecto del Sistema de Seguridad Social que llevó a cabo la Constitución de 1978, en la medida en que deslinda claramente las materias sanidad (art. 43) y seguridad social (art. 41) y dispone títulos competenciales distintos para las mismas: artículo 149.1.16.^a para sanidad y artículo 149.1.17.^a para Seguridad Social ²¹.

Como aprecia BELTRÁN AGUIRRE ²², este deslinde constitucional tiene su reflejo inmediato en los Estatutos de Autonomía de las CCAA históricas y asimiladas (las que accedieron a la autonomía por la vía del art. 151 CE), en los que la asunción de competencias sobre sanidad interior y seguridad social se hacen de forma perfectamente diferenciada.

En materia de sanidad interior, las CCAA han asumido, desde un principio, el desarrollo legislativo y la ejecución básica del Estado. Sin embargo, la asunción competencial de la asistencia sanitaria que venía prestando la Seguridad Social a través del INSALUD, obligó a proceder a la modificación de varios Estatutos de Autonomía ²³.

A pesar de ello, la diferencia entre unos y otros Estatutos es bien notable: para los de las CCAA históricas y asimiladas, la asistencia sanitaria pública es un subsistema del sistema de sanidad (por tanto, el desarrollo legislativo y la gestión en materia sanitaria se hará al amparo del art. 149.1.16.^a), en tanto que para las CCAA que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la CE, la asistencia sanitaria se integra en el Sistema de Seguridad Social, y para que no quepa duda alguna, se alude al artículo 149.1.17.^a de la CE. De este modo, y según el citado autor, en el caso de las Comunidades históricas estamos ante una descentralización política, en tanto que para las Comunidades del art. 143 estamos ante una mera descentralización administrativa, de forma que la desigualdad de trato en los Estatutos de Autonomía entre los dos grupos de CCAA es notable y sorprendente ²⁴.

²¹ La Orden 430/2009, de 4 de junio, de la Consejería de Sanidad de Madrid por la que garantiza el derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita a las personas que causen baja en los regímenes de la Seguridad Social por cese en la actividad laboral constituye un buen ejemplo de los conflictos derivados de la tensión surgida entre ambos títulos competenciales, a la par que ilustra el paroxismo disgregador al que nos conduce tanto la actual configuración autonómica del SNS como el inacabado tránsito de la asistencia sanitaria desde un modelo de SS hacia un modelo de SNS, con el consiguiente efecto dominó que puede comportar esta medida, a la que se ha sumado recientemente la Comunidad Autónoma de La Rioja (Orden 3/2009 de 13 de julio). De este modo la fragmentación autonómica del SNS se está anticipando a la anhelada y aún inacabada emancipación de «facto» respecto del Sistema de Seguridad Social, obviando aspectos tan esenciales como que la asistencia sanitaria sigue siendo prestación de la Seguridad Social (aunque en la modalidad no contributiva), estando aún en vigor el Capítulo IV del Título II del Decreto 2065/1974 sobre régimen jurídico de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Por todo ello la gratuidad de la asistencia sanitaria en nuestro país sigue ligada a la existencia de algún tipo de régimen de aseguramiento, bien sea público (sea por derecho propio, como es el caso de quienes realizan una actividad profesional que determine su inclusión en el Sistema de Seguridad Social, bien por derecho derivado por ser familiar del titular, o con carácter excepcional en los supuestos de carencia de recursos económicos suficientes) o privado (cuando exista un tercero obligado al pago).

²² BELTRÁN AGUIRRE, J.L. «Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad». *Revista Derecho y Salud*. Vol. 10, junio 2002.

²³ Leyes Orgánicas de modificación de los Estatutos de Autonomía de Canarias (LO 4/1996), Aragón (LO 5/1996), Castilla-La Mancha (LO 3/1997), Murcia (LO 1/1998), Madrid (LO 5/1998), Cantabria (LO 11/1998), Asturias (LO 1/1999), La Rioja (LO 2/1999), Baleares (LO 3/1999), Castilla y León (LO 4/1999) y Extremadura (LO 12/1999).

²⁴ Esta asunción empobrecida de competencias sobre asistencia sanitaria, en general, fue aceptada de modo pacífico por las CCAA. Pocas presentaron enmiendas a los proyectos de ley orgánica de modificación de sus estatutos, pretendiendo la

Además de esta divergencia de base, los nuevos Estatutos de Autonomía (en las reformas aprobadas desde abril de 2006 hasta la actualidad) amplían notablemente la regulación del derecho a la protección de la salud, contribuyendo a aumentar las diferencias de partida. Los seis nuevos Estatutos²⁵ contienen una tabla de derechos subjetivos públicos cuyos titulares son los ciudadanos de la Comunidad Autónoma (CA). Entre tales derechos subjetivos figuran, como luego veremos, los *derechos relacionados con la salud*.

Estas ampliaciones estatutarias del derecho constitucional a la protección de la salud son fuente de inequidad desde el momento en que se restringe su disfrute únicamente a los ciudadanos de la respectiva Comunidad con una pretensión de efecto directo en cuanto a su aplicación (al menos, así se deduce de su literalidad). Sin embargo, pese a la declaración de que tales derechos «vinculan a los poderes públicos y, de acuerdo con su naturaleza, a los particulares», lo cierto es que, en tanto tal derecho quede diferido a «los términos y condiciones que establezcan las leyes», resulta negada su naturaleza de derecho subjetivo –exigible directamente ante las Administraciones y, en última instancia, ante los órganos de la jurisdicción–, manteniendo su naturaleza de mandato, orientación o directriz, destinado a los poderes públicos autonómicos. De este modo, las diferencias de partida se verán previsiblemente incrementadas con motivo del dispar desarrollo de estos preceptos estatutarios por parte de las CCAA.

4. ÁMBITO SUBJETIVO DE PROTECCIÓN: DIFERENCIAS TERRITORIALES EN EL ACCESO A LAS PRESTACIONES SANITARIAS

Como apuntábamos en anteriores epígrafes, y pese a la idea notablemente extendida (basada en la literalidad tanto de la LGS, como de la Ley de Cohesión y Calidad) de que nos encontramos cubiertos por un SNS universal y gratuito para toda la población española, lo cierto, sin embargo, es que el acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema exigen de un título legitimador²⁶.

El SNS es fruto de un proceso, no culminado, de evolución desde un sistema de Seguridad Social (*bismarkiano*) hacia el modelo británico *beveridge* (de hecho, la asistencia sanitaria por contingencias comunes sigue siendo una prestación del Sistema de Seguridad Social²⁷). Siguiendo a RETUERTO BUADES y SISO²⁸, la cobertura prácticamente universal de nuestro Sistema, en torno al

asunción del desarrollo legislativo y la ejecución de la asistencia sanitaria pública, a semejanza de las CCAA históricas y asimiladas.

²⁵ Por orden cronológico: Comunidad Valenciana, Cataluña, Baleares, Andalucía, Aragón y Castilla y León.

²⁶ Los Informes Anuales del Defensor del Pueblo de 2005 y 2006 reseñan, en su apartado 8.º, que uno de los retos todavía pendientes de la sanidad española es el relativo a la universalidad plena y efectiva del derecho a la asistencia sanitaria. Según datos del Ministerio de Sanidad y Consumo, el escaso número de personas que carecen del derecho a la asistencia sanitaria (unas 200.000) no sería un problema asistencial en la medida que el coste medio por persona y año en el sistema público ascendía a 955 euros y, por tanto, la incorporación de estas personas al Sistema supondría 191 millones de euros.

²⁷ El artículo 38 de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994 incluye entre las prestaciones de seguridad social la asistencia sanitaria por contingencias comunes, regulándose el contenido de esta prestación en los todavía vigentes artículos 98 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

²⁸ RETUERTO BUADES, M. y SISO, J. *La Salud, el sistema sanitario público y sus protagonistas*. Tratado de Derecho Sanitario. Tomo I. Cóllex, 2001.

99 por 100 de la población ²⁹, se ha ido produciendo como resultado de la incorporación al Sistema de distintos colectivos hasta completar la casi totalidad de la población. El SNS tiene como base a los titulares y beneficiarios de la asistencia sanitaria de la seguridad social, a la que se han ido yuxtaponiendo sucesivamente: la población cubierta por regímenes especiales de la Seguridad Social (funcionarios cubiertos por diversas mutualidades como MUFACE, ISFAS o MUJEJU), las personas sin recursos económicos suficientes (por la vía del RD 1088/1990), la población cubierta por la sanidad penitenciaria o el colectivo de los extranjeros residentes en España (por la vía de la reciprocidad establecida en los Reglamentos Comunitarios núm. 1408/71 y núm. 3095/1995, en los Tratados Internacionales o por la vía de la LO 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros).

Así pues, podemos afirmar que, a fecha de hoy, el derecho a la protección de la salud, y el derecho a la asistencia sanitaria de la seguridad social no son dos derechos diferenciados, sino que forman parte de un todo, coexistiendo de forma paralela la red asistencial del SNS (responsable de su prestación material), con la regulación jurídica que de esta prestación se contiene en el Sistema de Seguridad Social, dado que es el Instituto Nacional de la Seguridad Social –y no los Servicios de Salud, ni las CCAA–, el competente para el reconocimiento del derecho al acceso a las prestaciones sanitarias públicas, derecho que permanece ligado a la condición de titular o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, limitándose las CCAA a expedir la tarjeta sanitaria del Sistema, previo reconocimiento por parte del INSS de la condición de titular o beneficiario y de la asignación de un número de Seguridad Social.

Esto debiera traducirse en la igualdad efectiva en el acceso a las prestaciones sanitarias públicas en todo el territorio nacional, ya que tanto las competencias en materia de seguridad social –art. 149.1.16.^a CE–, como en materia de extranjería –art.149.1.2.^a CE– son exclusivas del Estado. Sin embargo, determinadas CCAA han decidido de manera unilateral ampliar el ámbito objetivo de protección e incluir a determinados colectivos a los que la legislación básica excluye de la cobertura sanitaria, a pesar de existir dudas más que razonables a cerca de la viabilidad jurídica de su capacidad de legislar en una materia como la asistencia sanitaria, reservada en exclusiva al Estado por los artículos 149.1.2 (nacionalidad, emigración, inmigración y extranjería), 149.1.16.^a (Seguridad Social) y 149.1.17.^a (bases y coordinación general de la sanidad), todos ellos de la CE, sobre todo si tenemos en cuenta que el régimen de asistencia sanitaria a extranjeros se contiene en una norma estatal de carácter orgánico (LO 4/2000, modificada por la LO 8/2000). Una posible justificación a estas medidas entroncaría con el carácter no básico del artículo 12 de la LO 4/2000, pudiendo interpretar que nos encontramos ante una legislación de mínimos que permitiría introducir mejoras por las CCAA hasta el punto de universalizar el acceso o ampliar la cobertura de la asistencia sanitaria gratuita a extranjeros en situación irregular prescindiendo del requisito del empadronamiento o de la insuficiencia de rentas.

De este modo, algunas CCAA han procedido, o están en vías de hacerlo, a universalizar el acceso a las prestaciones sanitarias públicas a través de la ampliación del ámbito de cobertura. Así, el artículo 4 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia establece que «el derecho a la pro-

²⁹ Con la normativa actual, quedan fuera del ámbito de protección del sistema sanitario público al menos los siguientes colectivos: los profesionales colegiados que no ejercen como autónomos ni disponen de mutualidad; los ciudadanos españoles residentes en un país sin convenio con la Seguridad Social cuando se trasladan a España; y las personas –españolas o extranjeras– con recursos superiores a los fijados por el Real Decreto 1088/1990 procedentes de ingresos atípicos.

tección de la salud con cargo a fondos públicos (...) y de cobertura universal se garantiza a todas las personas que residan en los municipios de esta Comunidad Autónoma». Otro tanto sucede con el texto del Proyecto de Ley de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema de Salud de la Región de Murcia (aprobado por el Consejo de Gobierno de esa Comunidad Autónoma el pasado 20 de febrero de 2009).

Otras CCAA han optado por ampliar la cobertura vía decreto: así, la Comunidad Autónoma de Valencia, so pretexto de evitar la desatención a colectivos de inmigrantes no empadronados por razones humanitarias y de justicia, extendió la cobertura sanitaria a extranjeros no empadronados mediante la expedición de la denominada *tarjeta solidaria*, cuya duración es de un año, entendiéndose que con ella se cubre al extranjero en tanto regulariza su situación en España (Decreto 29/2000, de 29 de febrero).

Similar es la regulación contenida en la Ley Foral 2/2000 de Navarra, que mantiene, sin embargo, el requisito de carecer de recursos económicos suficientes.

En la misma línea, la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid ha instaurado, desde mayo de 2007, el documento para la atención sanitaria (DAS). Esta iniciativa está dirigida a aquellas personas que, independientemente de su nacionalidad, viven de forma habitual en la región y se encuentran en una situación social desfavorecida, lo que les impide disponer de la documentación necesaria para que les sea expedida la tarjeta sanitaria individual (TSI). El DAS permite acceder a una atención sanitaria continuada y en condiciones «idénticas» a las del resto de ciudadanos. Los requisitos para su obtención son: a) padecer una enfermedad que requiera tratamiento o seguimiento sanitario continuado y que haya sido diagnosticada por un médico del sistema público; b) encontrarse en situación de exclusión social, debidamente informada por un trabajador social; c) no disponer de la documentación necesaria para tramitar la TSI y d) residir de forma habitual en la Comunidad de Madrid.

Pese a que la financiación de estos instrumentos corre a cargo de los presupuestos de la Comunidad Autónoma, y que la validez de estas *tarjetas solidarias* se circunscribe al ámbito de la Comunidad que las expide, no dejan de constituir ejemplos de diferencias territoriales en el acceso a las prestaciones sanitarias públicas de difícil justificación.

5. ÁMBITO TERRITORIAL DE PROTECCIÓN: LA MOVILIDAD DE PACIENTES ENTRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y EL FONDO DE COHESIÓN

La gestión descentralizada del Sistema no debería generar situaciones de inequidad en el acceso a las prestaciones, ni obstáculos a la circulación de pacientes entre diferentes servicios de salud, ni dificultades para el acceso a centros de referencia del Sistema. La Ley de Cohesión y Calidad se encuentra plagada de mensajes tranquilizadores en ese sentido: «todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas en esta ley en condiciones de igualdad efectiva» (art. 23).

Sin embargo, la instrumentación de ese acceso equitativo no resulta tan sencilla en la práctica. Partimos de que la acreditación del derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública se materializa a través de la TSI (RD 183/2004, de 30 de enero) válida en todo el SNS. A partir de ahí, y para garantizar el acceso a las prestaciones con independencia del lugar del territorio nacional en el que pueda encontrarse el usuario, así como el acceso a servicios de referencia, se ha instrumentado un sistema de compensación a través de una herramienta financiera específica: el Fondo de Cohesión del SNS (disp. adic. 5.ª de la Ley de Cohesión y Calidad). La finalidad de esta herramienta es la de garantizar la igualdad de acceso a los servicios de asistencia sanitaria públicos en todo el territorio español y la atención a ciudadanos desplazados procedentes de países de la Unión Europea o de países con los que España tenga suscritos convenios de asistencia sanitaria recíproca.

Corresponde al Ministerio de Sanidad y Consumo, a través del Fondo de Cohesión Sanitaria, realizar las políticas que aseguren la cohesión sanitaria y la corrección de desigualdades. Estas políticas se desarrollarán mediante planes integrales de salud con base en variables epidemiológicas y sociales que supongan una mayor necesidad de servicio, tales como patologías crónicas, morbi-mortalidad estandarizada por edad, población infantil, población inmigrante y otras de carácter similar.

