

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

Los sujetos protegidos por la asistencia sanitaria pública española
y el derecho de los españoles a la asistencia sanitaria
pública en el extranjero

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Mariana Vega Martinho

DIRECTOR

Francisco Javier Torollo González

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

PROGRAMA D9BH - DOCTORADO EN DERECHO



TESIS DOCTORAL

Los sujetos protegidos por la asistencia sanitaria pública española y el derecho de los españoles a la asistencia sanitaria pública en el extranjero

Memoria para optar al Grado de Doctor presentada por

Mariana Vega Martinho

Director

Francisco Javier Torollo González

Madrid - 2023

AGRADECIMIENTOS

Agradecer a mis padres, Tania y Ronaldo, cuyo apoyo absoluto tanto emocional como financiero me permitió “cruzar el charco” y construir una carrera en mi otro país.

A mi tutor, por la paciencia y la libertad con la que me ha guiado a lo largo de estos años en la elaboración de la tesis.

A mis amigos incondicionales, en especial Álvaro y María, cuya ayuda y apoyo me permitieron seguir cumpliendo mi sueño de formar parte de la Universidad Complutense de Madrid.

A mis compañeros de trabajo de la Dirección Provincial del INSS de Madrid, con el entrañable cariño y respeto a los que estuvieron conmigo al principio de mi carrera pública en el CAISS 5, enseñándome el oficio de servidor público.

ÍNDICE

RESUMEN	8
ABSTRACT	9
ABREVIATURAS	10
INTRODUCCIÓN	13

CAPÍTULO PRELIMINAR. Los orígenes históricos del derecho a la asistencia sanitaria

1. Introducción	21
2. La beneficencia como piedra fundamental del bienestar social europeo y español	22
3. El nacimiento de los movimientos obreros de ahorro voluntario: los Socorros Mutuos Obreros y la Mutualidad	26
4. El reconocimiento de la asistencia sanitaria como derecho con relevancia internacional.....	30
4.1. Los principales Convenios de la OIT en materia sanitaria.....	31
A. Convenio OIT núm. 102 sobre la Seguridad Social	33
B. Convenio OIT núm. 130 relativo a la asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad	34
4.2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y los Derechos Sociolaborales.	34
4.3. La Carta Social Europea.....	35

CAPÍTULO I. La evolución legislativa de la asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud.....

1. Introducción	39
2. Los inicios del Seguro de Enfermedad en España	39
2.1. El Seguro de Accidente de Trabajo.....	42
2.2. El Seguro Obligatorio de Maternidad	44
2.3. El Seguro Obligatorio de Enfermedad	46
3. La gestión de la protección social estatal: el Instituto Nacional de Previdencia	49
4. La asunción de la protección social a través del Estado: el sistema de previsión social	51
4.1. Los inicios del sistema de Seguridad Social actual: la Ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963 y la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966.....	52
4.2. Los desarrollos normativos posteriores: la Ley General de la Seguridad Social de 21 de junio de 1972 y la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974.....	56
4.3. Las entidades gestoras de la Seguridad Social: el Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre	58

5. Los aspectos constitucionales de la asistencia sanitaria	59
5.1. El derecho a la protección de la salud como principio rector de la política social y económica: los arts. 41 y 43 de la Constitución Española.....	62
5.2. La creación de las Comunidades Autónomas y el reparto de competencias. La descentralización de la sanidad en España.....	65
6. De la neutralidad de la Constitución Española al establecimiento de las bases para la universalización del Sistema Público de Salud.....	68
6.1. La ampliación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria.....	73
6.2. La igualdad y cohesión del Sistema Nacional de Salud: la Ley 16/2003, de 28 de mayo	75
7. La sostenibilidad del sistema sanitario. La reversibilidad de derechos: el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril y el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto...	80
8. El encuadramiento actual de la asistencia sanitaria en nuestro sistema de Seguridad Social. La convivencia entre los múltiples sistemas de aseguramiento obligatorio ...	85
9. Proyecto de Ley por la que se modifican diversas normas para consolidar la equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud	88

CAPÍTULO II. El reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios

1. Introducción	93
2. La condición de asegurado	94
2.1. Los trabajadores afiliados y en alta o situación asimilada a la de alta en el Régimen General de la Seguridad Social.....	99
2.2. Los pensionistas del sistema de la Seguridad Social.....	103
A. Prestaciones consideradas pensiones contributivas: pensiones SOVI, pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo y el subsidio temporal a favor de familiar.....	104
B. Prestaciones consideradas pensiones no contributivas	106
C. Situaciones especiales de la asistencia sanitaria de los pensionistas	106
a) Pensionistas en alta en el sistema de Seguridad Social como trabajadores	106
b) Pensiones revisables	108
2.3. Los perceptores de prestaciones periódicas de la Seguridad Social.....	109
A. Perceptores de la incapacidad temporal.....	109
B. Perceptores de la prestación por nacimiento y cuidado de menor	112
C. Perceptores de la prestación familiar y del Ingreso Mínimo Vital	112
D. Perceptores de prestaciones por desempleo contributivo y no contributivo.	114
E. Perceptores de la Renta Activa de Inserción.....	115
2.4. Los asegurados por ser residentes en España.....	115
2.5. Los emigrantes españoles retornados	118
3. La condición de beneficiario.....	122

3.1. Los familiares protegidos	122
3.2. La situación de los recién nacidos en España	124
3.3. Los beneficiarios de los emigrantes españoles retornados.....	125
4. La protección social de colectivos especiales.....	126
4.1. Personas con discapacidad	126
4.2. Ministros de culto.....	131
4.3. Afectados por el Síndrome Tóxico.....	134
4.4. Personas con derecho a la asistencia sanitaria solo por contingencias profesionales.....	135
4.5. La población reclusa.....	136
4.6. Actividades sujetas a seguro sanitario obligatorio	139
4.7. Trabajadores y funcionarios de organismos intergubernamentales	141
4.8. Menores de edad tutelados por la Administración Pública.....	142
4.9. Menores de edad sin ascendientes con condición de <i>asegurados</i>	142

CAPÍTULO III. Peculiaridades en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social 147

1. Introducción	147
2. El Régimen Especial de los Funcionarios.....	147
2.1. Introducción	147
2.2. La evolución histórica del derecho a la asistencia sanitaria de los funcionarios públicos: de los Montepíos a las Mutualidades MUFACE, MUGEJU e ISFAS ..	148
2.3. El vigente Régimen Especial de los Funcionarios y el derecho a la asistencia sanitaria gestionada por Mutualidades	154
2.4. El derecho a la asistencia sanitaria internacional de los funcionarios públicos	159
A. La asistencia sanitaria internacional de los funcionarios pertenecientes a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE).....	159
a) Permanencia en otro Estado por periodo superior a seis meses	160
b) Permanencia en otro Estado por periodo inferior a seis meses	161
B. La asistencia sanitaria internacional de los funcionarios pertenecientes a la Mutualidad General Judicial (MUGEJU).....	162
a) Permanencia en otro Estado por periodo superior a 120 días.....	162
b) Permanencia en otro Estado por periodo inferior a 120 días.....	164
C. La asistencia sanitaria internacional de los funcionarios pertenecientes al Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS)	165
a) Permanencia en otro Estado por destino o comisión de servicios en el extranjero	165
b) Desplazamiento temporal en otro Estado por razones privadas.....	166

c) Residencia en otro Estado por razones privadas.....	167
2.5. Incompatibilidades entre el Régimen General de la Seguridad Social y el Régimen Especial de los Funcionarios Públicos: el derecho propio y el derecho derivado.....	168
2.6. La protección social de colectivos especiales dentro de las Clases Pasivas ..	170
A. Funcionarios de los Montepíos Forales de Navarra	170
B. Funcionarios e interinos de la extinguida MUNPAL y su integración en el Régimen General	175
C. Beneficiarios de pensiones especiales de guerra: el bando republicano tras la Guerra Civil	177
3. El Régimen Especial de los Trabajadores del Mar	179
4. El Régimen Especial de los Estudiantes: el Seguro Escolar.....	180
4.1. Campo de aplicación: ámbito subjetivo, objetivo y territorial	181
4.2. Las prestaciones sanitarias del Seguro Escolar: el accidente escolar y las especialidades médicas.....	184
A. El accidente escolar	186
B. Las especialidades médicas reconocidas por el Seguro Escolar	188
4.3. La gestión del Seguro Escolar.....	190

CAPÍTULO IV. El derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria en España como asegurados y beneficiarios del sistema 195

1. Introducción	195
2. El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros residentes en situación regular en España	199
2.1. El derecho a la asistencia sanitaria en las permanencias de corta duración en territorio español: la obligatoriedad del seguro médico privado.....	200
2.2. El derecho a la asistencia sanitaria en las permanencias prolongadas en territorio español	203
2.3. El derecho a la asistencia sanitaria y las relaciones familiares: la reagrupación familiar	209
3. La acción protectora de los extranjeros en situación administrativa irregular.....	213
3.1. La universalización de la asistencia sanitaria a través de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero	215
3.2. El impacto del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril	218
A. La creación del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria: el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio	223
B. La reacción normativa de las Comunidades Autónomas.....	224
C. La respuesta del Tribunal Constitucional a los conflictos de competencia ..	230

D. El recurso de inconstitucionalidad frente el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril: la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 139/2016, de 21 de julio	233
4. Análisis de las consecuencias del Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud	239
4.1. El derecho a la asistencia sanitaria según la situación administrativa del extranjero.....	240
4.2. La perene protección de los ascendientes	241
5. Los refugiados y los apátridas: las situaciones especiales reconocidas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.....	244
5.1. Extranjeros sujetos a protección internacional.....	246
5.2. Extranjeros con autorización de residencia por circunstancias excepcionales.....	247
5.3. Menores extranjeros en estancias temporales en España en el marco del programa “Vacaciones en Paz”	250
6. Extranjeros en otras situaciones especiales reconocidas por el Servicio Público de Salud	251
6.1. Extranjeros en situación administrativa irregular.....	251
6.2. Solicitantes de protección internacional.....	251
6.3. Víctimas de trata de seres humanos: el período de restablecimiento y reflexión	252
6.4. Los menores extranjeros no acompañados.....	252

CAPÍTULO V. El reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria pública del español desplazado en la Unión Europea

1. Introducción	257
2. La armonización del derecho a la asistencia sanitaria en la UE: los Reglamentos Comunitarios (CEE) 1408/71 y 574/72 y los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009	262
2.1. Ámbitos de aplicación de los Reglamentos comunitarios.....	262
A. Ámbito de aplicación temporal.....	262
B. Ámbito de aplicación territorial	264
C. Ámbito de aplicación personal	265
D. Ámbito de aplicación material.....	267
2.2. Principios generales de ordenación y coordinación de las prestaciones	270
A. Principio de igualdad de trato o no discriminación	271
B. Principio de territorialidad: la determinación de la ley aplicable	272
C. Principio de conservación de derechos adquiridos	274
D. Principio de totalización de periodos cotizados.....	274
3. El reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en aplicación de los Reglamentos comunitarios.....	275

3.1. La estancia temporal en otro Estado miembro	277
A. La estancia por motivos distintos a los médicos: la Tarjeta Sanitaria Europea	278
B. La estancia por estudios: la protección del Seguro Escolar	282
C. La estancia en otro Estado miembro para recibir un tratamiento programado	284
D. Estancia de beneficiarios de la prestación por desempleo contributivo: la búsqueda activa de empleo	292
3.2. La residencia en otro Estado miembro. Especialidades aplicables a los trabajadores fronterizos	294
A. Especialidades aplicables a los trabajadores fronterizos	299
B. Especialidades del trabajador fronterizo jubilado o incapacitado y sus familiares	301
3.3. La movilidad de los pensionistas	302
4. El reembolso de gastos entre instituciones y la problemática del copago sanitario	305
5. La liberalización del derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza a través de la Directiva 2011/24/UE y su aplicación en España.....	314
6. Cuestiones específicas y particularidades en la aplicación del derecho comunitario	318
6.1. La relación especial entre España y Suiza: el reconocimiento del derecho a pensionistas suizos residentes en España y a sus familiares	318
A. El conflicto jurídico entre el Convenio Bilateral y la norma española.....	319
B. La respuesta de la jurisprudencia española a la aplicación del Protocolo Final del Convenio Bilateral entre España y Suiza.....	321
6.2. El BREXIT y sus consecuencias inmediatas: primeros apuntes y experiencias	323

