

ELEVANDO EL «UMBRAL DEL DOLOR» DE LA MALA GESTIÓN DE LA CRISIS: RECORTES TRAVESTIDOS DE REFORMA SANITARIA

ENCARNACIÓN MOLINA NAVARRETE

Enfermera-DUE. Hospital San Juan de la Cruz de Úbeda

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto:

TODA reforma sanitaria es un complejo proceso político-institucional en el que concurren diversos factores que presionan para que los cambios asuman una u otra dirección, ya más favorable a los intereses económicos implicados ya más propicia para la mejora de la calidad asistencial a favor de los ciudadanos. Por lo general, tales reformas buscan equilibrar unos y otros intereses. El Sistema Nacional de Salud está entre los mejores en calidad de prestaciones y más eficientes por su alto rendimiento con un coste relativamente menor que la media europea. No obstante, el reciente Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, imbuido de la misma política de ciega austeridad del resto de las políticas para intentar –fallidamente– salir de la crisis, adopta una única dirección de reforma: recortar el gasto sanitario, sobre todo el farmacéutico, en 3.000 millones de euros, reduciendo la aportación pública para su financiación, del lado de coste, y aumentando la aportación del usuario, mediante mayor «copago» o «repago», del lado de los ingresos. En suma, el Real Decreto-ley 16/2012, más que reformar en sentido estricto pretende (solo) convertir una parte de la deuda pública en sanidad en deuda privada, revelándose en cierto modo como una antítesis del Real Decreto-ley 18/2012, de saneamiento del sector financiero, que convierte en deuda pública buena parte de la deuda privada de las entidades financieras. Todo un mundo al revés.

Los autores dan cuenta en el estudio de este proceso de mutación de costes públicos en privados a través de un análisis detenido de las medidas que incorpora, a tal fin, el referido Real Decreto-ley 16/2012. Las principales claves de lectura de las mismas las sitúan los analistas de este artículo en la historia de tres retornos en cierto modo al pasado: a una concepción «aseguradora» de la protección, en detrimento del modelo «universal», a una mayor «re-mercantilización» de la asistencia sanitaria, que se tiene por un bien susceptible de mercado en detrimento de su financiación pública –que no «gratuita»–, y una importante «re-centralización» de la gestión del Sistema, que pone en cuestión los avances de la descentralización de nuestro modelo. Finalmente, terminan los autores con una valoración de conjunto del Real Decreto-ley 16/2012, en la que evidencian la tendencia a la creación de un «Estado de Bienestar mínimo», con la consiguiente quiebra del pacto constitucional en aras de una «gobernanza numérica» que socializa o generaliza el sufrimiento de las personas, según imperativos de una inicua lógica del mercado total.

Palabras clave: reforma sanitaria, personal sanitario, aseguramiento sanitario y prestación farmacéutica.

RAISING THE «PAIN THRESHOLD» OF THE POOR MANAGEMENT OF CRISIS: CUTTINGS TRANSVESTITES INTO A HEALTH CARE REFORM

ENCARNACIÓN MOLINA NAVARRETE

Enfermera-DUE. Hospital San Juan de la Cruz de Úbeda

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Abstract:

ANY health care reform is a complex political-institutional process where different factors pushing for changes to take one direction or another, more favorable to the economic interests involved or more opportune to improving the quality of medical care for the citizens. In general, these reforms seek to balance each and other interests. The National Health System is among the best in quality services and more efficient for high performance with a relatively lower cost than the European average. However, the recent Royal Decree-Law 16/2012 of 20 April, imbued with the same blind austerity policy to try –unsuccessfully– resolving the crisis, takes a single direction of reform: cut health spending, particularly pharmaceuticals, at 3,000 million euros, reducing the public contribution for funding the cost side, and increasing user contribution, using more «co-payment» or «re-payment» of the revenue side. In addition, Royal Decree-Law 16/2012, rather than reform in the strict sense, tries to (only) convert a portion of public debt at Health found in private debt, in some ways as an antithesis of Royal Decree-Law 18/2012, financial sector reorganization, that turn into good public debt part of the financial institutions private debt. A whole world turned upside down.

The authors notice in the study of this mutation of public cost in private cost process through a detailed test of measures incorporated by the Royal Decree-Law 16/2012. The main ways of interpreting are situated by the same analysts on the story of three return to the past: to a «insurance» protection concept to the detriment of the «universal» model, to a greater «re-commodification» of health care, which is an asset sensitive to the market to the detriment of their public funding –not «free»– and a major «re-centralization» of the management system, which calls into question the progress of decentralization in our model. Finally, the authors end up with an overall assessment of Royal Decree-Law 16/2012, which show the trend towards the creation of a «minimum welfare state», with the consequent failure of the constitutional agreement in honor of a «numerical governance» that socialize or generalize the people suffering, as imperatives of an unjustly logic of the total market.

Keywords: health care reform, health workers, insurance health and pharmaceutical benefit.

Sumario

1. Introducción: «la gran inversión social».
2. El contexto global crítico como presunto justificante del «decretazo 16/2012»: «mal de muchos... epidemia».
3. Las deficiencias de forma legislativa: ¿cabe una «reforma estructural» en una «norma coyuntural»?
4. Las razones, aparentes y reales, de la reforma sanitaria: ¿modernización o involución?
 - 4.1. Las razones confesadas de la reforma sanitaria: hacia una mejora de la eficiencia, equidad, calidad y modernidad del Sistema Nacional de Salud.
 - 4.2. Los objetivos «verdaderos» de la modificación legal: un triple viaje de retorno a modelos reguladores del pasado.
 - 4.3. Los principales ámbitos de «acción de reajuste-recorte» en el Sistema Nacional de Salud.
5. Modelo de atribución de la titularidad del derecho: ¿sigue siendo universal, es asegurador o asistencial?
 - 5.1. El retorno a la «condición de asegurado» como título atributivo del derecho social: el mantenimiento de la confusión de modelos.
 - 5.2. La ampliación de la condición de asegurado más allá de la clásica cualidad profesional: un modelo de aseguramiento no contributivo.
 - 5.3. Efectos excluyentes de la nueva regulación: lucha contra la población «inmigrante irregular», el «turista comunitario sanitario» ¿y contra la emancipación tardía de los hijos?
 - 5.4. Respuestas correctoras para el «turismo sanitario de comunitarios».
 - 5.5. La protección de la salud de los españoles residentes en el exterior.
 - 5.6. El reparto de tareas: el reconocimiento del derecho por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y su prestación mediante la tarjeta sanitaria individual.
6. Reconfiguración de la acción protectora de la prestación: la multiplicación de «carteras de servicios» del Sistema Nacional de Salud.
 - 6.1. «Cartera común de servicios» de atención sanitaria: entre exclusiones y apertura a mayores aportaciones del asegurado-beneficiario.
 - 6.2. El sorprendente reforzamiento formal de las carteras diferenciales autonómicas.

- 6.3. Los efectos prácticos de la reconfiguración de la cartera de servicios: el carácter diferido de los cambios hasta la aprobación de la nueva.
7. A vueltas con la reducción de la factura farmacéutica: la reducción de precios y nuevo modelo de mayor repago.
 - 7.1. El «análisis económico» del medicamento como criterio de medida básico de la prestación farmacéutica.
 - 7.2. La reafirmación del modelo de prescripción de medicamentos por principios activos: regla general y excepciones.
 - 7.3. La fase de inclusión-exclusión: nuevos criterios para facilitar la «des-financiación» pública de medicamentos.
 - 7.4. El enésimo intento de establecer un sistema de fijación de precios más eficiente: «precios de referencia» y «precios seleccionados».
 - 7.4.1. Reglas generales de intervención en los precios de los medicamentos: la generalización de la intervención pública.
 - 7.4.2. La revisión del sistema de precios de referencia: el novedoso sistema de precios seleccionados.
 - 7.4.3. Otras formas de intervención en el mercado de los medicamentos por razones de interés social y/o empresarial: retornos de recursos.
 - 7.5. Medidas de racionalización del acceso al servicio farmacéutico en los centros hospitalarios.
 - 7.6. El nuevo modelo de «copago» ¿o «repago»? del medicamento por los usuarios: entre la recaudación y la disuasión.
8. Ajustes con el «capital humano»: reformas en la gestión de los «recursos humanos».
 - 8.1. La reforma de recortes retributivos travestida de reformas de mejora de la calidad de los «recursos humanos».
 - 8.2. La imposición como único del «sistema de formación mediante residencia» (generalización del «modelo MIR»).
 - 8.3. El nuevo Registro Estatal de Profesionales Sanitarios: ¿vía para la disuasión o instrumento de fomento de la calidad profesional?
 - 8.4. La racionalización de las formas de organización profesional: el fin del personal de zona y cupo y la integración del personal local.
 - 8.5. Una nueva puerta a la reducción de las retribuciones disfrazada de imperativo de mejora de la productividad.
 - 8.6. La llamada a la reducción del complemento por incapacidad temporal: los recortes en la acción social.
9. Una «pescadilla que se muerde la cola»: la «sociedad del malestar» genera más «enfermedad»... y más gasto.

«Giusti son due, e non vi sono intesi; superbia, invidia
e avarizia sono le tre faville che hanno i cuori accesi.»¹

DANTE, *Divina Comedia*, Infierno, Canto VI

«Al subordinar la humanidad a la economía, el capitalismo (financiero) arruina y corrompe las relaciones entre los seres humanos que constituyen las sociedades y crea un vacío moral en el que no cuenta nada, excepto lo que la persona quiere aquí y ahora»

HOBBSAWM, E. «Fuera de las cenizas», en BLACKBUR, R., *Después de la caída*

1. INTRODUCCIÓN: «LA GRAN INVERSIÓN SOCIAL»

Dicen –atribuyéndoselo a Churchill, aunque probablemente es incierto– que en toda «guerra», más si es ideológica –como la que hoy se está librando contra el Estado de Bienestar con la excusa de la crisis–, «lo primero que muere es la verdad», siendo la «propaganda un arma muy poderosa» para persuadir de la fuerza de aquella idea al servicio de la cual se pone el «combate». A nuestro juicio, esa lección de experiencia es predicable de los «preámbulos» de todos y cada uno de los reales decretos-leyes de (pretendida) «lucha contra la crisis» a través de la reducción del «déficit público», y el *Real Decreto-Ley 16/2012, 20 de abril, de medidas urgentes para «garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones»* –RDL 16/2012– (publicado en el BOE de 24 abril, corregido en el BOE de 15 de mayo, convalidado en el BOE de 25 de mayo y modificado por un «error material» mediante el Real Decreto-ley 19/2012, publicado en el BOE de 26 de mayo), que es el objeto de este comentario, lejos de ser excepción reafirma de modo paradigmático la regla. En él se dice que el fin último perseguido es «*garantizar a los ciudadanos una asistencia sanitaria pública, gratuita y universal*».

Sin embargo, cualquier persona básicamente informada, sabe que ni ha habido jamás, ni habrá, una sanidad realmente gratuita –todas las que se conocen cuestan, y mucho, a los ciudadanos, bien con base en impuestos o bien con base en contribuciones, pero siempre exige pago–, ni realmente ha sido hasta ahora realmente «universal», salvo en lo formal, pues ha exigido diversos títulos de acce-

¹ Los justos son dos, y allí no se entienden; soberbia, envidia y codicia son las tres chispas que mantienen los corazones enfervorizados.

so, de modo que en torno al 1 por 100 de la población queda fuera del sistema –por motivos de renta alta–. Asimismo, el elemento público sufre notablemente cuando se apuesta muy fuerte, según vamos a ver, por reformas excluyentes, tanto en el plano subjetivo –retornando al viejo concepto, ciertamente nunca desaparecido, de «asegurado»– como en el objetivo –ámbito de cobertura (cartera de servicios)–. Sin perjuicio de evidenciar que ha crecido enormemente el gasto sanitario privado en los últimos años, hasta situarse en torno al 28 por 100 del gasto sanitario total.

En verdad, el sentido de esta «reforma» es bien diferente. La gran mayoría de medidas que se aplican en tal Real Decreto-ley tienen como objetivo fundamental, al margen de algunos aspectos menores de sentido protector, reducir el gasto-inversión social en sanidad en torno a unos 3.000 millones de euros. Para eso, pese al nombre, no es el enfoque de garantías de derechos el primado, sino un enfoque mercantil –«promover el ahorro», «mejorar la eficiencia», fomentar la libertad de competencia, favorecer las «economías de escala», reducir la factura farmacéutica–, dejando en un plano secundario la lógica social que debería inspirar la ordenación de esta pieza crucial del Estado de Bienestar y de una sociedad civilizada y saludable.

¿Por qué? Por la misma razón que para el resto –por ejemplo, en materia educativa–: la «política de austeridad» o rigor –«mortis»– que exige Europa para transmitir confianza a los mercados financieros, ignorando que estos son bastante más rentables a mayor incertidumbre (porque sube el interés de la deuda, el penúltimo gran negocio hallado en época de crisis).

Pero ¿qué tiene que ver el gasto sanitario con la crisis y sobre todo con su salida? Fuera de los actuales «espejismos de la cuantificación» –sujeción de todo al gobierno de los números, al margen de cualquier otra consideración–, nada, o muy poco; pero eso importa aún menos para las actuales políticas públicas de consolidación fiscal y las políticas del Derecho que se están llevando a cabo para darles forma. En este sentido, no es ocioso recordar que a la altura de finales de 2007, antes del estallido de la crisis, nuestro gasto sanitario se situaba en torno al 8,4 por 100 –solo el 6% sanidad pública, el otro 2,4% sanidad privada–, más de 1 punto por debajo del «patrón social de gasto sanitario europeo» (9,6 %),² y con un aumento desmedido de la población inmigrante extranjera –incluida la que se halla en situación irregular– España tenía, sin embargo, un singular superávit de las cuentas públicas del 2,4 por 100 de su Producto Interior Bruto –PIB–. A estas alturas, todos los analistas evidenciaban que el mayor volumen de población no había supuesto un aumento de presupuestos públicos, al menos al mismo nivel, para la sanidad, al tiempo que su incremento, muy lento, siempre se ha venido produciendo por debajo del PIB. Por su parte, pese a sus diferencias de gestión, el gasto promedio en sanidad era análogo en todas las Comunidades Autónomas –CC.AA.–: en torno al 35 por 100 de su Presupuesto (Informe del Consejo Económico y Social de España, 2010).

Estas cifras avalan claramente el análisis realizado por un importante número de estudios e informes, sobre todo de economistas de la salud, que evidenciaban la gran eficiencia del sistema sanitario español, que con un gasto inferior a la medida europea, conseguía mejores resultados que la mayoría de los Estados miembros. De este modo, se ponía de relieve cómo un mayor gasto sani-

² El cuadro de gasto sanitario en la UE 2007: <http://www.msc.es/organizacion/sns/docs/gasto08.pdf>. Un estudio completo para España en el Estudio del BBVA al respecto. Disponible en: http://www.fbbva.es/TLFU/dat/valoracion%20financiacion%20gasto%20sanitario_web.pdf.

tario no siempre es una inversión rentable, porque no asegura la mayor calidad de la prestación. Ahora bien, también quedaba evidenciado que nuestro gasto debía atemperarse al cambio poblacional y a la evolución de las demandas de la sociedad, sin que por ello quedara afectado el equilibrio presupuestario, pues seguían saneadas las cuentas globales. Asimismo, se confirma la contribución de los bajos salarios del personal sanitario a esta reducción del gasto, sin incidencia en la calidad, del Sistema Nacional de Salud –SNS–, sin perjuicio de sus distorsiones y deficiencias, claro.

Todos conocemos –y la inmensa mayoría de la población española sufre– lo que en realidad sucedió después, desde 2008 hasta nuestros días. El desmedido aumento del déficit público en estos años se ha debido a la necesidad de hacer frente a la crisis, ya sea saneando el «intoxicado» y tóxico sistema financiero –globalmente la Unión Europea (UE) ha puesto a su servicio más de 1 billón y medio de euros para ello–, ya asumiendo el enorme gasto en prestaciones por desempleo que la crisis está generando en nuestro país, muy por encima, de nuevo, de la media europea, del lado de los gastos. Que esta constatación es una evidencia y no una opinión lo pone de manifiesto el que por más que se endurece la política de recortes –la célebre «terapia de la austeridad», sin duda comparable en su enfoque y efectos a la técnica tradicional de la «*hirudo medicinalis*» («sanguijuela medicinal» para los menos expertos), usada desde antiguo para llevar a cabo los sangrados–, el déficit público se mantiene o incluso crece –a la altura de abril de 2012 se sitúa en un 2,39% del PIB, 8 décimas por encima del año pasado y un 70% de todo lo permitido para 2012–.

En suma, la evidencia científica pone de manifiesto que la raíz de nuestros «males» no está en el pretendido despilfarro público –que en materia social no existe, al estar el gasto por debajo del patrón europeo–, sino en la brutal caída de los ingresos, a causa de la recesión, agudizada cuanto más se recorta. El siguiente cuadro de Eurostat así lo evidencia:

Gastos públicos (% PIB)	2007	2008	2009	2010	2011	Dif. 2011-2007 (p.p.)
UE 27	46,0	47,6	51,6	51,1	49,6	3,6
Eurozona	46,1	47,2	51,2	51,0	49,4	3,3
Alemania	43,5	44,0	48,1	47,9	45,6	2,1
España	39,2	41,5	46,3	45,6	43,6	4,4
Ingresos públicos (% PIB)	2007	2008	2009	2010	2011	Dif. 2011-2007 (p.p.)
UE 27	45,1	45,2	44,7	44,6	45,1	0,0
Eurozona	45,4	45,1	44,8	44,7	45,3	-0,1
Alemania	43,7	44,0	44,9	43,6	44,7	1,0
España	41,1	37,0	35,1	36,3	35,1	-6,0

Pero lejos de asumir esta evidencia, que exige poner el acento para la reducción del déficit público en el incremento de la actividad económica generadora de ingresos, hay un empeño en seguir recortando gastos, incluso siendo conscientes de que traspasan y con mucho las llamadas «líneas rojas» del Estado de Bienestar «básico», por debajo de las cuales se pasa a una «sociedad de males-

tar». Paradójicamente, esta política resulta plenamente coherente con otra de expansión del gasto cuando de la «socialización de los riesgos» de las entidades financieras se trata.

Por eso, conviven los reales decretos-leyes de asunción «ilimitada» de los déficits bancarios, estos sí todos debidos a malas prácticas financieras y a modelos de gestión imprudente, por tanto en virtud de la constatación de un modelo nada eficiente de negocio –como son los relativos a las sucesivas reformas financieras (RR.DD.-leyes 2/2012, de 3 de febrero, de «**saneamiento** del sector financiero» y 18/2012, 11 de mayo, otra vez de «saneamiento» y ahora también de «venta de los activos inmobiliarios» del sector financiero)–, con otros de «socialización del sufrimiento» y de «venta de los servicios sociales» esenciales, por imperativo constitucional, para la igualdad de oportunidades entre ciudadanos –como son los RR.DD.-leyes 14/2006, de 21 de abril, de «medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo» y 16/2012, aquí analizado–. En otros términos, se está dispuesto a asumir todos los costes económicos que sean necesarios –el Gobierno ofrece sin pudor «barra libre»– para «mejorar la salud» de un sector financiero que se ha comportado de modo inadecuado en la organización y gestión de sus servicios, siguiendo una pauta del mismo género mundial, incluida la carísima cura de «adelgazamiento» de todos sus activos más tóxicos –los resultantes de su especulación inmobiliaria, en connivencia con el sector de los grandes empresarios de la construcción–. En cambio, no se está dispuesto a hacer lo mismo con la salud de la mayor parte de la población, al contrario, incluso se propone reducir el coste, sacando al mercado –venta– una parte de sus servicios, cuya adquisición exigirá una «aportación adicional» de los «asegurados» –técnica de copago–. En definitiva, el mismo Gobierno que apuesta por una «receta liberal» para afrontar la crisis, acepta nacionalizar la gran banca privada, proponiendo un gran banco público –como en su día lo fue Argentaria, luego privatizado y vendido al BBV, convertido en BBVA, con lo que nos volvemos a un modelo antiguo y fallido a medio y largo plazo–, y mercantilizar, a fin de obtener ingresos adicionales para la nacionalización, los servicios de atención sanitaria –y educativa–, considerados constitucionalmente derechos universales.

Es difícil –hoy no tanto, porque están generalizados– encontrar un ejemplo más paradigmático de ese tópico tan en boga «del mundo al revés»,³ pues se trata de una confirmación extrema de la «subordinación de la humanidad a la economía».

Pero el Gobierno ha tomado su elección terapéutica para un mal extraordinario al que le ha realizado un mal «diagnóstico». Para tratar de evitar incurrir en el mismo error convendrá analizar con cierto detalle el sentido y alcance de los cambios más señeros de este RDL 16/2012, exponiéndolos con orden y cierto detalle, a partir de cuyo conocimiento se podrá evaluar mejor, cada uno de los lectores, si las medidas incluidas están en condiciones o no de cumplir con los fines, o si, más bien, y como pensamos, será mucho peor el «remedio que la enfermedad». De ahí que, primero, expongamos tales novedades, sus claves reguladoras y sus principales problemas aplicativos, para luego intentar desvelar el modelo reformador realmente perseguido y cuyos graves síntomas ya han empezado a emerger peligrosamente.

³ En palabras no de eruditos, sino de ciudadanos «de pie de calle», que padecen sus efectos, este tópico alcanza el paroxismo en situaciones como estas: «*Los banqueros cobran sueldos millonarios por llevar a los bancos y a los ciudadanos a la ruina, y cuando se van, les agradecemos su gestión pagándoles, entre todos, indemnizaciones millonarias. Se nombran altos cargos a personas que han llevado a la bancarrota a otras empresas o que han trabajado en la empresa privada en tareas poco edificantes*». Vid. Carmen Domingo Angulo, Cartas al Director, *El País*. En: http://elpais.com/elpais/2012/05/18/opinion/1337356523_190868.html.

2. EL CONTEXTO GLOBAL CRÍTICO COMO PRESUNTO JUSTIFICANTE DEL «DECRETO 16/2012»: «MAL DE MUCHOS... EPIDEMIA»

Consciente el Gobierno-legislador de lo drástico e impopular de estas reformas, y siguiendo una constante de todas las de esta ya larga saga, dilata el preámbulo hasta el paroxismo para intentar hallar el mayor número de justificaciones —«legitimaciones»— de sus medidas. Como ya se hiciera, por ejemplo, en el Real Decreto-ley 3/2012, relativo a las medidas urgentes de reforma del mercado laboral, donde se expresaba sin tapujos que no se trataba de una reforma querida realmente sino «impuesta» para hacer frente a las «demandas» de los sujetos económicos, en un contexto de profunda crisis económica y financiera, también aquí se llama la atención tempranamente a que estaríamos ante un «mal común» y, en consecuencia, impuesto por los acontecimientos con escaso o nulo margen para las decisiones de «soberanía política». De ahí que se recuerde, a modo de factor de presión externa hacia el cambio necesario, cómo

«Todos los países de la Unión Europea están analizando y adoptando medidas que permiten optimizar sus modelos asistenciales y farmacéuticos y, en especial, el gasto farmacéutico y su peso en el gasto sanitario. La implantación de medidas en este ámbito es muy intensa, en especial en los países a los que ha golpeado con más intensidad la crisis financiera y económica» (Exposición de Motivos —EM—, punto II, *ab initio*).

Siendo sustancialmente cierta tal evocación de reformas de optimización en el concierto internacional, resulta obligado realizar algunas puntualizaciones para que se pueda ponderar adecuadamente el sentido de la reforma que se propone respecto del «modelo español de Sistema Nacional de Salud».

En primer lugar, se confirma, como decíamos, que la «batalla contra el modelo de protección sanitaria» está siendo general en toda Europa. En toda ella —centro, norte, sur y este— se están produciendo recortes de las prestaciones sanitarias que nos traen una imagen que creíamos ajena a este nuestro espacio sociocultural, a diferencia de lo que sucede en otros contextos internacionales que son competitivos con el nuestro en una economía global. Es el caso de Estados Unidos —donde ahora se está librando otra durísima batalla, legal, judicial, social y política para ver cómo y hasta dónde avanzar en un modelo más público y menos privado, hoy el dominante y que quiere corregir la llamada «Reforma Obama»—. Pero lo es también de África, según relata de manera gráfica y muy perspicaz el Documental sobre el juicio en Bamako a los espoliadores de bienes públicos como la asistencia sanitaria, destacando entre ellos el Fondo Monetario Internacional, y que fue calificado por la ONU como «bien de interés cultural» por su coraje y rigor.⁴ Pero esta difusión, lejos de legi-

⁴ El Documental versa sobre un juicio en Bamako, capital de la República de Mali, al Banco Mundial y al Fondo Monetario Internacional por presionar con su deuda a privatizar el transporte, los servicios públicos sanitarios, educativos, etcétera. Como dicen los fiscales de la película:

«el pago de la deuda no solo termina de arruinar las economías sino que se le suma la liquidación de los bienes públicos. [...] Se ha privatizado la salud, privatizamos la educación, concebida como un derecho universal, hemos privatizado, malvendiendo, los servicios públicos, el agua, [...]. Este pueblo es el huérfano que reclama el pecho de la madre arrebatado en el parto mientras él solo exigía un derecho: la atención primaria de salud. En Bamako los fiscales solicitan la declaración de culpabilidad para el Banco Mundial por no haber respetado su mandato original: servir a la humanidad y lo condenan a la pena más modesta y suave: trabajar por el interés general de la humanidad a perpetuidad [...]. Porque se trata del equilibrio del mundo y del porvenir de la humanidad».

timar tales reformas evidencia su gravedad, pues los países desarrollados, los considerados del primer mundo, en lugar de presionar para que desaparezcan de los países del mundo en desarrollo, las importan, confirmando su carácter de «epidemia social».