La gestión del Fondo de Cohesión Sanitaria se reguló por vez primera mediante el Real Decreto 1247/2002, de 3 de diciembre, incluyendo como actividades cuyo coste sería compensado por el Fondo:

a) Atención sanitaria a desplazados residentes en España:

- Atención programada a pacientes residentes en una CA que se desplacen a otra distinta, con autorización expresa de la CA de origen y en coordinación con la CA de recepción por alguno de los procesos relacionados en el Anexo I (y por el coste máximo recogido en el propio anexo para cada proceso).
- Atención programada a residentes en una provincia limítrofe a otra CA, por los procesos incluidos en el Anexo II (y hasta el importe máximo recogido en las tablas).
- Fuera de estos casos, la financiación de la asistencia sanitaria de los residentes en España, desplazados a otra CA se efectuará conforme al modelo general (o sea, que la CA que presta la asistencia ha de costearla sin posibilidad de resarcimiento, a salvo los casos en que exista un tercero obligado al pago, claro está).

b) La atención sanitaria a extranjeros desplazados temporales y en situación legal será con cargo a la institución correspondiente del Estado del que provenga, por aplicación de los Reglamentos (CEE) números 1408/1971 y 574/1972 o convenios internacionales en materia de seguridad social suscritos por España.

La distribución del Fondo de Cohesión por la atención sanitaria a desplazados residentes en España se ha venido efectuando mediante la asignación a cada CA del saldo neto que fija el Ministerio por la asistencia sanitaria de los Anexos I y II del real decreto, prestada por dicha CA a pacien-

tes de otras Comunidades, con base en los datos del Sistema de Información del Fondo de Cohesión (SIFCO), basado en los modelos que figuran en el Anexo III del propio real decreto.

De este modo, a lo largo del último cuatrimestre de cada ejercicio, el Ministerio practicaba una liquidación separada para cada uno de los supuestos contemplados en el artículo 2.1 del real decreto. Para el seguimiento, coordinación y estudio de cuestiones relacionadas con la facturación por asistencia sanitaria a desplazados, se crea una Comisión de Seguimiento del Fondo de Cohesión Sanitaria en el seno del Consejo Interterritorial del SNS (art. 6 RD 1247/2002).

Este sistema de compensación ha topado, sin embargo, con dos grandes dificultades: la existencia de importantes bolsas de prestaciones no compensables (teniendo en cuenta que solo se compensa por las actividades descritas en el Anexo I: exclusivamente, procesos con hospitalización caracterizados por su complejidad, alto coste o necesidad de concentración de casos, quedando fuera del sistema de compensación un gran número de prestaciones dispensadas por los Servicios de Salud, entre ellas, el importante coste que genera la prestación farmacéutica y la insuficiencia económica para atender a las que sí son compensables.

En relación con esto último, la insuficiencia del Fondo de Cohesión fue debatida ya en la II Conferencia de Presidentes, con el resultado de duplicar su dotación inicial de forma que, de los 54 millones de euros asignados para 2005, pasó a un total de 99 millones para 2006; un importante incremento que, no obstante, está muy lejos de lo que reclaman CCAA como Valencia y Madrid: una dotación de, al menos, 450 millones³⁰ para el polémico Fondo, cuya regulación se ha visto modificada por el Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, que tampoco escapa de la controversia al haber sido recurrido ante la Audiencia Nacional por la Junta de Castilla y León basándose en que diseña un modelo en el que no se tienen en cuenta las características socio-demográficas (envejecimiento de la población, dispersión geográfica...) de las diferentes regiones.

Entretanto, y para paliar las dificultades en el acceso a las prestaciones escasa o nulamente compensadas por el Fondo que pudieran tener los ciudadanos de una Comunidad Autónoma al desplazarse a otra, algunas CCAA han suscrito convenios bilaterales de colaboración orientados a prestar asistencia sanitaria a ciudadanos que residan en municipios limítrofes de ambas autonomías³¹.

Asimismo, y con el objeto de salvar las dificultades en el acceso a centros y servicios de referencia (aquellos que concentran un número suficiente de recursos especializados para la atención a determinadas patologías o procesos de alta complejidad), se aprobó el Real Decreto 1302/2006, de

³⁰ PRIETO, M. «El fondo de Cohesión y la igualdad de acceso a la sanidad». *El Médico* (18 de noviembre de 2005).

³¹ Es el caso de las CCAA de Valencia y Castilla-La Mancha, que en el año 2006 suscribieron un Convenio de Colaboración para la Asistencia Sanitaria de los Ciudadanos de Zonas Limítrofes que permite a más de 14.600 habitantes del Valle de Ayora recibir asistencia sanitaria en el hospital más cercano (el de Almansa, del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, o el de Requena, dependiente de la Comunidad Valenciana) con independencia de la CA en la que residan. En la misma línea, el Convenio firmado en 2007 entre las CCAA de Cantabria y el País Vasco para la atención sanitaria a municipios limítrofes.

10 de noviembre, por el que se establecieron las bases del procedimiento para la designación y acreditación de los centros, servicios y unidades de referencia del SNS, en el que se regularon las características de las enfermedades para cuyo diagnóstico y tratamiento se requiere un centro de referencia de cobertura nacional y el acceso de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, con cargo también al mencionado Fondo de Cohesión.

En definitiva, el doble papel de la financiación sanitaria consistente, por un lado, en justificar una importante aportación de recursos a la financiación de las CCAA y, por otro, en servir de base al mantenimiento de la protección sanitaria en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos, está netamente sesgado a favor del primero de los objetivos marcados, resultando claramente insuficientes los recursos y las garantías financieras a favor de mantener el equilibrio en el acceso a las prestaciones en función del territorio. La corrección de este aspecto, de forma que las prestaciones a población desplazada por parte de cada servicio sanitario autonómico resulten adecuadamente compensadas, es clave si no queremos ver cómo se incrementan las trabas y dificultades para el acceso a las prestaciones sanitarias en una CA diferente a la de residencia.

6. ÁMBITO OBJETIVO DE PROTECCIÓN

La protección de la salud se enuncia como principio rector de la política social y económica en el artículo 43 de la CE. En función de la ubicación del precepto (Capítulo III del Título I) su única virtualidad es la reconocida por el artículo 53.3 de la CE, es decir, informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pudiendo ser alegado ante la jurisdicción ordinaria únicamente de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen. Ello implica, en consecuencia, que solo habrá derecho subjetivo cuya lesión sea susceptible de impugnación ante los tribunales cuando se produzca su desarrollo normativo. Entretanto, este artículo 43 estaría reconociendo un derecho a que se establezcan derechos.

En definitiva, corresponde al legislador (estatal y autonómico) determinar la extensión y los límites de este derecho a la asistencia sanitaria pública con respeto a las exigencias constitucionales y a los principios de universalidad e igualdad (necesarios en todo servicio público) con el límite de la capacidad financiera de las Administraciones públicas competentes³².

³² El Tribunal Constitucional ha contribuido a delimitar el contenido y alcance de este derecho (teniendo muy en cuenta tanto su ubicación en el texto constitucional como su configuración normativa) de modo que el régimen de protección social (y dentro de este, el subsistema sanitario) se articula mediante la referencia directa a la ley que, en cada momento, instrumenta dicho régimen. Así, cuestiones tales como el equilibrio económico del sistema pueden ser factores a tener en cuenta por el legislador a la hora de configurar el sistema, pero no puede aducirse para fundamentar el mantenimiento de situaciones que suponen una vulneración por parte de dicho sistema de derechos reconocidos en la Constitución (*STC núm. 253/1988, de 20 de diciembre*) de modo que no cabría hablar de derechos adquiridos en el ámbito de un sistema de principios rectores, sino del sometimiento de las medidas de protección de la salud a una configuración legal, no ostentando el ciudadano más derecho que aquel que, en cada momento, reconocen las normas que desarrollan el régimen protector (*STC núm. 65/1987, de 21 de mayo*, respecto al sistema de Seguridad Social, y *STC núm. 32/1983, de 28 de abril*, respecto a la protección de la salud).

A partir del texto constitucional, la LGS –más volcada en aspectos organizativos que materiales– dejó en manos de la Administración sanitaria la fijación del contenido de las prestaciones, de modo que el ámbito objetivo del derecho a la protección de la salud se encuentra en normas reglamentarias. Ciertamente que la Ley de Cohesión y Calidad regula el marco general de tales prestaciones a través del Catálogo de Prestaciones del Sistema Nacional de Salud³³ (entendido como instrumento de integración que garantice las condiciones básicas y comunes para una atención sanitaria equitativa y de calidad). Sin embargo, la regulación legal no pasa de ser un enunciado del conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos y rehabilitadores que se corresponden con el ámbito de protección del Sistema³⁴, debiendo concretarse el contenido de tales prestaciones a través de la Cartera de Servicios acordada por el Consejo Interterritorial y aprobada mediante Real Decreto 1030/2006, de 8 de enero (art. 8 Ley de Cohesión y Calidad).

De este modo, los usuarios del SNS deben tener acceso a la cartera de servicios comunes reconocida en este real decreto, siempre que exista una indicación clínica, en condiciones de igualdad efectiva, al margen de que se disponga o no de una técnica, tecnología o procedimiento en el ámbito geográfico en el que residan. A tal efecto, los servicios de salud que no puedan ofrecer alguna de las técnicas, tecnologías o procedimientos contemplados en esta cartera en su ámbito geográfico deben establecer los mecanismos necesarios de canalización y remisión de los usuarios que lo precisen al centro o servicio donde les pueda ser facilitado, en coordinación con el servicio de salud que lo proporcione.

Las prestaciones recogidas en la cartera de servicios son responsabilidad financiera de las CCAA de conformidad con el modelo de financiación autonómica vigente en cada momento, debiendo las CCAA destinar, como mínimo, las cuantías previstas en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre³⁵.

Por su parte, las Comunidades Autónomas podrán aprobar sus respectivas carteras de servicios³⁶, que deben incluir cuando menos la cartera de servicios básicos y comunes del SNS, pudiendo

³³ El artículo 7.1 de la Ley de Cohesión y Calidad establece que el Catálogo de Prestaciones del Sistema Nacional de Salud tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención; que se consideran prestaciones de atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, de rehabilitación y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos.

³⁴ En las siguientes áreas enunciadas en la Ley de Cohesión y Calidad: salud pública (art. 11); atención primaria (art. 12); atención especializada (art. 13); atención sociosanitaria (art. 14); atención de urgencias (art. 15); prestación farmacéutica (art. 16); prestación ortoprotésica (art. 17); prestación de productos dietéticos (art. 18) y transporte sanitario (art. 19).

³⁵ Diversos responsables de la sanidad pública española vienen alertando desde hace tiempo de que el modelo establecido por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre (sobre la base de la LO 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación Autonómica –LOFCA–) tiene poca capacidad recaudatoria, peligrando la suficiencia financiera del sistema, que se ha mostrado como una fuente inagotable de gastos en imparable crecimiento. Esto es así porque debe responder a las necesidades de la población en relación con los cambiantes patrones de mortalidad y morbilidad, las expectativas en cuanto a la calidad de la asistencia y la incorporación de nuevas tecnologías de alto coste.

³⁶ Tal y como han hecho determinadas CCAA: Decreto 94/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueban las bases y se establece el contenido de la cartera de servicios complementaria del Sistema Sanitario Público de las Illes Balears; Decreto 175/2008, de 1 de agosto, por el que se aprueba la Cartera de Servicios de Atención Primaria del Servicio Extremeño de Salud; Decreto 65/2007, de 8 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la cartera de servicios sanitarios del Sistema de Salud de Aragón.

do establecer prestaciones por encima de ese mínimo común, para lo cual establecerán los recursos adicionales necesarios. En todo caso, estos servicios complementarios, que deberán reunir los mismos requisitos establecidos en el artículo 5 del real decreto, no estarán incluidos en la financiación general de las prestaciones del SNS.

El Consejo Interterritorial carece de competencias decisorias al respecto. Sus facultades se limitan a conocer, debatir y, en su caso, emitir recomendaciones sobre el establecimiento por parte de las CCAA de prestaciones sanitarias complementarias a las prestaciones básicas [art. 71.1 b) Ley de Cohesión y Calidad].

Las obligaciones de las CCAA en relación con las prestaciones complementarias se limitan a poner en conocimiento del Ministerio los servicios adicionales no contemplados en la cartera de servicios básicos y comunes que hubieran sido incorporados a sus carteras de servicios específicas con el fin de que puedan ser incorporadas al sistema de información común.

De este modo, transcurridos apenas siete años desde que se culminara el proceso transferencial, comienzan a acentuarse las diferencias entre las prestaciones facilitadas por los distintos servicios sanitarios en función del lugar de residencia. Entre ellas podemos destacar las siguientes:

- a) Cirugía de cambio de sexo: ofertada por los Servicios de Salud de Madrid, Aragón y Andalucía a la población residente en dichas CCAA ³⁷.
- b) Salud bucodental infantil y a pacientes discapacitados: ofertada, por ejemplo, en los territorios de Navarra, Castilla-La Mancha o Extremadura ³⁸.
- c) Tratamiento podológico a pacientes diabéticos: prestación ofertada por el sistema público a la población residente en Andalucía ³⁹.
- d) Inclusiones de nuevas vacunas en el calendario vacunal: de forma que las CCAA incluyen de forma unilateral determinadas vacunas en el calendario al margen de las decisiones adoptadas en el Consejo Interterritorial ⁴⁰.

³⁷ La Comunidad de Madrid puso en marcha, el 16 de mayo de 2007, una Unidad de Trastornos de Identidad de Género basada en el trabajo en red de los hospitales La Paz y Ramón y Cajal en cumplimiento del compromiso adquirido en el Pleno de la Asamblea de Madrid del 1 de junio de 2006; Aragón incluye la cirugía de reasignación de sexo en su cartera de servicios aprobada por Decreto 65/2007, de 8 de mayo; en tanto que Andalucía fue pionera en ofertar esta prestación, que lleva desarrollándose en el ámbito público desde que el Parlamento andaluz aprobase el 12 de febrero de 1999 la decisión de que el Servicio Andaluz de Salud corriese con los gastos de las operaciones de cambio de sexo.

³⁸ Decreto 118/1990, de 24 de abril, del País Vasco. Decreto Foral 58/1991 (modificado por el Decreto Foral 69/2003, de 7 de abril) desarrollado por Órdenes Forales 77/2003 y 51/2003 sobre prestación bucodental infantil y discapacitados de Navarra; Decreto 273/2004, de 9 de noviembre, sobre atención dental a la población infantil y personas con discapacidad de Castilla-La Mancha; o Decreto 195/2004, de 29 de diciembre, sobre asistencia dental a la población infantil de Extremadura.

³⁹ Orden de 13 de noviembre de 2006, por la que se aprueba el concierto con consultas y gabinetes podológicos de los servicios de asistencia podológica a las personas con diabetes y situación de pie diabético o con riesgo de presentarlo.

⁴⁰ La Comunidad Autónoma de Madrid decidió financiar con 32,5 millones de euros la vacunación gratuita contra el neumococo y la varicela a todos los niños de la región, siendo la única CA en España que oferta estas prestaciones.

- e) Financiación de determinados medicamentos excluidos del catálogo general de financiación del SNS: de forma que determinadas CCAA financian para sus ciudadanos medicamentos contra el tabaquismo, para la disfunción eréctil en determinados colectivos de pacientes, etc., que no se ofertan en otras regiones del territorio nacional ⁴¹.
- f) Financiación de material ortoprotésico adicional para determinados colectivos de discapacitados ⁴², etc.

En este nuevo escenario, y pese a los instrumentos de cohesión vistos, el SNS presenta ya desigualdades territoriales en cuanto a la extensión de las prestaciones de forma que se compromete lo previsto en los artículos 3.2 y 16 de la LGS y 23 de la Ley de Cohesión y Calidad, preceptos que disponen que el acceso a las prestaciones sanitarias se realizará en condiciones de igualdad efectiva y que las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos, en lo que no es sino una traslación del principio constitucional de igualdad (reconocido en los arts. 9.2, 14 y 139.1) al ámbito de las prestaciones sanitarias.

En relación con esta materia, el Tribunal Constitucional ha declarado, aludiendo a la autonomía financiera de las CCAA, que estas disponen de un margen normativo para el desarrollo de las bases generales de coordinación sanitaria, recordando que las prestaciones básicas pueden ser incrementadas en virtud de las posibilidades económicas de cada CA, respetando el principio de solidaridad (STC de 25 de mayo de 2004) y que se ha pronunciado en diferentes ocasiones en torno al contenido y alcance del principio de igualdad en el estado de las autonomías, admitiendo que la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias puede generar desigualdades en la posición jurídica de los destinatarios residentes en cada CA, sin que por ello resulten infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.^a de la CE, «ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo el tipo de materias y en todo el territorio del estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía sino, a lo sumo (...) una igualdad de posiciones jurídicas fundamentales» (SSTC núm. 37/1987, 186/1993, 225/1993, 337/1994, 14/1998 y 233/1999, entre otras).