CAPÍTULO VI. El derecho del español a la asistencia sanitaria en los Estados extracomunitarios: los Convenios Bilaterales..... 329

1. Introducción	329
2. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra de 9 de noviembre de 2001	330
2.1. Situaciones que originan derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados en España en estancias temporales en Andorra	331
2.2. Situaciones que originan derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados en España residentes en Andorra	332
2.3. El reintegro de gastos	334
3. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile, de 28 de enero de 1997	334

3.1. Situaciones que originan derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados en España en estancias temporales en Chile	335
3.2. Situaciones que originan derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados en España residentes en Chile	336
3.3. El reintegro de gastos	337
4. Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, de 8 de noviembre de 1979.....	337
4.1. Situaciones que originan derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados en España en estancias temporales en Marruecos.....	338
4.2. Situaciones que originan derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados en España residentes en Marruecos	339
4.3. Reintegro de gastos	340
5. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Perú, de 16 de junio de 2003.....	340
5.1. Situaciones que originan derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados españoles y peruanos	342
5.2. Reintegro de gastos	343
6. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001.....	343
6.1. Situaciones que originan derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados en España en estancias temporales en Túnez.....	344
6.2. Situaciones que originan derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados en España residentes en Túnez.....	345
6.3. Reintegro de gastos	346
VII. CONCLUSIONES	349
BIBLIOGRAFÍA	357
ANEXO JURISPRUDENCIAL	372
1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	372
1.1. Decisiones	372
1.2. Sentencias.....	372
2. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	372
3. Tribunal de Justicia de la Unión Europea	374
4. Tribunal Constitucional	374
4.1. Autos	374
4.2. Sentencias.....	374
5. Tribunal Supremo	377
6. Tribunal Superior de Justicia	377
ANEXO NORMATIVO	380

RESUMEN

La tesis presente lleva por título *Los sujetos protegidos por la asistencia sanitaria pública española y el derecho de los españoles a la asistencia sanitaria pública en el extranjero* y surge de la ausencia de estudios enfocados en el aspecto subjetivo del derecho. Aunque se trate de un derecho objeto de debate público y social, no existe un interés en la doctrina en conocer y analizar con profundidad la relación de la asistencia sanitaria con los sujetos que la disfrutaban. Entender los mecanismos de reconocimiento del derecho nos permite comprender mejor las reformas normativas promovidas por el legislador y la evolución de este derecho.

Para ello, se recopilan las normas más relevantes en el desarrollo de la asistencia sanitaria en España y en el derecho internacional, dando especial relevancia a la normativa comunitaria, debido a su gran influencia en nuestro derecho interno. También se procede al análisis del impacto del reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en la legislación de extranjería tras la reforma promovida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

Esta tesis refleja la situación actual de la protección a la salud y las carencias actuales del sistema, promoviendo un examen de los retos futuros que deberá afrontar el legislador en aras de obtener una normativa más coherente con la realidad de la aplicación del derecho.

Palabras clave: asistencia sanitaria, Seguridad Social, extranjería, derecho comunitario.

ABSTRACT

The present Thesis is titled Subjects protected by Spanish public healthcare and the right of Spaniards to public healthcare abroad and arises from the lack of studies focused on the people with access to the public healthcare. Although it is a right that is the discussion centre of public and social opinion, there is no interest in the doctrine in studying and analysing the relationship between health care and the people that have access to it. Understanding the mechanisms of recognition of the right allows us to better understand the regulatory reforms promoted by the legislator and the evolution of this right.

To this end, this Thesis bring together the most relevant regulations in the development of healthcare in Spain and in international law, with special relevance to EU regulations, due to their great influence on our domestic law. It also proceeds to analyse the impact of the recognition of the right to healthcare in immigration legislation after the reform promoted by Real Decreto-ley 16/2012, of April 20.

This Thesis reflects the current situation of health protection and the current shortcomings of the system, promoting an examination of the future challenges that the legislator must face to obtain regulations more consistent with the reality of the application of the law.

Keywords: health care, Social Security, immigration, EU law.

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CSE	Carta Social Europea
CPS	Certificado Provisional Sustitutorio
EEE	Espacio Económico Europeo
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
IMV	Ingreso Mínimo Vital
INP	Instituto Nacional de Previsión
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
ISM	Instituto Social de la Marina
LBSS	Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social
LCSSNS	Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud
LGS	Ley de 14/1986, de 15 de abril, General de Sanidad
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LGSP	Ley General de Salud Pública
LOEX	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LPGE	Ley de Presupuestos Generales del Estado
LSS	Ley de Seguridad Social
OIT	Organización Internacional Del Trabajo
RAI	Renta Activa de Inserción
RAS	Reglamento Asistencia Sanitaria aprobado por el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RDLeg.	Real Decreto Legislativo
RETA	Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos
RGCL	Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social

RGIA	Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social
RGMA	Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo
RMJ	Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Mutualismo Judicial
RGSS	Régimen General de la Seguridad Social
RGSSFFAA	Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas
RLOEX	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009
SEPE	Servicio Público de Empleo Estatal
SOE	Seguro Obligatorio de Enfermedad de 1942
SOVI	Seguro de Vejez e Invalidez de 1936
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCECA	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TSE	Tarjeta Sanitaria Europea
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Al empezar mi carrera como funcionaria pública de la Seguridad Social, mi primer destino fue ser responsable de uno de los más de veinte centros de atención e información en Madrid. Diariamente desfilaban por el centro centenas de personas buscando asesoramiento sobre las prestaciones del sistema de la Seguridad Social y los requisitos necesarios para acceder a las mismas. Con cada atención realizada, no era difícil darse cuenta de la distancia que puede separar nuestro ordenamiento jurídico de la realidad de los ciudadanos, sobre todo con sus continuas reformas.

El derecho recogido en nuestra normativa se quedaba en buenas intenciones, dejando a los interesados sin el acceso efectivo a las prestaciones. De las prestaciones que reconocíamos diariamente, la asistencia sanitaria se destacaba por ser la más solicitada y la que más dificultades entrañaba en su aplicación práctica. Las numerosas reformas y su estrecha relación con la normativa de extranjería ocasionaban numerosas dudas en cuanto al reconocimiento del derecho y los sujetos titulares del mismo.

La protección de la asistencia sanitaria ha sufrido múltiples modificaciones a lo largo de su reciente historia. Se trata de un derecho que nació como una prerrogativa de la población más acaudalada que financiaba los servicios sanitarios (en su mayoría de pésima calidad y privados) a las clases más desfavorecidas. A este acto de reconocimiento se le denominó “*beneficencia*”, el cual permaneció como el único medio de protección a la población europea más necesitada.

El movimiento obrero fue fundamental para la inclusión por parte del Estado de políticas de aseguramiento sanitario. Frente al sistema privado existente, fueron surgiendo agrupaciones de trabajadores cuya finalidad era su protección y la de sus familiares ante los infortunios que pudieran ser ocasionados en el ámbito laboral.

Ante la presión de la clase trabajadora, el Estado reaccionó, promoviendo una protección obligatoria pública de gestión Estatal, la cual incluiría el derecho a la asistencia sanitaria. Nace así el Seguro Obligatorio de Enfermedad, el cual constituye el origen de la protección sanitaria española, la cual formará parte del sistema de Seguridad Social.

Actualmente, la asistencia sanitaria se caracteriza por ser una prestación de reconocimiento estatal, cuyos servicios se prestan de forma deslocalizada a través de

cada uno de los sistemas sanitarios de las Comunidades Autónomas. Mientras el objeto del derecho varía según el catálogo adoptado por cada Comunidad Autónoma, el aspecto subjetivo se mantiene inmutable, siendo exigibles los mismos requisitos para todos los residentes en territorio español.

La uniformidad en el reconocimiento del derecho permite el acceso a los servicios públicos sanitarios en todas las Comunidades Autónomas con las mismas condiciones de igualdad. Si falta uniformidad en la aplicación de la norma, se generan distorsiones en el sistema, ocasionando desigualdades en cuanto al derecho.

La existencia de múltiples reformas ha impedido el mantenimiento de una aplicación uniforme de la ley. Como resultado de estas modificaciones, nos encontramos con colectivos excluidos del ámbito de aplicación de la prestación sin ninguna razón que justifique más allá del olvido del legislador. A su vez, las complejas reformas llevadas a cabo a partir del año 2012 han hecho codependientes al derecho a la asistencia sanitaria y la legislación de extranjería, añadiendo más complejidad al reconocimiento del derecho tanto a nivel nacional como internacional.

El presente estudio tiene por objeto examinar la evolución normativa del derecho a la asistencia sanitaria y su impacto tanto en nuestra legislación nacional, así como sus efectos ante la aplicación de la normativa comunitaria y los Convenios Bilaterales suscritos por España. Se analizan los diversos colectivos protegidos según su título jurídico de acceso al Sistema Público de Salud, haciendo hincapié en cuanto a las inclusiones y exclusiones realizadas en las reformas impulsadas por el legislador y su impacto en la aplicabilidad del derecho, en el acceso a una acción protectora específica, y en la determinación del copago farmacéutico.

De las inclusiones y exclusiones analizadas, la que ha tenido más impacto en el reconocimiento del derecho ha sido el trato dispensado por el legislador a los extranjeros. Desde las primeras menciones a “*portugueses, nacionales de países hispánicos y andorranos*” recogidas en el Seguro Obligatorio de Enfermedad, la protección se ha extendido a todo extranjero residente en España. La intención de *universalizar* la asistencia sanitaria, entendiendo como tal el acceso a nuestro Sistema Público de Salud por parte de cualquier ciudadano residente en territorio español, con independencia de su estatus administrativo, ha tenido sus oscilaciones normativas.

Desde una evolución progresiva hacia el pleno acceso a la asistencia sanitaria pública española hasta las restricciones existentes en nuestra normativa actual, el legislador ha tomado conciencia de la necesidad de armonización entre nuestra legislación interna y los acuerdos internacionales que se han ido adoptando a lo largo de los años; así como con los Reglamentos y las Directivas comunitarios.

Para que el reconocimiento del derecho sea coherente es necesario que existan requisitos, y que, por ello, no todas las personas accedan a la asistencia sanitaria gratuita. La inclusión de todos los extranjeros dentro del Sistema Público de Salud invalida los acuerdos adoptados por España en el ámbito internacional, asumiendo para sí la responsabilidad económica de los gastos sanitarios ocasionados por ciudadanos extranjeros dotados con un derecho propio.

En la actualidad, la protección sanitaria diferencia el trato de los nacionales españoles y nacionales comunitarios y de terceros países. No obstante, se equiparan en cuanto a derechos sanitarios, a los extranjeros en situación administrativa irregular con los españoles. Esta sobreprotección se diferencia de la que se reconoce a los demás extranjeros, residentes legales en nuestro país, que quedan excluidos de un acceso directo a la asistencia sanitaria pública. Por tanto, es necesario un análisis profundo del derecho internacional, así como su transposición a nuestro ordenamiento interno, ya que no se trata de un tema estudiado con mucha extensión ni profundidad.

Para llevar a cabo este estudio se han utilizado, en primer lugar, las fuentes de regulación del derecho a la asistencia sanitaria, teniendo en cuenta para ello las normas estatales, así como la normativa internacional, sobre todo Reglamentos y Directivas Comunitarias, así como los Convenios Bilaterales. También se ha tenido en cuenta para los aspectos más prácticos de la tesis los criterios de aplicación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y, por supuesto, la jurisprudencia nacional e internacional.

Finalmente, se ha utilizado la bibliografía aportada por la doctrina científica, tanto aquella estrictamente relacionada con el derecho a la asistencia sanitaria como también la relativa al derecho de la Seguridad Social y extranjería.