En segundo lugar, este tipo de reformas son todo menos novedosas, porque se remontan ya varias décadas atrás. Las reformas sanitarias son complejos «procesos político-institucionales» que intentan conjugar y, en lo posible, equilibrar, la tutela de los derechos personales, los derechos sociales y la protección de intereses económicos de diverso tipo. La tensión entre estos factores es permanente, generando un bucle muy complejo de «presiones» para que la reforma vaya en una u otra dirección, siendo papel del Estado conseguir un equilibrio. Sin embargo, las que ahora se proponen no tienen en cuenta ese equilibrio, sino que prima el contexto macroeconómico crítico.

Cumplidos los 25 años de la primera gran reforma sanitaria española, la que auspició la Ley General de Sanidad de 1986 –LGS–, que consolidó y generalizó una asistencia sanitaria pública prácticamente universal y de calidad –regulación que sigue plenamente vigente, como veremos, lo que genera contradicciones formales con el nuevo sistema de aseguramiento–, no es ocioso recordar que tal gran reforma pudo hacerse, incluso en un contexto de crisis –la de mediados de la década de los años ochenta–, en virtud de una auténtica reforma fiscal, que aumentó los ingresos. El incremento del gasto público nos permitió acercarnos al patrón europeo en la materia, pero sin alcanzarlo nunca, y sin embargo, como se dijo, los resultados positivos se reflejaron claramente tanto a nivel de satisfacción subjetiva como en los indicadores sanitarios objetivos. En suma, queda claro que la reforma sanitaria en cualquier país no puede ser nunca una exigencia de tipo puramente financiero sino que es también normativa, debiéndose ponderar de una forma equilibrada otros valores, máxime si se constata su eficiencia.⁵

Finalmente, y en relación con esta última observación, hay que insistir en algo que ha dejado deliberadamente en silencio el preámbulo del RDL 16/2012, y es que el gasto sanitario público en España, en relación con el PIB, ha seguido estando todos estos años por debajo de la media europea, pese al crecimiento de la población, por la masiva llegada de inmigrantes en la época de bonanza, a pesar del envejecimiento de la población española, pese a la creciente descentralización en su gestión y pese a la incorporación de nuevas tecnologías, costosas en su implantación, es decir, ha venido siendo, y es, un «gasto-inversión social sostenible». Y, en cualquier caso, los desajustes que se puedan producir no deben afrontarse con políticas excluyentes, ni de sujetos ni de prestaciones, sino con mejoras de gestión del sistema, respecto de las cuales hay todavía margen, o con una nueva reforma fiscal capaz de allegar recursos adecuados, pero no a través del incremento del gasto sanitario en el consumo familiar, máxime en un momento de fuerte sobreendeudamiento privado. De lo contrario, no solo se verá perjudicada la propia eficiencia del SNS sino también la equidad del mismo, al generar desigualdades de acceso y

Vid. Sissako A. Bamako [documental]. Denis Fried y Abderramán Sissak. Francia, Mali y EE.UU.; 2006. Citado y analizado por LAMATA COTANDA, F.-PÉREZ ANDRÉS, C.: «25 años después de la reforma sanitaria de E. Llunch», *Revista Española de Salud Pública*, vol. 85, n.º 5, 2011.

⁵ Vid. ASVALL, J.E. (Director regional de la OMS para Europa en la década de los años noventa): Prólogo a *Las Reformas Sanitarias en Europa. Análisis de las Estrategias actuales*; Publicación OMS, 1996. Existe una versión en papel publicada por el Ministerio de Sanidad y Consumo en 1997, que se encuentra disponible on-line en http://whqlibdoc.who.int/euro/1994-97/ICP_CARE_94_01_CN01_spa.pdf. Para estos procesos en América Latina y en el Caribe es de interés el estudio en la *Revista Panam de Salud Pública*, 8, 2000. Puede leerse en: <http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v8n1-2/3000.pdf>.

tratamiento, con lo que el riesgo de retroceder más de 25 años en el modelo de atención sanitaria –el anterior a 1986– se revela un peligro cierto, lo que está muy lejos de ese objetivo «colgado» del fantástico preámbulo analizado, en el que se dice que con esta reforma se persigue seguir «*velando así por la mejor atención a los pacientes, que son el verdadero centro del sistema*» (sic) –EM, punto II–.

3. LAS DEFICIENCIAS DE FORMA LEGISLATIVA: ¿CABE UNA «REFORMA ESTRUCTURAL» EN UNA «NORMA COYUNTURAL»?

Cualquiera que sea la valoración que se haga de una auténtica «reforma sanitaria» –sobre cuyo concepto no hay una opinión unánime– y se siga la estrategia que fuere, más equilibrada o más orientada en una dirección –fortalecer el sistema mediante la consolidación de su universalidad y calidad– u otra –reducir sus costes, mejorar su eficiencia–, dominando unas fuentes de presión u otras, lo cierto es que se trata de una «actividad normativa» que debe hacerse en el marco del sistema normalizado productor de Derecho Social Sanitario. En otros términos, estamos ante un derecho fundamental de carácter social, en los términos previstos por el artículo 34.1 de la «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» –integrada en el Tratado de Lisboa, si quiera sea como Anexo, pero con valor jurídico–, o de un derecho constitucional, en los términos del artículo 43 de la Constitución Española –CE– y, en consecuencia, se trata de tema reservado a la Ley en sentido formal. En todo caso, es evidente que por su gran trascendencia social y económica requiere de un proceso de debate y diálogo, sea en el Parlamento –voluntad general–, sea en el ámbito social, con los interlocutores y los sujetos representativos de todos los colectivos implicados. Las razones de coyuntura, pues, no pueden afectar a los aspectos estructurales, como es la definición de todos los aspectos del derecho, desde la titularidad a la acción protectora, pasando por la regulación de las relaciones profesionales de quienes prestan sus servicios en el SNS.

Paradójicamente, el Gobierno-legislador evidencia la centralidad del diálogo y la cooperación de todos los sujetos implicados para promover «cuantas... reformas sean necesarias o convenientes» –EM, punto II–. Sin embargo, tal garantía de participación solo la entiende adecuada en relación con los cambios realizables mediante «buenas prácticas» pero no respecto de las «normas». En consecuencia, entiende la necesidad de dialogar para su puesta en práctica pero no para su producción, pese a recordar que existe una reserva de ley en la materia. Sin embargo, se ampara en la doctrina constitucional –SSTCO 182/1997, de 28 de octubre, y 245/2004, de 16 de diciembre–, que limita tal principio permitiendo penetrar en dicha materia si se dan los requisitos constitucionales de presupuesto habilitante y no *afecte*, en el sentido constitucional del término, a las materias excluidas en el artículo 86 de la CE. Para reforzar esta competencia, más que dudosa, el Gobierno-legislador no tiene ningún rubor en devaluar el rango de la configuración constitucional de la asistencia sanitaria, al entender que no estamos ante un auténtico derecho constitucional sino ante un mero «principio rector», por lo que la reserva de ley «*necesariamente se relaja al encontrarnos en presencia de un principio rector de la política social y económica*» –EM, punto VIII–.

Como puede evidenciarse con facilidad, el Gobierno es muy generoso consigo mismo en orden al cumplimiento de tales presupuestos. En lo que concierne al citado presupuesto legal –la «situación

de extraordinaria y urgente necesidad»—, resulta más que evidente que nada tiene que ver el presupuesto de la STCO 245/2004 —en la que estaba en juego la necesidad de preservar las fuentes de financiación de importantes servicios públicos en peligro por la alteración del régimen jurídico de determinados precios públicos— con el aquí analizado, en el que no se ha producido ningún elemento que haga peligrar el equilibrio del sistema de financiación sanitario más allá de la sola decisión gubernamental de reducir su coste a fin de liberar recursos que dedicar a otras decisiones de política pública —saneamiento de bancos, por ejemplo—. En lo que respecta a la «afectación», además de que no se sostiene la devaluación que hace del valor del derecho afectado, por cuanto la referencia constitucional se dirige a todos los derechos del título I —y la protección de la salud tiene la estructura de derecho social y no ya solo de mero principio rector—, queda claro que sí se ven afectados todos y cada uno de los elementos generales de la configuración del derecho —ámbito subjetivo, acción protectora, régimen de aportación para el acceso a una parte del mismo...—.⁶

En realidad, el Gobierno-legislador presupone su legitimación tanto por factores objetivos —la existencia de la crisis económica, en sí misma, y al margen de su causa y los medios de gestión de esta— como subjetivos —existiría una fuerte presión, sea de la propia «ciudadanía» (en busca de mayor equidad) sea de instituciones internas (en busca de mayor eficiencia)—, apostando por lo tanto por la «legitimación de origen». Ahora bien, además de ser muy dudosa esa legitimación en tal caso, al no tener nada que ver el gasto sanitario con la crisis —por cuanto que tenemos un gasto inferior a la media europea con mejores resultados—, no puede olvidarse la necesidad también de la «legitimación de ejercicio». Primero, en el plano formal —principio de democracia formal—, pues nadie puede negar el poder del Estado para tomar decisiones de menor inversión en el SNS —aunque nos pareciera un error—, pero tal decisión debe adoptarse en el marco de un procedimiento participativo y transparente en el Parlamento, que es el que tiene la soberanía y representa el interés general. Segundo, en un plano de fondo —principio de democracia social—, que requiera ponderar adecuadamente las razones de la persona («ley del más débil») sobre las de los grupos económicos («ley del más fuerte»). El RDL 16/2012 prescinde de ambas.

Pero si criticable, y en todo caso muy discutible, es la opción de fuente de valor legal elegida, por ser unilateral para una materia que debe ser objeto de decisión en el seno del Parlamento, a través de Ley formal, absolutamente deleznable es la técnica legislativa seguida, pues rebosa desidia e improvisación y, en consecuencia, rompe la seguridad jurídica, amén de olvidar por completo la exigencia de una elemental calidad de las leyes. Varios ejemplos evidenciarán la certeza de este juicio crítico. El primero tiene que ver con la técnica de enumeración de los preceptos que incorpora, pues por lo general ha mantenido los existentes, ampliando los desarrollos, con muy poco orden y sin ninguna coherencia, con la fácil vía de poner artículos «bis», «ter», «quáter»... Queda claro que el Gobierno-legislador no ha hecho reflexión alguna sobre el papel

⁶ Como ya evidenciara la STCO 182/1997, respecto de la capacidad de contribuir del artículo 31.1 de la CE, vulnerará el artículo 86 de la CE «cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario (FJ 7)». Es evidente que, por lo que atañe a nuestro ámbito, el RDL 16/2012 sí altera significativamente la posición del sujeto titular del derecho a la asistencia sanitaria. Podrá calibrarse si es mayor o menor, pero en todo caso, lo que es innegable, es que sí se interviene de modo directo en la fijación de tal posición y se produce un cambio normativo singular.

de esos preceptos en la lógica global del sistema y se ha limitado a «colgarlos» de aquellos que ha considerado más relacionados.

El segundo, que pone de manifiesto su extrema precipitación, se concreta en la acumulación de una inmensa cantidad de errores que ha llevado a una «corrección» reciente que ocupa la friolera de cinco páginas completas del BOE –*BOE 15 de mayo de 2012*–. Si la gran parte de estas decenas –casi 80– de correcciones son gramaticales, algunas de ellas evidencian situaciones ya menos comprensivas, como las que olvidan la correcta delimitación de los sujetos, con referencia solo a los asegurados y olvido de los «beneficiarios» –una consecuencia del cambio de modelo regulador, al menos formalmente–.

Pero esta precipitación alcanza tales niveles que incluso, y como tercer ejemplo, toca a la regulación sustantiva. La mejor prueba de ello es que muy recientemente ha debido darse un nuevo enunciado al artículo 5 del RDL 16/2012, que modificaba, a su vez, el artículo 2 de Real Decreto 823/2008, de 16 de mayo. Así, según precisa el preámbulo del *Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinación de servicios*, se ha «detectado un error material» en dicha redacción «*que resulta necesario corregir de inmediato, dado que el contenido de la escala incorporada en el mismo hace inviable la aplicación efectiva del régimen de bonificaciones previsto para las oficinas de farmacia*» (EM, punto III). En suma, «yo me lo guiso, yo me lo como»; esto es, «yo me equivoco, yo me corrijo», sin más explicaciones ni mediaciones que valgan. Pero no es el único «error material de cálculo» que «atesora» esta «joya» de reforma legal, pues el rigor –«mortis», aquí en sentido literal no solo figurado– aplicado en ciertas exclusiones ha sido tal que, como se verá, ha sorprendido a «propios y extraños», pues la ministra ha evidenciado que algunos «efectos colaterales» del cambio –más bien redescubrimiento– del modelo de «titularidad universal» al de «asegurado» van más allá de lo esperado y querido y, cómo no, será corregido –por ejemplo, la exclusión de inmigrantes en situación irregular con enfermedades graves– en el «desarrollo reglamentario» (*sic*).

Finalmente, y por no insistir más en esta «ceremonia» o «desfile de horrores de técnica legislativa» que presenta el RDL 16/2012, también es necesario poner de relieve cómo la improvisación lleva a grandes incoherencias reguladoras. Entre las más destacadas está, y por referir de nuevo al ámbito subjetivo del derecho, la convivencia, junto al modelo basado en la condición de asegurado –«reinventado» siguiendo el modelo tradicional propio del Sistema de Seguridad Social, realmente nunca derogado–, del modelo basado en la titularidad universal, pues se mantiene sin modificación el artículo 1.2 de la LGS.

En realidad, como se va a ver de inmediato, si lo que se quería era dejar fuera a los inmigrantes que no tuvieran la condición de residentes legales, bastaba con una modificación del artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social –LOExIS–, sin que fuera preciso generar el revuelo que se ha formado con el cambio, más pretendido que real –por las razones que diremos luego–, de modelo de atribución del derecho a la atención sanitaria. En suma, una vez más la desidia y la improvisación llevan a generar problemas jurídicos, incertidumbres reguladoras, que se pueden evitar fácilmente; tan solo bastaría con ser técnicamente correctos y esto no cuesta nada, más bien ahorra –problemas, nuevas regulaciones, conflictividad judicial...–.

4. LAS RAZONES, APARENTES Y REALES, DE LA REFORMA SANITARIA: ¿MODERNIZACIÓN O INVOLUCIÓN?

4.1. Las razones confesadas de la reforma sanitaria: hacia una mejora de la eficiencia, equidad, calidad y modernidad del Sistema Nacional de Salud

En la técnica legislativa clásica se suele atribuir al preámbulo o a la EM un valor interpretativo, por cuanto ayudaría a comprender las razones reales que impulsan el proceso reformador y que facilitan otorgar un sentido correcto a los cambios. Sin embargo, y como advertimos de inicio, por lo general esta pieza en los reales decretos-leyes de respuesta a la crisis ha abandonado por completo tal fin y, más allá de la vinculación al presupuesto global de todos ellos, la crisis, en verdad lejos de ayudar a comprender los cambios, se ha convertido más bien en «cortina de humo», incluso en simple «propaganda oficial» para ofrecer una imagen distorsionada, mucho más positiva, de los cambios. Precisamente por ello, puede explicarse bien que apenas unas horas después de su conocimiento y publicación aparezcan muchos y muy heterogéneos problemas aplicativos, provocando grandes tensiones y profundo malestar en la ciudadanía, además de en los operadores jurídicos.

La propia denominación ya es suficientemente sintomática, pues no deja de ser un sarcasmo denominar como «medidas urgentes de garantía» y de «mejora de la calidad» y «seguridad» de sus prestaciones, a un conjunto de actuaciones que buscan más bien lo contrario, reducir el nivel de protección pública del SNS, excluyendo sujetos –al menos formalmente– y prestaciones, así como aumentando las aportaciones por parte de los titulares del derecho, con lo que se pasa de la «desmercantilización» de este derecho típica del «Estado de Bienestar» a la «re-mercantilización» propia del «moderno» «*Estado-Mercado Total*». Profundizando en esta lógica de «verdades falaces», tampoco tendrá el Gobierno-legislador ningún empacho en calificar esta norma coyuntural de recorte en el gasto sanitario como «*reforma estructural del Sistema Nacional de Salud, dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo*» (EM, punto II). En suma, estaríamos ante un cambio para mejorar la «cohesión social» del SNS y no, como ha entendido la mayor parte de la ciudadanía –y la opinión pública, tanto nacional como internacional–, para ponerla en cuestión.

Pero esta lógica de los «espejismos» irá más allá. Como antes se evidenció al poner de relieve el contexto global de reformas sanitarias, de ayer, de hoy y de todos los tiempos, siempre hay una serie de «presiones a favor de la reforma», que impulsan su existencia y su sentido. En este «Decreto sanitario 16/2012» son evidentes las presiones de la «política macroeconómica de austeridad» para su realización, incluso de un modo sorpresivo, superando líneas rojas que en la campaña electoral se dijo que no se traspasarían. En consecuencia, esta reforma encaja perfectamente dentro del modelo de reformas europeas orientadas primordialmente al recorte de los gastos públicos en atención sanitaria, convirtiéndolos en gastos privados –el gasto sanitario es, en realidad, poco elástico a los cambios de regulación, de modo que al ser un bien de primera necesidad se mantendrá no solo constante sino que se incrementará, pero la diferencia estará en qué parte asume el poder público y qué parte los ciudadanos–. Pues bien, siendo tan evidente este enfoque de privatización del

otrora gasto público –recuérdese que va en paralelo a la conversión en deuda pública de la deuda privada, eso sí, de las entidades financieras, ese «mundo al revés» que tanto sufrimos hoy–, de nuevo el Gobierno-legislador no tendrá ningún rubor en afirmar que una parte muy importante de la reforma le viene por «*las demandas de la ciudadanía*», en términos de «*mejora de la equidad*» del SNS, así como del propio «sector sanitario», en términos de «seguridad», con las de las instituciones y del Tribunal de Cuentas, en términos de «eficiencia», y, sobre todo, con las de la UE, en términos de «*demandas externas de transparencia y viabilidad*». Es decir, que prácticamente todos los sujetos implicados la han pedido «a gritos» y al Gobierno no le ha quedado más remedio que darles satisfacción.

En este escenario de «verdad oficial» *versus* realidad normativa –algo así como aquello de «ahora que estamos en crisis... vamos a contar mentiras» sobre las leyes, que se hacen pasar por «buenas» e inexorables cuando son «malas» y contingentes–, los objetivos netamente *económicos*, que son los prioritarios con mucha diferencia, parecen querer colocarse al mismo nivel que los objetivos *sociales* que también se dice pretender, *generando una imagen, tan formal como falsa, de cambio equilibrado*, como sucede en general con estas normas, según el ejemplo paradigmático del Real Decreto-ley 3/2012, de reforma del mercado de trabajo. Por eso, se detallan con análogo vigor los objetivos económicos:

1. La *sostenibilidad financiera* del SNS mediante el ahorro-reducción de costes, sobre todo de la prestación farmacéutica, la exclusión de beneficiarios y prestaciones, así como del aumento de las aportaciones directas de los pacientes (técnica de copago, *rectius*, repago), no a través de una reforma fiscal que asegure los recursos necesarios. Por esta vía se pretende afrontar «una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde su creación», pues se habría perdido eficiencia en la gestión de los recursos disponibles, «traduciéndose en una alta morosidad y en un insostenible déficit (*sic*) en las cuentas públicas sanitarias» –se calcula que será de unos 17.000 millones de euros, 6.000 millones menos de lo que precisará Bankia para recapitalizarse, siendo este grupo tan solo el 10% del sistema financiero español, mientras que el SNS cubre el 99,5 % de los que viven en España (en torno a los 44 millones de personas)–.
2. El aumento de la eficiencia de la gestión del SNS, acabando de raíz con las «bolsas de ineficiencia» que todavía mantendría, pese a su probada eficiencia global, incluida la reducción de los costes energéticos y ambientales,⁷ en el horizonte de un mayor compromiso con el modelo de «responsabilidad social corporativa exigible a la mayor empresa pública del país» –ignora (o le traiciona el subconsciente) que no es una empresa pública, sino una auténtica función de provisión social del Estado, por lo tanto mucho más serio, y menos privatizable, que una mera empresa pública, hoy todas amenazadas con la liquidación–.

⁷ Así, «el uso racional y la adecuación terapéutica a la duración real de los tratamientos es uno de los temas en los que se debe poner el énfasis», puesto que según los últimos datos de gestión medioambiental de residuos de medicamentos –que si son ciertos sí que deben preocupar– se ponen de manifiesto los inquietantes «costes de destrucción de productos desechados sin utilizar o de unidades excedentes de las pautas terapéuticas establecidas». Con ello no solo se confirmaría «la necesidad de mejorar la eficiencia» en el proceso de prescripción, dispensación y uso de los medicamentos, sino que se alerta igualmente respecto de los muy «preocupantes costes medioambientales derivados».

... Y los sociales:

1. *Equidad en el acceso a las prestaciones*, a través de la mejora de la cohesión territorial y «la garantía la igualdad de trato en todo el territorio nacional con una cartera básica de servicios comunes».
2. *Transparencia del SNS*, mejorando la información agregada de todo el conjunto y también su acceso a ella, tanto por la ciudadanía cuanto por los operadores sanitarios.
3. *Modernización del SNS*, pues resultaría «*inaplazable hacer frente a los retos actuales de la asistencia sanitaria*» –el impacto del envejecimiento de la población, la necesidad de incorporar las innovaciones terapéuticas en la terapia clínica, el avance y progreso en la medicina molecular, el desarrollo de los avances en genómica...–.

Sin embargo, no debemos dejarnos deslumbrar por esta retórica. De inmediato aparece la razón fundamental de todas estas preocupaciones de modernización, que no es otra que el promover un nuevo modelo de valoración de su inclusión de modo que se atienda prioritariamente a su impacto en el «*incremento del gasto sanitario...*». En suma, por encima de estas apariencias de preocupación social, incluidas también las pautas de la «responsabilidad social», la gran mayoría de las medidas de reforma que veremos de inmediato tienen un único y mismo sentido: en aras de una mayor eficiencia, esto es, de un menor coste público sanitario, se convierte en el eje básico de medida del reconocimiento y provisión de una prestación de servicios sanitarios, así como de su organización, el *impacto presupuestario de tales decisiones*, de manera que la valoración del esfuerzo público en el gasto sanitario debería responder a ese criterio. Todo lo demás –valores sociales, relevancia clínica, cohesión social, calidad– pasa a tener un relieve derivado, invirtiendo, en definitiva, el esquema constitucional, pues, una vez más, los medios –la financiación– condicionan hasta el extremo de fijar el nivel de realización de los fines –la eficacia en la provisión de un derecho social fundamental de las personas: la atención sanitaria–.⁸

4.2. Los objetivos «verdaderos» de la modificación legal: un triple viaje de retorno a modelos reguladores del pasado

Si nos quedamos en esa primera, y superficial, lectura del preámbulo, podría creerse que la razón de ser principal del comentado RDL 16/2012 es «conservadora», aun a costa de reducir su gasto para el erario público, pero sin alterar las bases fundamentales del SNS. Lo dice de modo expreso al inicio mismo de la norma. En efecto, la búsqueda de mayor eficiencia del SNS, «garantizando su sostenibilidad», no tendría otro fin que «garantizar el mantenimiento del modelo español de SNS». Un «modelo de solidaridad con los menos favorecidos» que garantizaría la protección de la salud «con base en (1) la financiación pública sobre la base de los impuestos», (2) «la universalidad» y (3) «la gratuidad de los servicios sanitarios», tres caracteres, junto con la eficiencia –con

⁸ Una crítica global de esta «gran inversión» de la lógica social, favoreciendo el discurso mercantil frente al discurso de la justicia social, en SUPLOT, A.: *El Espíritu de Filadelfia*. Península: Barcelona, 2011.

menor gasto aporta mejores resultados–, que lo habrían «situado en la vanguardia sanitaria como un modelo de referencia mundial». Como dijimos, ante tal valoración –quizás algo exagerada, pese a que la mayoría del Gobierno no tiene una procedencia andaluza– sorprendería tanto la reforma como su sentido restrictivo.