Aceptar como constitucionalmente válidos ciertos niveles de desigualdades entre CCAA no implica que esta situación (que se acentúa progresivamente) no genere una serie de problemas para

⁴¹ Como reacción al Real Decreto 1663/1998 por el que se ampliaba la relación de medicamentos excluidos de financiación estatal, Navarra y Andalucía promulgaron los Decretos 258/1998 y 159/1998, por los que establecían la prestación complementaria de ciertos medicamentos excluidos con cargo a fondos propios. En la actualidad, los pacientes extremeños se encuentran entre los privilegiados que tienen acceso a un elevado número grupo de medicamentos, e incluso son totalmente gratuitos para los menores de 14 años con enfermedades crónicas, y para los hijos menores de 15 años de las familias numerosas, siendo la única Comunidad con este tipo de prestaciones. También son totalmente gratis para los menores de 15 años con discapacidad, y financiados hasta en el 90 por 100 del coste para enfermedades crónicas.

⁴² Andalucía incluye las plantillas ortopédicas que fueron excluidas de financiación por Orden de 18 de enero de 1996. También financia la parte que le corresponde al usuario en órtesis y prótesis especiales. Los colchones antiescaras, excluidos de la Orden de 18 de enero de 1996, son financiados por Galicia. Las sillas de ruedas de material ligero, también excluidas de la Orden estatal, son abonadas por Galicia, Valencia, País Vasco y Andalucía.

el conjunto del Sistema: el primero y más grave es el riesgo para la propia sostenibilidad económica del modelo. La dinámica incrementalista lleva a establecer términos de comparación, de modo que la concesión de prestaciones complementarias en un territorio, se convierte en un mínimo para el resto, acentuándose las diferencias territoriales entre las Comunidades con mayor y menor capacidad financiera. Las desigualdades en las prestaciones resquebrajan también el principio de solidaridad, pues las prestaciones financiadas por cada Comunidad se ofertan únicamente a los residentes en dicha Comunidad y no al conjunto de los españoles.

7. DIFERENCIAS TERRITORIALES EN CUANTO A LAS GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES

Además de las desigualdades en el acceso a las prestaciones y en el propio contenido de la cartera de servicios sanitarios que se oferta en cada CA a las que ya nos hemos referido, existe un tercer ámbito de inequidad que tiene que ver con las cualidades de las prestaciones sanitarias.

En efecto, las modernas leyes sanitarias no se conforman con establecer un amplio elenco de prestaciones, sino que además, incluyen una serie de características de mejora en el acceso a las mismas. Así, diversas CCAA se han comprometido normativamente a ofertar el acceso a las prestaciones sanitarias en un tiempo máximo, a facilitar la libre elección de médico o a que los pacientes puedan obtener una segunda opinión en el ámbito de su Servicio de Salud, frente a otras CCAA que no lo han hecho, incrementando, de este modo, el desequilibrio en la posición jurídica de los usuarios de la sanidad pública en función del lugar de residencia.

7.1. Garantías de plazo máximo.

De todos es sabido que las listas de espera son una realidad en todos los servicios y sistemas de salud, con independencia de que su financiación sea pública o privada, y que constituyen uno de los principales motivos de quejas y reclamaciones frente al sistema sanitario.

Ya en el año 2002, el Informe del Defensor del Pueblo puso el acento en este problema distinguiendo entre *listas de espera razonables* (entendidas como factor de eficiencia y de rentabilidad social de unos recursos públicos necesariamente limitados), y *listas de espera no razonables* (de meses o años) con graves componentes sociolaborales y de riesgo para la salud.

A partir de ese momento, las Administraciones sanitarias orientaron su esfuerzo organizativo y financiero a disminuir este problema. En un primer momento, el anteproyecto de la Ley de Cohesión y Calidad pretendió fijar unos tiempos máximos de espera que fueran comunes en todas las CCAA. Sin embargo, la propuesta no prosperó, limitándose el artículo 4 b) a señalar que los ciuda-

danos tendrán derecho «a recibir asistencia sanitaria en su Comunidad Autónoma de residencia en un tiempo máximo», pero dejando a cada Comunidad que determine cuáles serán esos tiempos.

Consciente de sus limitaciones en esta materia, la legislación básica se conformó con plasmar en el Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, los criterios marco acordados en el seno del Consejo Interterritorial, cediendo a las CCAA el protagonismo en la fijación de los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios (art. 25 Ley de Cohesión y Calidad), las cuales han desarrollado, de forma dispar, una serie de iniciativas para reducir el número de pacientes en espera y, sobre todo, los tiempos de espera para el acceso a las prestaciones sanitarias.

La mayor parte de las CCAA han dictado normas jurídicas vinculantes que señalan tiempos máximos que, de superarse, otorgan a los pacientes el derecho a obtener las prestaciones en la sanidad privada con cargo a fondos públicos⁴³.

Otras CCAA, sin embargo, se han limitado a fijar objetivos institucionales de reducción de listas de espera o de tiempos máximos de respuesta, pero sin reconocer un correlativo derecho a los pacientes en caso de que se superen dichos tiempos⁴⁴.

A parte de esta importante diferencia conceptual en cuanto a la propia garantía de respuesta en un tiempo máximo, que sitúa ya de por sí a los ciudadanos en posiciones jurídicas diferentes en función de lugar de residencia (unos con derecho a la garantía de respuesta, otros no), los tiempos de espera no son uniformes ni, en muchos casos, parecidos, como tampoco lo es la extensión de la garantía (que en unos casos solo se refiere a intervenciones quirúrgicas, en otros incluye también consultas de especialistas y en otros, además, las pruebas diagnósticas) resultando un complejo panorama con notables diferencias en la comparación de los tiempos y condiciones entre unas y otras CCAA, como puede verse en la tabla que se incluye a continuación⁴⁵.

⁴³ Cuentan con sistemas de garantía de plazos máximos, transcurridos los cuales, el paciente podrá requerir el tratamiento en cualquier centro sanitario público o privado de su elección, dentro del ámbito territorial del Estado español, viniendo obligada la Administración Sanitaria Pública al pago de los gastos derivados de la intervención o tratamiento al centro elegido por el paciente las CCAA de Andalucía (Decretos 209/2001 y 96/2004), Aragón (Decreto 83/2003, de 29 de abril), Canarias (Orden de 15 de mayo de 2003), Cantabria (Ley 7/2006, de 15 de junio), Cataluña (Decreto 354/2002, de 24 de diciembre), Valencia (Decreto 97/1996 modificado por el Decreto 191/2005, de 16 de diciembre), Extremadura (Ley 1/2005, de 24 de junio), Galicia (Decreto 104/2005, de 6 de mayo), Navarra (Orden Foral 138/1998, de 29 de septiembre), País Vasco (Decreto 65/2006, de 21 de marzo), Murcia (Decreto 25/2006, de 31 de marzo), Baleares (Decreto 83/2006, de 22 de septiembre) y La Rioja (Decreto 56/2008, de 10 de octubre).

⁴⁴ Por su parte, las CCAA que se han limitado a fijar objetivos en relación con listas de espera, pero sin articular un sistema normativo de garantías que otorgue al ciudadano el derecho a la asistencia sanitaria privada con cargo a la sanidad pública son Castilla y León (Acuerdo 261/2003, por el que se aprueba el Plan de reducción de listas de espera para los años 2004-2007) y Madrid (donde no se establecen plazos reglamentarios de demora. El plazo máximo de respuesta se establece por la Unidad Central de Gestión de Lista de Espera, creada por el Decreto 62/2004, de 15 de abril).

⁴⁵ Fuente: Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) <http://sescam.jccm.es/web1/home.do?main=/ciudadanos/listasEspera/listasEspera.html>.

CCAA	Lista de Espera Quirúrgica	LE Consultas	LE Procedimientos Diagnósticos
Andalucía	120	60	30
Aragón	Tiempo con base en procedimientos y prioridades (c. cardíaca, neoplasias, cataratas, artrosis cadera, artrosis rodilla)		
Canarias	Garantiza determinados procedimientos con un máximo de 150 días		
Cantabria	180	60	30
Castilla-La Mancha	90	15	7
Castilla y León	100	35	22
Cataluña	Garantiza determinados procedimientos con un máximo de 180 días		
Comunidad Valenciana	60		
Extremadura	180	60 (preferentes 15 días)	30
Galicia	180 (140 objetivo gestión)	45 (objetivo de gestión)	45 (objetivo de gestión)
Islas Baleares	180 (excluido vasectomía, interv. obesidad mórbida, ligadura trompas y cirugía estética)	60	60 (15 días para mamografías c/sospecha malignidad)
Madrid	30 días (objetivo institucional)	40 (objetivo institucional)	40 (objetivo institucional)
Navarra	120	30	45
País Vasco	Cirugía oncológica 30; Cirugía cardíaca 90; Otros procedimientos: 180		
Asturias			
Murcia	150	50	30
La Rioja	100	45	30

Huelga señalar a estas alturas que las CCAA que han regulado tiempos máximos de respuesta incluyen en la garantía únicamente a las personas que tengan su residencia en los municipios de esa CA y se encuentren inscritas en sus sistemas de información, excluyendo, por tanto, de la garantía a las personas desplazadas o derivadas de otras CCAA.

7.2. Derecho a la libre elección de profesional y centro sanitario.

De forma análoga a lo ya señalado respecto a la garantía de plazo máximo en la atención sanitaria especializada, los ciudadanos con residencia en determinadas CCAA disfrutan de la posibilidad de elegir qué profesional y en qué centro sanitario de la red pública van a ser atendidos.

El derecho a la libre elección de profesional, enunciado ya en la LGS y que fue regulado en sus líneas básicas con anterioridad a la culminación del proceso transferencial a través del Real Decreto 1575/1993 (para la atención primaria) y Real Decreto 8/1996, de 15 de enero (para la atención especializada), ha sido ampliado por algunas CCAA para que pueda ser ejercitado de forma exclusiva por los residentes en dichas Comunidades, no sin ciertos condicionantes.

En el momento actual, el derecho a la elección de médico y centro sanitario resulta posible a través de las siguientes modalidades:

- a) Elección de médico de atención primaria y pediatra en las CCAA de Andalucía (Decreto 60/1999, de 9 de marzo, desarrollado por Orden de 27 de febrero de 2002) y Extremadura (Decreto 15/2006, de 24 de enero) a las que Navarra (a través de los Decretos Forales 244/1994 y 122/2002) añade la libre elección de psiquiatra y ginecólogo.
- b) Elección de médico especialista en las CCAA de Navarra (Decreto 241/1998), Aragón (Decreto 57/2007, de 17 de abril) y Andalucía (Decreto 128/1997), Comunidad pionera en la extensión de este derecho tanto a la elección de médico especialista como la de hospital público del Sistema andaluz, tanto para consultas como para terapias –médicas y quirúrgicas–, procedimientos diagnósticos y sin restricción de especialidades.

De este modo comprobamos una vez más cómo las desigualdades territoriales se concretan no solo en el acceso y contenido de las prestaciones sanitarias, sino incluso en cualidades tan relevantes de las mismas como la elección de médico y centro sanitario que, si bien están sujetos a determinadas limitaciones, presentan más amplitud para los residentes en unas CCAA que para los que residen en otras.

7.3. Derecho a una segunda opinión médica.

Enunciado en términos generales en el artículo 4 a) de la Ley de Cohesión y Calidad –cuyo art. 28.1 se limita a disponer que las instituciones asistenciales velarán por la adecuación de su organización para facilitar una segunda opinión en los términos que reglamentariamente se establezcan–, lo cierto es que la posibilidad de obtener un segundo diagnóstico médico en el ámbito de la sanidad pública resulta efectivo únicamente para los residentes en determinadas CCAA ⁴⁶.

La regulación en el grupo de CCAA que garantizan la segunda opinión es similar, pero no idéntica, apreciándose diferencias en cuanto al ámbito objetivo de aplicación (limitado a determinadas patologías o situaciones diagnósticas), en el procedimiento para hacerlo valer (en Andalucía la segunda opi-

⁴⁶ Andalucía (Decreto 127/2003), Extremadura (Decreto 16/2004), Castilla-La Mancha (Decreto 180/2005, ampliado por Orden de 21 de noviembre de 2008), País Vasco (Decreto 149/2007, de 18 de septiembre), Valencia (Decreto 12/2007, de 26 de enero), Cataluña (Decreto 125/2007, de 5 de junio), Murcia (Decreto 71/2007, de 11 de mayo), Castilla y León (Decreto 121/2007, de 20 de diciembre), Galicia (Decreto 205/2007, de 27 de septiembre) y La Rioja (Decreto 55/2008, de 10 de octubre).

nión se emite por un comité de expertos, en tanto que en el resto se emite por un segundo facultativo de la misma especialidad), en los requisitos para su tramitación, plazos y garantía de atención sanitaria acorde con la opinión asumida por el paciente, de forma que ni siquiera en las Comunidades que cuentan con regulación propia, las condiciones de acceso y la efectividad del derecho resultan homogéneas.

8. DERECHOS DE LOS PACIENTES EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA: CONTRADICCIONES Y ENCAJE CON LA NORMATIVA ESTATAL BÁSICA

Si hay algo que caracteriza las últimas tendencias del Derecho sanitario es el reconocimiento por el legislador de un amplio catálogo de derechos a favor de los pacientes. Las producciones normativas sectoriales autonómicas se han hecho eco de los profundos cambios operados en el entorno jurídico-sanitario, aunque no siempre se han mostrado respetuosas con la normativa estatal, dando lugar a desajustes y contradicciones tanto con la normativa estatal, como con las disposiciones aprobadas por otras CCAA.

Para el análisis de la normativa autonómica tomaremos como eje central el principio de autonomía del paciente en sus dos vertientes: la capacidad de autodeterminación decisoria, que encuentra su correlato en el consentimiento informado y las instrucciones previas⁴⁷, y la capacidad de autodeterminación informativa, que se materializa en el derecho del paciente de acceder a sus datos personales recogidos en la documentación clínica.

8.1. Consentimiento informado.

A nivel autonómico, la regulación efectuada se ajusta en buena medida a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, Ley 41/2002) en lo referente a contenido, límites, forma de informar, momento, objeto y renuncia a la información previa y sujetos implicados, distinguiendo entre los obligados a facilitar información y los receptores de la misma. En general las distintas normas autonómicas han contribuido a mejorar la parca regulación que de esta materia contiene la Ley 41/2002, y en este sentido resultan dignas de mención algunas previsiones interesantes, que precisan y mejoran la legislación básica en cuanto al momento y las condiciones en las que el paciente debe ser informado de cara a obtener su consentimiento, disposiciones que se hacen eco de las directrices europeas y de la más moderna doctrina jurisprudencial⁴⁸.

⁴⁷ Así se desprende de la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura, cuyo artículo 15.4 señala que «el principio de autonomía alcanza su máxima expresión, en la presente ley a través de: a) La expresión anticipada de voluntades, b) El consentimiento informado».

⁴⁸ Así en cuanto al momento y las condiciones en las que se ha de informar al paciente de manera previa a la obtención de su consentimiento, encontramos que el artículo 11.2 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente en la Comunidad Valenciana, o el artículo 28 de la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura, establecen que la información se facilitará «con la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar con calma y decidir libre y responsablemente, y en todo caso, al menos 24 horas antes del

Sin embargo, y a pesar de que, en ocasiones, la normativa autonómica de desarrollo de la Ley básica 41/2002, cumple su función de desarrollo, es posible detectar contradicciones al menos en los siguientes aspectos:

- a) **Minoría de edad.** Frente a la regulación estatal, que permite a las personas con 16 años cumplidos –y aun a los menores de esa edad que, a juicio del médico responsable, cuenten con capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención o tratamiento–, prestar por sí mismas el consentimiento (art. 9.3, con determinadas excepciones tasadas), encontramos normas autonómicas que, con carácter general, impiden abiertamente a los menores de edad adoptar decisiones sobre su salud. Así, por ejemplo, el artículo 9 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Comunidad Valenciana, establece que cuando el paciente sea menor de edad o se trate de un incapacitado legal, «el derecho corresponde a sus padres o representante legal (...). No obstante, cuando se trate de un menor y, a juicio del médico responsable, este tenga el suficiente grado de madurez, se le facilitará también a él la información adecuada a su edad, formación y capacidad». En parecidos términos, contradictorios con la legislación básica, se pronuncian las normas de Cantabria, Navarra, Baleares o Andalucía ⁴⁹.