Con el fin de sistematizar esa información, el presente trabajo se estructura en seis capítulos y un capítulo preliminar, a través de los cuales se pretende identificar la problemática real del reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, en cuanto a

los colectivos que tienen acceso al Sistema Público de Salud y las consecuencias que tiene en la armonización con el derecho comunitario.

El capítulo preliminar se dedica a realizar un acercamiento histórico de los orígenes del derecho a la asistencia sanitaria. Para ello ofrece una breve evolución desde el nacimiento de la *beneficencia*, como acción social a través de medios privados, hasta los primeros movimientos obreros como germen de la protección laboral y social estatal. El capítulo también analiza las primeras reacciones del Estado español en cuanto a la gestión de las nuevas prestaciones sociales con la creación del Instituto Nacional de Previdencia y el primer marco normativo internacional al respecto.

En el primer capítulo se analiza la relación entre el sistema de la Seguridad Social y la protección sanitaria. Se expone su evolución normativa, centrándonos en las modificaciones legislativas y su efecto en las inclusiones y exclusiones de los beneficiarios de la prestación. Se pone especial acento en la aprobación de la Constitución Española y su importancia en cuanto a los derechos reconocidos en su articulado en materia de salud y Seguridad Social. Además, en este capítulo, se debate sobre los elementos de sostenibilidad del Sistema Público de Salud nacional y las reformas más recientes a las que se ha sometido el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria, alejándole en cada reforma de la plena *universalización* del sistema.

El segundo capítulo, por su parte, se centra en examinar de forma amplia todos los colectivos que conforman el elemento subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria. Se recoge la distinción que hace nuestra legislación actual entre *asegurados* y *beneficiarios*, así como los requisitos para clasificarlos en una u otra categoría. El capítulo también recoge las compatibilidades e incompatibilidades que puedan surgir en el reconocimiento según la clasificación que corresponda, y los criterios utilizados por la Administración Pública para resolver los conflictos que surgen en el procedimiento. En conjunto con el análisis de los diferentes colectivos se estudia la acción protectora específica en cada caso, en especial la asistencia sanitaria farmacéutica.

El capítulo tercero se ocupa de las peculiaridades que afectan a los Regímenes Especiales que conforman nuestro sistema de Seguridad Social. En el estudio del Régimen Especial de los Funcionarios nos encontramos con la existencia de tres Mutualidades, las cuales serán responsables de la gestión de la prestación sanitaria. Además, los funcionarios cuentan con un régimen jurídico distinto que les permite

elegir entre una asistencia sanitaria pública o su aseguramiento con las compañías privadas que suscriban el concierto anual de cada Mutuality.

En el caso del Seguro Escolar, se incluye la última reforma de la Circular interna del INSS de 2022 en cuanto al funcionamiento del reconocimiento de los derechos sanitarios y los colectivos protegidos. Por último, se hace breve mención a la asistencia sanitaria de los trabajadores encuadrados en el Régimen Especial del Mar.

El capítulo cuarto se dedica a la inclusión de los extranjeros en el Sistema Sanitario Público y las varias reformas legislativas que han impulsado una mayor dependencia entre el derecho a la asistencia sanitaria y el permiso de residencia. En este capítulo distinguimos entre la legislación de extranjería que se aplica a los extranjeros comunitarios y la que se aplica a los extranjeros nacionales de terceros países.

A partir de esta división, se estudia el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria según el tiempo de permanencia del extranjero en territorio español. Se hace especial mención a la reforma operada por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril; y su posterior derogación a través del Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio; y las consecuencias en cuanto al amparo legal proporcionado a los extranjeros en situación irregular en España. Se incluye un amplio análisis jurisprudencial sobre la materia.

El capítulo quinto examina con detenimiento el derecho a la asistencia sanitaria en el ámbito del derecho comunitario. Se realiza un amplio estudio de los casos en los que es posible el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria durante los traslados de los ciudadanos en territorio comunitario. Para ello, se expone y se analizan los cambios legislativos que han afectado al derecho sanitario desde la creación de las primeras Instituciones por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero hasta la actual Unión Europea.

Al análisis de la evolución normativa, le acompaña una amplia referencia a la interpretación promovida por la jurisprudencia europea, la cual ha intentado armonizar la aplicación del derecho comunitario por parte de las Instituciones de los Estados miembros, algo complejo debido a la diversidad normativa presente en la Unión Europea. Este capítulo se cierra con el estudio de la liberalización del derecho a la asistencia sanitaria a través de la aprobación de la Directiva 2011/24/UE y los aspectos particulares de la relación España-Suiza, así como el impacto del BREXIT.

El estudio se cierra con el capítulo sexto que se centra en los Convenios Bilaterales que mantiene España con cinco países (Andorra, Chile, Marruecos, Perú y Túnez) que siguen incluyendo al derecho de asistencia sanitaria como parte de la acción protectora. Se tratan de normas internacionales restrictivas en cuanto a los colectivos protegidos y las situaciones en las que se permite la exportación del derecho.

CAPÍTULO PRELIMINAR

LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DEL

DERECHO A LA ASISTENCIA

SANITARIA

CAPÍTULO PRELIMINAR. LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

1. Introducción

El derecho a la asistencia sanitaria nace con la finalidad de proteger los estados de alteración de la salud de las personas, proporcionándoles las medidas oportunas para la recuperación de su estado original. El destinatario de las políticas sanitarias elaboradas por los legisladores puede concebirse desde una visión colectiva o individual. Aquellas políticas que tienen como sujetos a individuos, y no al colectivo, se traducen en el derecho a la asistencia sanitaria. Cuando tenemos en cuenta a la colectividad nos encontramos con una política de Salud Pública que abarca todas las acciones de las autoridades administrativas dirigidas a proteger a la comunidad en su conjunto. En función de la materia, serán distintas las actividades a valorar y sus perspectivas (por ejemplo, la protección del medioambiente, la promoción del deporte, entre otras políticas análogas).

En el concepto de asistencia sanitaria nos encontramos con una provisión de cuidados que tienen acceso los individuos para proteger su estado de salud. Esta prestación de cuidados corresponde al Estado como parte de sus políticas activas de acción social. No obstante, antes de las políticas públicas de asistencia sanitaria en Europa, el derecho a la salud no se perfilaba como tal. La salud era un lujo al alcance de una parcela muy reducida de la sociedad.

La evolución del derecho a la asistencia sanitaria pública en Europa está intrínsecamente vinculada con el fenómeno de la indigencia. El desarrollo económico experimentado entre los siglos XVII y XIX ocasionó un aumento en las desigualdades ya existentes¹. La ausencia de políticas públicas dejaba en una situación de desamparo a gran parte de la población que no tenía recursos para subsistir ante los posibles infortunios causados por la ausencia de cuidado sanitario. La vasta mayoría, se veía abocada a un sistema privado denominado beneficencia.

La beneficencia privada fue durante un largo periodo de tiempo la única vía de asistencia social y sanitaria de gran parte de la población. Frente a una medicina incipiente que se destinaba a las clases más altas, las clases más pobres dependían de la

¹ GEREMEK, B., 1998. *La piedad y la horca: historia de la miseria y de la caridad en Europa*. 1ª ed., Madrid, Alianza, pp. 9-11.

buena voluntad de benefactores o instituciones como la Iglesia para acceder a una protección social mínima. Al ser una actividad discrecional, los medios utilizados eran escasos y los servicios prestados estaban destinados hacia una política de contención y no a los cuidados sanitarios.

La falta de protección estatal y la deficiencia de los cuidados sanitarios dispensados por la beneficencia privada provoca el inicio de un proceso de agrupación de colectivos a lo largo de toda Europa en base a lazos de hermandad. Con el tiempo, se les dotará de carácter laboral, lo que será determinante para la asociación de los trabajadores. Así, se genera un amparo singular adecuando a las necesidades laborales de cada colectivo. Este movimiento desemboca en el *Mutualismo*.

Ante los avances del movimiento obrero, los Estados europeos se ven compelidos a desarrollar políticas públicas de control de la beneficencia y del Mutualismo. Se preocupa de dotar de una regulación y control a este movimiento y con ello dar los primeros pasos a la posterior publicación de la beneficencia privada. Este encauzamiento estatal contribuye con el inicio de la protección social europea. Veámoslo.

2. La beneficencia como piedra fundamental del bienestar social europeo y español

En la historia de la creación del Estado social en Europa es relevante el trato que se presta al fenómeno de la pobreza. Tradicionalmente la pobreza se ha considerado como “*una característica natural, inevitable y endémica de la sociedad*”². Por entender a la pobreza como una consecuencia inexorable de la condición humana y no como el fruto de desajustes económicos generados por una sociedad estamental, no existía una respuesta de derecho público que paliara la situación. Por ello, el auxilio discrecional que se daba a este extracto de la población era privado, a través de organizaciones e instituciones, siendo la más destacada en España la Iglesia católica. Mediante órdenes mendicantes, hospitales y hospicios, se realizaban actos de cuidado y vigilia a la población más miserable. Esta actuación recibiría el nombre de *beneficencia*.

La beneficencia, frente a nuestro modelo de Estado social actual, se limitaba al cuidado de las necesidades básicas de la vida de aquellas personas que por motivos

² PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., 1987. *Legislación sobre Instituciones de Beneficencia particular: Fundaciones benéfico-asistenciales puras y mixtas*. 1ª ed., Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, p. 20.

económicos no podían afrontar el coste de los servicios sanitarios. No se concebía la idea de una política pública que permitiera el mantenimiento del nivel de vida de cada individuo³, sino que se condicionaba la atención sanitaria al acto benéfico de personas y entidades privadas que realizasen labores de filantropía. La idoneidad del receptor de la ayuda dependía directamente de la liberalidad del pagador, de tal forma que el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria era plenamente discrecional⁴.

En Europa, la beneficencia no se desarrolla de la misma forma en todos los países. En los países protestantes la caridad no conforma ningún postulado de fe, como sí lo hace en la religión católica. Por ello, gran parte de los países protestantes contaban con políticas sociales públicas para prevenir la mendicidad, otorgando competencias a los entes locales para el mantenimiento del orden público⁵. El gran exponente lo encontramos en Gran Bretaña con la legislación de *Poor Laws*.

Las *Poor Laws* fueron una serie de leyes promulgadas en Inglaterra y Gales desde el siglo XVI hasta el siglo XIX para abordar el problema de la pobreza y la mendicidad. La legislación de las *Poor Laws* se dividió en dos periodos distintos: el período previo a la Reforma -*Old Poor Laws* (1601-1834)- y el período posterior a la Reforma -*New Poor Laws* (1834-1929).

El sistema británico se fundamentaba en una red de Instituciones públicas que dispensaban tratamiento sanitario a personas en situación de extrema pobreza, en su gran parte, provenientes del medio rural, marginalizado tras los avances de la Industria y de la burguesía en los núcleos urbanos⁶.

En 1601 se promulgó la primera *Poor Laws*, que estableció un sistema de ayuda a los más necesitados. La ley se apoyaba en el sistema de organización territorial descentralizado, en el cual las competencias eran desarrolladas por los municipios o por otras unidades territoriales reducidas (como por ejemplo las parroquias). Se establecía que cada parroquia debía proporcionar ayuda a los pobres de la comunidad, ya sea en forma de trabajo o de asistencia financiera.

³ MALDONADO MOLINA, J. A., 2009. Las raíces históricas de la asistencia social. *Legislación histórica de previsión social*. 1 ed. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 27-29.

⁴ APARICIO TOVAR, J., 2016. Derecho a la asistencia sanitaria. *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. 1 ed. Laborum, p. 41.

⁵ PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., *op. cit.*, p.21.

⁶ KING, S. (ed.) y JONES, P. (ed.), 2015. *Obligation, entitlement and dispute under the English poor laws*. 1ª ed., Newcastle, Cambridge Scholars Publishing, p. 264-266.