Pero junto «a la zanahoria», se contempla «el palo». Para el Gobierno-legislador este tiempo de vigencia y desarrollo del SNS habría supuesto también la acumulación de un extenso catálogo de «deficiencias del SNS», por lo que decide aprovechar la coyuntura de la crisis para justificar cambios profundos en la regulación, unos más bien aparentes, otros reales, ajustando realmente cuentas con la evolución del modelo y proponiendo, en verdad, más que la depuración de tales deficiencias para conservar lo positivo, un importante retorno a modelos precedentes a la LGS. De ahí, como intentaremos acreditar, el sentido involucionista de la reforma, más allá, e incluso más gravemente si cabe, que su sentido de recorte de gastos en aras de una pretendida eficiencia y equidad que lejos de reforzarse se debilitarán. En este sentido, entre los «males» del SNS estarían:

- a) La ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el Estado.
- b) El crecimiento desigual en las prestaciones del catálogo.
- c) La falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica.
- d) La propia falta de rigor y énfasis en la eficiencia del sistema.

La sola referencia a este listado de «males del SNS» –unos de regulación, otros de gestión–, evidencia por sí misma que el problema no es solo económico-financiero. Este presta el contexto y el plus de legitimación, pero en juego está una opción de más calado, tanto político-institucional como jurídico-cultural. Al igual que está pasando en general con todo el enfoque gubernamental de las soluciones a la crisis, también para la reordenación del SNS se utiliza la crisis como excusa para promover un retorno en el tiempo, recuperando –o redescubriendo– modelos que creíamos ya superados, tanto en la organización territorial como en la atribución del derecho.

A nuestro juicio, buena parte de las medidas que incorpora el RDL 16/2012 pueden comprenderse mejor si se atiende a esta idea de vuelta atrás clara en tres aspectos capitales para la comprensión del «Sistema Nacional de Salud», como una técnica jurídica de organización de la provisión del derecho a la asistencia sanitaria diferenciada del «Sistema de Seguro Social (de Enfermedad)», e incluso de la técnica de Seguridad Social:

- a) La «*re-centralización*» de un modelo de gestión eminentemente descentralizado, con la excusa de los problemas de «descoordinación» entre CC.AA.

Una de las características más importantes del SNS es su descentralización, a través de la culminación del proceso de transferencias de la asistencia sanitaria a la totalidad de las CC.AA., con la creación de específicos Servicios Autonómicos de Salud, con lo que, a diferencia de la Seguridad

Social, el SNS seguía estrictamente el modelo autonómico propio del Estado Social de Derecho español. El órgano principal para la coordinación de todo el entramado era el Consejo Interterritorial. Pues bien, en un mutado contexto de continuas acusaciones de despilfarro autonómico por parte de la Administración General del Estado, presionada a su vez por el *pólíce bureau* de Bruselas y por las agencias de calificación, transmisoras de las exigencias de los «mercados financieros» y sus intereses espurios, el Gobierno-legislador centrará sus reformas en intentar corregir múltiples «situaciones de descoordinación entre los servicios de salud autonómicos». Aunque el fundamento de la búsqueda de un mayor papel no solo regulador sino gestor del ministerio del ramo se cubre con el objetivo de la equidad, eliminando diferencias en las prestaciones y en los servicios a los que acceden los pacientes en las distintas CC.AA., debidas a ciertas «medidas adoptadas durante estos últimos años», en el fondo se sitúa una crítica a la descentralización.

- b) El «*re-aseguramiento*» de la cualidad de sujeto titular del derecho a la atención sanitaria, en detrimento de la condición de ciudadano o residente.

Actualmente, en España, la asistencia sanitaria tiene naturaleza de prestación no contributiva y universal, por lo que su financiación se realiza a través de impuestos y de conformidad con el sistema de financiación autonómica vigente en cada momento –art. 86.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)–. Esta calificación jurídica, resultado de un arduo, ralentizado y no unívoco proceso evolutivo, es coherente con la previsión del citado artículo 1.2 de la LGS, según el cual «son titulares del derecho a la protección de la salud», en su vertiente de atención sanitaria «*todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional*». Sin embargo, sin modificar este precepto, el RDL 16/2012 vuelve al modelo basado en la «titularidad del sujeto asegurado» –y sus beneficiarios–, típico del Sistema de Seguridad Social.

Sin duda se trata de uno de los cambios más llamativos, habiendo dado lugar ya a un aluvión de críticas y a un intenso debate mediático. No obstante, como ya hemos anunciado y analizaremos con cierto detalle de inmediato, el cambio regulador no es tan innovador como parece y realmente no hace sino formalizar con mayor claridad algo que ya teníamos en nuestro ordenamiento –LGSS/1974–, por más que resultara –y ahora sigue siéndolo– contradictorio y chocante. Aquí la excusa para el cambio, real o pretendido –si bien el Gobierno lo niega–, es que la «universalidad» reconocida al SNS habría sido un auténtico «coladero» por el que toda persona se beneficiaría del Sistema sin poder luego el SNS recuperar el coste, aunque hubiese otros sujetos obligados al pago. Ahora se pretenden corregir algunas «situaciones de prestación de asistencia» hoy incluidas en el SNS pero que debilitarían su sostenibilidad «de forma alarmante» («turismo sanitario comunitario»; cobertura a inmigrantes en situación irregular).

- c) La «*re-mercantilización*» de la asistencia sanitaria, mutando una parte del gasto público sanitario en gasto privado, tratando la atención sanitaria como un «bien de mercado» más, cuya mayor disponibilidad va a depender de las rentas.

Conviene recordar dos evidencias que a menudo se ignoran en el debate de la financiación de la asistencia sanitaria. De un lado, cuando se hace referencia al fin de la «sostenibilidad» se tie-

ne en cuenta solo si es sostenible el gasto público, pero nada se dice de la «sostenibilidad» del gasto sanitario privado para una familia en el contexto de crisis y cuando se reduce la sanidad pública. El debate de la sostenibilidad, pues, está sesgado, agotado solo en cuánto cubre lo público y cuánto lo privado.

De otro, se afirma en la propia norma que se trata de «una asistencia sanitaria gratuita» para todos. Pero es evidente, como ya se ha tenido oportunidad de indicar, que eso no es cierto, ni lo ha sido antes, ni lo es ahora ni por supuesto lo será mañana. En realidad, lo que se indica con esa cualidad es el modo principal de financiación de tal prestación. La cuestión está en decidir si se recaudan en origen y por una vez del mismo fondo «para todos los residentes en España», vía impuestos, o si se hace sobre una parte de la población, la que trabaja, a través de cuotas directas sobre salarios aportadas por trabajadores y empresarios, como era antes de 1999, *o bien se vuelve a reclamar la contribución de quienes la usan de modo efectivo y concreto*, debilitando o corrigiendo parcialmente el principio de solidaridad intergeneracional típico de nuestro sistema de protección social. Por ello, atendiendo a esta dimensión más realista hoy se tiende a llamar «repago» a la técnica de «copago». En realidad quien ahora ha de contribuir con una parte mayor de la prestación ya lo hizo con el conjunto del sistema, a través del pago de sus impuestos –presumimos, de buena fe, que lo hizo de modo efectivo–. Por lo tanto, ahora, el pago de la nueva «tasa» se suma al pago de impuestos previo.

Este recordatorio evidencia que en buena parte de las «soluciones» aportadas para la financiación de la asistencia sanitaria siempre han estado presentes intereses de carácter económico-empresarial. Fuera de la imagen contable de saneamiento que nos proporcionó la separación de fuentes de financiación, realmente lo que ocurrió es que el déficit se trasladó de un lado de las cuentas del Estado, las cotizaciones de Seguridad Social –Presupuestos de la Seguridad Social–, que pagan los empresarios principalmente, a otro, el de los Presupuestos Generales. De este modo, se posibilitó no ya solo la continuidad de las cuotas sino incluso su progresiva reducción, con lo que ello supuso de mejora de la competitividad empresarial por esta vía. Como se verá en breve, también esta lógica de defensa de la competencia está muy presente en esta nueva reforma sanitaria. Los datos estructurales y las cifras más significativas del gasto sanitario público español mostrarían que «la sanidad pública... *ha acarreado consecuencias gravemente perjudiciales para el empleo y la viabilidad de los sectores empresariales que con él se relacionan*». Se trata de la consabida lacra de las altas tasas de morosidad a proveedores, que cercena opciones de crecimiento y empleo, sobre todo respecto del sector farmacéutico.

Precisamente, será en relación con la reducción del enorme gasto farmacéutico –este sí insostenible– donde se concentren la mayor parte de las medidas dirigidas al incremento de la aportación del usuario. Pero no será la única. En todo caso, es en este tema donde la dimensión de la reducción de costes llega al paroxismo.

4.3. Los principales ámbitos de «acción de reajuste-recorte» en el Sistema Nacional de Salud

Identificados los motivos y el sentido profundo de la reforma, tanto los –interesadamente– confesados como los reales, y evidenciadas las claves básicas del programa de reajuste-recorte sani-

tario, conviene sintetizar los ejes esenciales sobre los que se articula ese programa, a fin de tener una visión de conjunto de cuáles son los aspectos más relevantes, pues la caótica estructura del Real Decreto-ley dificultaría en extremo esa visión. En torno a esos ejes hemos ordenado la exposición del cuadro de medidas de reforma por lo que su listado favorecerá una imagen global de la misma. A tal fin, los ejes o cuestiones temáticas básicas son:

- a) La delimitación en sentido excluyente del ámbito subjetivo del derecho a través de la técnica del «sujeto asegurado».
- b) La reconfiguración de la «prestación de asistencia sanitaria» mediante una revisión de la «cartera común de servicios», a fin no ya tanto de garantizar una igualdad en todo el territorio nacional, como se dice, pues la diversidad seguirá e incluso se potencia, sino más bien de facilitar que ciertas prestaciones sean corresponsabilidad de los usuarios mediante mayor aportación.
- c) La revisión en profundidad de la prestación farmacéutica a fin de reducir la gran factura farmacéutica. Los aspectos más relevantes son:
 - La fijación de nuevos criterios de inclusión-exclusión de medicamentos en la financiación pública, tratando de favorecer la des-financiación de una parte significativa de los hoy cubiertos.
 - El cambio del sistema de fijación de precios de los medicamentos, ya sea con una nueva modificación del sistema de precios de referencia como con la inclusión de un nuevo sistema de precios seleccionados. Con ello se refuerza el intervencionismo del Estado en este mercado.
 - Nuevo modelo de copago (repago), a fin de favorecer, al menos en la apariencia, una mayor equidad respecto del modelo anterior, si bien el resultado es un sistema extremadamente complejo de gestionar y con altas dosis igualmente de inequidad.
 - Mejora de la competencia como mecanismo para reducir los precios.
- d) Incorporación de un elenco de medidas orientadas a favorecer la eficiencia en la gestión de los procesos de compra por parte del SNS, mediante el fomento de sistemas de adquisición centralizada –la ansiada «**central de compras**»– entre diferentes Servicios autonómicos, así como exigencia de «planes de ahorro energético» – *disp. adic. cuarta RDL 16/2012*–.
- e) Medidas de ajuste con el «capital humano» –personal sanitario–, a fin de darle otra vuelta de tuerca más en orden a la mejora de su productividad, tanto a través de la intervención en los programas formativos como en sus «salarios».
- f) Como algo episódico, se incorporan medidas de protección del modélico sistema altruista de trasplantes español, referencia mundial, del riesgo de mercantilización a que se le ha sometido recientemente. A tal fin se hace uso del blindaje que permite el artículo 12.2 de la Directiva 2004/23/CE, incluyendo un nuevo párrafo al artículo 4.1 del Real Decreto

1301/2006, de 10 de noviembre, así como un artículo 30 bis, por el que se constituye con carácter estatal un «Registro de Donantes de Progenitores Hematopoyéticos» –células madre de las células de sangre–.

En las páginas que siguen analizaremos con algún detalle los principales cambios. Finalizaremos con una reflexión de conjunto sobre los efectos probables de tan deficiente y contraproducente reforma.

5. MODELO DE ATRIBUCIÓN DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO: ¿SIGUE SIENDO UNIVERSAL, ES ASEGURADOR O ASISTENCIAL?

5.1. El retorno a la «condición de asegurado» como título atributivo del derecho social: el mantenimiento de la confusión de modelos

Como ya advertimos, en el ámbito subjetivo se halla la primera gran novedad, al menos aparente, que está dando lugar «a ríos de tinta». A este respecto conviene ser rigurosos en el análisis y en el juicio, pues realmente el cambio legislativo no es tan radical como parece respecto del ambiguo y contradictorio modelo ya existente antes de la reforma. Esta aseveración deriva de la inexistencia de un modelo legal de aseguramiento o protección universal plena o absoluta en el Derecho precedente, pues se trataba de una «universalidad formal». La diferencia práctica entre la anterior regulación y la posterior va a estar, como se verá, «solo» en la exclusión formal de las personas en situación irregular, salvo la atención debida de urgencia y para ciertos colectivos de especial protección internacional (mujeres embarazadas y menores).

El originario artículo 3 de la Ley 16/2003, intitulado elocuentemente «*titulares de los derechos*», recurría para la atribución de los mismos a un *vínculo jurídico-político*, según el modelo de protección de derechos de ciudadanía. Por eso, el referente era la condición de español o bien la de extranjero residente legal o empadronado, según el artículo 12 de la LOExIS y según la normativa internacional al respecto, así como, en virtud del Derecho Comunitario, los «nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea». Con esta regulación se daba cumplimiento al artículo 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, LGS, una norma que, como dijimos, no se modifica. En definitiva, el modelo de reconocimiento del derecho resultaba coherente con el nuevo modelo de financiación pública, basado en impuestos y no en cotizaciones.

Pero tanto económica como jurídicamente la situación era mucho más confusa que la imagen de universalización formal dada por la LGS. En el plano económico, la separación no se consuma hasta 1999, por lo que desde 1986 hasta 1998 se siguieron trasvasando cuotas desde el Sistema de la Seguridad Social a la sanidad. En el plano jurídico, y a raíz de esa persistencia del pasado –confirmando que el sistema se conforma más bien por estratos donde lo nuevo se yuxtapone con lo viejo y no por una ordenación racional donde lo nuevo desplaza lo viejo–, la forma efectiva de

financiación llevó a que el nuevo Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, mantuviera, a través de todo un ejercicio de ingeniería jurídica, tan típico de la Seguridad Social, la asistencia sanitaria dentro de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social –art. 38 LGSS–, pero sin regularla en su seno, sino dejando en vigor buena parte de la regulación anterior de 1974, que fue objeto de refundición pero no de derogación formal y completa.

Lamentablemente, esta absurda situación se mantendrá hasta la actualidad, pese a las críticas recurrentes que recibió de la doctrina científica, y se siguió con la promulgación de normas que decían extender el derecho a la asistencia sanitaria a los más diversos grupos poblacionales que están excluidos de ella. Además, las CC.AA. dictarán normas propias, dándose la paradoja de que la Tesorería General, Servicio Común de la Administración de Seguridad Social que no del SNS, incorpora titulares de derecho a asistencia sanitaria a través de situaciones ajenas a la regulación de la prestación y que no son reconocidas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS–, como, por ejemplo, la prórroga indefinida de asistencia sanitaria en Andalucía o, más recientemente, en Aragón. El colofón de este absurdo se produce cuando a las personas cuyo derecho a la atención sanitaria les ha sido reconocido por la Comunidad Autónoma donde residen, pero no por el INSS, se les ocurre desplazarse a otra Comunidad, ya que esta atención sanitaria solo tiene validez autonómica.

Con la tarjeta sanitaria individual (2004) se resolvieron algunos de los más significativos problemas de este tipo, pero no todos. Todo esto generó una inercia que llevó incluso a perpetuar la situación más allá del momento en que se concretó la separación financiera, porque las normas legales y reglamentarias no cambiaron. El INSS siguió siendo el órgano encargado de reconocer el derecho a la asistencia sanitaria. Pues bien, el nuevo Gobierno-legislador lo que ha hecho es reverdecir el modelo tradicional, reafirmando la legislación de Seguridad Social sobre la legislación sanitaria. Pero introduce novedades que nos llevarán a mantener, en realidad, sustancialmente invariada la situación jurídica, salvo en la ya comentada excepción, muy relevante, de las personas inmigrantes extranjeras en situación irregular. Así, el nuevo artículo 3 de la Ley 16/2003, en la nueva redacción dada por el RDL 16/2012, recurre a la «condición de asegurado», aunque no se trata solo de un modelo de «aseguramiento contributivo», sino también de «aseguramiento asistencial».

5.2. La ampliación de la condición de asegurado más allá de la clásica cualidad profesional: un modelo de aseguramiento no contributivo

En efecto, expresamente establece el referido artículo 3 que *la asistencia sanitaria pública en España, a través del SNS, «se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado»* (apdo. 1) o *«la cualidad de beneficiario»* (apdo. 4).⁹ *En otro caso, solo «podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago» bien de (a) la correspondiente contraprestación*

⁹ Según el nuevo artículo 3.4 de la Ley 16/2003 «tendrán la condición de beneficiarios de un asegurado, *siempre que residan en España*, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo *que sean menores de 26 años* o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%».

o bien (b) de la cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (apdo. 5). De un modo u otro, la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria pública se hace depender de una posición económica previa, quedando fuera del sistema tanto los más ricos y que no realizan una actividad de carácter profesional que exija el alta en Seguridad Social –lo que, por cierto, no es ninguna novedad, sino que ya sucedía antes de la reforma–, cuanto algunos colectivos excluidos socialmente –inmigrantes en situación irregular–.

La condición de asegurado –posición principal– vuelve a depender, pues, de la acreditación bien de una fuente de renta ligada a una actividad profesional previa (realizar una actividad de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, con la correspondiente situación de alta en Seguridad Social; la condición de pensionista o perceptor de una prestación de este Sistema), bien de la acreditación de la voluntad de tenerla mediante el trabajo cuando el mercado laboral ofrezca la oportunidad para ello (inscripción como demandante de empleo), bien de la acreditación de inexistencia de aquella fuente y de cualquier otra que le otorgue una capacidad de compra mínima de ese bien –prueba de necesidad–. Este último título nos devuelve la imagen originaria de los «hospitales de pobres», típicos de la beneficencia de la Baja Edad Media, y que en el viejo Sistema de Seguridad Social se concreta en el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre.¹⁰ Pero por sorprendente que resulte a muchos, dada la claridad del artículo 1.2 de la LGS, lo cierto es que este modelo estaba vigente antes de esta reforma.

Para comprobarlo bastará un ejemplo muy reciente: la *Orden de 5 de septiembre de 2011, de la Consejería de Sanidad gallega*, por la que se actualiza el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria por parte de las personas sin recursos económicos suficientes y de las que se encuentran en situación de desempleo –DOG n.º 173, 9 de septiembre de 2011–. Precisamente, esta normativa autonómica clarifica la protección de otro colectivo beneficiario, el de las personas desempleadas, que desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 1/1992, de 3 de abril, de medidas urgentes sobre el fomento del empleo y protección por desempleo, es responsabilidad del SNS. Desde junio de 1992 los servicios de salud tramitan, de oficio, la prestación de la asistencia sanitaria a los ciudadanos que agotaron las prestaciones del antiguo INEM con anterioridad al 7 de abril de 1992. Para situaciones posteriores a esa fecha, por Circular 3/1999, de 21 de octubre, se estableció que las personas usuarias que hubieran agotado el subsidio, y previa presentación de la documentación justificativa, serían dados de alta en el INSS como desempleados con derecho a la asistencia sanitaria. En la Tesorería General de la Seguridad Social se daban de alta en la patronal de desempleados con un determinado código de cotización, que ha ido variando con el tiempo.

El artículo 3 de la Ley 16/2003, tras la nueva redacción, trata de clarificar esta situación –de «clarificación armonizada de la condición de asegurado» habla el preámbulo–, de modo que la condición de asegurado no la tengan solo quienes son trabajadores actuales –por cuenta ajena o autónomos–, o resultan a día de hoy titulares de una prestación del Sistema de Seguridad Social –pensionista o cual-

¹⁰ Se trata del reconocimiento de un beneficio asistencial por razón de pobreza: «3. En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, *podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente*».

quier otra prestación periódica–, sino también quienes habiendo ya agotado su protección por desempleo figuran inscritos como demandantes de empleo –apdo. 2–. Fuera de estos supuestos, la única vía de acceso a la asistencia sanitaria sin tener que afrontar el pago directo por la provisión de la misma es acreditar la falta de recursos. De este modo, en realidad, y salvo por lo que luego se dirá, la situación jurídica generada se identifica en lo sustancial con la regulación anterior, con lo que se clarifican ciertos aspectos, al renovarse la vigencia de una regulación que ya se tenía por caduca, pero se mantienen otras confusiones, por cuanto el «modelo formalmente universal» sigue en vigor en el artículo 1.2 de la LGS. En consecuencia, el cambio es criticable más por no ser capaz de poner orden en una situación tan contradictoria y confusa que por sus efectos pretendidamente excluyentes en lo que atañe estrictamente al retorno –que realmente nunca desapareció de nuestro Derecho, como se ha dicho, aunque era, y es, todo un anacronismo– al título de asegurado.

Tan conservadora es, desde este plano general, que sorprende la continuidad de otra obsolescencia de nuestro ordenamiento en este ámbito, pese a predicar su interés por lograr mayor equidad del SNS. Nos referimos al mantenimiento de ese modelo tan específico o propio que tienen ciertos funcionarios en orden a la prestación sanitaria, que pueden elegir entre la asistencia pública y la privada. En este sentido, el Gobierno no ha querido alterar la situación de los funcionarios, ahora ya en extinción –nos referimos a este régimen especialísimo de Seguridad Social, no tanto a este colectivo, aunque ande en franca retirada–. Conforme al artículo 3.6 de la Ley 16/2003, se mantendrá inalterado el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares –o sus beneficiarias– de los regímenes especiales gestionados por la *Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado* –MUFACE–, la *Mutualidad General Judicial* –MUGEJU– y el *Instituto Social de las Fuerzas Armadas* –ISFAS–, remitiendo la nueva regulación a su régimen específico. De nuevo se trata de una norma conservadora de una regulación inequitativa y seguramente ineficiente.¹¹

5.3. Efectos excluyentes de la nueva regulación: lucha contra la población «inmigrante irregular», el «turista comunitario sanitario» ¿y contra la emancipación tardía de los hijos?

Pero si en un plano general las cosas cambian tan poco, o prácticamente nada, ¿entonces por qué ha generado tantas críticas? Con este sistema general asistencial la cobertura en España ha llegado a más del 99 por 100 de la población, de modo que menos del 1 por 100 de la población quedaría fuera, y no sería preocupante, por cuanto se trata de ciudadanos con recursos. El problema de la nueva regulación no reside aquí, sino en ciertas previsiones específicas que sí tienen un efecto excluyente importante, en particular dos de ellas, aunque los efectos se dan en tres colectivos básicamente. El primero de ellos aparece en el grupo de los «beneficiarios», en la medida en que no tendrán la condición de tales «*los descendientes y personas asimiladas a cargo del asegurado que sean mayores de 26 años y no tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%*» –art 3.4 Ley 16/2003–.

¹¹ «A este respecto, las personas encuadradas en dichas mutualidades que hayan optado por recibir asistencia sanitaria a través de las entidades de seguro deberán ser atendidas en los centros sanitarios concertados por estas entidades. En caso de recibir asistencia en centros sanitarios públicos, el gasto correspondiente a la asistencia prestada será reclamado al tercero obligado, de acuerdo con la normativa vigente» –apdo. 6, segundo párrafo–.

Según ya pudimos evidenciar, al mostrar las perplejidades de la nueva regulación, incluso para quien se supone mejor la conoce –la titular del Ministerio de Sanidad–, que negó que hubiera «españoles» que pudieran quedarse sin prestación sanitaria, esta fijación de un límite de edad al beneficiario determinará que quienes no hayan trabajado nunca –jóvenes en formación– y no puedan acreditar tener una renta por debajo del umbral de pobreza fijado en la norma reglamentaria –el art. 1 RD 1088/1989 lo sitúa, con carácter general, en rentas, de cualquier naturaleza, iguales o inferiores al IPREM en cómputo anual, por aplicación del art. 2.3 del RDL 3/2004, que sustituye la vinculación al SMI– no tengan acceso a la prestación. Aunque el número de estas personas pueda ser relativamente reducido, pues por lo general se podrá acreditar que se carece de recursos suficientes, entrando por el aseguramiento asistencial, lo cierto es que la previsión legal es un absurdo jurídico manifiesto, y una injusticia social, pues mientras se tiene derecho a la prestación de alimentos incluso por encima de esa edad, el legislador les privaría de la protección sanitaria. La grave contradicción ha llevado, como también se anunció, a que las autoridades sanitarias con competencia en esta materia, y a diferencia de las personas inmigrantes en una situación irregular, no hayan alterado nada la práctica inclusiva precedente, a la espera de una solución clarificadora por parte del ministerio, lo que deberá hacerse por la vía reglamentaria. Por tanto, aun corrigiéndose en vía reglamentaria tal efecto no deja de ser criticable, por su inseguridad, anomalía e inequidad.

Un segundo efecto excluyente, ciertamente mucho más importante, por el número tan elevado de personas a que puede afectar y por ser más manifiesto su carácter insolidario, está en la disposición final tercera, que modifica el artículo 12 de la LOExIS. Este precepto no tiene naturaleza orgánica (disp. final cuarta LOExIS), de ahí la posibilidad de modificación por esta vía, aunque, como ya se dijo, sí afecte de lleno a un derecho social de las personas, por lo que debería hacerse por ley y no por real decreto-ley. Esta modificación querría evitar una de las dos manifestaciones del fenómeno anómalo relativo al «turismo extranjero social», si bien en este caso no se trataría propiamente de una realidad de este tipo.