Estas normas limitan la presencia y el protagonismo del menor no emancipado al papel de mero destinatario de la información, pero vedando su iniciativa en el proceso final de toma de decisión que, en definitiva, constituye el sustrato sobre el que se asienta la figura del consentimiento informado. Al hacerlo, estas normas no solo se oponen a lo dispuesto, con carácter básico, en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, sino que también contradicen lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil, que atribuye al menor maduro el ejercicio de los derechos atinentes a la personalidad, previsión normativa que reitera la Ley Orgánica 1/1996, de 8 de enero, de protección jurídica del menor, que también establece que las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se deben interpretar de forma restrictiva.

- b) **Forma del consentimiento.** La regla general de que el consentimiento informado se preste verbalmente (salvo en tres supuestos tasados) que fija con carácter básico la Ley 41/2002 ⁵⁰

procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes o que no requieran hospitalización. En ningún caso se le proporcionará cuando esté adormecido ni con sus facultades mentales alteradas, ni tampoco cuando se encuentre ya dentro del quirófano o la sala donde se practicará el acto médico o el diagnóstico. En estos casos la información se facilitará a su representante legal o a personas vinculadas al paciente».

⁴⁹ El artículo 32 de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación sanitaria de Cantabria establece que «los menores serán consultados cuando así lo aconsejen su edad y grado de madurez, y siempre valorando las posibles consecuencias negativas de la información suministrada». En similares términos, el artículo 8.2 b) de la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo. Por su parte, el artículo 12.6 de la Ley 5/2003, de 4 de abril, de salud de las Illes Balears, ha optado por la ambigüedad y establece que «respecto de los menores de edad, el derecho a decidir corresponderá a los padres, tutores o curadores que ostenten la representación legal. La opinión del menor será tomada en consideración en función de su edad y su grado de madurez, de acuerdo con lo que establecen las leyes civiles». El artículo 1 del reciente Decreto 49/2009, de 3 de marzo, sobre protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía señala como destinatarios de la información clínica al menor de edad y, en todo caso, a los padres o representantes, ignorando el carácter confidencial de la información sanitaria y el derecho de los menores a la intimidad personal.

⁵⁰ El artículo 8.2 de la Ley 41/2002 señala que el consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos de: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general,

también ha sido desvirtuada por determinadas normas autonómicas que establecen de forma unilateral, supuestos de consentimiento escrito que la ley básica no contempla. Así, en la Comunidad Autónoma de Cantabria, el artículo 4 d) del Decreto 23/2007, de 1 de marzo, extiende la regla del consentimiento escrito de los padres cuando las técnicas o procedimientos que se pretendan aplicar al recién nacido consistan en «el uso de chupetes y tetinas y la administración de suero oral o leche artificial a su hijo o hija».

Así pues, las contradicciones entre la norma básica y las autonómicas en materia de consentimiento informado pueden resultar especialmente trascendentes para los menores de edad residentes en una u otra CA, al otorgarles o privarles de la posibilidad de tomar decisiones autónomas, o provocar la invalidez de un consentimiento informado en función de la forma (verbal o escrita) en que se preste.

8.2. Instrucciones previas.

Las instrucciones previas, entendidas como el derecho de la persona a determinar, de forma anticipada, qué tratamientos desea o no desea recibir para el momento en que no pueda expresar su voluntad, fueron introducidas en España por el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa de 4 de abril de 1997. Posteriormente, el artículo 11 de la Ley 41/2002 desarrollaría su contenido y fijaría, con carácter básico para todo el territorio nacional, las reglas básicas de esta figura.

Si puede encontrarse un denominador común en la normativa autonómica sobre instrucciones previas es su heterogeneidad y disparidad de criterios tanto en el aspecto formal como en el material.

Desde el punto de vista formal, encontramos CCAA que han optado por regular las instrucciones previas en sus leyes generales de salud (Aragón o Canarias), otras que las incluyen como parte de sus leyes de derechos de los pacientes (Valencia o Cataluña), en tanto que otras han optado por dictar leyes específicas sobre instrucciones previas (Castilla-La Mancha, Castilla y León, Madrid, Murcia, Galicia o La Rioja), de forma que resulta cuanto menos complejo desentrañar el heterogéneo panorama normativo de las 17 CCAA.

El segundo aspecto formal que complica la intelección de esta materia es la falta de uniformidad en la denominación de este instrumento, pues en tanto que la ley básica habla de «instrucciones previas», las normas autonómicas utilizan una confusa variedad de términos (voluntades anticipadas, voluntades vitales anticipadas, voluntades previas, etc.) para designar una misma realidad jurídica ⁵¹.

Sin embargo, al margen de estas incongruencias formales, lo decisivo son las desigualdades territoriales que afectan materialmente a la regulación de las instrucciones previas en los siguientes aspectos:

aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

⁵¹ De hecho, tan solo cinco comunidades (Castilla y León, Madrid, Murcia, Galicia y La Rioja) han respetado la denominación de instrucciones previas recogida en la ley básica.

- a) Tratamiento que recibe la figura del **representante**. En primer término se aprecia la falta de uniformidad en cuanto al número de personas que pueden ostentar esta condición: así, mientras algunas Comunidades ⁵² han optado por permitir un solo representante, otras han preferido la pluralidad ⁵³. Por otro lado, tampoco puede decirse que exista un criterio homogéneo en cuanto al papel que están llamados a desempeñar los representantes, pues si bien es cierto que prácticamente todas le atribuyen el rol de interlocutor con el médico o equipo sanitario, hay Comunidades que van más allá y le asignan funciones de intérprete y responsable de verificar su correcto cumplimiento ⁵⁴. Se trata de funciones que, si bien no colisionan con la normativa básica, se recogen de forma incompleta y, en la mayoría de las ocasiones, de manera confusa, al no dejar patente que la figura del representante no puede, en modo alguno, sustituir la voluntad previa expresada por el paciente.
- b) Diferente **proyección clínica del contenido de las instrucciones previas**. Dejando al margen la referencia al destino final del cuerpo y órganos del fallecido, las normas autonómicas han contemplado diversos supuestos relacionados con la práctica clínica en los que puede cobrar especial relevancia el recurso por el paciente a las instrucciones previas. De todos ellos, cabe destacar por su carácter controvertido, las referencias que algunas Comunidades hacen a la posible utilización de este derecho con el fin de evitar sufrimientos innecesarios, dejando constancia en este documento de su voluntad de que se apliquen cuidados paliativos, sedación en la agonía, rechazo de tratamientos de soporte vital e incluso la interrupción del ya iniciado ⁵⁵.
- c) El reconocimiento del **derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario**. Algunas CCAA, aprovechando el vacío legal existente sobre una materia tan sensible como es la objeción de conciencia ⁵⁶, han decidido incluir la posibilidad en sus normas reguladoras

⁵² Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Cataluña, Valencia, Extremadura, Galicia, Murcia y Navarra.

⁵³ A su vez no todas las Comunidades pertenecientes a este segundo grupo coinciden en este punto, ya que mientras algunas se limitan a mencionar que puede haber uno o varios representantes (caso de La Rioja), otras precisan mucho más y establecen criterios de prelación para ordenar la intervención de esta pluralidad de personas (caso de Madrid o Castilla y León).

⁵⁴ Murcia es una de las Comunidades que más detallan los perfiles de esta singular figura, a la que encomiendan no solo la función básica de interlocutor, sino la de intérprete de «los valores y directrices que consten en el documento de instrucciones previas, de forma adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya de atender, siempre a favor del otorgante y con respeto a su dignidad como persona», disponiendo también que, en caso de falta de acuerdo en la interpretación entre el representante y el personal sanitario, se podrá acudir a un comité de ética. El País Vasco, por su parte, ha llegado a abordar la cuestión relativa a la pervivencia del mandato como representante cuando este hubiere recaído a favor del cónyuge o pareja de hecho de la persona otorgante y se haya presentado demanda de nulidad, separación o divorcio.

⁵⁵ Entre las CCAA que incorporan como parte integrante del contenido de las instrucciones previas las manifestaciones de voluntad del paciente de evitar padecimientos aunque ello implique el acortamiento de la vida, se encuentran Baleares, Cantabria, Madrid, y Navarra, que a través de estas medidas pretenden desterrar prácticas distanásicas. Respecto a las Comunidades que dan un paso más, y contemplan la posibilidad de que el paciente pueda servirse de este instrumento jurídico para, en un momento determinado, se proceda a interrumpir un tratamiento ya iniciado, se encontrarían La Rioja y Castilla-La Mancha.

⁵⁶ A falta de una regulación específica de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones de manera contradictoria: la primera vez con motivo de la despenalización parcial del aborto en STC núm. 53/1985, en la que afirma el carácter fundamental del derecho a la objeción de conciencia al señalar que «la objeción de conciencia forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad religiosa e ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la CE, y como este Tribunal ha indicado en varias ocasiones, la CE es directa-

de las instrucciones previas ⁵⁷. El reconocimiento de este derecho por algunas CCAA constituye un fiel reflejo de la paradójica situación en la que puede llegar a encontrarse un facultativo en función del lugar en el que desarrolle su actividad, de modo que a título de ejemplo, si presta servicios en instituciones sanitarias dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, su negativa a participar en la retirada de una medida de soporte vital (un respirador) solicitada por el paciente en el documento de instrucciones previas no encontraría un respaldo legal específico, en tanto que si ese mismo facultativo desarrolla su actividad profesional en un centro sanitario dependiente de la Comunidad Autónoma de La Rioja, ante esta misma situación, su negativa estaría claramente amparada por la ley autonómica.

- d) **Requisitos para el otorgamiento.** Pese a que la Ley 41/2002 establece claramente la necesidad de ser mayor de edad para poder otorgar las instrucciones previas, tres CCAA (Andalucía, Valencia y Navarra), en contra del criterio recogido en la normativa estatal, reconocen esta facultad a los menores de edad con suficiente capacidad intelectual y volitiva, mientras que otras, como Baleares, justifican la postura contraria, entendiendo que «aunque estén asimilados a los mayores de edad por lo que respecta a la capacidad patrimonial, están privados de la posibilidad de ejercer el derecho de sufragio, activo o pasivo».
- e) **Formalización.** La formalización ⁵⁸ constituye otro punto en el que se advierten importantes diferencias entre Comunidades, si bien los problemas más llamativos son los que se derivan de la inscripción en el registro y su eficacia. En efecto, determinadas normas autonómicas supeditan la eficacia de las instrucciones previas a su inscripción en el correspondiente registro (inscripción constitutiva, por tanto) ⁵⁹, mientras que otras admiten la validez y plena eficacia del documento de instrucciones previas con independencia de que haya sido inscrito en el registro (en estos casos, el registro funciona como un elemento no constitutivo, sino de oponibilidad) ⁶⁰. Tras esta falta de homogeneidad se constata un uso inapropiado de dos

mente aplicable en materia de derechos fundamentales (...) por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia (...) existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no regulación»; en tanto que en pronunciamientos posteriores (STC núm. 161/1987) el propio Tribunal Constitucional ha afirmado que «la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de deberes legales y constitucionales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro derecho (...) lo que puede ocurrir es que se admita respecto de un deber concreto» calificándolo de «derecho constitucional autónomo» derivado del derecho más amplio de libertad ideológica y religiosa, y negando, por tanto su carácter de derecho fundamental, si bien nada impide que, en un futuro, el legislador pueda reconocer este derecho cuando lo crea conveniente para casos concretos y con la amplitud que así determine.

⁵⁷ Se trata de las CCAA de Baleares, Valencia, Extremadura, La Rioja y Madrid.

⁵⁸ La mayoría de las legislaciones establecen que para su validez la formalización de las instrucciones previas podrá efectuarse ante notario, tres testigos o personal al servicio de la Administración. Los matices los encontramos en el grado de parentesco que deben tener los testigos, o si el empleado público debe ser un funcionario del Registro de Voluntades Anticipadas o cualquier otro designado por la Consejería competente. La única Comunidad que deja abierta la puerta a la adopción de otros procedimientos alternativos es la Comunidad de Valencia que admite la validez de las instrucciones formalizadas a través de cualquier otro procedimiento que sea establecido legalmente.

⁵⁹ En concreto, las CCAA de Madrid, Andalucía o el Principado de Asturias.

⁶⁰ Como sucede en el Decreto 30/2007, de 22 de marzo, de Castilla y León, en el que se establece que «para la validez y eficacia del documento será suficiente con que su otorgamiento se haga cumpliendo los requisitos que exige la ley y se

conceptos jurídicos estrechamente relacionados entres sí pero independientes, como son la validez y la eficacia. Lógicamente el problema derivado de la disparidad territorial está servido no solo en lo que se refiere a la validez (puede suceder que un documento de instrucciones previas formalizado en una Comunidad no reúna los requisitos exigidos en otra y, por tanto, no pueda ser aplicado en el momento en que resulte preciso acudir a él), sino también en cuanto a su eficacia, por cuanto no todas la Comunidades comparten el mismo criterio respecto del alcance jurídico que cabe predicar de la inscripción en el correspondiente registro.

8.3. Régimen jurídico de la documentación clínica.

Las contradicciones entre la normativa básica y autonómica en materia de historia clínica, que se traducen en diferencias en la posición jurídica de los ciudadanos en lo concerniente a la recogida y tratamiento de sus datos de salud, afectan a los siguientes aspectos:

- a) **Contenido mínimo.** Algunas disposiciones autonómicas⁶¹ amplían el contenido mínimo legal de la historia clínica que fija el artículo 15 de la Ley 41/2002, contribuyendo de ese modo a situar a los pacientes en una posición desigual frente a los centros sanitarios en función del lugar de residencia en un asunto nada anecdótico que puede tener serias consecuencias tanto a nivel asistencial como probatorio. Piénsese, por ejemplo, en la posición jurídica de un paciente que interpone una demanda por presunta mala praxis, que puede encontrarse en una situación probatoria menos favorable en aquellos territorios que contemplan un contenido mínimo de la historia clínica más limitado, frente al que interpone la misma reclamación en una CA que ha ampliado el contenido legal mínimo de la historia clínica, obligando, de ese modo, a los centros sanitarios a que garanticen la disponibilidad de una mayor cantidad de documentación que puede ser trascendental para la averiguación de los hechos y para determinar, en consecuencia, el sentido de un fallo judicial. En el extremo opuesto, es decir, restringiendo el contenido legal mínimo de la historia clínica, encontramos la regulación contenida en el Decreto 101/2005, de 22 de diciembre, por el que se regula la historia clínica en Castilla y León, cuyo artículo 9 fue anulado por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 29 de mayo de 2007 al entender que este precepto vulneraba los requisitos que establecía, con carácter básico, la Ley 41/2002 en relación con el contenido mínimo que debe reunir la historia clínica.
- b) **Conservación y custodia.** La proliferación de normas autonómicas sectoriales ha contribuido a diluir ciertas inseguridades que pudieran existir en torno a esta materia, dotando a los

formalice conforme a alguno de los procedimientos legalmente establecidos». En similares términos, el Decreto 13/2006, de 8 de febrero, de Canarias; la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en la Comunidad Autónoma de La Rioja; el Decreto 80/2005, de 8 de julio, por el que se aprueba el reglamento de instrucciones previas de Murcia; o la Ley 6/2005, de 7 de julio, de Castilla-La Mancha.