A su vez, las ayudas se caracterizaban por estar basadas en la detención y retención de los pacientes en centros sanitarios (hospitales, hospicios, etc.)⁷, lo que producía, a su vez, rechazo por parte de los interesados. Para corregir este rechazo, se aprobó una Ley de enmiendas en 1834, la cual inicia la segunda etapa de la *Poor Laws*. Aunque se haya etiquetado como una “*ley de enmienda*” (*Poor Law Amendment Act*), las modificaciones introducidas en el siglo XIX permitieron revisar el sistema existente en su integridad, creando una Comisión propia, encargada de supervisar el funcionamiento nacional del sistema. Se decidió unificar a las unidades territoriales existentes, promoviendo su participación en la construcción de casas de trabajo (*workhouses*) para brindar una ayuda más eficaz a los más vulnerables.

No obstante, la Ley de enmiendas se convirtió en una de las más controvertidas ya que tenía como objetivo reducir la dependencia de los más necesitados en la ayuda del gobierno, buscando fomentar la autosuficiencia. Se establecieron reglas más estrictas para recibir ayuda, lo que llevó a la exclusión de gran parte del colectivo para el que estaban redactadas las *Poor Laws*, que quedaban sin protección alguna.

En España, podemos observar a lo largo del siglo XVI una legislación parecida a la de *Poor Laws*. Las *Leyes de limosnas* también se aprobaron para combatir la mendicidad en nuestro territorio. Se buscaba controlar la asistencia a los pobres a través de una política de control estricto que diferenciaba al “*pobre válido*” del “*pobre real*”, reconociendo licencias a estos últimos que les permitían mendigar. El objeto de la ley era responsabilizar al sujeto que teniendo capacidad de trabajo decide de forma activa no hacerlo, puniendo al considerado “*pobre válido*” que, por capricho o poco interés, decide no trabajar⁸. La *Ley de limosnas* también recogía en su articulado la importancia de la participación de la Administración Pública en el mantenimiento de instituciones de asistencia y hospitales, ya que el objetivo del modelo asistencial debe centrarse en la extinción de la situación de pobreza. No obstante, los esfuerzos de las instituciones públicas de la época se centraron en el control y no en el desarrollo del amparo social. En España hasta el siglo XIX se convivirá con una legislación con predominante carácter represivo. Su objetivo último se tradujo en la obligación general de trabajar por parte de todos aquellos considerados hábiles.

⁷ KING, S. (ed.) y JONES, P. (ed.), 2015. *op. cit.*, pp. 2-4.

⁸ CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE DIPLOMADOS EN TRABAJO Y ASISTENTES SOCIALES, 1988. *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*. 2ª ed., Madrid, Siglo XXI de España, pp.16-18.

Un rasgo en esta etapa histórica, como hemos adelantado, es la atención social y sanitaria basada en la caridad tradicional y en la buena voluntad de sus benefactores. Con claro matiz cristiano, se construyeron hospitales y centros de caridad para prestar asistencia a los más vulnerables. Cuestión distinta es que en aquellos tiempos esto implicara un servicio digno y de calidad. La beneficencia privada se mantuvo como la única opción de acceso a los servicios sanitarios gratuitos.

La asistencia sanitaria como derecho público se desarrolló en España tras finalizar el Antiguo Régimen. El cambio cultural del periodo Ilustrado obligó a los dirigentes políticos españoles a afrontar la situación de mendicidad y considerarla como un problema de carácter público.

La primera norma que entendió a la beneficencia como una competencia de derecho público fue la Constitución Española de 1812. La opción del legislador constituyente fue la de encomendar a los Ayuntamientos el mantenimiento de los hospitales, hospicios y demás establecimientos que pudieran ofrecer servicios de asistencia social⁹. Esta opción política coincidió con la consolidación de la desamortización eclesiástica promovida por Mendizábal. Ante la disminución del patrimonio y riqueza de la Iglesia, el Estado se subroga en la obligación de prestar ayuda a las personas necesitadas. La asistencia social se seculariza.

La Ley General de Beneficencia de 1822, de 23 de febrero, desarrolla el derecho reconocido en la Constitución de 1812. No obstante, el momento histórico durante el cual fue aprobada, marcado por la poca estabilidad política tras el fallido Golpe de Estado de julio de 1822, condicionó su falta de éxito y desarrollo, teniendo poca repercusión fáctica.

Dos décadas después, la Ley General de Beneficencia, de 20 de junio de 1849 y su Reglamento de ejecución de 1852, de 14 de mayo, reforzarán el papel del Estado en la acción social, regulando la beneficencia privada. Se establece un control estatal de las entidades que prestaban auxilio caritativo a los más necesitados, haciendo que las mismas dependieran orgánicamente de las diputaciones provinciales. Además de la responsabilidad sobre el control de las entidades de beneficencia privada, la norma

⁹ ANGUIITA OSUNA, J. E., 2019. Análisis histórico-jurídico de la beneficencia española de mediados del siglo XIX: la “Ley de Beneficencia” de 1849 y su Reglamento de ejecución de 1852. *Aportes*, núm. 99, pp. 93-94.

exige una mayor participación del Estado en políticas sociales para la ciudadanía. En un intento de establecer una *beneficencia pública*, el legislador impone la obligación de los Ayuntamientos de velar por la sanidad de los colectivos más vulnerables a través de la gestión de los hospitales y demás servicios sanitarios (como por ejemplo la hospitalidad domiciliaria).

Aunque los avances normativos fueron importantes, la realidad es que la demora en la aprobación de estas normas no favoreció a la protección social. Los servicios sanitarios dispensados, así como los hospitales, se mantuvieron precarios y obsoletos, lo que contrastaba con la atención domiciliaria reservada a las clases privilegiadas¹⁰.

En la segunda mitad del siglo XIX el Estado apostó por políticas sociales más efectivas. Impulsado por el intento fallido de codificación en 1822, cuya finalidad era la adopción de políticas intervencionistas centradas en la salud de la población a nivel colectivo, se promulga la Ley de Sanidad de 28 de noviembre de 1855.

Las políticas recogidas en este texto legal se dividen en dos: por un lado, en medidas de sanidad exterior (capítulos IV y siguientes), como controles portuarios, cuarentenas o lazaretos y, de otro, en medidas de sanidad interior (capítulo XI y X), centradas en las epidemias y enfermedades contagiosas. La norma trata a la asistencia sanitaria como parte de un conjunto de políticas de higiene y sanidad, obligando a los municipios a dar asistencia médico-farmacéutica a las familias pobres, y creando por primera vez el puesto de médico titular¹¹. No obstante, la falta de apoyo presupuestario por parte del propio Estado resultó en que gran parte de la población no tuviese acceso a un sistema efectivo de protección a la salud.

3. El nacimiento de los movimientos obreros de ahorro voluntario: los Socorros Mutuos Obreros y la Mutualidad

La protección social pública de los trabajadores en Europa, tal como la conocemos en la actualidad, ha sido inexistente durante siglos. La explotación rural y el modelo feudal de sociedad no permitían un desarrollo adecuado de medidas de protección sanitaria y laboral que se extendiese a la mayor parte de la población. Es a

¹⁰ HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., 2004. *La ordenación sanitaria en España*. 1 ed. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 19-21.

¹¹ CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE DIPLOMADOS EN TRABAJO Y ASISTENTES SOCIALES, 1988, *op. cit.*, pp. 20-21.

partir de los movimientos industriales y de la profesionalización de los oficios cuando los trabajadores organizados en colectivos se prestan auxilio mutuo ante posibles infortunios.

Como previamente hemos adelantado, la asistencia sanitaria en España estaba restringida a unos pocos privilegiados que podían permitirse el alto coste de los servicios sanitarios privados. Para salvaguardar la salud pública de los ciudadanos más vulnerables, se estableció un sistema de asistencia sanitaria pública asentado en la beneficencia. Aun así, la asistencia sanitaria pública se mantenía ineficaz y precaria, lo que dejaba en una situación de completa desprotección a gran parte de la sociedad.

Ante la falta de políticas de protección social y sanitaria, en España surge un sistema de ahorro voluntario impulsado por las clases populares con el objetivo de acceder a prestaciones sanitarias al margen del sistema beneficencia pública instaurado. Una de las primeras expresiones primitivas de estos sistemas de organización la podemos encontrar en los gremios.

Los gremios surgieron en Europa durante la Edad Media como una forma de organización de los profesionales en un determinado oficio o industria. Con origen en las gildas medievales (asociaciones de comerciantes y artesanos), los gremios tenían como objetivo principal proteger los intereses de sus miembros y garantizar que se mantuvieran altos estándares de calidad en los productos y servicios que producían.

Bajo unos estatutos estrictos, los gremios agrupaban a quienes practicaban un determinado oficio, asegurándoles una protección más allá de la mera beneficencia. A través de los gremios se construyeron espacios hospitalarios, donde se ejercía una labor asistencial tanto para los asociados como a sus familiares¹².

Los gremios constituyeron la base sobre la cual se han asentado otras modalidades de asociaciones privadas cuyos objetivos serían parecidos: la protección sanitaria y económica de sus socios ante los riesgos impuestos por el desarrollo de sus oficios.

¹² SEGURA GRAIÑO, C., 2009. *¿Previsión Social en la Edad Media?* En CASTILLO, S. y RUZAFÁ ORTEGA, R. (coords.), 2009. *La previsión social en la historia: actas del VI Congreso de Historia Social de España, Vitoria, 3-5 de julio de 2008*. 1ª ed., Madrid, Siglo XXI, pp. 28-29.

De forma paralela, durante el siglo XVIII, los funcionarios públicos constituyeron su propio sistema de protección social: los Montepíos funcionariales. A diferencia de los gremios, donde no existía participación del empleador, en el caso de los Montepíos la propia Administración Pública participaba activamente en su mantenimiento y financiación. La gestión de estos sistemas se basa en principios de transparencia y equidad, y los beneficios que se ofrecía a los empleados públicos y sus familias estaban determinados por las aportaciones realizadas por los trabajadores y las Administraciones Públicas.

Durante el siglo XIX, las dos instituciones más importantes en el desarrollo del movimiento obrero fueron los Socorros Mutuos Obreros y las Mutualidades. Con una marcada referencia histórica a los gremios y al sistema de Montepíos funcionariales¹³, estas asociaciones adquieren un mayor protagonismo a partir del siglo XIX junto al desarrollo industrial en Europa, impulsando una respuesta social frente a las políticas defendidas por los Estados liberales.

Los Socorros Mutuos Obreros y las Mutualidades constituían una organización social basada en la solidaridad y la ayuda mutua entre sus miembros. Se trataban de asociaciones sin ánimo de lucro, cuyo principal objetivo era proporcionar protección y asistencia a sus miembros en situaciones de necesidad.

“Asociaciones de personas en las que sus socios, adquiriendo a la vez la condición de aseguradores y asegurados y la obligación de satisfacer las cuotas que estatutariamente correspondan, se protegen contra la posible realización de hechos futuros o inciertos, cuyas consecuencias afectan a su propia persona o patrimonio, dentro de las condiciones que fijan los respectivos contratos o la norma social y mediante la distribución entre todos los adheridos de las cantidades que por tal concepto resulten individualmente debidas”¹⁴.

Su financiación estaba basada en las cantidades aportadas por sus afiliados, sirviendo como un seguro para los posibles infortunios que pudieran ocurrir, proporcionando ayuda financiera y en especie, entre la que se incluía la asistencia

¹³ Siendo el más señalado el Montepío Militar de 1761. En MIRANDA BOTO, J. M., 2009. Mutualidades y montepíos en la historia de la previsión social. *Legislación Histórica de Previsión Social*. 1ª ed., Murcia, Thomson Reuters Aranzadi, p. 164.

¹⁴ GARRIDO Y COMAS, J. J., 1960. *Ensayo para una Teoría de la Mutualidad*. 1ª ed., Barcelona, Bosch, p. 42.

sanitaria. En definitiva, se trataban sociedades de captación de ahorro popular que permitían a los obreros una protección mínima ante los riesgos laborales¹⁵.