Es conocido que el referido artículo 12 de la LOExIS atribuía el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que a los nacionales españoles –y también el resto de no nacionales residentes–, siempre y cuando se hubiese «empadronado» en un municipio de nuestro país. Por tanto, la asistencia sanitaria ni siquiera se vincula a la residencia legal, como parecía sugerir el modelo de cobertura universal del artículo 1.2 de la LGS, sino al «empadronamiento municipal», una situación jurídica diferente a la de residencia y que no se vincula al estatuto jurídico-administrativo de la persona sino a un hecho físico –la presencia en una determinada zona del territorio español de la persona inmigrante extranjera–. El nuevo tenor literal del precepto de la legislación de extranjería remite para el reconocimiento del derecho de referencia a la legislación sanitaria, esto es, al artículo 3 de la Ley 16/2003, que exige la autorización para residir como condición para acceder a la prestación. No obstante, la regla general excluyente de la atención sanitaria a los inmigrantes en situación irregular contempla tres excepciones, la primera atendiendo a la materia y la segunda y la tercera a la cualidad subjetiva de las personas inmigrantes en estas situaciones irregulares. Así, se incluyen, a través de un nuevo artículo, que reflejando el absoluto desprecio de este Gobierno por la calidad de la técnica legislativa –pese a ser un imperativo según la Ley de Economía Sostenible– se enumera como *artículo 3 ter*–, los siguientes supuestos que sí dan derecho a la atención sanitaria –debe tenerse en cuenta que estos supuestos no son disponibles para el Gobierno-legislador, por venir establecidos en Tratados Internacionales–:

- El tratamiento de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea la causa, desde que se constata a la situación de alta médica.
- Las mujeres en situación de embarazo, parto y posparto.
- Los menores de 18 años, que recibirán tratamiento en los mismos términos que los españoles.

En consecuencia, una vez transcurra el periodo transitorio fijado a tal fin –hasta el 31 de agosto de 2012, según la disp. trans. primera–, personas que antes del RDL 16/2012 tenían reconocido el derecho a la asistencia sanitaria se verán privadas de él, al carecer de la condición de asegurado –o beneficiario–. Conocida es, sin embargo, la oleada de rebeliones de diversos autogobiernos contra esta norma, por considerarla no solo contraria al Derecho Humanitario Internacional, sino también por resultar contraproducente, al mantener colectivos de población existentes, aunque se quieran hacer invisibles, en nuestro país que podrían ser portadores de enfermedades infecciosas y, por lo tanto, peligrosas desde un punto de vista de salud pública. De ahí que entiendan que por esta doble causa –humanitaria y de salud pública– se hace preciso mantener la cobertura, pero sin atajos que harían peor el remedio, como la ya evidenciada ocurrencia de la ministra de trasladar esta asistencia a la beneficencia, a través de convenios entre CC.AA. y ONG. La Alianza de Plataformas de ONG del VIH, que engloba a más de 300 asociaciones dedicadas a esta infección, sin embargo, ha remitido ya una carta a la ministra para desmarcarse de su propuesta, pues

*«... supone la creación de un sistema sanitario paralelo que puede tener un impacto negativo a nivel de derechos, de salud pública y económico».*¹²

En suma, la incorrección e injusticia de una norma provocará nuevas anomalías jurídicas, en un círculo infernal de deficiencias sin fin. En este sentido, desbordada por los efectos de esta normativa, cuya improvisación es tal que hasta sorprende a la propia ministra, esta no duda en reclamar para el posterior desarrollo reglamentario, haciendo inmortal la célebre frase de Romanones, la solución de las situaciones más alarmantes, como el referido caso de los inmigrantes en situación irregular infectados por el VIH o enfermos de cáncer.

5.4. Respuestas correctoras para el «turismo sanitario de comunitarios»

Más compleja es, y por tanto más matizado debe ser el juicio a la solución legal, la cuestión afrontada por la disposición final quinta del RDL 16/2012 en la que se modifica el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero. Con ello se ha querido hacer frente a una situación verdaderamente anómala denominada «turismo sanitario» de aquellos ciudadanos que se benefician de regímenes comunitarios de libertad de circulación y de libertad de prestación de servicios –incluidos los sanitarios–.

Con fundamento en diversos Informes del Tribunal de Cuentas, en particular el de 29 de marzo de 2012, aquí se evidenciaría una «bolsa de ineficiencia» del SNS español. El importe fac-

¹² En: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/05/11/actualidad/1336755831_457691.html

turado por el INSS por la asistencia sanitaria prestada a los asegurados a cargo de los países del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria y a cargo de los siete países con los que España tenía suscritos Convenios Bilaterales en el ejercicio 2009 –que es el fiscalizado–, ascendió a un total de 446.134.747,58 euros, un 627,06 por 100 superior al importe de la facturación recibida por la asistencia prestada en dichos países a asegurados a cargo de España, que ascendió a tan solo 61.361.532,13 euros.¹³

La diferencia entre ambas magnitudes (entendidas en términos de gestión como España acreedora y España deudora) se debe a que España es un país receptor de turistas y residentes extranjeros, por lo que la eficacia y eficiencia interna en la gestión de la facturación de las prestaciones de asistencia sanitaria que efectúan, y que se realiza a través de una aplicación informática que se llama «ASIA» (Asistencia Sanitaria Internacional Automatizada), es especialmente relevante. Pues bien, para este órgano de control de las cuentas públicas, el SNS estaría asumiendo directamente la asistencia sanitaria de personas que la tienen ya cubierta, bien por sus instituciones de seguridad social en origen, bien por técnicas de seguro privado. La consecuencia de esta ineficiencia reguladora y de gestión sería una erosión de su capacidad financiera que exige corrección.

Conviene, en todo caso, tener en cuenta que el Tribunal de Cuentas advierte que una parte de esas deficiencias se deben –esto no aparece explicado en el preámbulo–, a un inadecuado sistema de facturación de los costes en ese tiempo por las entidades españolas, en especial al Reino Unido, ya que lo hizo mediante el «sistema de costes estimados» y no por el «sistema de costes efectivos». El problema no es menor ante el gran número de turistas británicos en España, habiendo una diferencia en detrimento de nuestro país de más de 20 millones de euros en los ejercicios 2007 y 2008. Aunque el Ministerio de Trabajo corrigió en 2009 el sistema, procediendo ahora siempre por el sistema de costes reales, se le reprocha al ministerio que no lo hiciera antes. Asimismo, le responsabiliza de varios defectos de descoordinación en el uso de los nuevos procedimientos de facturación informatizados –por ejemplo el sistema «FISS-WEB»– entre las CC.AA., de modo que unas sí los utilizaban pero otras no, aportando en unos casos información adecuada y en otros no, por lo que el INSS no pudo emitir adecuadamente la factura. Sí evidencia el que en los casos de proximidad territorial, como con Portugal y Francia, el elevado número de asistencias a ciudadanos de esos Estados tiene como causa más probable una movilidad específica a tal fin, «lo que desnaturaliza el objetivo que se persigue con el uso de la Tarjeta sanitaria europea, que debe tener solo una utilización coyuntural» (pág. 26 del Informe citado). En suma, un porcentaje no desdeñable de la ineficiencia no se debe a «malas prácticas» de los ciudadanos comunitarios, que también, sino a deficiencias de gestión de las instituciones, lo que no tiene que ver con la regulación sino con los sistemas de gestión.

Buena prueba de ello es que, al mismo tiempo –y de esto nada se dice tampoco–, el Tribunal de Cuentas reprocha a las autoridades españolas el que no controlen adecuadamente la situación de los españoles que se desplazan a otros países comunitarios para recibir ciertas prestaciones no cubiertas en nuestro SNS, y sí en otros –como las odontológicas–. Las instituciones de estos países, más habituados a este tipo de movimientos, sí facturarían adecuadamente a España estos costes, con lo

¹³ Así se establece con toda claridad y contundencia de argumentos en el referido Informe del Tribunal de Cuentas de 29 de marzo de 2012, págs. 25 y ss., donde lista y explica las deficiencias a tal fin. Disponible en: <http://www.laboral-social.com/files-laboral/informe-tribunal-cuentas.pdf>

que el SNS español se vio obligado a asumir por esta vía unos costes que no tendría que pagar por no estar cubierto en territorio nacional. En consecuencia, una gestión inadecuada previa le obliga o a pagar lo que no debe, o a tener que abrir muchos procedimientos de reintegro de prestaciones indebidas, lo que en todo caso complica la gestión y multiplica las ineficiencias.

Conviene tener en cuenta, también, la Directiva 2011/24/UE, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, que regula el reembolso de los gastos ocasionados al recibir tratamiento en otro Estado miembro y establece el marco para el desarrollo de la receta electrónica en la UE. La directiva se publicó el 4 de abril en el DOUE. El plazo de incorporación al derecho nacional de esta nueva normativa finaliza el 25 de octubre de 2013, por lo que hubiera sido un buen momento para transponerla. Hasta ahora, la demanda de asistencia sanitaria transfronteriza ha representado en torno al 1 por 100 del gasto público en salud, es decir, unos 10.000 millones de euros. Se incluye en este cálculo la asistencia sanitaria transfronteriza no programada, como las urgencias. En consecuencia, el movimiento es reducido y la preferencia por la asistencia estatal dominante. No obstante, como se ha visto, aquellos países con más afluencia de turistas favorecen un impacto desigual de este tema.

Esta directiva persigue la seguridad jurídica del ciudadano que requiere asistencia sanitaria transfronteriza (tanto los gastos generados por la asistencia sanitaria en otro Estado miembro, como los gastos de la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios). También promueve la cooperación entre Estados miembros (respetando las competencias nacionales en materia de organización y prestación de asistencia sanitaria) y aclara la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, ya recogida parcialmente en el Reglamento (CE) n.º 883/2004. Ahora bien, ni crea las bases para un sistema sanitario europeo, pues no tiene la UE competencia para ello –tampoco interés–, ni modifica las condiciones de la asistencia sanitaria, dado que la competencia en materia de organización y gestión sanitaria continúa siendo de los Estados miembros. Precisamente, el preámbulo de la directiva confirma que no da derecho a las personas a entrar, permanecer o residir en un Estado miembro únicamente con el fin de recibir asistencia sanitaria en dicho Estado miembro. En caso de que la estancia de una persona en territorio de un Estado miembro no sea conforme a la legislación de ese Estado relativa al derecho de entrada o de estancia en su territorio, dicha persona no será considerada asegurado según la definición de la directiva. Debe seguir correspondiendo a los Estados miembros determinar en su legislación nacional la definición de persona que se considera asegurada a efectos de su régimen sanitario público y legislación en materia de seguridad social mientras se salvaguarden los derechos de los pacientes establecidos en la directiva a la que se está haciendo mención.

Aunque esta Directiva 2011/24/UE ha de valorarse positivamente en su conjunto, no deja de plantear problemas. En primer lugar, adolece de reglas claras sobre cuándo se aplicará el reembolso (regla general) y cuándo podrá exigirse el pago directo del Estado de afiliación al Estado que concedió la asistencia sanitaria. En este punto, no solo concede un margen de discrecionalidad demasiado amplio a los Estados, sino que además permite la discriminación de personas sin recursos suficientes para adelantar el pago de determinados tratamientos. En segundo lugar, tampoco fija el tiempo exacto que debe tardar el Estado en reembolsar, lo cual es otro perjuicio para el paciente sin recursos. En tercer lugar, aunque la directiva insta a los Estados miembros a crear un organismo de información

nacional para los pacientes, no se les obliga a hacerlo en un plazo de tiempo razonable, lo cual puede suponer un grave perjuicio al derecho de información del paciente. En cuarto lugar, genera un riesgo de desprotección en el control de los datos personales disponibles en la red europea, de modo que hay un importante sector de analistas que opinan que, para garantizar la continuidad de la asistencia sanitaria transfronteriza, se requiere la transferencia de datos personales relativos a la salud del paciente, sin que haya normas comunes que armonicen la regulación en este ámbito. Por último, no podemos dejar de evidenciar un posible efecto de la norma que puede ocasionar discriminaciones. Así, antes de esta directiva, la discriminación radicaba en la dificultad que vivían los ciudadanos europeos enfermos para desplazarse dentro de la UE, frente a los ciudadanos europeos sanos que gozaban plenamente de la libertad de circulación de personas. Ahora, tras su aprobación, la discriminación pasa a colocarse entre los ciudadanos europeos enfermos con recursos y aquellos que no los tienen, es decir, entre los que pueden adelantar el pago de un tratamiento en otro Estado miembro y los que no. La coordinación entre los sistemas sanitarios europeos exige centrarse no en el reembolso si no en el pago directo de los tratamientos. En suma, pese a la mejora de la seguridad jurídica, la presión de los Estados por su miedo a la intrusión en sus sistemas nacionales de salud —como evidencia la reforma española que comentamos— ha reducido a la mínima expresión los ambiciosos objetivos integradores y ha puesto mayor interés en prevenir «el turismo sanitario» que en la obligación de proteger y fomentar la salud de los ciudadanos europeos.

Desde esta perspectiva, conforme al artículo 7.1 de esta Directiva 2011/24/CE, sin perjuicio del Reglamento (CE) n.º 883/2004 y a reserva de las disposiciones de los artículos 8 y 9, el Estado miembro de afiliación garantizará el reembolso de los gastos contraídos por un asegurado que haya recibido asistencia sanitaria transfronteriza, siempre que dicha asistencia sanitaria figure entre las prestaciones a que el asegurado tiene derecho en el Estado miembro de afiliación. Los gastos de la asistencia sanitaria transfronteriza serán reembolsados o abonados directamente por el Estado miembro de afiliación hasta la cuantía que habría asumido dicho Estado si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en su territorio, sin exceder del coste real de la asistencia sanitaria efectivamente prestada (art. 7.4). En todo caso, esta directiva no afecta a los costes de la asistencia sanitaria necesaria recibida durante una estancia temporal en otro Estado miembro, con arreglo al Reglamento (CE) n.º 883/2004, y tampoco debe afectar al derecho de una persona asegurada a obtener autorización para recibir tratamiento en otro Estado miembro cuando se cumplan las condiciones establecidas en el Reglamento (CEE) n.º 1408/71.

Pero el Gobierno-legislador silencia estas cuestiones y prefiere centrarse en medidas que restrinjan el movimiento de ciudadanos comunitarios hacia España para recibir prestaciones sanitarias en nuestro país. A su entender, el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, de entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados de la UE —y del Espacio Económico Europeo— no habría reflejado adecuadamente el Derecho Comunitario —Reglamento (CE) n.º 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y su reglamento de aplicación, el Reglamento (CE) n.º 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, y artículo 7 Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004—, en materia de condiciones a cumplir en los casos en los que un ciudadano europeo desee residir en otro Estado miembro, distinto del que es originario, por *un periodo superior a tres meses*.

A este respecto, la práctica actual nos ha abocado a incurrir en continuos procedimientos de infracción por parte de la Comisión Europea. Esta nos reclamaría la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato ante las previsiones legales autonómicas –*Dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea* dirigido al Reino de España por su negativa a expedir la tarjeta sanitaria europea a personas residentes en España con derecho a recibir asistencia sanitaria con arreglo a la normativa de algunas comunidades autónomas–. De ahí que se proponga una reforma correctora del artículo 7 de aquel Real Decreto 240/2007 en tal sentido restrictivo, conforme a la nueva reacción normativa dada por la disposición final quinta del RDL 16/2012, para los residentes por más de tres meses. Con la nueva regulación se precisa con detalle la condición de sujeto beneficiario del derecho a residir por más de tres meses, estableciéndose, según la tónica general de la reforma, una regulación claramente restrictiva y excluyente para determinados colectivos que antes quedaban incluidos.

El cambio en el artículo 7 del Real Decreto –en coherencia con el nuevo art. 3 bis, apdo. 4, de la Ley 16/2003– refiere a los nuevos requisitos para inscribirse en el Registro Central de Extranjeros Comunitarios. Se precisa ahora que todo ciudadano de un Estado miembro de la UE –o de otro Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo– tiene derecho a residir en el territorio español por un periodo superior a tres meses si:

- a) Es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en España. A fin de mantener esta condición se presume existente si concurren determinadas situaciones –está en incapacidad temporal, sigue un curso de formación profesional; está inscrito como desempleado una vez finalizado su contrato de trabajo de más de un año, o inferior a un año, pero entonces la cualidad de trabajador a estos efectos será por periodo limitado, en todo caso no inferior a 6 meses–;
- b) O dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes *para no convertirse en una carga para la asistencia social en España* durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España, o
- c) Está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por la administración educativa competente, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional; y cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en España y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga; o
- d) Es un miembro de la familia que lo acompaña, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c). En este caso también se introducen determinadas matizaciones, que amplían el ámbito de familiares protegidos –apdo. 2– o lo restringen –apdo. 3–.

En suma, tales ciudadanos deberán inscribirse en el Registro de Extranjeros Comunitarios, con su identificación y los documentos que acrediten la titularidad de seguros privados o bien importar sus derechos sanitarios mediante el documento E121. En consecuencia, el Estado de afiliación pagará a España una **cuota fija por cada afiliado** que traslade su residencia a nuestro país. El principal

problema estará en la gestión de la información, en el control del caso concreto, en los trámites de cobro y reembolso, en el control del fraude y en el incentivo del cobro directo, por lo que no hay garantía de que las deficiencias se resuelvan de modo inmediato.

5.5. La protección de la salud de los españoles residentes en el exterior

La disposición adicional primera del RDL 16/2012 regula, a través de la técnica de la remisión –en este caso a la Ley 40/2006, de 14 de diciembre–, *el derecho a la protección de la salud de los españoles residentes en el exterior*. Se trata del supuesto contrario al analizado en el epígrafe anterior, pues aquí se refiere al colectivo de españoles que se desplacen al exterior para realizar una actividad y no se trate de Estados cubiertos bajo el régimen comunitario. En esta misma disposición se prevé que los trabajadores por cuenta ajena españoles de origen y residentes en Estados no miembros de la UE, de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza que se desplacen de manera temporal a España tendrán derecho a la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos, a través del SNS cuando, de acuerdo con las disposiciones de la Seguridad Social españolas, las del Estado de procedencia o de las normas o Convenios Internacionales de Seguridad Social establecidos al efecto, no tuvieran prevista esta cobertura.

5.6. El reparto de tareas: el reconocimiento del derecho por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y su prestación mediante la tarjeta sanitaria individual

Siguiendo con las críticas del Gobierno-legislador al sistema precedente, que ahora trata de corregir, pero sorprendentemente no hace sino consolidar la situación ya existente, también se intentaría corregir el defecto de incongruencia existente entre la separación financiera y la pretendida falta de *«la necesaria delimitación de funciones a la hora del reconocimiento de los derechos»*, asumiéndolo de manera muy diversa cada Comunidad Autónoma y siempre de forma pródiga, a juicio del Gobierno. Por eso, siguiendo una nefanda técnica legislativa, que lejos de ser excepcional en el RDL 16/2012 está generalizada, se ha incorporado un artículo 3 bis en la Ley 16/2003, a fin de clarificar la tarea de reconocimiento y control de la condición de asegurado.

Pero el fin real aquí perseguido es el de conseguir re-centralizar formalmente la competencia administrativa en torno al reconocimiento del derecho. Conforme a su apartado 1, *el reconocimiento y el control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo corresponderá al «Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Social de la Marina, a través de sus direcciones provinciales»*. En este aspecto se ha producido una importante modificación del tenor literal del apartado a través de la corrección de errores, evidenciado una vez más la criticada precipitación. En efecto, en la versión originaria, se abría la puerta a una más que inquietante discrecionalidad de la Entidad Gestora en orden a determinar los requisitos documentales a presentar para ver reconocido el derecho, pues al INSS correspondería establecer «los requisitos documentales a presentar en cada caso». Sin embargo, con mejor criterio, la corrección de errores he llevado a modificar este redactado y sustituirlo por otro en el que se garantiza un reconocimiento automático del derecho en

los supuestos de aseguramiento del artículo 3.2 de la Ley 16/2003, por tanto para los «asegurados» en sentido estricto –no así para los beneficiarios–: «... y se hará de forma automática en los supuestos previstos en el art. 3.2 de esta Ley».

La documentación de ese derecho, necesaria para que sea efectivo el derecho ya reconocido, no le corresponderá al INSS (o al ISM) sino a los servicios de salud de cada Comunidad Autónoma –que son las «administraciones sanitarias competentes» a las que refiere el apdo. 2–, a través de la expedición de la «*tarjeta sanitaria individual*».¹⁴

Finalmente, dentro de este apartado del reconocimiento, y también desde una perspectiva favorable a las prerrogativas administrativas centrales, ahora en clarísimo detrimento de los derechos a la protección de los datos personales del ciudadano, se hace una nueva regulación de la obtención de la información necesaria para expedir la tarjeta sanitaria individual conforme a las nuevas pautas. Para ello se establece, de un lado, que los *órganos competentes en materia de gobierno y gestión de extranjería* «podrán comunicar al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sin contar con el consentimiento del interesado, los datos que resulten imprescindibles para comprobar la concurrencia de los requisitos» del artículo 3.4 de la Ley 16/2003 –residencia legal–. Si bien la fórmula potestativa utilizada puede llevar a engaño en una primera lectura, lo que realmente está afirmando es que las subdelegaciones de Gobierno –competentes por lo general en esta materia– comunicarán al INSS esta información sin necesidad de consentimiento de los afectados.

6. RECONFIGURACIÓN DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA PRESTACIÓN: LA MULTIPLICACIÓN DE «CARTERAS DE SERVICIOS» DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

6.1. «Cartera común de servicios» de atención sanitaria: entre exclusiones y apertura a mayores aportaciones del asegurado-beneficiario

Delimitados en sentido restrictivo –excluyente– los sujetos del derecho social a la asistencia sanitaria, toca el turno a la delimitación, naturalmente también restrictiva, con carácter general, de la acción de protección o cobertura, esto es, del catálogo o cartera de servicios de atención sanitaria. Este es el objeto del capítulo II del RDL 16/2012. Se dice que el fin buscado es una nueva «*categorización de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud*» que permita gestionar mejor la realidad asistencial en España. Los fines básicos perseguidos –pero no logrados– serían:

- Una pretendida homogeneidad entre los servicios de salud autonómicos, en aras de la equidad, aunque –como se verá– mantenga y refuerce la posibilidad de carteras de servicios autonómicos.

¹⁴ Conforme al artículo 2.1 del Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual, son las Administraciones sanitarias autonómicas que tengan transferida la competencia –hoy todas– las competentes para emitir una tarjeta sanitaria individual con soporte informático a las personas residentes en su ámbito territorial que tengan acreditado el derecho a la asistencia sanitaria pública.

- La mejora de su transparencia, mediante una mayor y mejor «*información a la ciudadanía para que pueda conocer con exactitud el alcance de la cobertura de sus derechos*».
- La garantía de cohesión entre todas las personas que gozan de la condición de asegurado en nuestro país, mediante la financiación de los servicios prestados a las personas residentes en una Comunidad Autónoma distinta de la que está prestando la atención. Para ello se crea el *Fondo de Garantía Asistencial*, que aporta una partida específica de compensación para la garantía asistencial.

Sin dejar de mencionar de nuevo la bochornosa técnica legislativa empleada, de modo que donde antes había un artículo, el 8, ahora se fragmenta nada menos que en cinco preceptos, eso sí, sin renunciar a seguir siendo el artículo 8, la reforma da lugar a tres modalidades de cartera común de servicios asistenciales del SNS: la básica, la suplementaria y la accesoria. Antes de delimitar cada modalidad define lo que se debe entender por «cartera común de servicios» del SNS, recogiendo la misma definición que ya hacía el ahora mutado artículo 20.1 de la Ley 16/2003.¹⁵

Donde tampoco hay novedades es en la atribución de competencia para su aprobación, que corresponde, ahora y antes, al Consejo Interterritorial del SNS, y a través de real decreto, por tanto del Gobierno –art. 8.3–. Donde sí hay innovación, cuyo sentido es claramente restrictivo del carácter universal de la protección tratando de introducir mayor participación financiera a cargo del usuario, es en la categorización de tal instrumento de provisión asistencial, pues se distingue:

- a) Cartera común *básica* de servicios asistenciales del SNS. Se delimita en el nuevo artículo 8 bis como la que comprende toda actuación asistencial –de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación– realizada en centros sanitarios o sociosanitarios, incluido el «transporte sanitario urgente», y que es cubierta de forma completa por la financiación pública.
- b) Cartera común *suplementaria* del SNS. Se delimita en el artículo 8 ter como la que integra todas las prestaciones dispensadas en forma ambulatoria y con la aportación del usuario.

Incluye las cuatro siguientes:

- La prestación farmacéutica (definida ex art. 16 Ley 16/2003, que no se ha modificado).
- La prestación ortoprotésica (delimitada conforme al art. 17 Ley 16/2003, no modificado).
- Prestación con productos dietéticos (art. 18 Ley 16/2003, invariado).
- El transporte sanitario no urgente, siempre que esté prescrito por el facultativo atendiendo a razones clínicas.