⁶¹ Es el caso de las Leyes 21/2000, de 29 de diciembre, de Cataluña; 3/2001, de 28 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Galicia; 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón; 11/2002, de 6 de mayo de Navarra; o 1/2003, de 28 de enero, de la Comunidad Autónoma de Valencia.

profesionales y gestores sanitarios de unos criterios más claros y precisos que los ofrecidos por la ley estatal, aunque en ocasiones la necesaria armonía y coherencia que debe presidir las relaciones entre las normas autonómicas y las normas estatales quiebra. Así, frente al criterio de la Ley 41/2002, que exige un plazo mínimo de conservación de cinco años tras el alta del último proceso asistencial (art. 17.1), la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Cataluña, indica que la historia se ha de conservar un mínimo de 20 años desde la muerte del paciente, aunque permite que se puedan seleccionar y destruir los documentos que no sean relevantes para la asistencia transcurridos 10 años desde la última asistencia.

- c) **Derecho de acceso.** También en la regulación del derecho de acceso por el paciente a su historia clínica encontramos diferencias significativas entre la regulación básica y la de determinadas CCAA. Así, en tanto que la Ley 41/2002 reconoce al paciente el derecho a conocer y obtener copia de los documentos de su historia clínica, con la salvedad de los datos que afecten a la intimidad de terceros y sin perjuicio del derecho de reserva por los profesionales sanitarios sobre sus anotaciones subjetivas (art. 18.1), la Ley 2/2002, de 17 de abril, de La Rioja ha obviado esta importante limitación (de gran interés para los profesionales sanitarios, pues les permite mantener en el ámbito estrictamente clínico determinadas impresiones no contrastadas que, de ser conocidas por el paciente, podrían provocar la pérdida de confianza y la ruptura de la relación asistencial) y reconoce al paciente unas facultades de acceso ilimitadas a la totalidad de su historia clínica. Por su parte, la Ley 3/2005, de 8 de julio, de Información Sanitaria y Autonomía del Paciente de Extremadura colisiona con la ley básica en dos cuestiones: por un lado, en la propia definición de lo que deben considerarse anotaciones subjetivas, al definir las como «aquellas anotaciones basadas en impresiones subjetivas del profesional carentes de relevancia para el diagnóstico y tratamiento del paciente» (art. 32), frente al criterio de la Ley 41/2002, que exige que la información recogida en la historia clínica deba ser veraz y trascendental para tener un conocimiento exacto del estado de salud del paciente (art. 15.1). El segundo punto de fricción entre la norma extremeña y la ley básica tiene que ver con el alcance del derecho de acceso. No es infrecuente que los pacientes pretendan saber qué profesionales sanitarios concretos han accedido a su historia clínica, y que los profesionales se opongan a que el centro en el que trabajan acceda a dar esa información, plateándose conflictos que, en ocasiones, derivan en la vía judicial. Así, a la ampliación de la facultad de acceso del paciente a su historia clínica, de forma que se le reconozca la posibilidad de conocer la identidad de los profesionales que han accedido a tales datos, contenida en el artículo 35.4 de la ley extremeña, debemos oponer la regulación básica contenida en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que acota, con carácter básico, el contenido del derecho de acceso a ficheros que contengan datos de carácter personal, siendo contrario a la posibilidad que reconoce la ley extremeña.
- d) **Historia clínica y minoría de edad.** También se aprecian contradicciones en el acceso a la historia clínica por parte de los menores de edad. Así, mientras el Real Decreto 1720/2007 reconoce el derecho de la persona con 14 años cumplidos a acceder por sí misma a los ficheros de datos personales que le afecten (entre ellos, lógicamente, la historia clínica) en ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos personales (art. 18.2 CE), el Decreto 246/2005, de 8 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía contra-

dice la norma básica impidiendo a los menores de 16 años no emancipados el acceso por sí mismos al contenido de su historia clínica ⁶².

Pero los derechos del paciente en materia de documentación clínica no se ciñen únicamente a la historia clínica, sino que se refieren también a otros documentos e informes médicos cuyo régimen se encuentra en la Ley 41/2002 y que tampoco han escapado a la dispar regulación autonómica ⁶³.

8.4. Otros derechos de los pacientes.

A parte de las contradicciones descritas, que afectan a cuestiones reguladas por la normativa estatal y autonómica de manera dispar, existe un amplio elenco de derechos de nuevo cuño reconocidos tan solo en las leyes de algunas CCAA a favor, lógicamente, de las personas residentes en su ámbito territorial de los que, en consecuencia, no se benefician los pacientes de otras regiones.

Si bien, en términos generales, las aportaciones normativas de las CCAA han favorecido un extraordinario enriquecimiento del catálogo de derechos de los pacientes, lo cierto, sin embargo, es que la falta de homogeneidad en esta materia puede generar situaciones de desigualdad territorial difícilmente justificables de cara a los ciudadanos en ámbitos tan sensibles como los que, sin ánimo de exahustividad, se citan a continuación:

- a) Derecho a disponer de preparaciones de tejidos o muestras biológicas con el fin de recabar la opinión de un segundo profesional o para garantizar la continuidad de la asistencia en otro centro, servicio o establecimiento, y el derecho a oponerse a que los centros, servicios y establecimientos puedan conservar y utilizar tejidos o muestras biológicas para fines lícitos distintos a aquellos que motivaron la biopsia o extracción ⁶⁴.
- b) El rechazo de tratamientos de soporte vital que alarguen innecesariamente el sufrimiento ⁶⁵.

En definitiva, las consecuencias que se pueden derivar de la irregular y fragmentada regulación de los derechos de los pacientes en las disposiciones autonómicas, algunas de ellas en franca colisión

⁶² Al establecer en su artículo 7 que «a) La madre, el padre o la persona representante legal de las personas menores de 16 años podrán acceder a la historia clínica de estas a través del procedimiento que reglamentariamente se determine. b) En los casos de personas menores de edad, pero con 16 años cumplidos o emancipadas, el derecho de acceso a su historia clínica puede ejercerse por ellas mismas o por representación voluntaria debidamente acreditada».

⁶³ Así, por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Aragón (a través de la Ley 6/2002, de 15 de abril) ha regulado en su artículo 4 e) el carácter gratuito del certificado acreditativo del estado de salud, a diferencia de lo que hace la ley básica (art. 22).

⁶⁴ Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, artículo 8 apartados 6 y 9.

⁶⁵ Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León (art. 8); Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación sanitaria de Cantabria, que en su artículo 35 establece el derecho a «recibir los tratamientos paliativos y aliviar el dolor, facilitándoselos en el entorno más adecuado, aun cuando dichos tratamientos pudieran suponer algún riesgo de acelerar el *exitus*».

con el derecho estatal, no pueden ser pasadas por alto. Desde un punto de vista jurídico, las normas autonómicas que colisionan con la legislación básica estatal, adolecen de un vicio de inconstitucionalidad. En palabras del Tribunal Constitucional (STC núm. 163/1995) «la inconstitucionalidad que se denuncia, de llegar a apreciarse, dimanará de la infracción por la ley autonómica del orden constitucional de distribución de competencias». Es decir, la inconstitucionalidad en estos casos no derivaría de la contradicción abierta con la Constitución, sino de la no adaptación del legislador autonómico a las previsiones de una ley básica. El hecho cierto, sin embargo, es que, en la mayor parte de los casos, no se han iniciado procedimientos de inconstitucionalidad por quienes, de acuerdo con lo previsto en el Título II de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, están legitimados para hacerlo.

9. RECURSOS HUMANOS Y SERVICIOS AUTONÓMICOS DE SALUD: LA DESIGUAL REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

No es preciso glosar en este trabajo el relevante papel que desempeñan los profesionales sanitarios para poner de manifiesto la importancia que juega en la organización sanitaria el capital humano. De todos es conocido que, en buena medida, la alta capacidad resolutoria de la medicina moderna descansa básicamente sobre dos puntales: el componente humano y el componente científico-técnico. La tecnificación progresiva y constante de la medicina plantea problemas de gestión y económicos de envergadura cuya resolución exige de los gestores la adopción, en ocasiones, de soluciones imaginativas. Pero es el ámbito de la gestión de los recursos humanos el que suscita mayor problemática a todos los niveles, problemática acrecentada por el hecho de tratarse de un ámbito que se ha mostrado especialmente sensible a los efectos derivados de la descentralización política de la gestión sanitaria, como tendremos ocasión de analizar a lo largo del presente epígrafe.

En efecto, en el corto trayecto recorrido desde que en el año 2002 tuviera lugar la culminación de las transferencias sanitarias, la administración y gestión de los recursos humanos del SNS se ha revelado un campo especialmente propicio para el diseño y puesta en marcha de diferentes proyectos que, con frecuencia, caminan en líneas discordantes, como lo atestiguan las profundas diferencias existentes en las condiciones laborales de los profesionales sanitarios en función de cuál sea el Servicio de Salud en el que se desempeñen su actividad.

Para corroborar esta afirmación basta con analizar la regulación efectuada por las normas autonómicas en materias tales como la naturaleza jurídica de la relación de empleo, los modelos retributivos y de carrera profesional, la obligatoriedad o no de la colegiación y las condiciones para la jubilación.

9.1. Naturaleza jurídica de la relación de empleo de los profesionales sanitarios.

La naturaleza jurídica de la relación de empleo de los profesionales sanitarios que prestan sus servicios en instituciones sanitarias no debiera ser objeto de especial comentario, sobre todo tras la

aprobación del Estatuto Marco ⁶⁶ (EM), que generaliza y extiende la relación jurídica estatutaria a todos los profesionales, poniendo fin, al menos sobre el papel, a la tradicional heterogeneidad de vinculaciones jurídicas que han tenido los profesionales con la Administración sanitaria.

En efecto, el EM no solo ha mantenido con carácter general el régimen jurídico del personal estatutario, sino que ha mostrado gran interés por extender su ámbito de aplicación al resto del personal al servicio de instituciones sanitarias (personal funcionario y personal laboral) como así se desprende de la redacción del artículo 2.3, en relación con la disposición adicional 2.^a del referido texto legal. Es más, la vocación uniformadora de los distintos regímenes jurídicos de personal al servicio de instituciones sanitarias se pone de manifiesto con especial intensidad en la disposición adicional 5.^a del EM, en la que se contempla la posibilidad de articular procedimientos de integración en la condición de personal estatutario del personal funcionario y laboral, todo ello con el objeto de «homogeneizar las relaciones de empleo del personal de cada uno de los centros, instituciones o servicios de salud, y con el fin de mejorar la eficacia en la gestión».

Resulta claro, por tanto, que el legislador es consciente en todo momento de la singularidad del régimen jurídico del personal estatutario y que, a tal efecto, contempla la vía de la integración como alternativa para poner fin a la diversidad de regímenes jurídicos existentes en las instituciones y centros sanitarios públicos. Y, en este sentido, algunas CCAA han optado por abordar el proceso de estatutarización de todo el personal que presta servicios en las instituciones sanitarias dependientes de sus respectivos Servicios de Salud, como ha sido el caso de Andalucía, Murcia o La Rioja ⁶⁷, llegando incluso a incluir dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación al personal que no se encuentra prestando servicios en centros sanitarios ⁶⁸.

Otras opciones igualmente orientadas a racionalizar la gestión del personal de los Servicios de Salud sometidos a diferentes regímenes jurídicos ha consistido en la aplicación del régimen estatutario a las estructuras administrativas y de gestión, facultad que la disposición adicional 10.^a del EM atribuye de manera expresa a los Servicios de Salud ⁶⁹.

⁶⁶ La promulgación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, ha supuesto la unificación y sustitución (con casi 20 años de retraso) de los regímenes contenidos en los estatutos aprobados en los años 60 y 70.

⁶⁷ Orden de 22 de noviembre de 2005, por la que se establecen procedimientos para la integración en el régimen estatutario de los Servicios de Salud del personal funcionario y laboral que presta servicios en Centros e Instituciones Sanitarias del Servicio Andaluz de Salud; Decreto número 38/2004, de 23 de abril, por el que se regulan los procedimientos específicos de integración del personal laboral fijo y funcionario de carrera del Servicio Murciano de Salud en las categorías estatutarias y opciones correspondientes al mismo, si bien en este caso hay que precisar que el proceso de integración no se ha regulado con carácter general para todo el personal sino limitado a las categorías y opciones estatutarias contempladas en la propia norma. Decreto 110/2007, de 31 de agosto, por el que se establece el procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del Servicio Riojano de Salud.

⁶⁸ No obstante, si bien es cierto que la apertura de este proceso de estatutarización a otros colectivos ajenos a los centros e instituciones sanitarias resulta perfectamente viable desde un punto de vista jurídico, en cambio no se puede decir lo mismo de los «procesos indirectos de estatutarización» contemplados en algunos decretos en los que se dispone la adquisición de esta condición con motivo de su participación en procesos de movilidad cuando así lo preva la correspondiente convocatoria (STSJ de La Rioja de 29 de junio de 2005).

⁶⁹ Un buen ejemplo de estatutarización a nivel de servicios administrativos lo constituye el Decreto 38/2004, de 23 de abril, que regula los procedimientos específicos de integración del personal laboral fijo y funcionario de carrera del Servicio Murciano de Salud en las categorías estatutarias y que, a diferencia de otros decretos de integración, no limita su ámbito de aplicación al personal funcionario/laboral que esté adscrito a las instituciones sanitarias, sino que lo amplía al Servicio de Salud en su conjunto.

Por último, la tercera opción prevista que ofrece la normativa vigente para posibilitar la permeabilidad entre los diferentes puestos y regímenes de personal de los Servicios de Salud (con el claro objetivo de favorecer una mejor y más eficaz gestión de los recursos humanos) es la posibilidad de que el personal estatutario de los servicios autonómicos pueda «acceder a puestos correspondientes a personal funcionario dentro de los servicios de las Administraciones públicas, en la forma y con los requisitos que se prevean en las normas sobre función pública aplicables» (disp. adic. 3.^a EM) ⁷⁰.

Sin embargo la realidad nos muestra el irregular y escaso uso que los Servicios de Salud han hecho de las distintas alternativas previstas por el legislador, de modo que la heterogeneidad de vínculos jurídicos sigue siendo la nota dominante en las instituciones sanitarias y, en menor medida, en los servicios administrativos centrales de los Servicios de Salud.

A modo de resumen podemos afirmar que:

- a) No todos los Servicios de Salud se han decantado por **uniformizar las relaciones de empleo de sus profesionales** y extender el modelo de régimen jurídico estatutario ⁷¹, pese a que algunas ya hayan recogido en sus respectivas Leyes de Ordenación Sanitaria que esta deba ser la fórmula jurídica de gestión de recursos humanos que deba emplearse con carácter general ⁷². Es más, en algunos Servicios de Salud, el régimen jurídico estatutario se ve ampliamente superado en número por trabajadores acogidos a otros regímenes jurídicos, como sucede en Cataluña.

⁷⁰ El Decreto 37/2006, de 21 de febrero, por el que se regulan los instrumentos de ordenación de personal del Servicio Extremeño de Salud y la estructura de la plantilla de personal estatutario, contempla expresamente esta posibilidad. En esta línea resulta de interés mencionar la STSJ de Madrid de 17 de abril de 2007 en la que se afirma tajantemente que «al elaborarse la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, el personal estatutario no se incluyó porque no existía en la Comunidad Autónoma al tiempo de su elaboración» añadiendo que «cuando se emplea el término funcionario, sin duda debemos entender que está también acogiendo al personal estatutario» de forma que «cuando en la ley se menciona a los funcionarios, este término hay que ponerlo en relación con el contexto y sentido armónico de las normas sobre la materia, derivando de ello, implícitamente, y a juicio de esta Sala, la posibilidad de cobertura por el personal estatutario del puesto de trabajo hoy discutido».