Con la expansión del movimiento obrero, las asociaciones obreras crecieron, proporcionando seguros sociales con riesgos cada vez más específicos. Naturalmente, la variedad de nuevos riesgos asegurados generó un encarecimiento del mantenimiento de los Socorros Mutuos Obreros y las Mutualidades. Esto, sumado a la crisis económica ocasionada por la Primera Guerra Mundial, llevó a la quiebra financiera de parte del sistema de Mutualidades de inicios del siglo XX¹⁶.

La inestabilidad económica no redujo la capacidad del movimiento obrero de buscar soluciones colectivas a la problemática de la protección social. El incremento de las Mutualidades se recibió como una amenaza para los Estados europeos. No es sorpresa que las asociaciones obreras fueron prohibidas por gran parte Europa. Existía el temor de una posible organización politizada de la clase obrera, la cual era mucho más numerosa que las clases pertenecientes a los estamentos más altos de la sociedad industrial europea.

No obstante, ante las dificultades de los propios Estados de cumplir con una protección social, algunos decidieron a lo largo del siglo XIX legislar los Socorros Mutuos y las Mutualidades, posibilitando su control estatal. Ejemplos de ello son el establecimiento de la Asociación de Artesanos de Lisboa, la Ley Berti en Italia o los Kassen en Alemania¹⁷.

En España, al contrario de la corriente normativa europea, la primera gran ley de sociedades de seguros privados, aprobada el 14 de mayo de 1908, excluiría a estos tipos de asociaciones. Hasta 1941 con la aprobación de la Ley de Mutualidades, cuyo desarrollo reglamentario llegaría dos años después, en 1943. A través de este nuevo marco jurídico, se decide impulsar un sistema de previsión social propio apoyándose en las Instituciones ya creadas (Socorros Mutuos y Mutualidades). Con ello, a finales del siglo XIX, en España se optaría cada vez más por un modelo de seguros sociales

¹⁵ MIRANDA BOTO, J. M., *op. cit.*, pp. 168-169.

¹⁶ COMÍN, F., *op. cit.* p. 24.

¹⁷ En este sentido, VILAR RODRÍGUEZ, M., 2010, *La cobertura social a través de los socorros mutuos obreros, 1839-1935. ¿Una alternativa al Estado para afrontar los fallos del mercado?* 1ª ed., Zaragoza, Universidad de Zaragoza (Prensas Universitarias de Zaragoza), p. 93.

voluntarios, gestionado a su vez, por compañías privadas que en parte eran subvencionadas por el Estado¹⁸.

La Ley de Mutualidades de 1941 es un hito importante dentro del ordenamiento jurídico social español, ya que, aun precediendo a la creación del sistema de Seguridad Social, requería la afiliación obligatoria a los asociados. Antes de la normativa, los Socorros Mutuos y las Mutualidades se caracterizaban por ser asociaciones voluntarias sin ánimo de lucro. Con la entrada en vigor de la legislación mutualista, la voluntariedad se sustituye por la obligatoriedad en cuanto al mantenimiento de las cuotas de afiliación. Sin embargo, la exigencia de una regularidad en el pago de las cuotas mensuales era un requisito de difícil cumplimiento para la mayor parte de los obreros.

Cada Mutualidad contaba con plena libertad a la hora de establecer su sistema de cotizaciones. En su mayoría, se establecía el mismo tipo de cotización del 12% de los salarios devengados, corriendo un 8% a cargo de la empresa y un 4% a cargo del trabajador¹⁹.

Durante un breve periodo de tiempo, los sistemas de previsión social tuvieron un intenso desarrollo legislativo. Junto a la Ley de Mutualidades, se aprobaron la Ley de 16 de octubre de 1942, sobre Reglamentaciones de Trabajo; la Orden de 24 de octubre de 1946, de constitución del Servicio de Mutualidades y Montepíos Laborales; así como el Reglamento General del Mutualismo Laboral, contenido en la Orden de 10 de septiembre de 1954. No obstante, el recorrido del Mutualismo Laboral sería corto, ya que la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, ante su acción protectora de carácter universal y pública, lo relegará a la posición de complemento voluntario²⁰ al sistema obligatorio de la Seguridad Social.

4. El reconocimiento de la asistencia sanitaria como derecho con relevancia internacional

El derecho a la asistencia sanitaria empieza a cobrar relevancia internacional a finales del siglo XIX y al principio del siglo XX. A través de los movimientos obreros y

¹⁸ COMÍN, F., 2010. *Los seguros sociales y el estado de bienestar en el siglo XX*. 1 ed. Universidad de Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, p. 23.

¹⁹ MIRANDA BOTO, J. M., *op. cit.*, pp. 173-174.

²⁰ VILAR RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, p. 88.

del aseguramiento privado, los Estados europeos se hallaban en la necesidad de valorar su papel frente al precario sistema sanitario existente. En Alemania, nos encontramos con los primeros seguros obligatorios de protección de la salud de los trabajadores a través de los trabajos de Bismark. De forma paralela, en Gran Bretaña se aprueban los primeros sistemas de retiro para militares y funcionarios públicos.

No obstante, no fue hasta el periodo entreguerras y, específicamente, tras la Primera Guerra Mundial cuando gran parte de los Estados partícipes en ésta concluyeron que era necesario promover políticas sociales en el ámbito del trabajo y, simultáneamente promovieron las primeras normas mínimas de protección de la salud de los ciudadanos.

Con este objetivo, varios participaron en la Conferencia de Washington de 1919, la cual, por primera vez a nivel internacional, discutieron la cuestión del trabajo. Representantes de más de 40 países se reunieron para exponer sus consideraciones sobre la situación de los trabajadores y pactar las primeras normas internacionales sobre el trabajo: incluyendo la duración de la jornada laboral, la seguridad en el trabajo y la igualdad de remuneración para hombres y mujeres. La Conferencia de Washington de 1919 fue un hito importante en la historia de la protección social y los derechos laborales a nivel global. Las normas y los convenios que se establecieron durante la conferencia sentaron las bases para la protección de los derechos laborales en todo el mundo y ayudaron a mejorar las condiciones de trabajo de millones de trabajadores en los años siguientes.

4.1. Los principales Convenios de la OIT en materia sanitaria

La Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) se crea en 1919 y desde entonces constituye uno de los organismos más importantes de las Naciones Unidas. Tras la Primera Guerra Mundial, el Tratado de Versalles vinculó la necesidad de la justicia social para el mantenimiento de la paz universal a través del aseguramiento de unas condiciones mínimas de dignidad en el trabajo²¹.

Su Constitución se amplió a través de la Declaración de Filadelfia de 19 de mayo de 1944, un texto normativo que redefine los objetivos del organismo,

²¹ SAURA ESTAPÀ, J., 2010. La Organización Internacional del Trabajo (OIT): organización y mandato. *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. 1ª ed., Barcelona, Huygens, pp. 137-138.

centrándose en la idea de que el trabajo no es una mercancía, sino que un derecho humano fundamental. Se reconoce que la libertad, la justicia social y la paz mundial dependen de la mejora de las condiciones de trabajo y la promoción del bienestar económico y social de los trabajadores en todo el mundo.

En materia de Seguridad Social y asistencia sanitaria, la OIT tiene numerosos Convenios que regulan varias prestaciones que cuentan con cobertura sanitaria. Se regula la prestación de asistencia sanitaria a los efectos que tenga dentro de la acción protectora de los sistemas de Seguridad Social, pero sin ninguna vocación universal. La asistencia médica como derecho básico de los ciudadanos por formar parte de una comunidad, con independencia de desempeñar o no un trabajo lucrativo, se recoge únicamente en Recomendaciones²², pero jamás en los Convenios.

La protección a la asistencia sanitaria se desarrolla por la OIT en dos etapas, un primer periodo hasta finales de la Segunda Guerra Mundial (1919-1949) y otro posterior a 1949²³. Son dos generaciones de Convenios que abordan las cuestiones sociales y asistenciales según las vertientes políticas más importantes del momento. En la primera generación podemos destacar un estilo normativo basado en el modelo de Bismark, adoptando soluciones individualizadas para ciertos colectivos. La temática de la asistencia sanitaria se recoge en varios Convenios según la prestación o grupo de trabajador asegurado podemos enumerar el Convenio núm. 3 sobre la protección de la maternidad; el núm. 12 sobre la indemnización por accidentes de trabajo en la agricultura; el núm. 18 sobre las enfermedades profesionales; el núm. 24 sobre el seguro de enfermedad en la industria; el núm. 25 sobre el seguro de enfermedad en la agricultura; el núm. 56 sobre el seguro de enfermedad de la gente de mar; etc.

En la segunda etapa de Convenios nos encontramos con una actividad normativa más generalista, que busca unificar riesgos y prestaciones. Con normas posteriores a la aprobación de la Declaración de Filadelfia y de los Informes Beveridge, se aprueba el Convenio más importante de la OIT el núm. 102, más conocido como *norma mínima*. A partir de este momento, los textos legales aprobados por la OIT pasan a ampliar su protección en cuanto a nivel de prestaciones y población cubierta.

²² Recomendaciones 67 y 69, adoptadas ambas en Filadelfia, en la 26.ª reunión de la CIT, el 12 de mayo de 1944.

²³ CALLAU DALMAU, P., 2018. La Seguridad Social: un elemento fundamental del mandato de la OIT desde su creación en 1919. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, vol. 39, pp. 34-35.

Los textos normativos elaborados por la OIT son considerados verdaderas fuentes de derecho internacional laboral, buscando dentro de sus competencias, establecer estándares socio laborales mínimos a escala mundial. No obstante, en el caso de España, así como los demás países europeos, estos no adquieren especial relevancia. La consolidación del Estado de derecho y social en los países europeos hace que los estándares recogidos en los Convenios de la OIT sean ampliamente respetados por estos.

A. Convenio OIT núm. 102 sobre la Seguridad Social

El Convenio núm. 102 de 1952 refleja el modelo de Beveridge. Tras la Segunda Guerra Mundial, los Estados europeos refuerzan sus sistemas de asistencia social y Seguridad Social, dando una perspectiva más universal. El legislador internacional se muestra de acuerdo con el proceso de transición que se observa en los sistemas de Seguridad Social europeos que propician unos estándares mínimos que garanticen unos ingresos básicos y una asistencia médica completa a quienes lo necesiten²⁴. Al intentar acoger a todos los sistemas de Seguridad Social existentes, el Convenio propone prestaciones comunes a todos ellos (incluida la asistencia sanitaria) Se busca el consenso y permitiendo a los Estados firmantes utilizar la *cláusula de flexibilidad*²⁵.

Entre las contingencias previstas, se encuentra la asistencia médica y la prestación monetaria de enfermedad. El Convenio en su art. 8 delimita la asistencia sanitaria como aquella prestación que protege de “*cualquier estado mórbido, incluido el embarazo, el parto y sus consecuencias*”. No obstante, dispone una protección especial a la asistencia médica derivada de contingencias profesionales, reconociendo su carácter gratuito, tanto para la general como la especializada, la hospitalización, los productos farmacéuticos, entre otros. En cuanto a la prestación monetaria por enfermedad, se protege la “*incapacidad para trabajar*” (art. 14). En este caso, también se contempla un sistema más protector para los casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

²⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., 2019. El Convenio OIT núm. 102 (1952) sobre norma mínima de Seguridad Social como delimitador del estándar mundial y sus límites actuales. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, p. 98.

²⁵ Según el art. 2, los Estados están obligados a aceptar al menos tres de las nuevas partes del Convenio. Además, debe figurar al menos un de las siguientes: desempleo, vejez, accidente de trabajo y enfermedades profesionales, invalidez y sobrevivientes.

B. Convenio OIT núm. 130 relativo a la asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad

El Convenio núm. 130, aprobado en 1969, tiene como objetivo principal elaborar estándares de protección a la salud en el ámbito del trabajo. Regula las contingencias médicas desde una doble perspectiva: la preventiva y la curativa. Se elabora una acción protectora que cubre a las personas protegidas en cuanto a los infortunios de la salud y promueve una asistencia médica y económica tanto a la persona enferma como a sus familiares²⁶. No obstante, también se protege en este Convenio a las incapacidades y necesidades médicas ocasionadas por contingencias comunes.