¹⁵ La cartera común de servicios del SNS se define en el artículo 8.1 de la Ley 16/2003, como «conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiéndose por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias».

Dejando a un lado la prestación farmacéutica, que tiene su propia regulación legislativa –con sus correspondientes desarrollos reglamentarios–, el RDL 16/2012 se ocupa de dar algunas indicaciones en torno a la fuente reguladora y al procedimiento a seguir a tal fin respecto de estas prestaciones suplementarias. No obstante, conviene advertir de una cierta divergencia respecto del régimen previsto en el propio artículo 8 ter.4, y lo que establece, a finales análogos, la *disposición adicional segunda* del mismo RDL 16/2012. El precepto del cuerpo legal atribuye mayor protagonismo al ministerio, previo acuerdo del Consejo Interterritorial, mientras que la disposición adicional citada remite, de forma diferenciada, al real decreto –por tanto, norma del Gobierno–.

La aportación que se exige al usuario será la misma que para la prestación farmacéutica, si bien a tal fin se toma como base de cálculo el precio final del producto y sin tener en cuenta el límite a la cuantía de la aportación que sí se prevé para las prestaciones farmacéuticas (art. 8 ter, apdo. 5). Para ser rigurosos, esta situación es análoga a la que ya estaba establecida para el Sistema antes del RDL.

- c) Cartera común de *servicios accesorios* del SNS. Esta modalidad se define en el artículo 8 quáter como aquella que incluye toda actividad, servicio o técnica, *sin carácter de prestación, que no se consideran esenciales y/o que son coadyuvantes para la mejora de una patología de carácter crónico, estando sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario.*

A fin de garantizar u ofrecer una mayor seguridad jurídica sobre esta modalidad o nivel también complementario, por tanto sujeto a cofinanciación privada, del catálogo de servicios comunes, se establece que serán listados en una orden ministerial, previo acuerdo, como es natural, del Consejo Interterritorial del SNS.

6.2. El sorprendente reforzamiento formal de las carteras diferenciales autonómicas

Pero por si fuese poco con esta subdivisión, y en clara desdicha para el fin de la homogeneidad tan proclamado, aun se regula otra modalidad –más bien nivel– de cartera de servicios sanitarios, ahora ya no «común» sino «*complementaria autonómica*» y, en consecuencia, responsabilidad de los autogobiernos –art. 8 quinquies–. En este sentido, se pone como condición de validez de esta facultad de aprobar carteras autonómicas, complementarias a la común para todo el SNS, «*la garantía previa de suficiencia financiera de la misma en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria*» (apdo. 3). Junto a este control de fondo, existe otro control de transparencia, por cuanto es obligatorio que la Comunidad informe, con anterioridad a su incorporación, del uso de esta facultad de adición prestacional al Consejo Interterritorial del SNS y, posteriormente a su incorporación, al ministerio. En todo caso, el Consejo Interterritorial del SNS tiene la facultad de emitir, conforme al artículo 71.1 b) de la Ley 16/2003, «recomendaciones» sobre el establecimiento de la cartera complementaria de la Comunidad Autónoma (art. 8 quinquies.5).

De este modo, aunque ya el anterior artículo 20.2 de la Ley 16/2003 preveía la posibilidad de estas «carteras de servicios suplementarios –por tanto adicionales y de carácter diferencial– autonó-

micós», la nueva regulación ahora trata de resaltar de forma más contundente que no pueden utilizarse recursos de las transferencias del Estado a tales fines para cubrir esos servicios, sino que deben ser propios de la Comunidad Autónoma. Por lo tanto, no limita esa opción autonómica diferenciadora, sino que solo se recuerda que está sujeta a la regulación de estabilidad presupuestaria, como por lo demás ahora lo está todo –lógica de la gobernanza absoluta del número–.

6.3. Los efectos prácticos de la reconfiguración de la cartera de servicios: el carácter diferido de los cambios hasta la aprobación de la nueva

En todo caso, en tanto no se elabore la normativa de desarrollo de la cartera común de servicios del SNS permanecerá en vigor, conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria segunda, la cartera vigente hasta ahora. La regulación de la vigente cartera común de servicios está establecida en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre. En ese texto legal se detallan minuciosamente todas las prestaciones que están cubiertas en el SNS, articuladas en ocho grupos, si bien las CC.AA. tienen margen para ampliarlas –también las Mutualidades–. La vigencia de esta cartera hasta que sea sustituida por la nueva, que seguro será más restringida, no exime de una labor de depuración, en la medida en que se previene expresamente que tal vigencia ha de entenderse en todo lo que no se oponga a la nueva regulación.

Como se ha venido evidenciado, el riesgo para el inmediato futuro es que en esta coyuntura económica y política se resientan tanto los tratamientos ligados a la prevención de la enfermedad, pese a su probada eficiencia a medio plazo, como los que tienen que ver más con su valor social. Es el caso del SIDA, ya referido. Se ha denunciado una reducción de más del 50 por 100 de su presupuesto, lo que mutilaría al Plan Nacional sobre el Sida. Pero en el punto de mira de los recortes del Gobierno también están otras prestaciones sobre las que más que su impacto económico juega otro tipo de lecturas. Es el caso, por ejemplo, de la medicina reproductiva, pues cuando se habla de hacer recortes siempre se menciona en el mismo paquete que el aborto y el cambio de sexo, aunque no tengan

«nada que ver con ellos, salvo la relación con los genitales, que parece la obsesión de algunos».¹⁶

En todo caso, una visión de conjunto de la principal línea de reforma auspiciada por el RDL 16/2012 parece evidenciar que más que la exclusión, sin más, de las prestaciones hoy recogidas, salvo en lo que atañe a programas de prevención y de acción integral para mejorar la salud de determinados colectivos –mujeres, niños, personas de mayor edad...–, terminará imponiéndose la ampliación del porcentaje de participación del usuario, con lo que la continuidad de una parte de la protección se hará a costa de convertir el gasto público en gasto privado. Así sucederá sobre todo en las llamadas «prestaciones suplementarias». En suma, la técnica de la cartera de servicios dejará de ser un documento eminentemente útil para la mejora de la calidad clínica-asistencial y también de la gestión de servicios para revelarse como un criterio de diferenciación.

¹⁶ Vid. ARDOY, M., presidente de la Asociación para el Estudio de la Biología de la Reproducción. Disponible en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/05/07/actualidad/1336418905_086310.html

7. A VUELTAS CON LA REDUCCIÓN DE LA FACTURA FARMACÉUTICA: LA REDUCCIÓN DE PRECIOS Y NUEVO MODELO DE MAYOR REPAGO

7.1. El «análisis económico» del medicamento como criterio de medida básico de la prestación farmacéutica

Si el análisis del impacto económico de las prestaciones es una regla general de la configuración de la entera cartera de servicios de asistencia sanitaria, no hay duda alguna de que donde con más intensidad se refleja normativamente es respecto de la prestación farmacéutica. En realidad, es en esta prestación donde España acumula un auténtico problema de ineficiencia, a lo que hay que sumar la elevada morosidad que padece este sector, hasta el punto de que ya una parte importante de las empresas de productos farmacéuticos amenaza a hospitales y centros sanitarios españoles con el mismo «corte del grifo» que ha hecho a Grecia, de modo que la superación de ciertos límites de crédito significará el corte de suministro de medicamentos. Por eso, el capítulo IV del RDL 16/2012 incorpora otra importante batería de cambios, lo que por sí mismo ya evidencia el escaso éxito de las muchas anteriores, que no han tenido los efectos de eficiencia esperados, si bien hoy hay una encendida batalla entre sectores defensores y detractores de las mismas.

Quizás convencidos de esta difundida imagen crítica, en este ámbito el Gobierno-legislador no tiene ningún reparo en referir de una manera directa, sin eufemismos ni circunloquios, a la «austeridad en el gasto público» como el «objetivo inaplazable». Por ello, *«resulta necesario, más que nunca, que las decisiones de financiación estén presididas por los criterios de evidencia científica de coste-efectividad y por la evaluación económica, con consideración del impacto presupuestario, en la que se tenga en cuenta un esquema de precio asociado al valor real que el medicamento o producto sanitario aporta al sistema»*.

La preocupación aquí por la eficiencia es muy superior al resto. El objetivo de austeridad tiene diversas manifestaciones.¹⁷ La más relevante en el proceso de toma de decisiones de inclusión-exclusión de la financiación pública. Aquí emerge central el citado *«análisis económico del producto farmacéutico»* (evaluación costes-beneficios). Pero está presente en todo el ciclo de decisiones que conforman la prestación farmacéutica, que incluye muy significativamente los momentos de prescripción –médica– y dispensación –farmacéutica–, pasando por la decisión previa relativa a la financiación pública o no de los medicamentos. Por eso, el precio de los mismos se ha convertido en una clave básica para la inclusión dentro de la cobertura pública.

¹⁷ Y parece contar con el total beneplácito del Tribunal Constitucional. Así, el ATCO 96/2011, 21 de junio, recuerda que «... la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a todos los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización y contención del gasto farmacéutico pues es uno de los principales componentes del gasto sanitario y en el que más pueden incidir las políticas de control del mismo, **tanto más necesarias en una situación como la actual caracterizada por una exigente reducción del gasto público**. La contención y reducción del gasto farmacéutico es, por tanto, un objetivo a conseguir por la totalidad de las estructuras del Sistema Nacional de Salud. De hecho, las últimas decisiones estatales en la materia, contenidas en los Reales Decretos-leyes 4/2010, de 26 de marzo, de racionalización del gasto farmacéutico con cargo al Sistema Nacional de Salud, y 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, apuntan en esa dirección pues persiguen consolidar un esfuerzo de austeridad en el gasto farmacéutico que permita, conteniendo el crecimiento del gasto en medicamentos en el Sistema Nacional de Salud...».

7.2. La reafirmación del modelo de prescripción de medicamentos por principios activos: regla general y excepciones

Este predominante enfoque de «análisis económico de la prestación» se refleja en el propio modelo de prescripción de medicamentos –y demás productos sanitarios– que ahora afirma. Con él se cambia el recogido en la legislación de seguridad social en su día –*modelo de prescripción basado en la libertad del facultativo*–, pero también incluso el más reciente de la legislación sanitaria –*modelo de prescripción de medicamentos basado en el primado del principio activo*–.

El nuevo modelo, aunque se sustenta sobre bases complejas y articuladas, responde al primado del «*principio de mayor eficiencia para el sistema*» –art. 85.3 Ley 29/2006–, incluso por encima de la prescripción por principio activo. Si la nueva Ley sobre medicamentos –Ley 26/1990, del medicamento– cambió la libertad prescriptiva por la prescripción basada en «un uso racional de los medicamentos», tendrá que esperarse al artículo 85 de la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios –nótese cómo en esta materia todos los Gobiernos y legisladores usan y abusan del eufemismo, refiriéndose a «garantía» cuando se buscaba más bien la reducción de gastos– para la introducción del modelo asentado en la prescripción por «principio activo», a fin de promover el uso de los «medicamentos genéricos», más baratos (se conocen como EFG –*Especialidad Farmacéutica Genérica*– y se definen en el art. 8 Ley 29/2006), sobre los «comerciales», más caros. Sin embargo, ese legislador no impuso ese modelo.¹⁸

De ahí que el mandato tuviese un enunciado netamente promocional. La Administración sanitaria competente fomentará la prescripción de los medicamentos identificados por principios activos en la receta médica. Eso sí, cuando el médico lo hiciera así –no estaba, pues, obligado–, «el farmacéutico» ya sí estaba obligado a dispensar el medicamento que tuviese «*menor precio y, en caso de igualdad de precio, el genérico, si lo hubiere*». De esta forma tímida, pero claramente orientada, tenía lugar en nuestro país un cambio muy significativo en el modelo de ordenación de la prestación farmacéutica, incluyendo una medida estructural para contener el galopante consumo-gasto farmacéutico. En efecto, de un lado, con la nueva regulación se reforzaba e impulsaba la creación de un auténtico «*mercado de medicamentos genéricos*», hasta entonces muy escasamente desarrollado en España, a diferencia de otros países occidentales. De otro, este modelo de uso racional basado en la prescripción por principio activo tenía como criterio complementario el «*sistema de precios de referencia*». El nuevo sistema de precios de referencia determina que todos los medicamentos financiados por el SNS –así como los regímenes especiales de MUFACE, MUGEJU e ISFAS–, que tengan el mismo principio activo e idéntica vía de administración y contaran, al menos, con genérico, pasaban a formar parte de un conjunto para el que se calcula, con la media de los tres menores, el precio de referencia.

No obstante, según los diferentes estudios técnicos, si bien avalados por uno u otro sector en conflicto, parece que no ha habido la relación de refuerzo mutuo entre ambas técnicas de contención

¹⁸ Aunque el ATCO 95/2011, 21 de junio –relativo al levantamiento de la suspensión cautelar de la vigencia de la Ley gallega de racionalización del gasto farmacéutico y su polémico catálogo priorizado– recuerda que: «Conviene resaltar, además, que esa libertad de prescripción no es absoluta sino que está, en el Sistema Nacional de Salud, limitada por una previa decisión administrativa en torno a los medicamentos financiados en su seno, debiendo, en un sistema sostenido con fondos públicos, ajustarse a las normas reguladoras de la concreta prestación de que se trate». Tampoco es contraria la limitación a la «deontología profesional».

del gasto farmacéutico público –que no agota todo el consumo farmacéutico, dado el fuerte incremento también aquí del gasto farmacéutico privado– y fomento de mayor competencia en el mercado de los medicamentos.¹⁹

Con todo, el cambio normativo radical aún se resistía.²⁰ Por eso, el definitivo paso a un modelo impuesto, no ya basado en recomendaciones, sino prescriptivo, se quiso dar con el Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del SNS. Esta norma de coyuntura redactó con nuevos y muy cambiados enunciados el artículo 85.1 de la Ley 29/2006. A partir de él ya es obligatorio prescribir sobre la base de principios activos –características o cualidades genéricas–, dispensar –por el fármaco– según el menor precio, incluso aunque se tratara de prescripción, pero solo en situaciones excepcionales, por «denominación comercial». No obstante, la pluralidad de nuestro SNS dejó en evidencia la diversidad de las prácticas de prescripción seguidas en cada Servicio Autonómico de Salud.

Sin embargo, el nuevo Gobierno-legislador ha querido dar una nueva vuelta de tuerca más a este sistema, siempre innovador, siempre fallido, para reducir el gasto farmacéutico, mediante la imposición con carácter general –igual en todas las CC.AA.–, de la prescripción por principios activos, y en detrimento de la prescripción por marca. La primera indicación del artículo 85.1 de la Ley 29/2006 es prácticamente un sofisma, con lo que más que aclarar confunde: la prescripción de medicamentos «*se efectuará en la forma más apropiada para el beneficio de los pacientes, a la vez que se protege la sostenibilidad del sistema*». En otros términos, el Gobierno-legislador quiere estar «con Dios y con el Diablo», de modo que primero pone el acento en el beneficio del paciente para de inmediato poner de relieve que esa primacía del bienestar del paciente es un «brindis al sol», pues por delante está «la sostenibilidad del sistema».

Por eso interesa más el apartado 2, que recoge un esquema más claro –aunque los siguientes apartados no despejen todas las sombras–. Ahora se diferencia el modo de prescribir los medicamen-

¹⁹ Tras diversos cambios, la **Orden SPI/3052/2010**, 26 de noviembre, representó, tras la correspondiente rectificación de errores en febrero de 2011 –BOE de 18 de febrero– la versión más actualizada hasta ahora. No obstante, hay que tener en cuenta la Resolución de 28 de diciembre de 2011, de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, por la que se determinan los nuevos conjuntos de medicamentos que se dispensen en oficinas de farmacia a través de receta médica oficial u orden de dispensación, sus precios de referencia, y se revisan los precios de referencia fijados por Orden SPI/3052/2010, de 26 de noviembre. Una Resolución que, cómo no, también tiene, no una sino tres, correcciones de errores, contenidas en sendas Resoluciones de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del SNS y Farmacia, la última de 17 de abril de 2012 –BOE de 9 de mayo de 2012–. Este listado se viene actualizando en la práctica semestralmente, si bien la norma legal solo establece un mínimo anual: «como mínimo una vez al año».

²⁰ Aunque según la propia industria farmacéutica más influyente el sistema de precios de referencia –SPR–, que establece precios homogéneos para medicamentos originales con patente caducada y medicamentos genéricos del mismo grupo terapéutico, habría sido un relativo éxito, al generar un ahorro de 2.240 millones de euros anuales desde 2006, unos 9.000 millones en total.

Además, el impacto de ahorro para la sanidad pública que suponen los precios de referencia es cada vez mayor. La cuota de mercado en unidades de los medicamentos sujetos al SPR ha pasado del 25 por 100 a finales de 2006 al 38 por 100 en diciembre de 2010. En términos de valor, el mercado de precios de referencia ha crecido un 65 por 100 en cuatro años (de 1.495 a 2.468 millones), mientras que el mercado fuera de precios de referencia apenas aumentó un 8,8 por 100 (de 7.428,3 a 7.957,3 millones). Estas rebajas serían las principales responsables de la fuerte contención de la tasa de crecimiento del gasto medio por receta que ha experimentado el mercado farmacéutico español en los últimos años. *Vid.* SÁNCHEZ, P.L.: *Informe para Farmaindustria*, marzo 2011, en <http://www.vademecum.es/>

tos financiados por el SNS atendiendo al carácter agudo o crónico del tratamiento, y también a la fase de tratamiento en que los crónicos se encuentren. Así:

- Procesos agudos: prescripción general por principio activo. Recordemos que la prescripción por principio activo significa que el facultativo prescriptor no fija en la receta médica el medicamento en concreto que debe ser dispensado, sino el principio activo del mismo y los datos comunes a todas las prescripciones: forma farmacéutica, vía de administración (oral o no) y dosis.²¹
- Procesos crónicos en primera prescripción: en general por principio activo.
- Crónicos en fases sucesivas del tratamiento: por denominación comercial, pero si se encuentra incluida en el sistema de precios de referencia o sea la de menor precio dentro de su agrupación homogénea.

La prescripción por denominación comercial, pues, adquiere su propia carta de naturaleza en la nueva regulación sociosanitaria, y sin duda es una conquista de las grandes empresas del sector farmacéutico.²² Precisamente, el nuevo apartado 3 del artículo 85 de la Ley 26/2009 parece abrir la vía a que pueda ser el producto de marca, la «denominación comercial», un modelo normalizado –no excepcional– también de prescripción, pero bajo dos presupuestos alternativos:

- Que respete «*el principio de mayor eficiencia*» para el SNS.²³
- O que resulten medicamentos «considerados como no sustituibles».

Una vez más, una regulación que parecía orientarse hacia la creación de más certezas se complica, y una regla general que ha costado años en asentar se enfrenta a limitaciones y condicionantes ambiguos. En el primer caso, porque parece evidente que la eficiencia económica es un valor que exige un determinado juicio de costes-beneficios, por lo tanto variable e incierto. La conexión estrecha entre la prescripción y los efectos económico-financieros responsabilizan en extremo al

²¹ Para poder realizar la prescripción por principio activo en OMI se crea un «nuevo medicamento» que agrupa a todos aquellos con el mismo principio activo, dosis y vía de administración. Este «nuevo medicamento» recibe el nombre del principio activo seguido de las siglas «DOE» (Denominación Oficial Española; equivalente a las siglas DCI, Denominación Común Internacional).

²² Para esta crítica empresarial a la reforma puede verse: <http://www.pmfarma.es/noticias/14768-el-real-decreto-ley-162012-implica-un-recorte-sin-precedentes-en-el-gasto-farmacaceutico-publico.html>

²³ Según informes promovidos por Farmaindustria es posible encontrar precios más bajos en medicamentos originales que en los genéricos. Así, se explica la menor penetración de los medicamentos genéricos en España respecto de la que se produce en otros países de nuestro entorno. Vid. SÁNCHEZ, P.L., *Informe 2011, op. cit.* En cambio, el sector industrial ligado a los genéricos considera que esta situación es negativa. Los medicamentos genéricos representarían «una de las pocas medidas estructurales para la contención del gasto farmacéutico que se han puesto en marcha en los últimos años», al tiempo que alrededor de este sector se movería «una sólida industria generadora de empleo, innovación y que aporta valor y riqueza al país». Sin embargo, en los últimos años el mercado de genéricos en España ha visto ralentizado su crecimiento y su cuota es muy inferior a la de otros países de nuestro entorno por el inadecuado sistema de precios de referencia establecido, que perjudicaría a todos los agentes implicados en el mercado de genéricos. Estas y otras informaciones aparecen en el I Foro de Genéricos. Vid. <http://www.noticiasmedicas.es/medicina/noticias/18201/Modificar-el-sistema-de-precios-de-referencia-mas-informacion-y-acelerar-el-registro-objetivos-para-potenciar-el-mercado-de-genericos-/Page1.html>

médico del objetivo del ahorro para el SNS, pero lo desconecta –aleja– parcialmente de las contingencias del paciente, de sus necesidades clínicas. En el segundo, se formula de forma expresa el llamado «juicio de sustituibilidad» del medicamento comercial por el medicamento genérico. A este respecto, debe recordarse que la regla general sigue siendo, en un plano formal, dispensar lo que ha prescrito el médico, asumiendo carácter excepcional la sustitución del medicamento prescrito por el médico –art. 86.1 y 2 Ley 29/2006, no modificados desde la versión originaria en 2006–, imponiendo el de menor precio.

Ahora bien, ya desde la versión originaria de la ley, se requería del farmacéutico –con carácter imperativo– que dispensara el medicamento de menor precio cuando la prescripción fuese tan solo por principio activo, que en tal tiempo –2006– era excepcional y elegible por el médico-prescriptor. Sin embargo, una vez que se ha convertido en regla general este modelo prescriptivo cambia su papel. En efecto, el farmacéutico no tendrá ya que sustituir propiamente lo prescrito, pues la receta se hará por principio activo –«prescripción por DOE»–. Hemos visto que, tras la reforma, se prevé un margen mayor, *bajo la condición siempre de la eficiencia*, o el carácter insustituible del medicamento prescrito por su denominación comercial, para este tipo tradicional de prescripción. Por eso, en coherencia, se incluye un nuevo apartado 5 en el artículo 86 de la Ley 29/2006. Esta nueva regla legal impone al farmacéutico la sustitución del medicamento comercial prescrito si tiene precio superior al de referencia, por otro de precio menor. A igualdad de precios, deberá optar por el genérico o el medicamento biosimilar que le corresponda.²⁴ No obstante, siempre se ha criticado que esta regla –aun configurada formalmente como obligatoria– estaba disuadida por el sistema de remuneración de la oficina de farmacia, vinculado al porcentaje del precio de venta. De ahí que podamos encontrar distintas iniciativas, por parte de las CC.AA., orientadas a garantizar que esta actividad prescriptiva tiene como referente principal el menor precio del medicamento.

La importancia que tiene la actividad de prescripción eficiente hace que, junto a esta revisión de las reglas generales, se establezca también un sistema de apoyo a los facultativos para que puedan llevar a cabo buenas prácticas en la materia. Recuérdese que el Gobierno-legislador insiste en que los cambios no pueden ser solo normativos sino a través de mejores prácticas. De ahí que introduzca –eso sí, sobre una malísima práctica de técnica legislativa, pues se hace mediante el añadido de un art. 85 bis–, *un sistema de información electrónica de apoyo a la función prescriptora*. Al final, se envuelva de los adornos y circunloquios que se quiera, el fin es el mismo y único: que se «pueda tomar en consideración el impacto económico durante la prescripción de medicamentos y productos sanitarios» –art. 85 bis, apartado 2–.²⁵

²⁴ Esta facultad de sustitución parece contar con el pleno aval del TCO. Así, el ATCO 96/2011, de 21 de junio, recuerda que «la eventual modificación del concreto medicamento prescrito ya deriva implícitamente de la propia normativa estatal, de la que se desprende, tanto la preferencia por la prescripción por principio activo como la posibilidad de sustitución de un medicamento por otro, atendiendo a consideraciones de precio, tal y como el propio régimen de financiación de las especialidades farmacéuticas del Sistema Nacional de Salud se halla establecido en la Ley 29/2006».

²⁵ Se expresa que los sistemas de apoyo a la prescripción recogerán la información correspondiente a los precios seleccionados vía aportación reducida. A este respecto, se han venido denunciando por parte del sector de la industria del medicamento genérico, enfrentada a otros sectores empresariales –como Farmaindustria– al considerar inadecuado el actual sistema de precios de referencia –SPR–, las medidas coercitivas que se estarían aplicando a los médicos prescriptores para la utilización de medicamentos genéricos, con «sistemas informáticos de prescripción carcelarios» que no favorecen la confianza de los profesionales en los medicamentos genéricos. Para promover mejores canales de comunicación se creó, precisamente, «Foro de Genéricos», una iniciativa promovida por «Fundamed» –Fundación de Ciencias del Medi-

Todo ello, claro está, bajo la atenta mirada y la vigilancia continuada del Ministerio de Sanidad, que se deberá coordinar con las CC.AA. –art. 85 bis, apdo. 4–, pero siempre reservándose el papel estelar de control. En este sentido, si la gestión del sistema de apoyo corresponde a los órganos autonómicos, atribuyendo al Consejo Interterritorial del SNS la competencia de velar por la articulación eficiente y equitativa de todos –art. 85 bis.3–, será al ministerio al que competará fijar los *protocolos básicos para la orientación de la prescripción*, así como para la utilización de los que exijan, por sus características especiales, mayor cautela en su prescripción y dispensación. Conviene tener en cuenta, en todo caso, la disposición adicional decimocuarta, incluida por el Real Decreto-ley 9/2011 en la Ley 29/2006, que pretende agilizar y dar seguridad para todo lo que tiene que ver con la actualización de los precios de referencia.