⁷¹ Decreto 8/2007, de 1 de febrero, por el que se regula el proceso voluntario de integración en el régimen estatutario del personal laboral y funcionario que presta servicios en las Instituciones Sanitarias del Servicio Madrileño de Salud; Decreto 51/2004, de 9 de marzo, por el que se establece el procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del Servicio Aragonés de Salud; Decreto 1/2007, de 18 de enero, por el que se establece el procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del Servicio de Salud del Principado de Asturias; Decreto 92/2006, de 31 de agosto, que establece el procedimiento y condiciones para la integración del personal laboral en la condición de personal estatutario del Servicio Cántabro de Salud; Decreto 38/2004, de 23 de abril, por el que se regulan los procedimientos específicos de integración del personal laboral fijo y funcionario de carrera del Servicio Murciano de Salud en las categorías estatutarias; Orden de 11 de agosto de 2003, que regula el proceso de integración en el régimen estatutario del personal funcionario y laboral que preste servicios en puestos de trabajo de instituciones sanitarias incluidos en las relaciones de puestos de trabajo del Servicio Gallego de Salud; Decreto 115/2003, de 7 de noviembre, que establece el procedimiento de integración en la condición de Personal Estatutario del Servicio Riojano de Salud; Orden de 22 de noviembre de 2005, que establece procedimientos para la integración en el régimen estatutario de los Servicios de Salud del personal funcionario y laboral que presta servicios en Centros e Instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud; Decreto 203/2006, de 28 de noviembre, que establece procedimientos para la integración del personal funcionario y laboral que presta servicios en el Servicio Extremeño de Salud en el régimen de personal estatutario; Decreto 61/2004, de 27 de mayo, que establece el procedimiento para la integración directa y voluntaria del personal funcionario y laboral fijo en la condición de personal estatutario en Castilla y León.

⁷² Tal es el caso de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, cuyo artículo 79 afirma con rotundidad que el régimen estatutario será el aplicable con carácter general «al personal que preste sus servicios en el Servicio Regional de Salud».

- b) En otras ocasiones las políticas autonómicas de integración han acotado su ámbito de aplicación circunscribiendo su **extensión a determinadas categorías profesionales**, algunas de ellas ajenas a la actividad clínica, o mostrando un escaso afán expansionista al reducir la pretensión unificadora a las condiciones de trabajo de otros profesionales estatutarios, como es el caso del personal médico de cupo y zona ⁷³.
- c) Otras CCAA, en lugar de articular un proceso voluntario de integración de todo el personal laboral y funcionario que se encuentra prestando servicios en centros sanitarios dependientes del Servicio de Salud respectivo, han preferido **extender el régimen estatutario al personal de instituciones sanitarias dependientes de otras Administraciones Públicas** radicadas dentro del ámbito geográfico de la Comunidad ⁷⁴, como es el caso de los centros sanitarios de las Diputaciones Provinciales.
- d) El impacto que ha tenido en la gestión de personal el recurso a las **fórmulas de colaboración público-privada** para la construcción y gestión de infraestructuras sanitarias por parte de algunos Servicios de Salud. Las nuevas entidades jurídicas que han surgido fruto de las alianzas contractuales con el sector privado, han consagrado la relación jurídico-laboral como el modelo a seguir, relegando a un segundo o tercer plano la presencia de personal estatutario ⁷⁵.
- e) La acentuada **carestía de profesionales** sanitarios titulados ha provocado que sean muchos los Servicios de Salud que se hayan lanzado a la búsqueda de profesionales extracomunitarios, una vez constatado el agotamiento del mercado nacional y europeo. Este hecho ha provocado que las nuevas contrataciones deban realizarse al amparo de la legislación laboral ⁷⁶, al igual que en los casos en los que se ha permitido el desempeño por parte

⁷³ Las integraciones forzosas de este colectivo en el sistema de prestación de servicios, de dedicación y de retribuciones que se establecen en el EM ha sido declarada contraria al ordenamiento jurídico por STSJ de Cataluña de 8 de julio de 2008.

⁷⁴ Decreto 86/2003, de 20 mayo, por el que se adscriben al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha las unidades de Salud Mental y se establece el procedimiento de integración de su personal en los regímenes estatutarios de personal de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

⁷⁵ La actividad sanitaria y no sanitaria desarrollada bajo las fórmulas de concesión de obra pública o de contrato de arrendamiento operativo con empresas públicas constituidas al efecto (con o sin aportación de capital privado) presenta importantes peculiaridades en el régimen del personal que prestará servicios en estos nuevos hospitales. Estas peculiaridades derivan, en primer término, del propio contenido de la actividad contratada ya que, mientras corresponde a la Administración la prestación de servicios sanitarios con su personal propio, la empresa contratista asume la ejecución de la obra y la prestación de los servicios no estrictamente sanitarios que sean precisos para el correcto desarrollo de la actividad asistencial de estos hospitales a través de su personal propio o de terceros. Esta diversificación de la responsabilidad en la prestación de servicios en función de que estos sean sanitarios o no sanitarios tiene como consecuencia, por lo que aquí importa, la inevitable coexistencia de empleados públicos y trabajadores laborales con una dependencia orgánica y funcional diversa y sometidos a regímenes jurídicos igualmente dispares.

⁷⁶ El EM reconoce sin ambages el derecho que asiste a los titulados comunitarios de poder acceder a plazas de personal estatutario de Instituciones Sanitarias de los Servicios Públicos de Salud en su artículo 30.5 a). Este panorama normativo hemos de ponerlo en conexión con lo dispuesto en el Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Ley 7/2007 (de aplicación genérica a todos los empleados públicos, sean personal funcionario, estatutario o laboral) que en su artículo 57 apartado tercero establece en relación con el acceso al empleo público por nacionales de otros Estados que «el acceso al empleo público como personal funcionario se extenderá igualmente a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo». Ante esta tesitura, la única posibilidad de contratar a un médico extranjero extracomunitario que se encuentra residiendo en nuestro

de los profesionales sanitarios titulados al servicio del sector público autonómico, de un segundo puesto de trabajo de carácter asistencial en la red sanitaria del Servicio de Salud ⁷⁷. En definitiva, que tras las modificaciones normativas operadas con el fin de desterrar del ámbito de las instituciones sanitarias las relaciones de empleo de naturaleza laboral ⁷⁸ vuelve nuevamente la figura del contratado laboral, dificultando la ansiada convergencia de todo el personal en torno al régimen jurídico estatutario.

- f) Finalmente habría que destacar la singularidad de la Comunidad Foral de Navarra, que optó desde hace años por la extensión del **modelo funcional** a todo el personal de las instituciones sanitarias del Servicio Navarro de Salud ⁷⁹.

9.2. Régimen retributivo y carrera profesional.

Si las divergencias autonómicas en la dispar naturaleza del vínculo jurídico que liga a los profesionales sanitarios con la Administración producen efectos negativos en la eficacia de la gestión de los recursos humanos, las diferencias retributivas entre Servicios de Salud constituyen la verdadera prueba de fuego para la cohesión profesional del Sistema, hasta el punto de haber motivado iniciativas parlamentarias como la acordada recientemente por el Pleno de las Cortes de Castilla y León, que ha aprobado una proposición no de ley por la que se insta al Gobierno de la Nación a que desarrolle los mecanismos de coordinación necesarios para homogeneizar las condiciones retributivas de los profesionales sanitarios y evitar la actual situación de inflación salarial y competitividad entre Comunidades.

La tremenda disparidad existente tanto en los conceptos retributivos como en sus cuantías resulta del enorme peso que adquiere el componente variable de las retribuciones y en particular, del denominado complemento de carrera, pues el EM ofrece un modelo cerrado y uniforme en materia de retribuciones básicas para el conjunto de los Servicios autonómicos de Salud.

país con su permiso de trabajo sería conforme a lo dispuesto en el apartado cuarto del mencionado artículo que reza del siguiente modo: «Los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles». Es decir, no podría prestar servicios para nuestras instituciones en virtud de un nombramiento administrativo como sería el caso del personal funcionario/estatutario.

⁷⁷ Con el fin de paliar la escasez de profesionales, algunas Comunidades como Cataluña (Acuerdo de 2 de octubre de 2007), La Rioja (Decreto de 7 de noviembre de 2008) y Castilla-La Mancha (Decreto de 23 de diciembre de 2008) han declarado de utilidad pública el desempeño de un segundo puesto de trabajo asistencial en la red sanitaria pública al amparo de lo dispuesto en la legislación en materia de incompatibilidades (art. 5 y 6 Ley 53/1984) y con sujeción al régimen jurídico laboral.

⁷⁸ La disposición derogatoria única apartado segundo de la derogada Ley 30/1999 dejó sin efecto la única posibilidad que hasta entonces se contemplaba en los Estatutos del personal estatutario de instituciones sanitarias, de celebrar contratos con arreglo a la normativa laboral, en concreto el artículo 2 b) del Estatuto Jurídico de personal no sanitario.

⁷⁹ Artículo 30 de la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, establece que «el personal que ingrese en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea tendrá la consideración de funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de sus organismos autónomos, salvo el personal que sea contratado en régimen laboral fijo a tiempo parcial. En todo caso, el personal de nuevo ingreso quedará incluido dentro del ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social».

Dentro del bloque relativo a las retribuciones básicas, el principal punto de fricción entre CCAA hemos de encontrarlo en el reconocimiento del derecho al percibo de trienios que han hecho algunos Servicios de Salud a favor del personal estatutario temporal tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. En efecto, son varias las Comunidades que, ante las crecientes presiones sindicales, han procedido a su reconocimiento pese a que nuestro Ordenamiento, lejos de mostrarse a favor de estas tesis, parece avalar posiciones contrarias a su reconocimiento⁸⁰. En este sentido, resulta ilustrativo el artículo 57 de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León, en el que, en consonancia con el EM, afirma que «el personal estatutario temporal percibirá la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias que correspondan a su nombramiento, con excepción de los trienios».

Al margen de la más que cuestionable procedencia en Derecho del abono de trienios al personal estatutario temporal, los Servicios de Salud que han optado por su reconocimiento, lo han hecho de forma desigual desde el punto de vista de la técnica normativa. Así, en tanto que unas Comunidades se han servido para ello de una disposición administrativa de carácter general (como es el caso de Galicia), otros (curiosamente la mayoría) han utilizado una vía de dudosa legalidad, como son las instrucciones u órdenes de servicio⁸¹. Tal ha sido el caso, entre otros, de los Servicios de Salud de Murcia o Baleares⁸².

⁸⁰ El percibo de trienios por parte del personal estatutario temporal tras la entrada en vigor del EBEP plantea importantes problemas jurídicos y de gestión, ya que el artículo 25 del EBEP reconoce de forma expresa el derecho al percibo de trienios por parte de los funcionarios interinos en diametral oposición a lo dispuesto en el artículo 44 del EM, que en sintonía con lo previsto en el art. 25.3 de la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, excluye de forma indubitada el complemento de antigüedad del esquema retributivo del personal estatutario temporal. La solución más conforme a Derecho de esta antinomia normativa pasa, a nuestro juicio, por la aplicación preferente de la norma especial del mismo rango y carácter (en este caso, el art. 44 EM), sobre la norma general que reconoce este derecho a los funcionarios interinos ya que, como señala la STS de 5 de febrero de 1987 «las normas jurídicas especiales son siempre de rango preferente en su aplicación concreta a los casos en ellas previstos, y para que sus preceptos puedan estimarse derogados precisan, o bien la expresa y nominativa derogación en la disposición posterior de carácter general, o la anulación por otra posterior que tenga el mismo carácter especial». Este criterio es el que sostiene el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que en Sentencia de 23 de marzo de 2009 defiende la primacía del EM sobre el EBEP en un asunto relativo al percibo de trienios por personal estatutario temporal, en contra del criterio mayoritario que vienen sosteniendo los juzgados de lo contencioso.

Al margen de estas disquisiciones, lo cierto es que para el caso concreto del reconocimiento de trienios al personal estatutario temporal, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 13 de septiembre de 2007 ha reconocido la percepción de este concepto retributivo a raíz de una cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Social, sobre una reclamación de trienios de un trabajador que había prestado sus servicios en calidad de personal estatutario temporal.

⁸¹ El empleo, con estos fines, de lo que el artículo 21 de la Ley 30/1992 define como «instrucciones y órdenes de servicio» dictadas por los órganos administrativos para dirigir la actividad de sus órganos jerárquicamente dependientes, suscita dudas sobre su idoneidad desde el punto de vista jurídico. El hecho de que se dicten en el ejercicio de la potestad jerárquica (que no de la potestad reglamentaria), que no estén contempladas expresamente entre las fuentes del Derecho que enumera el artículo 1.1 del Código Civil, y que se proyecten en exclusiva sobre el ámbito doméstico de la Administración, regulando un determinado servicio administrativo (STS de 30 de septiembre de 1991), determinan que no podamos hablar de verdaderas disposiciones generales integradas en el Ordenamiento Jurídico, sino más bien de actuaciones administrativas, descartando la consideración de las instrucciones como fuente del Derecho por tratarse de «meros instrumentos clarificadores» (STS de 3 de noviembre de 1997).

⁸² Instrucción 3/2008 del director general del Servicio de Salud de las Islas Baleares por la que se regula el procedimiento de reconocimiento de trienios para el personal estatutario temporal que presta servicio en instituciones y centros sanitarios dependientes del Servicio de Salud de las Islas Baleares; Resolución del director general de Recursos Humanos del Servicio Murciano de Salud por la que se regula el procedimiento a seguir para el reconocimiento de servicios previos, a efectos del pago de trienios, al personal estatutario temporal y a los funcionarios interinos del Servicio Murciano de Salud.

La desigual regulación de este aspecto por parte de los Servicios de Salud representa una importante falla en lo que aparentemente debe ser un modelo homogéneo y unitario para todo el SNS, en el que «las retribuciones básicas y las cuantías del sueldo y trienios (...) serán iguales en todos los Servicios de Salud...» (art. 42.2 EM).

Por lo que se refiere a las retribuciones complementarias, estas constituyen el verdadero caldo de cultivo para la dispersión normativa en lo que se refiere a la regulación de sus condiciones y cuantías ⁸³.

Si bien es cierto que la única Comunidad que ha introducido cambios respecto de la composición de las retribuciones complementarias en relación con la prevista en el EM ha sido la de Castilla y León (a través de su Ley 2/2007, de 7 de marzo), lo cierto es que el resto de Comunidades, limitándose a regular aspectos puntuales en relación con las cuantías (incremento del complemento de atención continuada ⁸⁴, del complemento específico ⁸⁵, o de los procedimientos a seguir para hacer efectiva su renuncia ⁸⁶), han provocado una situación de inequidad efectiva cuyas enormes divergencias pueden apreciarse de manera gráfica en la siguiente tabla comparativa referida a los médicos de atención primaria ⁸⁷:

⁸³ El artículo 43.2 del EM establece que las retribuciones complementarias «podrán ser» (a diferencia de lo que establece el artículo 42 respecto de las retribuciones básicas): los complementos de destino, específico, de productividad, de atención continuada y de carrera. En la práctica, encontramos complementos por rendimiento, incentivos por calidad o productividad, retribuciones por acumulo de tareas (Instrucción 3/2006, de 21 de marzo, del Servicio Gallego de Salud, mejorada por acuerdo publicado en el DOG de 16 de junio de 2008, el Acuerdo de 29 de noviembre de 2006 en Madrid, o la Orden 1231/2004 en Castilla y León), sin olvidar los complementos por tarjetas sanitarias, dispersión y transporte, las cantidades que se perciben a través del complemento de atención continuada en sus diversas modalidades (A y B) con cuantías muy dispares, a lo que tendríamos que añadir la falta de homogeneidad en torno a un aspecto tan delicado y trascendente como el reconocimiento del derecho a la «libranza» después de la realización de guardias (el Servicio Aragonés de Salud y el Servicio Canario de Salud lo reconocen mientras que, en cambio, el Principado de Asturias no lo contempla con carácter general para sus profesionales, al igual que el Servicio de Salud de las Islas Baleares).

⁸⁴ Decreto 293/2003, de 21 octubre, que regula el incremento retributivo de la atención continuada en atención especializada del personal al servicio de las Instituciones Sanitarias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha; Decreto 64/2005, de 24 mayo, Incremento de algunos complementos retributivos de personal del SESCAM para 2005.

⁸⁵ Acuerdo de 13 diciembre 2007, por el que se aprueba el Acuerdo por el que se revisan aspectos retributivos y de mejora de las condiciones de empleo del personal de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud. Dicho acuerdo dispone que «con efectos de 1 de enero de 2007 todos los facultativos cobrarán el componente general del complemento específico y su cuantía, de carácter fijo, se corresponderá con el 30 por 100 de sus retribuciones básicas (excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad), si bien, en tanto se acuerde la revisión del sistema vigente, se mantendrá el actual régimen y cuantía del complemento específico en relación con el personal facultativo con dedicación exclusiva, sin perjuicio de su adhesión voluntaria al futuro sistema.