En cuanto a las prestaciones médicas, el Convenio núm. 130 establece una serie de prestaciones asistenciales mínimas, ampliando las reconocidas en el Convenio núm. 102, pues incluye la asistencia odontológica y la readaptación médica. Pese a la ampliación de la acción protectora sanitaria, y muy seguramente por ello, se trata de un Convenio que ha sido ratificado por menos del 10% de los Estados miembros de la OIT²⁷.

4.2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y los Derechos Sociolaborales

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) constituye el compromiso internacional de los Estados miembros del Consejo de Europa. Se trata de un texto normativo con un número reducido de derechos y libertades a los que reconoce protección y garantía de un orden público democrático europeo²⁸. El CEDH no reconoce el derecho a la salud como un derecho autónomo, siendo necesario acudir a otros derechos recogidos en el Convenio, como el derecho a la vida o el respeto a la vida privada y familiar, para salvaguardarlo.

En el caso *La Parola y otros contra Italia*²⁹, el TEDH evaluó la obligación de los Estados de asumir la obligación de asegurar a todos sus ciudadanos ante cualquier

²⁶ CARMONA BAYONA, E.F., 2019. Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad 1969 (núm. 130). *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, p. 1020.

²⁷ Ídem, p. 1022.

²⁸ BONDIA GARCÍA, D., 2010. El Convenio Europeo de derechos humanos y los derechos sociolaborales. *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. 1 ed., Barcelona, Huygens, pp. 226-227.

²⁹ Decisión de Inadmisibilidad de 30 de noviembre de 2000.

necesidad médica. En definitiva, se discute el derecho a una asistencia sanitaria universal que incluya a todos los residentes de un Estado, y muy especialmente a los grupos de ciudadanos más vulnerables, como los menores o personas discapacitadas. En este caso, la vulneración del derecho a la salud se concretó en los derechos incluidos en el derecho a la vida privada y familiar, recogido en el art. 8 del CEDH. Aunque este caso no se resolvió con sentencia, es importante la conclusión del Tribunal al reconocer que el Estado sí tiene obligación de prestar acciones positivas para la protección de la asistencia sanitaria, en concreto y con mayor atención a los colectivos potencialmente vulnerables.

En este mismo sentido, en el caso de *Nitecki contra Polonia*³⁰, se discutió la responsabilidad de un Estado frente al coste farmacéutico de medicamentos que puedan ser considerados imprescindibles para el mantenimiento de la vida. El demandante alegó que existía una vulneración del art. 2 del CEDH en cuanto a que la falta del medicamento atentaba contra su derecho a la vida. En este caso en concreto, el TEDH consideró que la asunción del 70% del coste del medicamento por parte de Polonia era suficiente para interpretar que no había vulneración del art. 2. No obstante, el Tribunal reconoció que la falta de acceso a un medicamento puede ocasionar un peligro real a la vida de un individuo, lo que se puede interpretar como la negación del acceso a la asistencia sanitaria.

Aun sin ser parte del articulado del CEDH, el derecho a la asistencia sanitaria se reconoce a través de la jurisprudencia del TEDH. No obstante, el derecho a la salud no ha tenido un gran recorrido, siendo objeto de denuncia en la mayoría de los casos, la vulneración del derecho a la salud a través del derecho a la vida (art. 2) como consecuencia de la inacción del Estado³¹.

4.3. La Carta Social Europea

La Carta Social Europea (en adelante, CSE) se elabora en la década de los 60 dentro del marco del Consejo de Europa como una forma de desarrollar los derechos sociales. Tras la aprobación del CEDH y sus posteriores ampliaciones, la CSE nace con

³⁰ Decisión de Inadmisibilidad de 21 de marzo de 2001.

³¹ Caso Ebedin Abi contra Turquía (sentencia de 13 de junio de 2018), caso Boukrourou contra Francia (sentencia de 16 de noviembre de 2017), Lambert contra Francia (sentencia de 05 de junio de 2015) y Asiye Genç contra Turquía (sentencia de 27 de enero de 2015).

vocación socioeconómica, incluyendo la protección en el trabajo y los sistemas de Seguridad Social.

La asistencia sanitaria se recoge en el texto en sus dos vertientes: por un lado, en el art. 11 se encuentra el derecho a la protección de la salud en cuanto a medidas de salud pública y prevención; y, por otro lado, el derecho a la asistencia social y médica a todas las personas que no dispongan de los recursos suficientes para ello en el art. 13. Como los convenios de la OIT, la CSE recoge una cláusula de flexibilidad, de tal forma que los Estados pueden determinar qué derechos ratifican. Ahora bien, el art. 13 junto a otros seis artículos conforman el núcleo duro de los derechos a ratificar por los Estados que en todo caso, deben elegir al menos cinco de los siete derechos.

España ha ratificado la CSE (revisada) el 1 de julio de 2021. Aunque se firmó la Carta en el año 2000, la ratificación solo fue posible 20 años después, con una serie de adaptaciones en nuestra legislación nacional.

CAPÍTULO I

**LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA
ASISTENCIA SANITARIA: DE LA
SEGURIDAD SOCIAL AL SISTEMA
NACIONAL DE SALUD**

CAPÍTULO I. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA ASISTENCIA SANITARIA: DE LA SEGURIDAD SOCIAL AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

1. Introducción

No es posible analizar la evolución del derecho a la asistencia sanitaria sin tener en cuenta su importancia en la creación y desarrollo de los sistemas de Seguridad Social europeos. La necesidad por parte de la clase trabajadora de buscar mecanismos de prevención y protección de la salud ante los riesgos que se veía sometida en su vida diaria, propició, tal como hemos expuesto, en la creación de un seguro social público que respondiera con prestaciones económicas y en especie en caso de un infortunio.

El desarrollo del Estado social de derecho pasa por el reconocimiento de la vulnerabilidad de una amplia parte de la población, y el entendimiento de que es necesaria la intervención del Estado para garantizar su salud y el bienestar.

La Seguridad Social no deja de ser el resultado de una política estatal basada en la protección sanitaria de los trabajadores ante las diversas situaciones de riesgo que se exponen a lo largo de su vida. Juntamente con las prestaciones de incapacidad y asistencia sanitaria que sirven para “*indemnizar y tratar*” una enfermedad del trabajador, las demás prestaciones también están indirectamente condicionadas por el estado de salud del trabajador. Tanto el envejecimiento como la muerte son padecimientos sin cura que ocasionan el nacimiento de sus correspondientes prestaciones: jubilación y prestaciones de muerte y supervivencia. Por lo tanto, es innegable que la asistencia sanitaria no solo es una prestación más del sistema de Seguridad Social, sino que es la base sobre la que se construyó el mismo.

2. Los inicios del Seguro de Enfermedad en España

Durante los siglos XIX y XX, la evolución legislativa del derecho laboral acercó a los trabajadores a un sistema de seguros sociales cuya finalidad era la protección de la salud ante posibles infortunios. La publicación de los sistemas de aseguramiento sanitario pasó a ser una necesidad³². Se ideó un seguro público alejado de la

³² Reflejo de esta preocupación a nivel internacional, tenemos a los Convenios firmados en Ginebra en 1927, a través de los cuales se establece la obligatoriedad de los seguros de enfermedad en el ámbito de la industria, comercio, servicio doméstico y agricultura.

beneficencia vigente y mejor financiado, de tal forma que hiciera frente a las carencias de los seguros privados existentes.

El marco histórico en el que se encontraban los Estados europeos en el siglo XIX era el fiel reflejo de cómo la Industria había modificado la vida en las ciudades. La Revolución Industrial trajo consigo una gran concentración de obreros en las urbes como en las zonas industriales. Las pésimas condiciones de vida a las que se enfrentaba la mayor parte de la población influenciaron la organización y asociación de este colectivo en la búsqueda de aseguramiento frente a posibles infortunios. Ante este reclamo social, los Estados europeos se vieron obligados a reaccionar dentro de sus ordenamientos jurídicos para ofrecer una alternativa pública más fiable, y contener así, el malestar entre la clase obrera³³.

Cada país reflejó en la elaboración de sus seguros sanitarios y sociales las debilidades de sus propios sistemas asistenciales. Por ello, la protección social en Europa, lejos de ser homogénea, representaba las características y necesidades socioeconómicas de cada país³⁴. El primer país europeo a desarrollar un sistema de protección sanitario fue la Alemania de Bismark. A través de tres leyes aprobadas entre 1883 y 1889, se regulaban los seguros de enfermedad, los de accidente y los de invalidez y vejez. Se trataba de un modelo de seguro obligatorio, que permitió asegurar a más de la mitad de los trabajadores alemanes³⁵.

Frente a la obligatoriedad del seguro de enfermedad alemán, otros países apostaron por una política más liberal. En el caso de Francia y Bélgica, se mantuvo la discrecionalidad en cuanto a los seguros por enfermedad, mientras que en los países escandinavos se apostó por una *discrecionalidad subsidiada*, sobre todo en las zonas rurales³⁶.

El último modelo europeo se estableció en 1911 en Gran Bretaña, con la creación del *National Insurance Act*, el cual recogía un sistema de transición entre el modelo voluntario existente, a uno público obligatorio. La mayor parte de estos seguros

³³ GÓMEZ, T., MATARÍN, M., y MONTES, J., *op. cit.*, p. 15.

³⁴ HERRANZ LONCÁN, A., 2010. *La difusión internacional de los seguros sociales antes de 1945*. 1ª ed., Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza (Universidad de Zaragoza), p.52.

³⁵ PONS PONS, J., 2010. *Los inicios del seguro de enfermedad en España, 1923-1945*. 1ª ed., Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza (Universidad de Zaragoza). p. 218.

³⁶ Entre los países escandinavos destaca Dinamarca cuyo programa llegó a cubrir dos quintas partes de su población. PONS PONS, J., *Ídem*.

de enfermedad ofrecían una cobertura escasa y subsidios modestos a un colectivo de trabajadores reducido que, en su gran parte, excluían a los trabajadores rurales.

En España, la preocupación del Estado por la implantación de los seguros sanitarios y sociales tardó en acontecer debido a su situación histórica, marcada por crisis políticas internas. Como los hemos estudiado en el Capítulo Preliminar, la asistencia social española siempre ha estado vinculada con la beneficencia y la caridad cristiana, siendo excluida del debate político por el escaso interés que suscitaba a la élite. El ahorro y la protección sanitaria de las clases humildes quedaban relegados a la voluntad de la clase obrera que, por sus propios medios, se organizaba a través de asociaciones como los Socorros Mutuos o las Mutualidades, entidades las cuales, demostrarían su escasa fiabilidad financiera.

La cuestión social pasa a ocupar un espacio más significativo en la política normativa española en el momento en que la organización obrera, aunque muy precaria, empieza a generar suspicacia entre las naciones europeas. Como consecuencia directa, además de la regularización de las Mutualidades, se promueven dos Conferencias institucionales entre 1917 y 1922, en las cuales se debate la necesidad de un mecanismo normativo de aseguramiento obligatorio que proteja a los trabajadores en situaciones de vulnerabilidad sanitaria.

La primera Conferencia tiene lugar el 31 de julio de 1917, tiene como objetivo principal el debate sobre un Seguro Obligatorio de Enfermedad nacional, con el que se otorga protección al capital humano productivo del país, el cual, resultaba ser el que presentaba el mayor grado de morbilidad y mortalidad de toda Europa³⁷. A la vez, se evitaban posibles desórdenes sociales debido a la insatisfacción generada entre la clase obrera, protegiéndoles ante las situaciones de vulnerabilidad y necesidad³⁸. En esta Conferencia se aprueban dos textos normativos: la primera reforma de la Ley de Accidentes de Trabajo en 1921 y, el Seguro Obligatorio de Vejez.

No obstante, el Seguro Obligatorio de Enfermedad retrasaría algunos años más. La necesidad de un sistema de asistencia sanitaria gratuito se vuelve a debatir en la Conferencia de 1922. En ésta ya no se restringe a un concepto único de asistencia sanitaria, sino que se amplía el objeto del posible seguro a los riesgos laborales, a la

³⁷ GÓMEZ, T., MATARÍN, M., y MONTES, J., *op. cit.*, p. 26.