7.3. La fase de inclusión-exclusión: nuevos criterios para facilitar la «des-financiación» pública de medicamentos

Pero junto a los criterios de prescripción de medicamentos, y de dispensación, también tienen un espacio reformador los criterios tanto para la *inclusión* como para la *exclusión* de medicamentos y productos sanitarios de la financiación pública.

En este ámbito, tan importante es la exclusión de medicamentos que incluso se intercala un precepto relativo a la misma antes de regular la inclusión, pues el artículo 85 ter refiere a los criterios motivadores de la resolución administrativa actualizadora de las listas de medicamentos excluidos de la prestación farmacéutica del SNS, cuando esta materia estaba –y está– regulada en el artículo 89 –la inclusión en el primer apartado y la exclusión en el segundo–. A este respecto, debe recordarse que otra de las técnicas para la reducción del gasto farmacéutico público es la realización de listas negativas, esto es, de catálogos con medicamentos excluidos de la cobertura pública (fenómeno de *des-financiación pública* de medicamentos).

A tal fin, el citado artículo 85 ter –aunque resulten los comentaristas más cansinos que el legislador, de nuevo debe reseñarse la desidia de técnica legislativa, pues se hace muy difícil entender cómo se puede persuadir de la necesidad de la mejora de la gestión asistencial cuando se opta por la técnica reguladora más perversa– remite el listado de medicamentos que quedan excluidos de la prestación farmacéutica del SNS a una simple resolución administrativa –por tanto no a una norma de valor jurídico, ni siquiera de valor reglamentario–. Eso sí, al menos se precisa que tal resolución debe ser motivada, fijándose los criterios en el artículo 85 ter, apartado 2, en relación con el referido artículo 89.1 –criterios de inclusión– y 89.2 –criterios de exclusión–. Al respecto, por enésima vez debe destacarse que en ambos casos, junto a los criterios de la seguridad y eficacia terapéuticas, lo más destacado de la reforma se vincula al mayor énfasis puesto en los criterios económicos.

El modelo de financiación es de carácter selectivo, no indiscriminado, según puntualiza el artículo 89.1, primando el uso racional del medicamento. De este modo, los criterios técnicos vincu-

lamento– que tiene como objetivo analizar la problemática ligada a los medicamentos genéricos en España y proponer actuaciones dirigidas a facilitar su utilización en el ámbito del SNS.

lados al «valor terapéutico», incluso al valor social –necesidades específicas de colectivos especiales–, conviven con la recurrencia de los criterios relativos al precio –alternativas terapéuticas de menor precio para las mismas afecciones, racionalización del gasto público–. Todo esto se mantiene en realidad en unos términos análogos a la precedente regulación, también recientemente cambiada. Pero ahora se atiende más intensamente al juicio coste-efectividad, e incluso a su impacto en el PIB –art. 89 bis, apdo. 2–. A este respecto, se introduce un precepto nuevo, superpuesto al anterior artículo 89.1, con lo que la imagen de circularidad y redundancia es manifiesta, y apabullante, para que quede claro que la decisión de financiación de nuevos medicamentos, que compete al Gobierno, así como la fijación de los procedimientos y precios de referencia, se hará atendiendo al «*correspondiente análisis coste-efectividad y de impacto presupuestario*».

Un juicio que aparece una y otra vez bajo las más diversas fórmulas. Así, al añadir que también «se tendrá en cuenta el componente de innovación, para avances terapéuticos indiscutibles por modificar el curso de la enfermedad o mejorar el curso de la misma, el pronóstico y el resultado terapéutico de la intervención», tampoco ha podido el Gobierno-legislador ceder a la tentación de volver a vincular el criterio para la inclusión a «... *su contribución a la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud si, para un mismo resultado en salud, contribuye positivamente al Producto Interior Bruto*». Por tanto, el avasallador criterio económico también tiene entrada bajo la forma de crecimiento del PIB, un claro argumento económico-empresarial que, como veremos, luego tiene otras proyecciones en esta normativa y que no es sino la enésima expresión de la fortaleza que en esta regulación prestacional tienen los intereses ligados al mercado del medicamento, unos económicos netamente –beneficios, rentabilidad– y otros más sociales –empleo–.

Los criterios de exclusión atienden también, naturalmente, a los precios fijados o seleccionados [letra a) art. 85 ter, 2 Ley 26/2009], sin perjuicio de otros criterios técnicos –valor terapéutico–, referidos o enunciados de modo genérico o poco preciso en el apartado 2 del artículo 85 ter y concretados en el artículo 89.2, a los que remite la letra f) del apartado 2 del artículo 85 ter, con lo que el carácter redundante y yuxtapuesto se multiplica, pese a que ahora el enunciado de aquel precepto –art. 89.2– es más amplio. Junto al balance coste-efectividad (criterio económico), sin duda preferente ahora, se refiere al balance «beneficio/riesgo desfavorable» en el tratamiento de las enfermedades para las que estén indicados los medicamentos.²⁶

En suma, este nuevo RDL 16/2012 presenta un marco normativo para sacar fármacos a «*desfinanciación*» pública. Pero no ofrece criterios suficientemente específicos y ciertos para que ministerio y CC.AA. alcancen un acuerdo sobre cuáles y cómo, lo que tendrá que ser resuelto por la normativa de desarrollo reglamentario. El riesgo de propiciar que se produzcan negativos deslizamien-

²⁶ Según el artículo 89.2 de la Ley 29/2006: «*El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad revisará los grupos, subgrupos, categorías y/o clases de medicamentos cuya financiación no se estime necesaria para cubrir las necesidades sanitarias básicas de la población española. En todo caso, no se incluirán en la prestación farmacéutica medicamentos sin receta, medicamentos que no se utilicen para el tratamiento de una patología claramente determinada, ni los productos de utilización cosmética, dietéticos, aguas minerales, elixires, dentífricos y otros productos similares. Tampoco se financiarán los medicamentos indicados en el tratamiento de síndromes y/o síntomas de gravedad menor, ni aquellos que, aun habiendo sido autorizados de acuerdo a la normativa vigente en su momento, no respondan a las necesidades terapéuticas actuales, entendiéndose por tal un balance beneficio/riesgo desfavorable en las enfermedades para las que estén indicados*».

tos en la función prescriptiva es manifiesto. Así sucederá respecto de cuestiones muy controvertidas como las relativas al tratamiento de «síndromes y/o síntomas de gravedad menor» –art. 89.2–.

7.4. El enésimo intento de establecer un sistema de fijación de precios más eficiente: «precios de referencia» y «precios seleccionados»

7.4.1. Reglas generales de intervención en los precios de los medicamentos: la generalización de la intervención pública

El de los «medicamentos» públicamente financiados –también los propios del consumo privado estrictamente– es un mercado socioeconómico intervenido o muy regulado. La intervención en el sistema de fijación de precios es una clave desde hace años para intentar controlar el excesivo gasto farmacéutico. La complejidad de este tema y la pluralidad de poderosos intereses en juego –diferentes sectores del ramo– explica la recurrencia de las modificaciones a tal fin y también sus constantes intentos fallidos, pues de haber funcionado alguno no exigiría tanto cambio continuado. A este respecto, la modificación del artículo 90 de la Ley 29/2006 significa introducir *nuevas condiciones para la fijación de precios de los medicamentos*.

En primer lugar, ahora se precisa que para la comercialización de cualquiera de los medicamentos o productos sanitarios en territorio español, sean o no financiados con carácter público, precisen o no dispensación por el SNS, deben ser todos ellos ofertados de forma previa al SNS –art. 90.1–. Ahora bien, en función de cómo sean comercializados tales productos sanitarios, (a) con *financiación pública* o no y/o (b) con *prescripción médica* o no, se determina un régimen u otro de fijación de precios. En consecuencia, el modo de financiación y el de prescripción aparecen como las dos principales claves de comprensión del sistema de fijación de precios, teniendo siempre en cuenta el intenso intervencionismo público en todos los casos en este mercado.

Así, cuando se trate de *medicamentos financiados públicamente y prescritos por receta médica* –en territorio español–, corresponde a la «Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos», adscrita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, fijar los precios de financiación (art. 90.4). En cambio, sino están financiados públicamente operará el nuevo «sistema de precios notificados», según el cual los titulares de autorizaciones de comercialización de tales productos deben comunicar su precio al ministerio para que este «*pueda objetar el mismo por razones de interés público*» –art. 90.3–. En la anterior regulación, los precios en tales casos eran libres, si bien la Administración tenía reservada la posibilidad de intervenir. La financiación pública del medicamento no excluye que pueda comercializarse también fuera del sistema de prescripción médica –art. 90.5–, con lo que se abre el mercado para estos productos, pudiéndose fijar un precio industrial superior.

Ahora bien, aunque se trate de medicamentos sin prescripción previa, esto es, que «no precisen receta», también se contempla un papel determinante del Gobierno, pues a este le corresponde regular «el mecanismo de fijación de los precios». En tal caso esta competencia no se formula en

términos de mandato sino solo de potestad –«podrá regular»–. En este caso, la norma de rango legal precisa que debe ser «un régimen general objetivo y transparente» (art. 90.2).²⁷

Pero, en realidad, todo sistema de precios de los medicamentos debe ser fijado conforme a unos criterios objetivos, también los financiados públicamente y prescritos médicamente, como precisa el artículo 90.4 y en condiciones de transparencia. Además, esta decisión debe ser motivada y contar con los informes previos emitidos a tal fin por determinados organismos, como los informes que elabore el Comité Asesor para la Financiación de la Prestación Farmacéutica del Sistema Nacional de Salud –art. 90.7–.²⁸ Aunque este organismo, cuya regulación novedosa se contempla en el artículo 90 bis, tiene un carácter científico-técnico y se integra por «profesionales» –en un número no mayor a siete–, eso sí elegidos por el ministerio, la norma se encarga de resaltar, por enésima vez, el primado de los aspectos de «evaluación económica» de su labor, como presupuesto necesario para sustentar las decisiones de la Comisión competente para la fijación de los precios, esto es la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos. De ahí que se ponga el acento para su designación en la acreditación suficiente por sus miembros de trayectorias científico-profesionales básicamente en el campo de la «evaluación farmacoeconómica» (art. 90 bis, apdo. 2).

También se contempla la revisión de los precios (art. 91), centrándose en la regulación de dos supuestos específicos –de oficio o a instancia de parte, según un procedimiento administrativo, y por circunstancias sociales y económicas que lo justifiquen–. Por su parte, el nuevo RDL 16/2012 introduce un nuevo apartado 6, cuya razón de ser es facilitar la revisión a la baja de los precios cuando así lo solicite la empresa farmacéutica titular de la autorización de comercialización y represente una reducción significativa de precios –al menos una reducción del 10% sobre el precio industrial máximo autorizado para la financiación pública–.

7.4.2. La revisión del sistema de precios de referencia: el novedoso sistema de precios seleccionados

En segundo lugar, se produce la *revisión del sistema de precios de referencia*. Conforme al artículo 93 de la Ley 29/2006, la financiación pública de medicamentos estará sometida al sistema de precios de referencia, entendiéndose por tal «la cuantía máxima con la que se financiarán las presentaciones de medicamentos incluidas en cada uno de los conjuntos que se determinen, siempre que se prescriban y dispensen con cargo a fondos públicos». Hasta aquí no ha habido cambio alguno desde su texto original. Sin embargo, el contenido de esta regulación, a partir de su delimitación conceptual, ha venido experimentando notables y continuados cambios desde 2010, empezando por el Real Decreto-ley 4/2010, de 26 de marzo, que modificó prácticamente todos sus apartados desde el 2 a fin de perfeccionar el sistema de precios de referencia para convertirlo en el mejor dispositivo para reducir eficazmente la factura farmacéutica, interviniendo precios.

²⁷ Debe tenerse en cuenta que, conforme a la disposición transitoria tercera del RDL 16/2012, los precios de los medicamentos y productos sanitarios no financiados con cargo a fondos públicos «serán libres», «salvo decisión en contrario de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos, por razones de interés general» y solo en tanto «no se regulen los mecanismos de fijación de los precios de venta al público» de aquellos previstos con la nueva regulación.

²⁸ Para la fijación de los precios ha de atenderse igualmente a la información económica, técnica y financiera que deben remitir los «laboratorios farmacéuticos» al ministerio del ramo, así como del conjunto de actividades que realice el grupo empresarial al que tal laboratorio pueda pertenecer, a fin de determinar qué incidencia tiene la actividad farmacéutica –art. 92.1 y 2–.

Tras la puntual modificación por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, el Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, incidirá muy notablemente en su estructura y contenido, hasta prácticamente doblarlo en dimensión, sin que, a lo visto por esta nueva y quizás algo precipitada reforma, haya dado todos los resultados esperados. Ahora, evidenciando de nuevo la confusión o desorientación en esta materia, en la técnica y en el fondo, el RDL 16/2012 vuelve a reducir significativamente «el tamaño» del precepto, pero a cambio de colgar uno nuevo también con el número 93, pero bis. Con este precepto –que ha sido afectado por la corrección de errores–, el RDL 16/2012 incorpora un cambio del sistema de precios de referencia, a través de la previsión de lo que llama «*sistema de precios seleccionados*» por el SNS, con lo que la complejidad e inestabilidad alcanza su grado máximo. Por encima de todo este marasmo de cambiantes denominaciones y enunciados lo que se pretende es muy fácil de entender: el ministerio establecerá precios máximos de financiación a partir de los cuales los medicamentos –y sus presentaciones– que los superen *queden excluidos de la financiación por el SNS* (art. 93 bis, apdos. 8 y 11). A tales efectos, el Ministerio de Sanidad elaborará una propuesta motivada, de acuerdo a los criterios recogidos en el precepto, entre los que está, cómo no, el «*impacto presupuestario*».²⁹

Esta propuesta, dirigida a la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos, contendrá el citado precio máximo seleccionado aplicable en cada caso. Autorizado por esta Comisión, el ministerio deberá publicar la decisión por Resolución de la unidad responsable de la prestación farmacéutica. Previamente a la propuesta, el ministerio, debe comunicar a los proveedores el inicio de un procedimiento de precio seleccionado, con notificación del precio máximo financiable que se propone, a fin de «que manifiesten sus intenciones». Vistas las comunicaciones recibidas por los proveedores –bien de mantener bien de reducir el precio comercial– se elaborará la propuesta a enviar a la referida Comisión Interministerial. El *sistema de precios seleccionados* se actualizará con periodicidad anual, de forma simultánea al sistema de precios de referencia. No obstante, a fin de dotar al sistema de una cierta estabilidad, demanda de la industria, se prevé que el precio seleccionado tenga una vigencia de dos años, durante los cuales no podrá ser modificado –apdo. 9–.

La norma prevé expresamente que las presentaciones de los medicamentos que resulten afectadas por este sistema de precios seleccionados queden exentas, a partir de dicha fecha, de la aplicación de las *deducciones* reguladas en los artículos 8, 9 y 10 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que el anterior Gobierno adoptó medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. De este modo, y en buena medida, el Gobierno actual pretende desplazar este sistema de deducciones por el sistema de precios seleccionados. El nuevo Gobierno aprovecha así para saldar cuentas con las opciones de su antecesor y se revisan las reformas introducidas en los Reales Decretos-leyes 4/2010, de 26 de marzo, 8/2010, de 20 de mayo, y 9/2011, de 19 de agosto, que se centran en la prestación farmacéutica del SNS. A este respecto, se llama la atención sobre los eventuales efectos negativos que estarían generando los descuentos a practicar a las ventas facturadas al Sistema, pues de ellos parecería estar derivándose una

²⁹ El sistema de precios seleccionados se aplicará a medicamentos sujetos a precios de referencia, teniendo en cuenta –art. 93 bis, apdo. 4–:

- a) El consumo del conjunto.
- b) El impacto presupuestario.
- c) La existencia de, al menos, tres medicamentos en el conjunto.
- d) Que no se produzca riesgo de desabastecimiento.

«dualidad de precios y mercados que pueden conculcar los principios de economía de mercado y que es necesario revisar a efectos de proteger la competencia en los diferentes subsectores» (EM, punto V).

Real o aparentemente, pues, también el objetivo de la protección del sistema de libre competencia aparece como referencia de política del Derecho de esta norma, con lo que confirma el primado de los intereses económicos sobre otros.

En esta lógica de atención de los imperativos de un mercado competitivo pero compatible con el carácter público de los productos –servicios– que ofrece, se hace expresa referencia a la necesidad de que se garantice el abastecimiento de los productos seleccionados. A tal fin, los titulares de la autorización de comercialización de las presentaciones y las empresas ofertantes de los productos sanitarios finalmente seleccionados deben hacer una declaración expresa en la que se comprometan a *«garantizar su adecuado abastecimiento»* –apdo. 13–. Este compromiso es relevante hoy por el contexto, ya referido, de amenaza de empresas productoras y farmacias de dejar de suministrar medicamentos a los centros sanitarios públicos, por la morosidad tan elevada. En consecuencia, la existencia de deberes de servicio público no permite una unilateral decisión de corte de provisión de los medicamentos, aunque puedan ser comprensibles sus razones por los crecientes retrasos y altas deudas.

La vocación de generalidad de este sistema de precios seleccionados aparece en la posibilidad de extenderse a medicamentos y productos sanitarios que, aun no estando financiados, se consideren de interés para la salud pública en los términos expresados en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. A este respecto, el Ministerio de Sanidad tendrá en cuenta las especiales características de distribución y aplicación de estos productos. Asimismo, se podrá extender a través de la fijación de una aportación reducida por agrupaciones homogéneas.

De este modo, el precio del medicamento determinará un factor de inclusión o, al contrario, de exclusión de la prestación. El Gobierno se suma así a la carrera de invenciones de fórmulas innovadoras para reducir, a través de estas vías, la inmensa y descontrolada factura farmacéutica. Una carrera en la que vienen teniendo marcado protagonismo, como se dijo, las CC.AA., con un cierto beneplácito, al menos inicial, del Tribunal Constitucional, también imbuido por este enfoque economicista de la ordenación y gestión de la prestación farmacéutica. Si primero fue, como se dijo, *la técnica del catálogo selectivo de medicamentos* gallego, inicialmente suspendida por el Tribunal Constitucional, ante la impugnación por el Gobierno anterior, pero luego promovido con el reciente levantamiento de la suspensión y en espera de una decisión sobre el fondo, ahora le ha tocado el turno a *«la técnica de la subasta»* de medicamentos andaluza. El ritual se repite, o eso parece. En efecto, el Constitucional ha admitido a trámite el recurso relativo al conflicto de competencia suscitado por el Gobierno contra la «subasta» ordenada por el Autogobierno andaluz.³⁰

³⁰ La Junta de Andalucía realizó una convocatoria de subasta de tres principios activos de los medicamentos más habituales entre los pacientes. El laboratorio que ofreciera mejor precio del medicamento con dichos principios tendría la exclusiva de su venta en farmacias en Andalucía, con 8 millones de potenciales pacientes. La medida suponía un ahorro de hasta 200 millones de euros en gasto farmacéutico. Para este año el ahorro se había calculado en 40 millones de euros. La patronal farmacéutica protestó ante el Gobierno actual y este ha enarbolado su bandera llevando la resolución del Gobierno andaluz al TCO. Las razones esgrimidas, basadas en un dictamen del Consejo de Estado, son las mismas que las que

7.4.3. Otras formas de intervención en el mercado de los medicamentos por razones de interés social y/o empresarial: retornos de recursos

Entre otras limitaciones en aras del interés social está la regulación de ciertas aportaciones por parte de la industria al SNS, atendiendo a su volumen de ventas. Así se prevé en la *disposición adicional sexta de la Ley 29/2006*, según la cual las personas físicas, los grupos empresariales y las personas jurídicas no integradas en ellos que se dediquen en España a la fabricación, importación u oferta al SNS de medicamentos y/o productos sanitarios que, financiados con fondos públicos, se dispensen en oficinas de farmacia a través de receta oficial u orden de dispensación del SNS, en territorio nacional, *deberán ingresar, con carácter cuatrimestral, las cantidades que resulten de aplicar sobre su volumen cuatrimestral de ventas a través de dicha receta –u orden de dispensación– los porcentajes contemplados en la escala que prevé dicha disposición y que se mantiene invariada desde 2006.*

Ventas cuatrimestrales a PVL		Porcentaje de aportación
Desde	Hasta	
0	3.000.000,00	1,5%
3.000.000,01	En adelante	2,0%

Las cuantías resultantes de la aplicación de la escala se verán minoradas en función de la valoración de las compañías en el marco del «*programa Profarma*» –en la versión originaria se hablaba, por error, de «*plan Profarma*»– según los porcentajes establecidos en una tabla específica al efecto, también invariada. A fin de promover una mayor innovación del sector autóctono, promoviendo asociaciones y proyectos de investigación y desarrollo conjuntos con empresas y centros españoles, se establece una reducción adicional de la aportación del 10 por 100. No obstante, precisa la referida disposición tras la reforma, tales minoraciones relativas a los retornos surtirán efectos a partir de la última resolución del *Programa Profarma (2009-2012)*.³¹

argumentó el Gobierno socialista anterior contra el *catálogo gallego de medicamentos*, y que no han sido aceptadas, de momento, por el TCO –*vid.* Autos del TCO en las notas 17 y 18–. Aunque se ha evidenciado que se trata de una técnica diversa, persigue el mismo efecto de ahorro –se planteaba llegar incluso a una reducción de 100 millones de gasto–, y también orienta de modo obligatorio los fármacos que los médicos tienen que prescribir, aunque hubiera otros con los mismos principios activos. El TCO, aunque también paralizó la medida cinco meses, terminó levantando la suspensión al entender que su aplicación supone un ahorro para las arcas públicas.

³¹ <http://www.minetur.gob.es/PortalAyudas/profarma/Descripcion/Paginas/objetivos.aspx>

Objetivos 2009-2012				
Indicadores	Convocatoria 2009	Convocatoria 2010	Convocatoria 2011	Convocatoria 2012
Inversión I+D	52 millones €	59 millones €	65 millones €	70 millones €
Inversión producción	210 millones €	230 millones €	250 millones €	270 millones €
Empleo I+D	4.700	5.000	5.200	5.400
Empleo producción	14.100	14.300	14.600	14.900
Balanza comercial	-2.900 millones €	-2.800 millones €	-2.600 millones €	-2.400 millones €
% Gastos corrientes en I+D/Ventas SNS	13,5%	14%	14,5%	15%

Para las empresas nacionales pretende favorecer mercados más amplios por medio de la técnica de la internacionalización, así como la incorporación de nuevas tecnologías en sus procesos productivos y de investigación, y mejora en la selección de sus líneas de investigación. Para las empresas multinacionales, aumentar su compromiso en el desarrollo de la estructura industrial, ya que este no se correspondería con el séptimo puesto en el ranking mundial de ventas que ocupa el mercado español, aumentando su esfuerzo inversor en producción e I+D+I en España y mejorando la balanza comercial.

De ahí que estas cantidades –*retornos de la industria al SNS*– están afectadas a ciertos fines. El apartado 3 determina que tales cantidades se destinen a la investigación en biomedicina, «en cantidad suficiente para financiar las necesidades de investigación clínica que se lleva a cabo, a través de la iniciativa sectorial de investigación en biomedicina y ciencias de la salud», ingresándose en la caja del Instituto de Salud Carlos III. El resto de fondos se destinarán al desarrollo de políticas sanitarias, tales como las de cohesión en este ámbito, o de formación para los profesionales sanitarios, así como de educación sanitaria de la población para favorecer el uso racional de los medicamentos, según la distribución que determine el Ministerio de Sanidad, previo informe del Consejo Interterritorial, ingresándose en el Tesoro.

En sentido contrario, no ya de «retornos de la industria» hacia el Tesoro Público, sino de «beneficios públicos» a las oficinas de farmacia, a través de un ciertamente generoso «régimen de descuentos y bonificaciones», se modifica el Real Decreto 823/2008, de 16 de mayo, por el que se establecen los *márgenes, deducciones y descuentos correspondientes a la distribución y dispensación de medicamentos de uso humano*.

Se trata de un nuevo desarrollo del artículo 90 de la Ley 29/2006. Si el artículo 1 del Real Decreto 823/2008 determina los márgenes correspondientes a la distribución de medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, su artículo 2 hace lo propio en relación con los márgenes y deducciones correspondientes a la dispensación pública. Pues bien, con el objeto de garantizar la accesibilidad y calidad en el servicio, así como la adecuada atención farmacéutica a los usuarios del SNS, a las oficinas de farmacia que resulten exentas de la escala de deducciones regulada en el apartado 5 de ese artículo 2, les será de aplicación a su favor *un índice corrector de los márgenes de las oficinas de farmacia correspondiente a las recetas u órdenes de dispensación de medicamentos de uso humano fabricados industrialmente dispensados con cargo a fondos públicos, conforme a la escala fijada por el nuevo apartado 8 del artículo 2 del repetido Real Decreto 823/2008*.