⁸⁶ En virtud de lo dispuesto en el artículo 77.2 del EM, que establece que en el ámbito de cada servicio de salud se establecerán las disposiciones oportunas para posibilitar la renuncia al complemento específico por parte del personal licenciado sanitario, se han dictado diversas resoluciones administrativas al efecto, como la Resolución de 4 de julio de 2007, de la Dirección General de Trabajo e Inmigración, por la que se acuerda el depósito y se dispone la publicación del Acuerdo del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha y las organizaciones sindicales sobre la percepción del complemento específico por parte del personal facultativo; Orden de 27 de marzo de 2006, del Departamento de Salud y Consumo, por la que se regulan los supuestos, requisitos, efectos y procedimientos para hacer posibles la acreditación y la renuncia a las diferentes modalidades de complemento específico del personal estatutario del Servicio Aragonés de Salud.

⁸⁷ Fuente: Estudio comparativo de los Servicios de Salud en 2008. Consejo Andaluz de Colegios de Médicos.

Retribuciones fijas brutas Médico de Familia Atención Primaria-Rural año 2008

Servicio Salud	Propietario sin exclusiva sin guardias		Propietario sin guardias con exclusiva		Propietario con exclusiva y guardias		Interino con exclusiva y guardias	
	Mensual	Anual	Mensual	Anual	Mensual	Anual	Mensual	Anual
Andalucía	3.150,68	41.927,66	3.988,93	53.104,32	5.061,00	65.969,16	4.279,02	56.061,84
Aragón	4.610,93	60.421,34	4.415,48	58.075,94	5.427,48	70.219,94	4.971,78	64.227,98
Asturias	3.724,91	49.767,78	4.519,03	60.222,94	5.667,03	73.998,94	4.645,25	61.214,02
Baleares	4.273,56	56.341,24	4.273,56	56.341,24	5.447,56	70.429,24	4.810,78	62.264,32
Canarias	4.377,61	58.510,90	4.377,61	58.510,90	5.601,49	73.197,46	4.743,36	62.376,34
Cantabria	4.106,34	54.658,16	4.517,66	60.087,70	5.717,22	74.482,42	4.705,44	61.817,50
Castilla y León	4.276,77	56.527,40	4.276,77	56.527,40	5.274,77	68.503,40	4.502,99	58.718,48
Castilla Mancha	4.407,82	57.932,82	4.388,31	58.283,95	5.636,31	73.259,95	4.609,53	60.415,03
Cataluña	3.985,21	53.916,04	4.333,72	58.551,21	5.645,50	72.980,79	4.529,09	58.376,61
Ceuta y Melilla	4.763,24	61.267,97	5.491,82	71.510,11	6.419,82	82.646,11	5.080,26	66.047,83
Extremadura	3.570,39	56.452,14	3.685,99	59.226,52	4.729,99	71.754,52	4.468,21	59.405,74
Galicia	3.756,97	49.076,92	4.551,10	59.679,66	5.639,60	75.641,66	4.597,42	62.611,94
Madrid	4.626,37	60.929,98	4.626,37	60.929,98	5.724,37	74.105,98	4.553,09	59.527,06
Murcia	4.841,92	62.666,03	4.747,82	62.612,35	6.169,82	79.676,35	5.377,54	69.645,43
Navarra	3.193,31	44.024,02	3.869,55	53.425,38	5.027,05	67.315,38	4.380,10	58.258,08
País Vasco	4.516,09	58.456,89	4.882,82	63.224,37	6.003,60	76.673,73	5.048,22	64.685,61
Rioja	4.680,54	60.689,44	4.680,54	60.689,44	5.754,54	73.577,44	4.712,46	60.548,92
Valencia	3.972,57	53.184,23	4.191,41	56.102,19	5.361,41	68.972,19	4.412,61	56.771,15
Mínimo España	4.157,51	55.375,05	4.434,36	59.283,64	5.572,70	72.966,93	4.690,40	61.276,33
Medica España	4.841,92	62.666,03	5.491,82	71.510,11	6.419,82	82.646,11	5.377,54	69.645,43
Máximo España	3.150,68	41.927,66	3.685,99	53.104,32	4.729,99	65.969,16	4.279,02	56.061,84
Df. Con Máximo	1.691,25	20.738,37	1.805,83	18.405,79	1.689,83	16.676,95	1.098,53	13.583,59
Df. Con Media	1.006,83	13.447,39	748,37	6.179,32	842,70	6.997,76	411,38	5.214,48

Las diferencias retributivas descritas (de las que la tabla no es sino un ejemplo entre otras muchas categorías de profesionales) se han acentuado a raíz de la introducción del nuevo complemento de carrera profesional⁸⁸, cuya implantación y regulación se ha llevado a cabo de forma muy desigual en el conjunto del SNS.

Con el fin de atajar esta heterogeneidad de modelos de carrera profesional y de establecer un marco común de mínimos que posibilite su homologación y contribuya a remover posibles obstáculos a la movilidad de los profesionales sanitarios, la Dirección General de Recursos Humanos y Servicios Económico-Presupuestarios del Ministerio de Sanidad dictó la Resolución de 29 de enero de 2007, por la que se dispone la publicación del acuerdo por el que se fijan los criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional del personal de los servicios de salud.

En virtud de este acuerdo de mínimos se delimita cuál debe ser el ámbito de aplicación de la carrera profesional, grados y efectos así como el sistema de valoración de méritos y comités de evaluación⁸⁹. Sin embargo, la propia dinámica administrativa ha evidenciado lagunas en su aplicación

⁸⁸ El novedoso complemento de carrera, ligado al sistema de carrera profesional, se contempla en el artículo 40 del EM en términos similares a lo dispuesto en los artículos 37 y siguientes de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

⁸⁹ En virtud de este Acuerdo, los destinatarios del complemento de carrera profesional en el conjunto del SNS son los profesionales estatutarios de carácter fijo de los Servicios de Salud, que únicamente podrán solicitar el reconocimiento de un grado en el Servicio de Salud de destino cuando hubieran acreditado un determinado grado en otro Servicio de Salud. Este acuerdo también unifica las denominaciones de los distintos grados de carrera y acota las materias susceptibles de valoración, a saber, conocimientos y competencias profesionales, formación continuada acreditada, actividades docen-

que han sido subsanadas parcialmente por los distintos Servicios de Salud. Tal ha sido el caso de la carrera profesional para el personal estatutario fijo procedente de otra CA en comisión de servicios ⁹⁰, laguna esta que algunos Servicios de Salud han cubierto de forma unilateral, como es el caso del Servicio de Salud de las Illes Balears ⁹¹.

9.3. Movilidad de los profesionales en el Sistema Nacional de Salud.

La movilidad voluntaria del personal estatutario dentro del SNS constituye uno de los factores esenciales para poner a prueba el carácter unitario del Sistema ⁹². No en vano, el EM eleva la movilidad del personal a la categoría de principio rector, que debe informar el conjunto de su articulado [art. 4.1 d)] y recoge así mismo su condición de derecho subjetivo de los trabajadores [art. 17.1 e) EM].

Sin embargo la libre movilidad de nuestros profesionales dentro del territorio del SNS, lejos de ser una realidad, encuentra importantes obstáculos que amenazan su efectividad. Entre estos obstáculos podemos citar como más significativos:

- a) Las **barreras lingüísticas** ⁹³.
- b) La creación de **categorías profesionales que no encuentran equivalente en ningún otro Servicio de Salud**, lo que dificulta considerablemente las posibilidades reales de movili-

tes y de investigación y resultados de la actividad asistencial, entre otros. Sin embargo la disparidad de criterios entre CCAA es manifiesta, pues hay Comunidades que reconocen el complemento de carrera no solo al personal estatutario fijo, sino también al temporal con más de cinco años de servicios y siempre que no hayan tenido opción de presentarse a la oferta pública de empleo de su categoría (como por ejemplo el Servicio Andaluz de Salud). Por otro lado, el personal estatutario de cupo y zona que percibe sus haberes con arreglo al sistema retributivo previo a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/1987 tiene reconocido este complemento de forma desigual (Galicia los incluye y les reconoce un pregrado, mientras que Navarra o La Rioja los excluyen). También se aprecian diferencias en cuanto a la reversibilidad del grado de carrera obtenido, ya que hay modelos que consagran la nota de irreversibilidad mientras que otros (como el del Servicio Andaluz de Salud) proclaman su carácter reversible. También hay Servicios de Salud que, contrariamente a lo que sucede en otros, vinculan la percepción de este complemento a la dedicación exclusiva. Por último, se aprecian diferencias en cuanto al número de niveles (Murcia y Galicia estructuran su modelo de carrera en cuatro niveles, en tanto que Navarra lo hace en cinco).

⁹⁰ Los profesionales que se encuentran en esta situación administrativa pueden quedar fuera del campo de aplicación de las normas reglamentarias reguladoras de la carrera profesional aprobadas por el Servicio de Salud en el que se encuentren prestando servicios, sin que, a su vez, queden comprendidos dentro del campo de aplicación de los acuerdos adoptados al respecto por su Servicio de Salud de origen, ya sea por encontrarse en situación de servicios especiales, o por no desempeñar sus funciones en el referido servicio.

⁹¹ Acuerdo de 25 de mayo de 2007, por el que se modifica el ámbito de aplicación y la fase de implantación del Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 3 de julio de 2006, sobre sistema de promoción, desarrollo profesional y carrera profesional.

⁹² El EM eleva la movilidad del personal a la categoría de principio que debe informar el conjunto del articulado de la ley (art. 4.1 d), y recoge así mismo su condición de derecho subjetivo de los trabajadores [art. 17.1.e) del EM].

⁹³ La prensa especializada se ha hecho eco recientemente del anuncio de la Consejería de Sanidad de Murcia de ofrecer trabajo a los médicos que renuncien a ejercer en Baleares por la obligación de acreditar su conocimiento del catalán (El Médico Interactivo. 23 de marzo de 2009).

dad⁹⁴, llegando al punto de producirse situaciones en las que el desempeño de determinados puestos de trabajo en un Servicio de Salud merecen la consideración de categoría profesional, en tanto que, para otros servicios, se trata de meros puestos de trabajo singularizados, lo cual no es óbice para que, aun así, se convoquen pruebas selectivas para su cobertura⁹⁵.

- c) Las **notables diferencias retributivas** entre profesionales de los distintos Servicios de Salud a las que nos hemos referido en el epígrafe anterior actúan como poderoso condicionante para la movilidad y la provisión de puestos de trabajo con personal procedente de otras Comunidades.
- d) La particular **baremación** que hacen algunas convocatorias de los servicios prestados en centros e instituciones sanitarias de otros Servicios de Salud o en centros sanitarios privados concertados⁹⁶.

9.4. Colegiación.

La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (LOPS) regula el ejercicio de las profesiones sanitarias, tanto en el ámbito público como privado, y considera como profesiones sanitarias tituladas únicamente aquellas reconocidas como titulaciones en el

⁹⁴ Decreto 14/2009, de 27 de febrero, por el que se crea la categoría estatutaria de «Técnico especialista ocupacional» en el ámbito del Servicio Riojano de Salud; Orden de 8 de abril de 2008 por la que se crean las categorías estatutarias de Técnico Superior, Técnico de Gestión, Técnico Especialista y Técnico Auxiliar de Sistemas y Tecnologías de la Información en el ámbito de las Instituciones Sanitarias del Servicio Extremeño de Salud; Orden de 8 de abril de 2008 por la que se crean las categorías estatutarias de Ingeniero Superior e Ingeniero Técnico en Telecomunicaciones en el ámbito de las Instituciones Sanitarias del Servicio Extremeño de Salud; Decreto 229/2007, de 18 de septiembre, del Gobierno de Aragón, de creación de la categoría de Enfermero Especialista en Salud Mental; Orden de 14 de diciembre de 2006, por la que se regula el procedimiento de Integración del Personal Estatutario Fijo e Interino de las Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud en la Categoría de Podólogo creada por el Decreto 164/2005, de 29 de diciembre; Orden de 19 de julio de 2006 por la que se crea la categoría estatutaria de Farmacéutico de Equipo de Atención Primaria en Extremadura; Orden de 19 de julio de 2006 por la que se crea la categoría estatutaria de Farmacéutico de Equipo de Atención Primaria, en Extremadura; Decreto 71/2006, de 15 de junio, por el que se crea la categoría de farmacólogo clínico de Área en el ámbito de la Atención Primaria del Servicio Cántabro de Salud; Orden de 3 de diciembre de 2002, por la que se crea la categoría de Médico de Admisión y Documentación Clínica de Área Hospitalaria en el ámbito de las instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud; Decreto 12/2002, de 13 de febrero, por el que se crean las categorías y modalidades de médico de urgencia hospitalaria y de médico de admisión y documentación clínica en el ámbito de las Instituciones Sanitarias de Atención Especializada del Servicio Canario de la Salud, etc.

⁹⁵ En el ámbito de Atención Primaria, hay que señalar que el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, a través del Decreto 63/2005, de 24 de mayo, ha regulado la situación jurídica del «personal estatutario para la atención continuada en la atención primaria», considerando como tal «todo aquel que ocupe un puesto de trabajo destinado a garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios en atención primaria». «Este personal realizará las funciones inherentes a su categoría profesional en el Área de Salud», aunque en ningún momento se alude formal y expresamente a la creación de la referida categoría; Orden de 8 de abril de 2008 por la que se crean las categorías estatutarias de Técnico Superior, Técnico de Gestión, Técnico Especialista y Técnico Auxiliar de Sistemas y Tecnologías de la Información, en el ámbito de las Instituciones Sanitarias del Servicio Extremeño de Salud, inexistentes en otras CCAA.

⁹⁶ STSJ de Cantabria de 13 de junio de 2008 por la que se anula el acuerdo para la selección de personal estatutario temporal de instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, por considerar que los profesionales que prestan servicios en centros sanitarios privados concertados están en condiciones de igualdad, y por tanto su exclusión sería discriminatoria.

ámbito de la salud por parte de la regulación universitaria y que en la actualidad cuentan con una estructura colegial reconocida por los poderes públicos (Exposición de Motivos y art. 2 LOPS) consagrando al máximo nivel el principio general de la colegiación obligatoria ⁹⁷.

La exigencia del requisito de la colegiación para poder ostentar la condición de personal estatutario plantea no pocas dudas jurídicas ⁹⁸.

Mención aparte merece la cuestión relativa a si procede o no la dispensa de colegiación a los empleados públicos vinculados con la Administración por una relación funcional, laboral o estatutaria, aun cuando concurren fines públicos constitucionalmente relevantes que pudieran justificar la obligatoriedad de la colegiación de una profesión, como señala la STC número 76/2003.

El Tribunal Constitucional, partiendo de la premisa de la colegiación obligatoria como principio general plasmado en el artículo 1.3 de la Ley de Colegios Profesionales de 1974, ha recordado que dicho precepto supedita esta obligatoriedad a la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional, indicando que resulta perfectamente admisible que las exigencias establecidas con carácter general, como es el requisito de la colegiación obligatoria, cedan o no sean de aplicación en casos en que quienes ejerzan la profesión colegiada lo hagan únicamente como funcionarios o en el ámbito exclusivo de la Administración Pública sin pretensión de ejercer privadamente ⁹⁹.

Constatada la posibilidad de excepcionar la aplicación de la regla general de colegiación obligatoria en el caso de que la actuación profesional tenga como única destinataria a la Administración,

⁹⁷ La regla general de colegiación obligatoria en el ámbito sanitario ha sido avalada por numerosos pronunciamientos judiciales en los que se recuerda que la colegiación es requisito previo al ejercicio de la profesión médica cualquiera que sea el régimen bajo el que se actúe, poniendo el acento, en el caso de los funcionarios médicos, no en los requisitos del concurso, oposición o sistema de selección, sino en el ejercicio de la profesión en cualquiera de sus modalidades, ya que los estatutos generales preceptúan que las organizaciones colegiales agrupan obligatoriamente a todos los profesionales sanitarios que ejerzan en cualquiera de sus modalidades, bien en forma independiente o bien al servicio de la Administración central, autonómica, local, institucional, o de cualesquiera otras entidades públicas o privadas.