³⁸ GÓMEZ, T., MATARÍN, M., y MONTES, J., *op. cit.*, pp. 24-25.

invalidez y la maternidad. El resultado se vería en el Seguro Obligatorio de Maternidad de 1929 y el Seguro Obligatorio de Enfermedad de 1942.

2.1. El Seguro de Accidente de Trabajo

Los avances en materia de seguros sociales fueron notables al inicio del siglo XX, pero, aun así, nuestra normativa sufría un gran retraso en relación con los seguros de salud. En los primeros años del siglo XX, la única referencia a la asistencia sanitaria en nuestra legislación se encontraba en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900. Constituía una norma avanzada para la época al diseñar la responsabilidad objetiva de los empresarios frente a los accidentes ocasionados en el lugar de trabajo, siempre que se pudiera establecer un nexo de causalidad³⁹.

Las indemnizaciones a tanto alzado recogidas en los arts. 4 y 5 que se reconocen según la gravedad de las lesiones ocasionadas al trabajador. No obstante, como hito verdaderamente importante fue el de incluir como acción protectora el deber del empresario de prestar asistencia sanitaria médica y farmacéutica al trabajador lesionado hasta que este se halle en condiciones de volver a trabajar o hasta su declaración como incapacitado para el trabajo

Aparte de esta amplia responsabilidad, la Ley contaba con un marcado carácter sancionador al reconocer por primera vez el concepto de “*recargo de prestaciones*”. Siguiendo la *Teoría del Riesgo Profesional* en su dimensión preventiva⁴⁰, el empresario asumía la responsabilidad de los accidentes que podrían ocurrir por el desarrollo de la actividad profesional que promovían. El empresario al ser el titular y gestor de los beneficios económicos obtenidos por la actividad laboral realizada respondía por los daños y riesgos que pudiera ocasionar, de tal manera que debería buscar que los medios técnicos utilizados fueran los más seguros posibles. Si debido a la falta de mantenimiento de su local de trabajo el trabajador sufriera un accidente, la Ley fijaba un incremento (o *recargo*) en la cuantía de la indemnización reconocida al entender que existía culpa por parte del empresario por no realizar tareas de prevención de riesgos en sus instalaciones.

³⁹ Art. 2, “El patrono es responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen, a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente”.

⁴⁰ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J., 2009. Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900. *Legislación Histórica de Previsión Social*. 1ª ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 45-46.

Aun siendo una norma avanzada para la época, no reconocía la obligatoriedad del aseguramiento de los trabajadores. No se trataba de un antecedente de nuestro sistema de Seguridad Social, sino un avance en materia de derechos laborales. Al trabajador no se le aseguraba ni se le garantizaba el cobro de una pensión vitalicia. El texto normativo de 1900 seguiría su desarrollo a través de su Reglamento de 28 de julio, así como en varias disposiciones posteriores como los RRDD de 26 de marzo y 2 de julio sobre el accidente de trabajo en la Guerra y en la Marina, y el RD de 8 de julio de 1903 sobre las declaraciones de incapacidad por causa de accidente de trabajo, entre otras⁴¹.

A partir de 1931, se acometen dos reformas de importante calado en la Ley de 1900. La primera, con el Decreto de 12 de junio de 1931 que extiende la protección de la ley de accidentes de trabajo a los trabajadores rurales. La Ley de 1900 restringía el accidente de trabajo en una especie de *numerus clausus*⁴² recogida en su art. 3. Se listaban las industrias, fábricas y demás establecimientos a los que se aplicaba la Ley, excluyendo por completo al medio agrario. Con el Decreto de 12 de junio de 1931, se hace cumplir en nuestro territorio el Convenio núm. 12 de la OIT de 1921, el cual reconoce el derecho a la indemnización por accidente de trabajo en la agricultura.

⁴¹ Para un estudio más detallado, REGA RODRÍGUEZ, A.L., 2009. La Ley de Accidentes de Trabajo de 8 de octubre de 1932. *Legislación Histórica de Previsión Social*. 1ª ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, p. 115.

⁴² Las industrias o trabajos que dan lugar a responsabilidad del patrono:

1. Las fábricas y talleres y los establecimientos industriales donde se hace uso de una fuerza cualquiera distinta de la del hombre.
2. Las minas, salinas y canteras.
3. Las fábricas y talleres metalúrgicos y de construcciones terrestres o navales.
4. La construcción, reparación y conservación de edificios, comprendiendo los trabajos de albañilería y todos sus anexos: carpintería, cerrajería, corte de piedras, pintura, etc.
5. Los establecimientos donde se producen o se emplean industrialmente materias explosivas o inflamables, insalubres o tóxicas.
6. La construcción, reparación y conservación de vías férreas, puertos, caminos, canales, diques, acueductos, alcantarillas y otros trabajos similares.
7. Las faenas agrícolas y forestales donde se hace uso de algún motor que accione por medio de una fuerza distinta a la del hombre. En estos trabajos, la responsabilidad del patrono existirá sólo con respeto al personal, expuesto al peligro de las máquinas.
8. El acarreo y transporte por vía terrestre, marítima y de navegación interior.
9. Los trabajos de limpieza de calles, pozos negros y alcantarillas.
10. Los almacenes de depósito y los depósitos al por mayor de carbón, leña y madera de construcción.
11. Los teatros, con respecto de su personal asalariado.
12. Los cuerpos de bomberos.
13. Los establecimientos de producción de gas o de electricidad y la colocación y conservación de redes telefónicas.
14. Los trabajos de colocación, reparación y desmonte de conductores eléctricos y de pararrayos.
15. Todo el personal encargado en las faenas de carga y descarga.
16. Toda industria o trabajo similar no comprendido en los números precedentes.

A partir de 1931, los trabajadores del campo pasan a tener el derecho a la asistencia médica farmacéutica, así como el percibo de una indemnización a tanto alzado en los mismos extremos que la Ley de 1900. Se excluyen de forma expresa los accidentes derivados por fuerza mayor extraña al trabajo, pero no los derivados del rayo, la insolación u otros fenómenos naturales análogos, los cuales no quedaban excluidos de la protección⁴³.

En 1932 se aprueba la Ley de Accidentes de Trabajo de 8 de octubre, la cual establece por primera vez la obligatoriedad del aseguramiento de los empresarios. Si se incumpliera con esta obligación, la Ley de 1932 recogía una especie de “*automatización de prestaciones*”, reconociendo a todos los trabajadores comprendidos en la norma el derecho de asegurado contra el accidente de trabajo (arts. 38 y ss.). Para garantizar la eficacia del aseguramiento se crea una Caja Nacional de Accidentes de Trabajo, la cual dependerá orgánicamente del INP. Con la creación de la Caja Nacional, el Estado avalaba la Institución como un verdadero fondo de garantía que controlaba las cantidades depositadas por los empresarios a la vez que garantizaba el pago inmediato de las indemnizaciones⁴⁴.

2.2. El Seguro Obligatorio de Maternidad

La necesidad de un seguro de enfermedad obligatorio se había puesto de manifiesto a nivel internacional a través de la Conferencia de Washington de 1919 y de la Conferencia Nacional de Seguros de Enfermedad, Maternidad e Invalidez celebrada en Barcelona en 1922⁴⁵, pero encontraba resistencia en el ordenamiento jurídico español. La asistencia sanitaria era una prestación desconocida para la mayor parte de la población.

El legislador decide priorizar al Seguro Obligatorio de Maternidad, aprobando para ello el Real Decreto-ley de 22 de marzo de 1929 y su Reglamento General de 29 de enero de 1930. Previamente a esta normativa, España ya contaba con leyes laborales pioneras en el cuidado de las mujeres trabajadoras embarazadas. En los inicios del siglo XX, la Ley 13 de marzo de 1900, y su Reglamento (RD de 13 de noviembre de 1900) recogía la protección al embarazo y al puerperio con el reconocimiento de la suspensión

⁴³ REGA RODRÍGUEZ, A.L., *op. cit.*, pp. 122-123.

⁴⁴ REGA RODRÍGUEZ, A.L., *op. cit.*, pp. 126-127.

⁴⁵ PONS PONS, J., *op. cit.*, p. 220.

de contrato, así como el permiso de lactancia⁴⁶. Se prohibía el trabajo durante las tres semanas posteriores al parto, y se reconocía el derecho a solicitar una baja antes del alumbramiento⁴⁷. De igual manera, las madres tenían derecho a una hora de permiso retribuido durante la jornada para la lactancia, siendo susceptible de dividir en periodos de treinta minutos (art. 19).

El Seguro Obligatorio de Maternidad de 1929 amplía la protección sobre las mujeres embarazadas al reconocerles un derecho obligatorio frente a los seguros voluntarios existentes en la Ley 13 de marzo de 1900. Para poder beneficiarse de este seguro, las trabajadoras debían contar con su inscripción previa en el Régimen obligatorio de Retiro Obrero.

Se establecía un sistema de cotización obligatorio al empresario y a la trabajadora para el mantenimiento de los beneficios del seguro. Se incluía una prestación sanitaria en especie para los periodos de gestación y puerperio que contaba con asistencia facultativa y farmacéutica, así como una prestación económica que cubría las seis semanas posteriores al parto⁴⁸.

El seguro tuvo poca efectividad en cuanto a su aplicación debido a la resistencia de las propias trabajadoras, ya que las mismas tenían acceso a una prestación económicamente superior en el ámbito privado con las Mutualidades⁴⁹. Además, las trabajadoras que no estaban interesadas en tener hijos, al estar solteras o viudas, se oponían al descuento sobre el salario para el mantenimiento de una prestación de la que no gozarían. De hecho, en las zonas más industrializadas, donde existía un sistema de protección eficaz administrado por los Socorros Mutuos, la maternidad se nutría de forma exclusiva por las cuotas aportadas por los empresarios. Por tanto, la vía voluntaria era más beneficiosa, ya que se cobraba más y no era necesario un esfuerzo económico por parte de las trabajadoras.

⁴⁶ MARTÍNEZ MORENO, C., 2009. El Seguro de Maternidad. *Legislación Histórica de Previsión Social*. 1ª ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, p. 93.

⁴⁷ Art. 18 del Reglamento de desarrollo, “las mujeres que hayan entrado en el octavo mes de embarazo podrán solicitar del patrono el cese en el trabajo, teniendo derecho a que se les reserva el puesto que ocupaban hasta tres semanas después del alumbramiento”.

⁴⁸ Art. 3 de la Ley 22 de marzo de 1929, “se reconoce a la asegurada el derecho a descansar y a la indemnización consiguiente desde seis semanas antes del parto, mediante una declaración del médico o de la comadrona, en lo que prevea que sobrevendrá el parto probablemente dentro de ese período”.

⁴⁹ En este sentido, PONS PONS, J., 2010, *op. cit.*, p. 228.

2.3. El Seguro Obligatorio de Enfermedad

El Seguro Obligatorio de Enfermedad (en adelante, SOE) se aprueba el 14 de diciembre de 1942, dentro de las medidas de encaje social del régimen franquista. Como toda normativa en este ámbito no estuvo exenta de dificultades presupuestarias para su desarrollo y construcción de infraestructuras. El SOE se enmarca como un mecanismo de protección de la salud de los trabajadores (asegurados), haciéndose extensible a sus familiares a cargo⁵⁰ (beneficiarios). Para poder disfrutar de su acción protectora, los trabajadores debían cumplir con los requisitos de estar afiliado, ser español (o nacional de Portugal, países hispanos o Andorra)⁵¹ y ser considerado “*productor económicamente débil*”⁵².

El término *productor* se interpreta como “*tener la capacidad de trabajar*”. Con la legislación laboral de la época, esto significaba ser mayor de 14 años y trabajar en cualquier sector (incluido los servicios domésticos) por cuenta propia o ajena⁵³. Por su parte uno era *económicamente débil*, cuando las rentas no superasen las 9000 pesetas anuales⁵⁴. Valor que se elevara a 12.000 pesetas por Orden de 9 de marzo de 1948 y, posteriormente, a 18.000 pesetas por el Decreto de 1 de julio de 1949. Si el interesado superaba las rentas anuales establecidas, su aseguramiento obligatorio se reconvertía en voluntario, permitiéndole disfrutar de la acción protectora, pero asumiendo su coste⁵⁵. Quedaban excluidos los funcionarios públicos y los empleados de corporaciones cuando dispusieran de beneficios superiores a los que proporcionaba el SOE⁵⁶.