Es en este punto, como se advirtió al comentar las deficiencias técnicas de esta reforma, donde hemos asistido a una fugaz vigencia de la modificación originaria, pues el Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, relativo a otra cuestión diferente –aunque haya alguna conexión por tratarse de medidas favorecedoras de la actividad comercial de pequeños establecimientos–, como es la liberalización del comercio y determinados servicios, ha vuelto a modificar el precepto, corrigiendo lo que sin duda es un grave «error material». Tanto, que de mantenerse el contenido de la escala incorporada al mismo haría inviable la aplicación efectiva del *régimen de bonificaciones* previsto para las oficinas de farmacia, lo que añadido al elevado índice de morosidad que arrastran las colocaría en una situación todavía más difícil. Por eso, la disposición final cuarta del Real Decreto-ley 19/2012 modifica el artículo 2.8 de aquel Real Decreto 823/2008.

Tales oficinas de farmacia deberán cumplir los siguientes requisitos para poder gozar de tal beneficio, habiéndose también modificado nuevamente este aspecto:

- Que no hayan sido sancionadas administrativamente ni inhabilitadas para el ejercicio de la profesión ni estén excluidas de la concertación.
- Que participen en los programas de atención farmacéutica y en la realización del conjunto de actividades destinadas a la utilización racional de los medicamentos que establezca la Administración sanitaria.
- Que sus ventas anuales totales, en términos de precio de venta al público (PVP) incrementado con el IVA, no superen los 200.000 euros en el ejercicio económico correspondiente al año natural anterior.

7.5. Medidas de racionalización del acceso al servicio farmacéutico en los centros hospitalarios

Aunque el eje de la reforma se centra en la racionalización del acceso a la prestación farmacéutica ambulatoria, no se deja completamente fuera la previsión de algunas medidas orientadas a racionalizar la prestación farmacéutica hospitalaria. Así, de un lado, el artículo 6 del RDL 16/2012 determina que será obligatorio contar con un servicio de farmacia hospitalaria propio en todos los hospitales, centros de asistencia social y centros psiquiátricos que tengan 100 o más camas. Aunque esta obligación se presenta con carácter de regla general, se autoriza a los servicios autonómicos a que la puedan excepcionar para ciertos centros hospitalarios a través de la firma de los correspondientes acuerdos o convenios y siempre que dispongan de un depósito de medicamentos vinculado al servicio de farmacia del hospital de la red pública que sea el de referencia en el área o zona sanitaria de influencia correspondiente. Este deber de contar con un depósito de medicamentos vinculado se hace extensivo a todos los centros hospitalarios y asistenciales sanitarios. Si se trata de hospitales del sector público es obligatorio que se vincule a un servicio de farmacia del área sanitaria y bajo la responsabilidad del jefe de servicio, pero si se trata de hospitales privados se les da la opción de vincularlo bien a una oficina de farmacia establecida en la misma zona farmacéutica o a un servicio de farmacia hospitalaria.

Con el fin de mejorar la eficacia en el uso de los medicamentos en el ámbito hospitalario, las CC.AA. podrán acreditar a los servicios de farmacia hospitalaria de su territorio para que en los mismos se puedan llevar a cabo operaciones de fraccionamiento, personalización de dosis y otras operaciones de remanipulación y transformación de medicamentos. Esta acreditación se efectuará de modo que se garantice el cumplimiento de las guías técnicas de buena práctica aplicables al caso por los servicios de farmacia hospitalaria donde se vayan a efectuar las operaciones de manipulado. Las guías a tal fin se elaborarán bajo la tutela de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del SNS y con la colaboración de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y de expertos de reconocido prestigio –art. 7 RDL 16/2012–. De nuevo comprobamos el objetivo de apostar por cambios no solo en la regulación sino en la gestión práctica.

7.6. El nuevo modelo de «copago» ¿o «repago»? del medicamento por los usuarios: entre la recaudación y la disuasión

El Gobierno trata de legitimar su infernal espiral de recortes sobre derechos y bienes sociales esenciales, como la sanidad –y la educación–, con el argumento de que hace todo lo que puede por «repartir equitativamente» la carga entre todos. En este sentido, y por lo que aquí toca, se queja amargamente la industria farmacéutica de que las medidas contenidas en este nuevo Real Decreto-ley constituyen «un recorte sin precedentes en el gasto farmacéutico», que van a exigir de aquel sector industrial «*un importante sacrificio, siendo de nuevo el sector que más va a contribuir a la sostenibilidad de las cuentas públicas*». Para acreditar tan dramático alegato recuerda que en los últimos dos años, y como consecuencia de los cambios impuestos por el Gobierno anterior, las compañías farmacéuticas habrían tenido que hacer frente a impagos cercanos a los 4.000 millones de euros, lo que equivaldría, según los estudios hechos por el sector, «al 30% de su mercado». Si a ello añadimos las reivindicaciones del sector de servicios de farmacia, que es uno de los grandes proveedores en su conjunto del SNS y que se queja con igual o mayor amargura de que lleva meses sin cobrar, llegando hasta las situaciones «más extremas», parece que el coste de estas políticas están incidiendo de plano del lado de los «productores y distribuidores».

Ahora bien, quien de momento calla más pero va a padecer más el cambio está del lado de los «pacientes», porque un cambio trascendental en la regulación legal de esta prestación está en la *modificación del vigente modelo de aportación –copago o repago– por parte del usuario*. A tal fin se han introducido importantes novedades para adecuar el actual modelo de financiación del SNS a los menudados Presupuestos Generales del Estado para 2012. Sin perjuicio de que pueda detectarse algún aspecto de mejora de la equidad respecto del modelo anterior –como el discriminar por renta a los pensionistas, y no considerarlos como un conjunto homogéneo, que no lo son–, lo más llamativo es el perseguido doble efecto en el marco del gran objetivo final que es ese recurrente estándar de conducta racional de los usuarios en el consumo –uso– de los medicamentos: (1) aumentar el nivel de ingresos del SNS –efecto recaudatorio– y (2) reducir realmente el uso de los medicamentos que no se necesitan para una mejor salud –efecto disuasorio–. A tales fines, se modifica el artículo 94.1 de la Ley 29/2006 y, cómo no, se introduce un larguísimo y tormentoso artículo 94 bis, al que se acompaña un más que discutible artículo 94 ter, para una aparente protección de datos personales.

Por lo que hace a la reforma del artículo 94.1 citado, el sentido es claramente reforzador de la competencia del Gobierno para revisar periódicamente la participación de los titulares del derecho a la prestación farmacéutica en el pago de los productos que se incluyen en la misma, en cuanto que perteneciente a la llamada «cartera común suplementaria» del SNS, así como «*los supuestos de financiación íntegra con cargo a fondos públicos*» –esto es, los antes llamados, de modo impropio y muy perturbador, medicamentos «gratuitos», si bien este ya anatemizado o «maldito» término desaparece de la redacción del precepto–. El cambio de enunciado oculta algo más que una mera revisión gramatical, pues ahora se evidencia la voluntad gubernamental de hacer del pago directo, no ya solo a través de impuestos, de esta prestación un elemento clave para la sostenibilidad financiera de la misma. Los criterios de modulación de este pago adicional –repago, más que copago– se mantienen inalterados, primando la capacidad para el pago y la racionalización del gasto público sobre las necesidades especiales de ciertos colectivos, si bien estas no dejan de atenderse.

A tal fin, el nuevo artículo 94 bis somete la prestación farmacéutica ambulatoria a (directa) aportación del usuario. Se entiende por prestación farmacéutica ambulatoria la que se dispensa a través de receta médica, en oficina o servicio de farmacia –queda fuera, de momento, la hospitalaria–. Esta aportación se efectuará en el momento de la dispensación del medicamento –o demás productos sanitarios– y «será proporcional al nivel de renta» actualizada –como máximo, anualmente–. Con carácter general, el porcentaje de aportación del usuario seguirá el siguiente esquema –apdo. 5–:

- a) Un 60% del PVP para los usuarios y sus beneficiarios cuya *renta sea igual o superior a 100.000 euros* consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del IRPF.
- b) Un 50% del PVP para asegurados activos y sus beneficiarios cuya *renta sea igual o superior a 18.000 e inferior a 100.000 euros* consignada en la referida casilla.
- c) Un 40% del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado activo y sus beneficiarios no sean incluidos en los apartados a) o b) anteriores.
- d) Un 10% del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas y sus beneficiarios, salvo que tengan una renta igual o superior a 100.000 euros.
- e) Un 30% PVP para los mutualistas y clases pasivas de las Administraciones públicas.

La continuidad de esta regla de trato diferencial atendiendo solo al régimen de Seguridad Social mutualista público en el que se insertan –MUFACE, ISFAS, MUGEJU– no tiene hoy razón de ser y constituye privilegio en sentido estricto que la norma debería haber corregido. Nótese que la diferencia de tipo peyorativo no está para los trabajadores y pensionistas privados del Sistema de la Seguridad Social, sino también para los funcionarios que no están en tales regímenes, hoy la mayoría.

En el marco de los criterios de atención a colectivos especiales, se prevé un régimen particular para garantizar la continuidad de los tratamientos de carácter crónico «y asegurar un alto nivel de equidad a los pacientes pensionistas con tratamientos de larga duración». En tales casos, los porcentajes generales se sujetan a topes máximos de aportación, de modo que los excedentes aportados deberán ser reintegrados, en el plazo máximo de seis meses, por la Comunidad Autónoma de residencia. El esquema es el siguiente –apdo. 6–:

- a) Un 10% del PVP en los medicamentos pertenecientes a los grupos ATC de aportación reducida, con una aportación máxima para el 2012, expresada en euros, resultante de la aplicación de la actualización del IPC a la aportación máxima vigente. Dicha aportación máxima se actualizará, de forma automática, cada mes de enero de acuerdo con la evolución del IPC. La actualización se formalizará por resolución de la unidad responsable de farmacia del Ministerio de Sanidad.
- b) Para las personas aseguradas como pensionistas de la Seguridad Social –y sus beneficiarios– cuya renta sea inferior a 18.000 euros –o que no estén incluidos en los siguientes apartados c) o d)–: un límite máximo de aportación mensual de 8 euros.

- c) Para las personas aseguradas como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios cuya renta sea igual o superior a 18.000 euros e inferior a 100.000 euros: hasta un límite máximo de aportación mensual de 18 euros.
- d) Para tales pensionistas –y sus beneficiarios– cuya renta sea superior a 100.000 euros: límite máximo de aportación mensual de 60 euros.

Se establece también un catálogo de colectivos exentos del pago de aportación alguna para el acceso a estos medicamentos, determinados bien atendiendo a la renta bien a sus afecciones y tratamientos. Así, en el primer grupo, quedan exentos los:

1. Perceptores de pensiones no contributivas.
2. Perceptores de rentas de integración social –por ejemplo las rentas mínimas de inserción–.
3. Los parados sin subsidio de desempleo, en tanto subsista esta situación.

En el segundo grupo, quedan exentos:

1. Los afectados de síndrome tóxico, según su normativa.
2. Las personas con discapacidad, también según su normativa específica.
3. Las personas con tratamientos con causa en contingencias profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional).

A fin de garantizar la efectividad de esta medida, de indudable complejidad y coste, la disposición final octava, apartado 3, da un plazo reducido, hasta el 30 de junio de 2012, a las Administraciones autonómicas para adoptar las medidas precisas en orden a dar efectividad a este nuevo sistema de repago.

El nuevo modelo exige reformas en relación con la *dispensación*. A tal fin, se lleva a cabo una reforma significativa de los artículos 5 y 17 del Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación. Esta norma trató de establecer un nuevo marco jurídico para la receta médica y la orden de dispensación que posibilitara profundizar en la mejora del uso racional de los medicamentos, en los ámbitos público y privado y que, al tiempo que contribuyera a la simplificación de la tarea de los profesionales sanitarios, reforzara las garantías dadas a los ciudadanos. La receta médica –y las órdenes de dispensación– cumpliría diversas funciones para una mejor gestión del SNS.³²

³² El artículo 1 a) del Real Decreto 1718/2010 define la *receta médica* como «el documento de carácter sanitario, normalizado y obligatorio mediante el cual los médicos, odontólogos o podólogos, legalmente facultados para ello, y en el ámbito de sus competencias respectivas, prescriben a los pacientes los medicamentos o productos sanitarios sujetos a prescripción médica, para su dispensación por un farmacéutico o bajo su supervisión, en las oficinas de farmacia y botiquines dependientes de las mismas o, conforme a lo previsto en la legislación vigente, en otros establecimientos sanitarios, unidades asistenciales o servicios farmacéuticos de estructuras de atención primaria, debidamente autorizados para la dispensación

De un lado, constituye un documento normalizado a través del cual se ordena de forma sistemática la transmisión de información entre profesionales sanitarios para dar garantía al paciente en orden al correcto cumplimiento terapéutico, facilitando la eficiencia del tratamiento. De otro, con este tipo de documentos se formaliza la gestión y facturación de la prestación farmacéutica que reciben los usuarios del SNS. La receta médica garantiza que el tratamiento prescrito pueda ser dispensado al paciente en cualquier oficina de farmacia del territorio nacional dada su validez en todo él. A este respecto, definidos los conceptos en el artículo 1, delimitado el ámbito –general– en su artículo 2, fijados los datos a contener en el artículo 3 y fijados los rasgos para su configuración documental en el artículo 4, el artículo 5 del Real Decreto 1718/2010 establece las características de las recetas médicas oficiales del SNS.

La primera novedad que presenta esta regulación tras el RDL 16/2012 tiene que ver con el cambio del sistema de copago –o repago– de los medicamentos, pues al establecerse una nueva distribución y categorización se ha hecho preciso introducir nuevos «códigos de clasificación». En segundo lugar, en el apartado 3 del artículo 5, se habilita o autoriza a quien está facultado para prescribir el tratamiento farmacológico a entregar, junto a la receta, un documento en el que se recojan «las informaciones y observaciones que a su juicio procedan para el mejor uso de la medicación por parte del paciente». Esta información complementará la autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y estarán personalizadas o individualizadas.

En tercer lugar, y a fin de reforzar esta función orientadora de las conductas de uso de los medicamentos, se incorporan concreciones adicionales a toda esa información, de modo que, cómo no, también se incorporará la información concreta sobre el «coste del tratamiento, con diferenciación del porcentaje asumido por el SNS» –art. 5.6 RD 1718/2010–. Se perfila así el deber de formalizar una suerte de «factura informativa» que haga saber al paciente cuánto cuesta en total el tratamiento y se le cree, como es natural, «mala conciencia» por un eventual mal «uso» o «uso excesivo» de la prestación. El criterio económico vuelve a estar, pues, en la base de la novedad reguladora.

Finalmente, la reforma introduce, aquí sí, una normativa que trata de facilitar la fluidez de la circulación de datos informativos sobre los usuarios de la prestación, a fin de poder actualizar el encuadramiento de cada uno de ellos en su régimen específico de aportación sin por ello perjudicar la protección de datos personales. Ya se dijo que con carácter general para el régimen de reconocimiento de la condición de asegurado, presupuesto de la prestación farmacéutica, no se hizo remisión

de medicamentos». Por «orden de dispensación hospitalaria» para pacientes no ingresados se entiende, según la letra b) de aquel precepto, el mismo documento arriba referido pero para «los servicios hospitalarios, de los medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control, que deban ser dispensados por los servicios de farmacia hospitalaria a dichos pacientes». Finalmente, por «orden de dispensación», a la que se refiere el artículo 77.1, párrafo segundo de la Ley 29/2006, se entiende el «documento de carácter sanitario, normalizado y obligatorio mediante el cual los profesionales enfermeros, en el ámbito de sus competencias, y una vez hayan sido facultados individualmente mediante la correspondiente acreditación, contemplada en la disposición adicional duodécima de la referida ley, indican o autorizan, en las condiciones y con los requisitos que reglamentariamente se establezcan, la dispensación de medicamentos y productos sanitarios por un farmacéutico o bajo su supervisión, en las oficinas de farmacia y botiquines dependientes de las mismas o, conforme a lo previsto en la legislación vigente, en otros establecimientos sanitarios, unidades asistenciales o servicios farmacéuticos de estructuras de atención primaria, debidamente autorizados para la dispensación de medicamentos».

alguna a la normativa que rige esta materia. Pero la regulación específica en este punto solo en apariencia tiene una razón protectora, pues realmente pretende asegurar la disposición de estos datos sin la necesidad de consentimiento del interesado. En realidad, la vinculación de este tema a la protección de un derecho fundamental, como es la intimidad, exige atender de plano al régimen general de tutela del mismo, sin que las razones de la eficiencia en la prestación puedan ser un motivo suficiente para establecer límites adicionales y más restrictivos que en otros ámbitos.

Conforme al artículo 94 ter de la Ley 29/2006, el INSS –o el ISM– podrán tratar los datos obrantes en los ficheros de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y de las entidades que colaboran con las mismas que resulten imprescindibles para determinar la cuantía de la aportación a la prestación. Dicho tratamiento no requerirá el consentimiento del interesado, si bien sí se prevé su sometimiento a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y sus disposiciones de desarrollo. Igual previsión se hace para los organismos informantes de cuantos datos sean relevantes para determinar el nivel de aportación, así como para la eventual exención.

Asimismo, el INSS –o el ISM– queda obligado a comunicar al Ministerio de Sanidad, y este, a su vez, a las demás Administraciones sanitarias competentes, el dato relativo al nivel de aportación que corresponda a cada usuario de conformidad con lo establecido en la normativa reguladora de las recetas médicas y órdenes de dispensación. Precizando que, en ningún caso, dicha información incluirá el dato de la cuantía concreta de las rentas. Como es natural, estos datos comunicados entre las diversas Administraciones implicadas serán objeto de tratamiento por la Administración sanitaria correspondiente «a los solos efectos de su incorporación al sistema de información de la tarjeta sanitaria individual» –art. 94 ter, apdo. 3–. Por su parte, la disposición adicional tercera del RDL 16/2012 determina el deber de la Administración tributaria de facilitar, dentro de cada ejercicio, al INSS –como la entidad responsable del reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria–, los datos relativos a sus niveles de renta necesarios para determinar el porcentaje que le corresponde pagar al asegurado por la prestación de la cartera común que esté sujeta a aportación.

8. AJUSTES CON EL «CAPITAL HUMANO»: REFORMAS EN LA GESTIÓN DE LOS «RECURSOS HUMANOS»

8.1. La reforma de recortes retributivos travestida de reformas de mejora de la calidad de los «recursos humanos»

Los ajustes de este Gobierno con los servicios públicos de interés social más sustanciales para un «Estado de Bienestar», en la dirección de convertirlo en mínimo, no se entienden sin los ajustes en relación con los profesionales que trabajan en ellos. Estos, sobre la base de su tratamiento como si fuese auténtico «capital humano», o «recursos humanos», tienen también que optimizarse, de modo que produzcan el máximo de rendimiento con el mínimo de coste posible. Nadie desconoce que, de forma análoga a la educación, el llamado «Capítulo I» de los Presupuestos –costes del personal al

servicio del SNS—, supone la partida más importante —en torno al 45% del total del gato sanitario—. De ahí que, sin perjuicio de la recurrente retórica de la dominante «*Escuela de los Recursos Humanos*», que no se cansa de reconocer formalmente al personal como los «verdaderos activos» de la organización —en este caso del SNS—, el RDL 16/2012 dedique todo un capítulo, el V, a introducir una amplia secuencia de medidas destinadas a corregir ciertas situaciones estructurales en relación con los «recursos humanos» del SNS, una parte mediante la mejora de su profesionalidad —con más exigencias formativas—, y otra mediante el enésimo ajuste de sus retribuciones a la baja, si bien bajo el disfraz de la vinculación a la productividad.

Desde esta perspectiva, la reforma tiene en mente cómo algunos de los más relevantes conflictos en este ámbito se han dado por cuestiones de personal, abriendo fuertes brechas entre los diferentes colectivos que trabajan en el SNS. En unos casos por razones de «*encuadramiento profesional*» —el eterno agravio comparativo entre unos profesionales y otros del mismo servicio—, y en otros por razones territoriales —el conflicto entre los profesionales de diferentes servicios autonómicos, por las diferencias retributivas pese a realizar un trabajo de igual valor—. En este sentido, «... *la diversidad de normas reguladoras, la complejidad organizativa de titulaciones, categorías y situaciones laborales de los más de 600.000 trabajadores de los 17 servicios de salud ha ido generando una gran variabilidad interpretativa... que se demuestran como verdaderas barreras para el desarrollo de los planes de eficiencia y ordenación que las comunidades autónomas están desarrollando en el marco económico de crisis actual y para la libertad de movimientos de los trabajadores...*» (EM, punto VI).

Ahora bien, una cosa es reconocer los problemas derivados de la diversidad del Estado Autonómico, y otra bien diferente aprovecharlos para promover, también en este ámbito, un nuevo impulso re-centralizador, que es una orientación más general de este Real Decreto-Ley igualmente. La crisis prestaría una coartada perfecta. Por eso se señala tal contexto como el caldo de cultivo propicio para reducir la autonomía de gestión autonómica en aras de una mayor racionalización del gasto público y también «una mayor eficiencia en la gestión de los servicios de salud» autonómicos. De ahí que sobreactúe en este ámbito para instar esos cambios en tal dirección, con la excusa una vez más de una «verdadera urgencia» en la definición homogénea para todo el SNS de la regulación actual de aspectos vinculados a tres cuestiones específicas:

- a) Las «categorías profesionales», en especial respecto de la formación de tipo especializado.
- b) Los criterios generales reguladores del sistema retributivo.
- c) La acción social.

8.2. La imposición como único del «sistema de formación mediante residencia» (generalización del «modelo MIR»)

De modo difundido se reconoce que uno de los principales rasgos del modelo español de SNS es la significativa formación profesional de su personal, de ahí que sean profesionales reconocidos y demandados fuera del mismo, especialmente en el resto de los principales países de la UE. No obs-

tante, es también evidente que este aspecto de la formación es muy complejo y requiere de una continua puesta en actualización. De ahí que no sorprenda el que esta materia sea objeto de cambio, aunque sí es llamativo que se trate de reformas muy parciales y más episódicas, sin hacer frente a los problemas más generales que tiene planteado el sistema formativo español en esta materia.

En todo caso, el primer ámbito afectado por este reajuste, y ante la inminente aplicación de la troncalidad en la formación de especialistas del SNS, es el dedicado por la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias –LOPS–, a la *Formación en Áreas de Capacitación Específica*. Se pretendería con ello la clarificación de las competencias en la formación –derecho y deber– de los especialistas, la resolución de las solicitudes de acreditación de centros docentes y su auditoría y evaluación.

Pues bien, conforme ahora precisa el nuevo artículo 25.1 de la LOPS, la formación especializada en áreas de capacitación específica tendrá, «en todo caso, carácter programado y *se llevará a cabo por el sistema de residencia con las especificidades y adaptaciones que reglamentariamente se determinen en el régimen jurídico que regula dicho sistema formativo*». En otros términos, se acoge como forma obligada de acceso al indicado diploma el sistema de residencia, que se generaliza pues, cuando antes de la reforma se dejaba la forma de acceso a una diversidad de modalidades –o mediante formación programada, o a través del ejercicio profesional específicamente orientado al área correspondiente, acompañado de actividades docentes o discentes...–. Para concretar este régimen se remite al desarrollo reglamentario el establecimiento de los supuestos y requisitos para que los especialistas en Ciencias de la Salud puedan acceder, mediante convocatoria del Ministerio de Sanidad, a los diplomas de Área de Capacitación Específica, siempre que dichas áreas se hubieran constituido en la especialidad correspondiente y se acrediten, al menos, dos años de ejercicio profesional en la especialidad –art. 25.2 LOSEP–, si bien este periodo de experiencia profesional puede modularse en cualquiera de las direcciones posibles –eliminar, aumentarse o reducirse–.³³

Recuérdese que este tipo de formación ha sido típica de los MIR –médicos internos residentes–, y que ya hace tiempo que se ha ido generalizando más allá de estas profesiones sanitarias. El Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, mientras que los aspectos de tipo formativo se regulan en el Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero –coloquialmente llamado «Decreto formativo MIR»–, constituyendo ambas normas reglamentarias la primera regulación global de todo el sistema de formación especializada en Ciencias de la Salud. A partir de esta regulación, sin embargo, se ha ido produciendo un notable desarrollo autonómico que, sin embargo, ha propiciado una gran diversidad en las condiciones de organización, de gestión y también de realización de la formación, que están generando problemas.³⁴ Pese a la centralidad del sistema de acceso a través de la citada modalidad de residencia, se modifica la disposición transitoria quinta de la LOPS para propiciar que puedan tener acceso también a los nuevos *Diplomas de Áreas de Capacitación* profesionales que, sin disponer de tal título, hubieran prestado servicios en el ámbito de la nueva Área de Capacitación Específica y cumplan los requisitos que reglamentariamente se establezcan.