⁹⁸ Los artículos 30.5 y 33.1 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, no contemplan entre los requisitos para el acceso a la condición de personal estatutario fijo o temporal, mención alguna a la acreditación por los candidatos de su incorporación al respectivo colegio profesional. Tampoco se recoge esta obligación entre los deberes exigibles al personal estatutario de los servicios de salud (art. 19 EM) ni se contempla como falta sancionable la ausencia de incorporación al correspondiente colegio de los profesionales que prestan servicios en el Sistema Nacional de Salud (art. 72 EM), de modo que si bien la normativa citada faculta a los servicios de salud para el mantenimiento de la disciplina en la relación estatutaria, no puede fundamentar el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto al incumplimiento de normas colegiales.

⁹⁹ STC núm. 131/1989 que alude a la STC núm. 69/1985, en la que se determinaba que, en tales supuestos, es la Administración la que asume directamente los fines públicos concurrentes en el ejercicio de las profesiones colegiadas que, con carácter general, se encomienda a los colegios profesionales. De este modo –continúa razonando la referida Sentencia– es al legislador a quien corresponde determinar en qué supuestos y condiciones, por tratarse de un ejercicio profesional al servicio de la propia Administración e integrado en una organización administrativa con su inseparable carácter público, puede obviarse de manera excepcional el requisito de la colegiación obligatoria. Más recientemente, el propio Tribunal Constitucional ha vuelto nuevamente a confirmar la legalidad de la excepción a la colegiación obligatoria de los funcionarios poniendo el acento en el dato de que sea la Administración la destinataria inmediata de sus servicios. Siendo así, la exigencia de colegiación obligatoria no se presenta como un instrumento necesario para la ordenación de la actividad profesional de estos funcionarios para garantizar su correcto funcionamiento y los intereses de quienes son los destinatarios de los servicios prestados por ellos (STC núm. 6/2005, de 17 de enero).

el siguiente paso sería conocer qué dice a este respecto la normativa autonómica sobre colegios profesionales, pues dentro del esquema constitucional de distribución de competencias, corresponde a las diferentes CCAA el desarrollo legislativo en esta materia.

Pero la legislación autonómica, una vez más, no responde a un criterio homogéneo. La diversidad de criterios permite agrupar las distintas normas autonómicas en tres grandes grupos¹⁰⁰:

- a) Normas autonómicas que exigen la **colegiación obligatoria** de los profesionales sin excepción: entre las que cabe citar la Ley 13/1982, de 17 de diciembre, de Colegios Profesionales de Cataluña; la Ley 6/1997, de 4 de diciembre, de Colegios Profesionales de Valencia; la Ley 19/1997, de 11 de julio, de Colegios Profesionales de Madrid y la Ley Foral 3/1998, de 6 de abril, de Colegios Profesionales de Navarra.
- b) CCAA en las que **se excluye del requisito de colegiación obligatoria a los funcionarios y al personal laboral de la Administración** para el ejercicio de sus funciones administrativas y para la realización de las actividades propias de su profesión por cuenta de aquellas cuando el destinatario de tales actividades sea la propia Administración, sin perjuicio de mantener su obligatoriedad para el ejercicio privado: como por ejemplo la Ley 8/1997, de 8 de julio, de Colegios Profesionales de Castilla y León; la Ley 11/2001, de 18 septiembre, de Colegios Profesionales de Galicia; y Ley 10/1999, de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha.
- c) CCAA que han legislado decididamente en pro de la **eliminación del requisito de colegiación obligatoria para los profesionales al servicio de la Administración**: como sucede en La Rioja con la Ley 12/1998, de 22 de diciembre, o en Aragón con la Ley 2/1998, de marzo.

Este hecho, si bien no atenta contra el principio constitucional de igualdad (que «no impone que todas las CCAA ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes», como nos recuerda la STC núm. 6/2005), tampoco ayuda a la cohesión del SNS.

9.5. Régimen de jubilación del personal del Sistema Nacional de Salud.

El derecho individual a la jubilación que contempla el EM en su artículo 17 l) en los términos previstos en el artículo 26 del referido texto legal, presenta distintos perfiles según los Servicios de Salud en los que el profesional preste sus servicios tanto en lo relativo a la jubilación forzosa como a la jubilación parcial.

¹⁰⁰ LARIOS RISCO, D. *Profesionales Sanitarios y Colegiación: últimas tendencias legales y jurisprudenciales*. Marco Jurídico de las Profesiones Sanitarias. Lex Nova, 2007.

Respecto de la jubilación forzosa, la intervención de las CCAA viene de la mano de lo dispuesto en párrafo segundo del artículo 26.2 del EM, que condiciona la permanencia en el servicio activo una vez cumplidos los 65 años a lo que se establezca en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio de Salud, instrumento definidor a estos efectos de las necesidades de la organización sanitaria a las que le ley supedita la efectividad de este derecho ¹⁰¹.

En cuanto a la posibilidad de que el personal estatutario pueda jubilarse parcialmente en virtud de lo previsto en el artículo 60 del EM, la disposición adicional 14.^a del citado texto legal efectúa una remisión expresa a lo dispuesto en la normativa sobre Seguridad Social ¹⁰², lo que no ha sido óbice para que algún Servicio de Salud haya regulado expresamente la posible jubilación parcial de sus empleados ¹⁰³.

Precisamente la falta de profesionales sanitarios titulados de la que adolece nuestro sistema sanitario, agravada por el envejecimiento progresivo de la profesión médica, ha puesto sobre la mesa otros debates al margen del relativo a la jubilación forzosa del profesional médico, de entre los que cabe citar:

- a) La necesidad de poner en marcha **registros autonómicos de profesionales sanitarios** conforme a unos parámetros homogéneos preestablecidos ¹⁰⁴, que permitan conocer con fiabilidad los profesionales cualificados con los que cuenta cada Servicio de Salud en particular y el SNS en general.
- b) La **contratación de médicos que no están en posesión del título de especialista homologado**. Se trata de una medida relativamente desconocida, muy polémica tanto desde el punto de vista jurídico como de oportunidad, y que adoptó por vez primera la Comunidad Autónoma de Andalucía ¹⁰⁵.

¹⁰¹ STSJ de La Rioja de 17 de enero de 2007 en la que se confirma el papel relevante que adquiere a estos efectos el Plan de Ordenación de Recursos Humanos.

¹⁰² La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, disposición adicional 7.^a, establece que «en el plazo de un año, el Gobierno presentará un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, que aborde la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación, las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización en términos equiparables, de los diferentes regímenes. En dicho estudio se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados, incluida la del personal al que le es de aplicación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías que se señalan en el párrafo anterior».

¹⁰³ Las condiciones del Acuerdo de la Mesa General de la Administración General de 20 de diciembre de 2004 preveían la posibilidad de la jubilación parcial en el Servicio Vasco de Salud.

¹⁰⁴ Hasta el momento tan solo existe el registro de profesionales sanitarios de la Comunidad de Andalucía (Decreto 47/2008, de 29 de julio).

¹⁰⁵ Resolución 547/2004, de 15 de junio, de la dirección general de personal y desarrollo profesional por la que se dictan instrucciones relativas a las vinculaciones temporales del personal estatutario de los centros e instituciones del servicio andaluz de salud. Dicha resolución invoca una consolidada doctrina jurisprudencial manifestada en múltiples sentencias del Tribunal Supremo recaídas en recursos de casación para la unificación de doctrina para permitir que se expidan nombramientos temporales a médicos sin especialidad para desempeñar plaza o funciones propias de especialistas, de forma

- c) La procedencia de las actuaciones que están llevando a cabo la práctica totalidad de los Servicios de Salud por **evitar la fuga de profesionales**, todo ello al margen de cualquier tipo de control y coordinación desde el Consejo Interterritorial del SNS ¹⁰⁶, plasmadas en la aprobación de ofertas de empleo público, convocatoria periódica de concursos de traslados, mejoras en las políticas de incentivos económicos y medidas para la conciliación de la vida familiar, entre otras muchas.

10. CONCLUSIONES.

El proceso simultáneo de consolidación y desagregación del SNS es reciente. Sin embargo, esto no ha impedido que, en estos pocos años, afloren ya diferencias territoriales significativas tanto en la ordenación jurídica como en la gestión de la sanidad.

Este hecho, del que el presente trabajo no pretende ser sino un ajustado reflejo, ha sido puesto de manifiesto por la doctrina especializada, que no ha escatimado propuestas técnicas dirigidas a garantizar la sostenibilidad del modelo sanitario español ¹⁰⁷.

Entre las medidas que debieran integrar el importante proceso de reforma del SNS destacan la necesidad de un análisis de partida dotado de un fuerte componente técnico, que sirva como base para articular un apropiado consenso social y político que cristalice en un Pacto por la Sanidad, consensuado con todos los partidos políticos y el resto de los agentes del sistema.

En segundo término, se propone potenciar el papel del Consejo Interterritorial, como órgano efectivo para el gobierno del Sistema, dotándolo de un régimen de adopción de acuerdos por mayoría simple y de la capacidad ejecutiva necesaria para lograr el cumplimiento de los mismos. De este modo, los acuerdos vinculantes adoptados en el seno del Consejo servirían de base para una mayor homogeneidad, atajando de ese modo las tendencias centrífugas de las Autonomías, que amenazan la equidad del sistema en aspectos clave como la garantía de un catálogo de prestaciones globalmente equivalente, o de regímenes de personal equitativos que no supongan una amenaza a la suficiencia y a la libre circulación de profesionales sanitarios.

absolutamente excepcional y transitoria. a) Menos extrema, aunque también rodeada de polémica, ha sido la propuesta lanzada por la Consejería de Salud de Cataluña de aprovechar las potencialidades legales que brinda el artículo 18.2 de la LOPS para proceder al reconocimiento a efectos exclusivamente profesionales, de aquellas titulaciones obtenidas en el extranjero mientras se tramita el correspondiente procedimiento para su homologación.

¹⁰⁶ El artículo 10.2 del EM atribuye al Consejo Interterritorial la competencia para emitir «recomendaciones sobre los criterios para la coordinación de la política de recursos humanos del Sistema Nacional de Salud».

¹⁰⁷ REPULLO LABRADOR, J.R. ob. cit. núm. 23; DEL LLANO SEÑARIS, J. «Sanidades autonómicas. ¿Solución o problema?». Círculo de la Sanidad. Madrid, 2009; GONZÁLEZ LÓPEZ-VALCÁRCEL, B. y BARBER PÉREZ, B. «Desigualdades territoriales en el Sistema de Salud de España». Fundación Alternativas, 2006; RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J.L. «Integración o desmoronamiento. Crisis y alternativas del Sistema Nacional de Salud español». Thompson-Civitas. Pamplona, 2008; entre otros.

Además de potenciar el papel de los órganos de gobierno del Sistema, se propone avanzar y profundizar en el desarrollo de instrumentos extracompetenciales que influyan –sin necesidad de recurrir al ejercicio de potestades jerárquicas– en las decisiones de los agentes autonómicos a través de un liderazgo efectivo del Ministerio de Sanidad mediante Planes Integrales que cohesionen vía reequilibrio de oportunidades, capital sanitario, compensación por servicios prestados, o gestión y traslación del conocimiento.

También se propone una reforma de la LGS que desligue definitivamente la cobertura sanitaria de la condición de titular o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, avanzando hacia la efectiva universalización del Sistema, de forma que se eliminen las desigualdades territoriales en el acceso a las prestaciones sanitarias públicas que subsisten en la actualidad.

En lo tocante a las divergencias y contradicciones normativas, es preciso insistir en la necesidad de que se respete el esquema constitucional de distribución de competencias básicas y se atajen las iniciativas jurídicas de las CCAA que generan desigualdades territoriales no justificables en el contenido del derecho a la protección de la salud y que colocan a los ciudadanos (pacientes o profesionales sanitarios) en situaciones jurídicas más o menos favorables en función del lugar de residencia.

Lamentablemente, las propuestas técnicas para una reforma del SNS no han calado en los responsables de los poderes públicos. Es el momento de potenciar un debate crítico en sectores especializados que traslade a la ciudadanía la magnitud de los problemas relacionados con el funcionamiento, la organización, la financiación, la coordinación y la equidad del modelo sanitario español, y de que ese debate se traslade al mayor número posible de ciudadanos y profesionales. Este es el propósito del presente trabajo.

Bibliografía

- AGULLÓ ROCA, F. «Coordinación de la cartera de servicios: visión desde un servicio autonómico de salud». *Revista Administración Sanitaria*, 2008 (6.1) 41-9.
- BELLVER CAPELLA, V. «Una aproximación a los derechos de los pacientes en España». *Cuadernos de Bioética*, ISSN 1132-1989. Vol. 17, núm. 59, 2006.
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L. «Coordinación general sanitaria». *Revista Derecho y Salud*. Vol. 15, 2007.
- «¿Sistema Nacional de Salud o asistencia sanitaria de la Seguridad Social?», *Revista Derecho y Salud*. Vol. 15.
- «La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica». *Derecho y salud*, ISSN 1133-7400. Vol. 15, núm. Extra 1, 2007.
- «Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad». *Revista Derecho y Salud*. Vol. 10, junio 2002.

- BORRAJO DACRUZ, E. «La Seguridad Social en la Constitución Española». *Estudios sobre la Constitución Española*. Tomo II.
- CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. «La incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el régimen jurídico del personal estatutario de los servicios de salud: problemas de solapamiento normativo». *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 742, 2008.
- DEL LLANO SEÑARÍS, J. «Sanidades Autonómicas. ¿Solución o problema?». Círculo de la Sanidad. Madrid, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Estudios sobre autonomías territoriales». Cívitas, 1985.
- GONZÁLEZ LÓPEZ-VALCÁRCEL, B. y BARBER PÉREZ, B. «Desigualdades territoriales en el Sistema de Salud de España». Fundación Alternativas, 2006.
- JIMÉNEZ PALACIOS, A. «La cohesión del Sistema Nacional de Salud: situación actual y expectativas». *Revista Administración Sanitaria*, 2007 [5(3)] 4389-49.
- LABACA ZABALA, M.L. «El consentimiento informado en el ámbito de la sanidad, a propósito de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica», *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, núm. 4, 2006.
- LARIOS RISCO, D. *Profesionales sanitarios y colegiación: últimas tendencias legales y jurisprudenciales*. Marco Jurídico de las Profesiones Sanitarias. Lex Nova, 2007.
- MENÉNDEZ REXAC, A. «El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas». *Revista Derecho y Salud*. Vol. extraordinario XI.
- MUÑOZ MACHADO, M. *La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos*. Alianza, 1995.
- PEMÁN GAVÍN, J. «Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud». *Revista Derecho y Salud*. Vol. 16, noviembre 2008.
- PÉREZ ROLDÁN, M. «Derecho a la autonomía del paciente: instrucciones previas y su registro», *Revista General de Derecho Administrativo*. Núm. 15, 2007.
- PRIETO, M. «El fondo de Cohesión y la igualdad de acceso a la sanidad». *El Médico* (18 de noviembre de 2005).
- REPULLO LABRADOR, J.R. «Instrumentos extra-competenciales para el gobierno del SNS». *Revista Derecho y Salud*. Vol. 15, 2007.
- RETUERTO BUADES, M. y SISO, J. «La Salud, el sistema sanitario público y sus protagonistas». *Tratado de Derecho Sanitario*. Tomo I. Cóllex, 2001.
- RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J.L. *Integración o desmoronamiento. Crisis y alternativas del Sistema Nacional de Salud español*. Thompson-Civitas. Pamplona, 2008.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J. *Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado Autonomico*. Fundación Alternativas, 2006.
- TORNOS MAS, J. «Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud». *Revista Derecho y Salud*. Vol. 10, junio 2002.
- VÁZQUEZ GARRANZO, J. «Regímenes estatutario, funcionario y laboral (I): jerarquía, convivencia normativa y escenario de aplicación en los Servicios de Salud». *Actualidad del derecho sanitario*. Núm. 145, 2008.