³³ Le corresponde al Ministerio de Sanidad, previo informe del Consejo Nacional de Especialidades en Ciencias de la Salud y de la Comisión de Recursos Humanos del SNS –art. 25.3 LOSEP–.

³⁴ Vid. NIETO CONESA, A, en http://www.sepeap.org/imagenes/secciones/Image/_USER/_cap3.pdf

8.3. El nuevo Registro Estatal de Profesionales Sanitarios: ¿vía para la disuasión o instrumento de fomento de la calidad profesional?

Como garantía de transparencia y calidad de la capacitación profesional del personal, facilitando la planificación de las necesidades de profesionales sanitarios y la coordinación de las políticas de personal, se crea un *Registro Estatal de Profesionales Sanitarios*, que se integrará en el Sistema de Información Sanitaria del SNS –nueva disposición adicional décima de la Ley 16/2003–. Se trataría de una herramienta, en formato digital, que se dirige a incrementar la información tanto de la población como de las instituciones sanitarias de la situación de los profesionales desde los diferentes aspectos que configuran la práctica profesional. De ahí que sea público en todos los datos profesionales e identificación –apdo. 3–. Este registro estatal posibilitará la conexión con el resto, autonómicos y colegiales, así como con los de entidades privadas, en tiempo real, pues se nutrirá de todos ellos, pues todos «*estarán obligados a facilitar los datos que se consideren necesarios*», conforme a los criterios del Consejo Interterritorial del SNS y en los términos del artículo 53.3 de la Ley 16/2003 (apdo. 2 disp. adic. décima).

Entre estos datos de especial necesidad se hace referencia a la constancia de la resolución de expedientes disciplinarios –visión disuasoria– hasta la más adecuada planificación de las necesidades de especialistas en estrecha conexión con las ofertas anuales de plazas en formación –visión positiva–. Precisamente, una vez más emerge la preocupación por garantizar que esta vía de mejora de la información disponible de la trayectoria de los profesionales sanitarios no suponga una merma de la protección de su derecho a la privacidad de los datos personales. De ahí la nueva remisión a la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, debiendo el Ministerio de Sanidad velar por que no haya un acceso indiscriminado a los datos que no tengan carácter público conforme a lo previsto en el referido apartado 3 –nombre y datos profesionales (titulación, experiencia...)–. A este respecto, llama la atención el comentario del preámbulo en orden a legitimar la publicidad de la información, por tanto certificable por ese Registro, sobre la eventual sanción disciplinaria o inhabilitación profesional que pueda pesar sobre uno o varios profesionales. Aunque la regulación legal nada precisa, salvo la ya referida remisión genérica del apartado 2 a un concepto indeterminado, como es el relativo a los «datos que se consideren necesarios» y en los términos que se determine en el citado Consejo Interterritorial del SNS, se legitima tal información:

- Como una garantía para la seguridad de los pacientes, que les permitirá una mejor defensa de su derecho a un consentimiento informado.
- Como pretendida exigencia del Derecho Comunitario para acreditar la buena práctica de los profesionales en el ámbito del derecho a la libre circulación, que tiene una gran incidencia en el sector salud.

Por supuesto también hay espacio para el eterno desiderátum de promover de una forma efectiva la movilidad de los profesionales en el interior del SNS, hoy muy obstaculizada, cuando no neutralizada, por múltiples motivos. A tal fin tiene cabida la elaboración de un «*catálogo homogéneo de categorías profesionales*», a través del cual se puedan establecer las necesarias equivalencias. Este

objetivo se concreta en la modificación del artículo 15.2 del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud –Ley 55/2003–.

Una vez más con aparente vinculación a la regulación precedente pero con clara evidencia de promover una regulación bien diferente en el fondo, el nuevo texto precisa ahora que corresponde al Ministerio de Sanidad «*la aprobación de un catálogo homogéneo donde se establecerán las equivalencias de las categorías profesionales de los servicios de salud*». A estos efectos, los Servicios de Salud le comunicarán las categorías existentes en el mismo, así como su modificación o supresión y la creación de nuevas categorías, a fin de proceder, en su caso, «a la elaboración de este cuadro de equivalencias y a su homologación conforme a lo previsto en el artículo 37.1». De este modo, ahora la comunicación tan solo tiene un carácter instrumental para que se pueda elaborar por el ministerio el catálogo homogéneo, fijando por su cuenta y riesgo las equivalencias de tales categorías profesionales. No obstante, es claro que pese a la voluntad gubernamental de uniformidad, y a su racionalidad, debe respetarse en todo caso el principio de autonomía organizativa, también convencional colectiva.

Fuera de este enfoque, no deja también de llamar la atención la referencia que se hace a las «categorías profesionales», cuando este concepto ha sido ya desterrado en el ámbito de las relaciones laborales privadas por el concepto de grupo profesional.

En todo caso, este catálogo homogeneizador busca un objetivo mucho más específico y coyuntural. Se trata de facilitar que los profesionales sanitarios tengan acceso «a plazas vacantes de otros servicios de salud», mejorando su calidad.

Se devela, así, su sentido profundo, su verdadero objetivo, menos halagüeño, como es el posibilitar la provisión de todas las plazas mediante la convocatoria de procesos selectivos, «*puesto que la oferta de empleo público se encuentra congelada*». Indirectamente se trata de un mecanismo para propiciar una reestructuración del personal en el sector sanitario sin que haya un crecimiento de las plantillas, que sin duda no responden a la ratio necesaria para hacer creíble ese objetivo de búsqueda de la calidad del sistema. Por tanto, también cumple una finalidad coyuntural.

8.4. La racionalización de las formas de organización profesional: el fin del personal de zona y cupo y la integración del personal local

En este mismo ámbito del encuadramiento profesional y su racionalización ha de tenerse en cuenta la definitiva eliminación de un modelo de organización de la actividad asistencial sanitaria del pasado, como es el muy conocido del «*personal de zona y cupo*». Conforme a la disposición transitoria tercera de la Ley 55/2003, en su redacción original, los diferentes Servicios de Salud tenían autonomía para determinar la forma, plazo y condiciones en que el personal que percibe haberes por el «sistema de cupo y zona» se podía integrar en el sistema de prestación de servicios, dedicación y retribuciones establecido con carácter general. Pues bien, siguiendo también aquí el tono extremadamente imperativo que tiene en general este Real Decreto-Ley –aunque realmente todos los dictados por este nuevo Gobierno, salvo el relativo al favor por la dación en pago, que remite a la responsa-

bilidad social corporativa y a la ética—, ahora ya no hay margen de opción. A su nuevo tenor, «antes del 31 de diciembre de 2013» la integración debe ser una realidad tangible, sin perjuicio de mantener sus derechos consolidados.

De ahí que quede suprimida desde tal fecha la modalidad de prestación de servicios de cupo y zona. La previsión de este tipo especial de personal sanitario está en el artículo 111 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Decreto 2065/1974 (LGSS/1974). Pero realmente esta regulación ya había sido derogada por la normativa sanitaria de carácter institucional u organizativo de inicios de la década de los años noventa y la continuidad de este cuerpo se entendía solo como «a extinguir». La situación de este grupo de profesionales sanitarios «histórico» ha creado una viva polémica, hasta el punto de ser objeto de auténticas persecuciones en más de un Servicio Autonómico de Salud precisamente por no haber querido integrarse al sistema jerarquizado.

Pero no son estos los únicos tipos de *supuestos especiales de organización de los servicios de asistencia sanitaria* que son objeto de atención integradora. También el personal integrante de servicios sanitarios locales (nueva disp. adic. decimosexta). Conforme a lo dispuesto en tal disposición nueva de la Ley 55/2003, los médicos, practicantes y matronas titulares de los servicios sanitarios locales que presten sus servicios como médicos generales, practicantes y matronas de los servicios de salud, y el resto del personal funcionario sanitario que preste sus servicios en instituciones sanitarias públicas, «dispondrán hasta el 31 de diciembre de 2013 para integrarse en los servicios de salud como personal estatutario fijo, sin perjuicio de los derechos consolidados. A tal fin, las comunidades autónomas establecerán los procedimientos oportunos».

A diferencia del supuesto arriba analizado —personal de cupo y zona—, la integración para ellos no es obligatoria, sino optativa. Por eso, el apartado segundo de la disposición adicional decimosexta prevé que, en caso de que este personal opte por permanecer en activo en su actual situación, en los cuerpos y escalas en los que ostenten la condición de personal funcionario, las CC.AA. «adscribirán a este personal a órganos administrativos que no pertenezcan a las instituciones sanitarias públicas, conforme a las bases de los procesos de movilidad que, a tal fin, puedan articularse». En consecuencia, no se les obliga a integrarse formalmente, pero sí se prevé una suerte de «degradación profesional», por cuanto dejarían de ser profesionales de la actividad sanitaria para ser personal administrativo. En coherencia con ello, se deroga formalmente también el artículo 115.1 de la LGSS/1974, que es el que contemplaba este supuesto,³⁵ si bien había sido ya materialmente derogado con anterioridad, al igual que su apartado 3, según un complejo y difuso proceso derogador que culminaría precisamente el Estatuto Marco del Personal Sanitario —su disposición derogatoria incluye la Ley 30/1999, que es la que derogó tal regulación de seguridad social—, quedando en vigor formal solo el apartado 2. No parece entender esto el Gobierno, que ha incluido expresamente este precepto en su disposición derogatoria única, con lo que se evidenciaría de nuevo las resistencias de aquella normativa «a morir», pues se precisan, a lo visto, varias derogaciones para hacer efectiva su «defunción».

³⁵ Artículo 115.1: «Cuando las circunstancias geográficas, demográficas y laborales de una localidad lo aconsejen, a juicio y según las condiciones que al efecto fije el Ministerio de Trabajo, a propuesta de la Entidad Gestora, los Médicos, Practicantes y Matronas titulares de los Servicios Sanitarios locales tendrán el derecho y el deber, exclusivamente por el tiempo que dure su nombramiento como tales, de desempeñar los servicios sanitarios correspondientes, respectivamente, a plazas de Médicos generales, Practicantes y Matronas del Régimen General de dicha localidad».

En esta misma lógica de reiteración de derogaciones, se vuelve a hacer lo propio con el Estatuto de personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por la Orden de 26 de abril de 1973, así como las disposiciones que lo hubieran modificado, complementado y desarrollado, derogado ya con anterioridad por la letra f) de la disposición derogatoria única del Estatuto Marco del personal sanitario. No obstante, esta disposición había dejado en vigor el artículo 151 de aquel Estatuto, que es el que ahora se finiquitaría ya, culminando este también larguísimo periodo derogatorio. En la medida en que este precepto se relaciona con la acción social complementaria se hará un comentario del mismo al analizar esta cuestión específica.

8.5. Una nueva puerta a la reducción de las retribuciones disfrazada de imperativo de mejora de la productividad

Uno de los temas más candentes en este ámbito es el de las diferencias en el plano retributivo entre los diferentes colectivos de personal estatutario que trabajan para cada uno de los Servicios de Salud que integran el SNS. En este plano esencial de la ordenación de la actividad profesional del personal sanitario encontramos dos novedades. Ambas se orientan no a garantizar la igualdad efectiva de retribuciones por trabajo de igual valor sino a enfatizar la sujeción del sistema de remuneración de aquellos profesionales a criterios de «productividad» y rendimiento.

En esta dirección, de un lado, se precisa que para la cuantía de las retribuciones, que en todo caso se adecuará en todo momento a lo que dispongan las leyes de presupuestos –en estos años de sentido restrictivo de las remuneraciones del personal sanitario, como lo son en general con el personal de empleo público–, un elemento fundamental debe ser *«la evaluación del desempeño del personal estatutario que los servicios de salud deberán establecer»* (art. 41.3 Ley 55/2003).

Tales sistemas de vinculación de la cuantía retributiva al rendimiento efectivo deben establecerse mediante procedimientos fundados en los principios de igualdad, objetividad y transparencia. Esta evaluación periódica *«deberá tenerse en cuenta a efectos de determinación de una parte de estas retribuciones complementarias, vinculadas precisamente a la productividad, al rendimiento y, en definitiva, al contenido y alcance de la actividad que efectivamente se realiza»*. Se promueve, así, una política retributiva que convierta en salario –coste– variable lo que ahora es salario –coste– fijo.

De otro lado, y redundando en esta misma idea, lo que evidencia una clarísima desconfianza hacia la profesionalidad de este colectivo –como en general de todos y cada uno de los empleados públicos–, se reitera la necesidad de que los servicios de salud autonómicos y entes gestores de asistencia sanitaria establezcan todos aquellos mecanismos que se consideren necesarios, entre los que nomina, solo como una lista abierta o ejemplificativa, a *«la ordenación de puestos de trabajo, la ordenación de las retribuciones complementarias, la desvinculación de plazas docentes u otros»*, que *«garanticen el pago de la actividad realmente realizada»* (art. 41.4 Ley 55/2003). Como puede comprobarse, o bien se entiende como una cláusula absolutamente inútil, que repite en dos sucesivos apartados exactamente lo mismo pero sin fijar un contenido regulador prescriptivo, o bien expresa una cláusula completamente absurda, porque constituye una petición de principio, pues parece evi-

dente que al personal se le pagará por lo que hace efectivamente, no en el aire o «*gratia et amore*», solo por ser –un profesional de este tipo– o estar –presente en los centros sanitarios–.

Sabemos que las interpretaciones jurídicas que reducen al absurdo el sentido de una norma están prohibidas técnicamente. Por tanto, no puede sino concluirse que esta cláusula rezuma una visión muy negativa del trabajo del personal, respecto del que partió diciendo que era el principal activo del SNS, al que entiendo hoy se le pagaría tan solo por ser y/o estar y no por su actividad profesional real, efectiva.

Al tiempo que es un claro llamamiento –pero solo eso, porque no tiene competencia para poder imponerlo– a pasar de un sistema de retribución más o menos estable a otro de carácter más marcadamente variable e individualizado –«*más retribución a quien más y mejor trabaje; menos a quien menos y peor trabaje, aun dentro del mismo servicio*»–.

En consecuencia, emerge aquí la delicada cuestión que se plantea en todo ámbito de relaciones laborales cuando se suscita este tránsito de un sistema retributivo a otro, más peliaguda si cabe en este sector de empleo público por las dificultades que tiene medir aquí, y sobre todo distribuir, la tan traída y llevada «productividad».

8.6. La llamada a la reducción del complemento por incapacidad temporal: los recortes en la acción social

Finalmente, los criterios de racionalización y eficiencia en la gestión también se reflejan en el *gasto de acción social de los servicios de salud*. A tal fin, de un lado, se posibilita a las CC.AA. la modulación de su aportación en casos de incapacidad temporal –IT–, según una vía de reducción del déficit público que cuenta con más adeptos en estos tiempos. De otro, se procede a derogar normas preconstitucionales, por obedecer a un modelo regulador opuesto al de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, relativas a las prestaciones económicas del personal que haya alcanzado la edad de jubilación, como es el caso, ya referido, del artículo 151 del Estatuto del personal no facultativo.

En esta dirección de claro recorte del gasto social público en este personal, y con un efecto claramente excluyente, en primer lugar se procede a un reajuste del ámbito subjetivo de la acción social, de modo que solo favorezca al personal estatutario en activo y no a los que ya hayan dejado tal estatuto. Así, la nueva disposición adicional decimoséptima de la Ley 55/2003, introducida *ex novo* por el RDL 16/2012, con el fin de racionalizar las actuaciones en materia, determina que los fondos de acción social «solo podrán ser destinados a las necesidades del personal que se encuentre en *situación administrativa de servicio activo*».

Por tanto, quedaría fuera, en todo caso, de todo beneficio de carácter económico, el personal que alcance la edad de jubilación según la legislación de Seguridad Social, salvo «que se autorice la prolongación de servicio activo», en cuyo caso «*la edad será la que figure en la resolución que auto-*

rice esta prolongación». Precisamente, como consecuencia de este planteamiento, queda derogado el artículo 151 del Estatuto del personal no facultativo, según el cual los jubilados voluntarios que soliciten su jubilación *después de cumplidos los 60 años de edad y 25 años de cotización y servicios efectivos a la Seguridad Social* y los jubilados forzosos por edad reglamentaria, que reúnan dichas condiciones, *percibirán el complemento que sea necesario para que la pensión que tuvieran reconocida por la Mutualidad Laboral alcance el 100 por 100 de la retribución que vinieran percibiendo en el momento de la jubilación*.

En segundo lugar, y con el mismo sentido de recorte excluyente, pero ahora en relación con la prestación de IT, se incorpora una nueva disposición adicional decimoquinta a la Ley 55/2003.

A su tenor, *el personal estatutario de los servicios de salud autonómicos e instituciones adscritas al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) «queda exceptuado de la extensión prevista en el artículo 21 del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado» (LSSFCE), y en la disposición adicional sexta de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, respecto de la prestación económica durante la situación de IT del personal funcionario integrado en el Régimen General de la Seguridad Social, sea cual sea la Administración en la que preste servicios. El artículo 21.1 a) de la LSSFCE establece que la prestación económica por IT para los funcionarios consistirá, durante los primeros tres meses, en*

«la totalidad de las retribuciones básicas y de las retribuciones complementarias del funcionario en la misma cuantía a las que le correspondería en cada momento en su puesto de trabajo si no se encontrase en esta situación de incapacidad temporal, y con cargo a los mismos conceptos presupuestarios por los que se venían percibiendo dichas retribuciones».³⁶

Pero esta exclusión realmente tiene un campo subjetivo muy reducido, una vez que la práctica totalidad de las CC.AA. han asumido las competencias en esta materia. De ahí que el Gobierno, consciente de este «quiero y no puedo» –al menos por ahora–, lance un mensaje a navegantes para los autogobiernos y exprese de forma explícita que los Servicios de Salud autonómicos tienen libertad para decidir, respecto de «su personal estatutario», el grado concreto de aplicación del contenido de esta prestación económica, cuando aquel se encuentre en situación de IT. De este modo, de nuevo se incurre en una fragante contradicción, por cuanto un eje fundamental preconizado de toda la reforma es la ruptura de desigualdades entre personas en el ámbito nacional; pero esta norma es claramente incentivadora de las diferencias de trato, más bien de unas auténticas discriminaciones en la percepción de prestaciones públicas, cuando la competencia para fijarlas es claramente estatal, por ser Seguridad Social.

³⁶ Como es sabido, a partir del primer día del cuarto mes se establece una modulación de esa prestación, pues desde entonces se percibirán solo «las retribuciones básicas, la prestación por hijo a cargo, en su caso, y un subsidio por incapacidad temporal a cargo de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la incapacidad, será la mayor de las dos cantidades siguientes: 1. El 80% de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso), incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al tercer mes de licencia. 2. El 75% de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia».

9. UNA «PESCADILLA QUE SE MUERDE LA COLA»: LA «SOCIEDAD DEL MALESTAR» GENERA MÁS «ENFERMEDAD»... Y MÁS GASTO

La pérdida de calidad sanitaria y la aplicación de crecientes «tasas» por recibir servicios de este tipo, más allá incluso del «copago» –«repago»– sanitario, reducen de un modo determinante la igualdad de trato –y también de oportunidades– respecto de un bien existencial imprescindible para la persona, la salud. Al mismo tiempo, la evidencia ha acreditado ya sobradamente que los problemas que España está teniendo para reducir su déficit público para nada tienen que ver con un eventual dispendio en los años de bonanza. Ni que decir tiene que la ciudadanía medianamente informada sabe que esto es una gran falacia ya en su planteamiento mismo. Toda esta regulación de recorte aparece como una nueva «cuestión de fe» –ideológica–.

En ningún momento se da ni una sola prueba de cómo puede mejorar la «calidad» y/o la «eficiencia» un «paquete» de medidas que van dirigidas a excluir beneficiarios –difícilmente puede ser mejor servicio–, a reducir las plantillas de personal sanitario –es difícil creer en la calidad y en que eso será más eficiente–, aumentando la carga asistencial, listas de espera y reduciendo la oferta de servicios y productos sanitarios (incluidos los farmacéuticos) a prestar por el sistema como bien público o derecho «universal». Como tampoco se nos da información de cuánto costarán los cambios propuestos, en especial el que supondrá modificar millones y millones de «tarjetas sanitarias», incrementando, pues, y estos sí son directamente cuantificables, los costes de gestión.

Y todo ello en una red pública que ha tenido un notabilísimo incremento de carga asistencial con un bajo incremento de la inversión en su perfeccionamiento, en todo caso muy por debajo de la media europea, lo que evidenciaba ya su eficiencia. Al contrario, la reforma empeorará la eficiencia del SNS. No cabe ya ninguna duda tras la última oleada de decretos leyes que atacan la columna vertebral de los derechos de ciudadanía social, la política de «recortes sin fin ni cabo», sin ninguna línea roja, constituye un proyecto de «deconstrucción» del modelo de sociedad plasmado en la Constitución, una «*sociedad de bienestar*» y una *economía social de mercado*, y, de forma paralela, la «construcción» de uno bien diverso, más bien totalmente opuesto a aquel: «una *sociedad de mercado*» y una *economía públicamente intervenida* en garantía del beneficio de los poderes financieros. La seguridad de los ciudadanos para quien la pague, pero la seguridad de las entidades financieras y sus mercados a cargo del Estado.

Las reformas de este tipo están llevando a un estado de «mal-estar» que implica una dimensión del problema de la salud que va más allá de la meramente sanitaria. No se trata de una especulación, sino de una constatación. Así se reflejó en el XXIX «*Congreso de la Asociación Nacional de Enfermería Mental*» (Oviedo, marzo 2012). En él se evidenció el aumento de las consultas en atención primaria (médicos de familia; de momento menos en las de psiquiatría) por síntomas derivados de los malestares cotidianos de los ciudadanos ante el deterioro de las condiciones de vida y de trabajo, siendo numerosa la evidencia³⁷ que demuestra que la continuada política de austeridad en servicios públi-

³⁷ Según un Informe reciente de la OCDE, que lleva por título «¿Malestar en el trabajo? Mitos y realidades sobre la salud mental y el empleo», uno de cada cinco trabajadores padece trastornos mentales como la depresión o la ansiedad, y muchos tienen problemas para superarlos, en los 34 países de la OCDE. Asimismo, advierte de que «la precarización creciente

cos es una enorme fuente de estrés que incrementa las patologías de salud mental y, en consecuencia, los costes asociados a ella. En suma, aunque todavía no hay datos estadísticos suficientes para el caso español, sí hay certezas en torno a la fuerte incidencia que el malestar social generado por la crisis y por sus políticas de «ajuste» tiene en el empeoramiento la salud de las personas que viven en España.³⁸

La respuesta varía según las personas y los contextos, debiendo de ser objeto de «cuidados individualizados», pues como sucede en todos los factores de riesgo psicosocial, las fuentes son sociales pero el reflejo es individual, dado que la misma situación provoca en unas personas reacciones de signo positivo (optimismo), y en otros, depresivas. Influye mucho cómo interpreta cada uno la realidad. Eso sí, queda claro que este tipo de patologías inducidas o potenciadas por la «inseguridad social» creciente tiene mejor posibilidad de curación «*mediante la resocialización a través de la organización colectiva o de la acción social*»,³⁹ opuesta a la política actual pública en España de socialización del sufrimiento de la ciudadanía en defensa de la posición de privilegio —«obsceno»— de una minoría económica, la que mueve los hilos de eso que se llama «mercados financieros» y que tan solo son el disfraz de una consciente manera de entender el juego entre poderes económicos, políticos y sociales: la primacía de la seguridad de ganancia de las inversiones financieras sobre las razones de seguridad de las personas. En suma, es difícil no recordar ante esta situación, como ha hecho hace unos días *The Economist*, que

*«de todas las enfermedades que matan a los pobres, ninguna es tan letal como un mal Gobierno».*⁴⁰

del empleo y el aumento actual de presiones en el trabajo podría conllevar una agravación de los problemas de salud mental en los próximos años». Para un estudio específico de cómo incide la crisis en el incremento de las enfermedades mentales para el Reino Unido, *vid.* MIND, 2010, Workers turn to antidepressants as recession takes its toll. www.mind.org.uk/news/3372_workers_turn_to_antidepressants_as_recession_takes_its_toll. Para otros estudios, de interés la síntesis de la Asociación Internacional de la Seguridad Social (ASISA), en <http://www.issa.int/esl/Noticias-y-Eventos/News2/El-efecto-de-las-crisis-en-la-salud-mental-de-los-trabajadores>.

³⁸ «Con la crisis ha aumentado la proporción de consultas por problemas que derivan de un malestar psíquico», asegura Josep Basora, presidente de la Sociedad Española de Medicina Familiar y Comunitaria. En http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/05/11/actualidad/1336757656_038181.html.

³⁹ El documento que recoge las Conclusiones de este interesante Congreso puede leerse en el sitio Web: <http://www.anesm.net/descargas/Conclusiones%20XXIX%20Congreso%20nacional%20de%20Enfermeria%20de%20Salud%20Mental.pdf>.

⁴⁰ En http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/05/08/actualidad/1336473802_863077.html.