El asegurado por el SOE, tenía derecho a la prestación de asistencia sanitaria en especie, así como a una prestación económica, consistente en una indemnización por enfermedad, maternidad o fallecimiento (Capítulo Tercero de la ley). La acción

⁵⁰ Art. octavo SOE, “(...) sólo se considerarán como familiares los cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos menores de dieciocho años o incapacitados de una manera permanente para el trabajo”. Añade igualmente el art., la necesidad de que los beneficiarios vivan a las expensas del asegurado.

⁵¹ Se excluían a los demás extranjeros que trabajasen en territorio español, salvo que existiera el *derecho de reciprocidad* recogido en algún Convenio Bilateral. En este sentido, HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., 2004, *op. cit.*, pp. 67-68.

⁵² Para un mayor conocimiento sobre la evolución del límite económico se recomienda MINISTERIO DE TRABAJO Y SUBSECRETARÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, 1977. *Libro blanco de la seguridad social*. Madrid, El Ministerio, p. 482.

⁵³ GÓMEZ, T., MATARÍN, M., y MONTES, J., *op. cit.*, pp. 53-54.

⁵⁴ Art. 10 del Reglamento.

⁵⁵ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., 2009. Seguro de Enfermedad (y enfermedades profesionales). *Legislación Histórica de Previsión Social*. 1ª ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, p. 187.

⁵⁶ Art. 9 de la Ley del SOE.

protectora del SOE se delimita en el Decreto 11 de noviembre de 1943, por el cual se aprueba el Reglamento del Seguro de Enfermedad en su artículo segundo.

En el caso de la prestación económica, se condicionaba su reconocimiento a un periodo mínimo de carencia (seis meses), a la incapacidad para el trabajo y a la falta de dolo del trabajador en la causa de su enfermedad (arts. 17 de la Ley y 72 del Reglamento).

Esta especie de prestación por incapacidad transitoria corresponde a un porcentaje del salario por el que cotizase el trabajador (de carácter general correspondía al 50% de su salario). Se reconoce el derecho siempre y cuando la enfermedad tuviese una duración mínima de siete días, generando un derecho económico a percibir a partir del quinto día de baja médica, hasta un máximo de veintiséis semanas⁵⁷. Su acción protectora se extendería únicamente a riesgos derivados de la enfermedad común y de accidentes no laborales. Se excluía así, al accidente de trabajo y a la enfermedad profesional, desarrollados y protegidos por el Seguro de Accidente de Trabajo.

Por otra parte, de las varias prestaciones médicas cubiertas por el seguro, el SOE cubría gratuitamente a la asistencia farmacéutica que se reconocía tanto a asegurados como a beneficiarios por periodos largos en el tiempo de hasta veintiséis semanas al año para los asegurados y trece semanas en el caso de los beneficiarios (arts. 12 de la Ley y 59 del Reglamento).

El seguro también incluía dentro de su acción protectora reglas específicas para la maternidad. Se reconoce a las mujeres trabajadoras el derecho a la asistencia facultativa en los periodos de gestación, puerperio y parto. Tenían derecho a una indemnización que correspondía al 60% de la retribución diaria de la trabajadora, siendo posible percibir un valor extra en los casos de parto múltiple. La prestación económica se percibía durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, siendo incompatible con la prestación económica derivada de enfermedad. Para el percibo de la prestación se exigía un periodo previo de carencia de aseguramiento al SOE de al menos nueve meses antes del parto, una cotización previa mínima de seis meses en el intervalo

⁵⁷ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *op. cit.*, p. 189.

del año anterior al parto y la no realización de ningún trabajo mientras se perciba la prestación sustitutoria de maternidad⁵⁸.

El SOE se caracterizaba por ser un seguro obligatorio y contributivo cuya financiación se definía como tripartita⁵⁹, siendo mantenida por las primas de los trabajadores y empresarios sumadas a las aportaciones proporcionadas por el Estado. El art. 26 de la Ley del SOE declaraba al INP como entidad aseguradora única. No obstante, no era la entidad que presta los servicios sanitarios a sus asegurados. El INP se encargaba de la organización de los servicios médicos. La asistencia sanitaria se prestaba por la Obra Sindical de 18 de julio⁶⁰. Además, se prevé la extensión de la prestación de servicios médicos a la colaboración entre instituciones dependientes del Estado, Provincia o Municipio, y privadas (art. 27 de la Ley del SOE).

El art. 29 de la Ley del SOE⁶¹, junto al art. 25 de su Reglamento⁶², reconocían la posibilidad de una colaboración voluntaria en la prestación de la asistencia sanitaria por parte de las empresas. Dicha colaboración, se expandió a través de la posterior Orden de 30 de noviembre de 1964 que se establecieron normas para la cooperación de las Empresas en la gestión del Seguro Obligatorio de Enfermedad. Con esta Orden, las empresas “*cooperadoras*” perciban una bonificación en sus cuotas del seguro por los servicios prestados en el ámbito de la asistencia sanitaria a sus trabajadores y beneficiarios.

El carácter contributivo del seguro supuso un avance en el sistema sanitario español, ya que establecía por un lado la vinculación directa de la condición de trabajador con el derecho a la asistencia sanitaria y, por otro lado, suponía una imposición al empleador dentro de su actividad empresarial. Esta obligación se vio moderada por la propia Ley del SOE, y con posterioridad por su Reglamento, a través de su Disposición Transitoria Sexta (Segunda en el caso del Reglamento), la cual

⁵⁸ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *op. cit.*, pp. 190-191.

⁵⁹ PEMÁN GAVÍN, J.M., 2005. *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud: estudios jurídicos*. 1 ed. Comares.

⁶⁰ Órgano de la Delegación Nacional de Sindicatos creado el 9 de octubre de 1940 para la realización de la política sanitaria en su aspecto social.

⁶¹ “El Seguro podrá utilizar, mediante los conciertos adecuados que establezca la «Obra Dieciocho de Julio», la colaboración de Cajas de Empresas, Mutualidades e Igualatorios médicos que reúnan las condiciones mínimas fijadas por las Direcciones Generales de Sanidad y Previsión en sus respectivas competencias”.

⁶² “Independientemente de lo establecido en la Ley y en este Reglamento, las Empresas, directamente o a través de Mutualidades formadas por ellas, podrán ampliar a su costa exclusiva las prestaciones tanto económicas como sanitarias del Seguro”.

permitía al empresario disponer de la afiliación obligatoria atendiendo a las particularidades de los contratos laborales establecidos con sus trabajadores. Una gran parte de los trabajadores que podrían verse beneficiados del SOE se vieron limitados por sus propias condiciones laborales al acceso de sus prestaciones. Al requisito indispensable de afiliación, debemos sumar el concepto de “*económicamente débil*” que limitaba el acceso al seguro de aquellos sectores igualmente desprotegidos, pero que superaban la renta anual establecida.

La aplicación del SOE no fue suficiente para extender el derecho a la asistencia sanitaria a todos los trabajadores. Muchos sectores quedaron carentes de protección en el ámbito sanitario. Esta carencia y esta necesidad de determinados colectivos se fue colmando a lo largo de la década de los años 50⁶³.

3. La gestión de la protección social estatal: el Instituto Nacional de Previdencia

Durante la primera parte del siglo XX, el legislador español estableció como prioridad la regulación de la prestación de asistencia sanitaria y la protección social de los trabajadores. Con el paso del tiempo, se había demostrado que el modelo de Mutualidades y Socorros Mutuos era ineficaz. Las entidades privadas de seguros no estaban dotadas financieramente para garantizar un sistema previsor que pudiera proporcionar a los trabajadores las prestaciones necesarias por las que contribuían con su cuota cada mes.

Para suplir esta necesidad, se constituye el Instituto Nacional de Previsión (en adelante INP) a través de la Ley 27 de febrero de 1908. Su creación fue el resultado de una labor de persuasión de las autoridades de la época, que ya habían declarado la necesidad de un organismo público de previsión tanto en la Comisión de Reformas Sociales (1883) como en el Instituto de Reformas Sociales (1903).

Con el INP se pone en marcha una institución nacional pública modélica, de naturaleza jurídica pública independiente, que funcionaría junto a las demás entidades privadas de ahorro (cajas colaboradoras regionales y provinciales, entidades

⁶³ HIERRO HIERRO, F. J. La prestación por asistencia sanitaria. Cuestiones sobre su encuadramiento hasta el Real Decreto Ley 16/2012. En ARIAS DOMINGUEZ, A. (dir.), 2013. *Cuestiones laborales de actualidad: estudios jurídicos en homenaje al profesor Dr. Feliciano González Pérez*. Dykinson, pp. 163-165.

aseguradoras de gestión complementaria y de ahorro directo)⁶⁴. En este sistema, contrario al monopolio público actual, se permitía extender la labor de previsión a todos los sectores de la clase trabajadora⁶⁵, incluido los funcionarios.

La situación de pobreza, calificada también de mendicidad⁶⁶, en la que estaban inmersos los trabajadores españoles despertaba preocupación en la clase política. Por ello, se opta por una previsión popular voluntaria, autodenominada “*libertad subsidiada*”, en la que los interesados podrían asegurarse voluntariamente, teniendo el respaldo financiero de las instituciones públicas.

La *libertad subsidiada* era un aseguramiento voluntario que facultaba a sus asegurados elegir entre dos tipos de seguros: una renta vitalicia o una pensión de retiro. La primera opción permitía a los asegurados fijar una edad pensionable con la que retirar su inversión, mientras que en las pensiones de retiro el legislador restringía a los asegurados a una edad específica para poder cobrar la prestación⁶⁷. La restricción en cuanto a la edad se justificaba en que parte del aseguramiento era subvencionado por el Estado, lo que lo hacía más barato y, a la vez, popular entre los ciudadanos.

A diferencia de las entidades privadas, el INP se constituía como un organismo económicamente fiable. Su financiación se nutría, de un capital fundacional de 500.000 pesetas donado por el Estado y una subvención anual del Estado que dependía de las necesidades del Instituto y de las reservas estatales (en cualquier caso, nunca por debajo de las 125.000 pesetas). Además de este capital seguro, el INP se financiaba a través del importe de las cuotas de los asociados, de los intereses y productos de los fondos sociales, y cualesquiera otras donaciones y legados que a su favor hicieran las Diputaciones, Corporaciones o particulares⁶⁸. En resumen, el INP era el acuerdo social entre la solvencia del asegurado y la participación institucional⁶⁹.

⁶⁴ GÓMEZ, T., MATARÍN, M., y MONTES, J., 2020. *Historia del seguro de enfermedad en España: desde finales del XIX a la actualidad*. 1ª ed., Madrid, Catarata, p. 22.

⁶⁵ GARCÍA MURCIA, J., 2009. Organización por el Estado de un Instituto Nacional de Previsión. *Legislación Histórica de Previsión Social*. 1ª ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 64-65.

⁶⁶ GARCÍA MURCIA, J., 2009, *op. cit.*, pp. 57-58.

⁶⁷ Los interesados podían elegir entre fijar la edad pensionable a los 55, 60 o 65 años.

⁶⁸ Art. 26, “tendrán facultad para contratar rentas o pensiones de retiro, así los españoles como los extranjeros, siempre que estos últimos residan en España, sean varones y mayores de edad, consideren domiciliado su contrato, para los efectos del mismo, en la Oficina central del Instituto, y renuncien a cualquier forma de reclamación que no sea la jurisdicción de los Tribunales españoles”.

⁶⁹ GÓMEZ, T., MATARÍN, M., y MONTES, J., *op. cit.*, p. 22.

Frente a las demás instituciones y aseguradoras, el INP pasa a ocupar un papel central dentro de las políticas sociales del Estado. Con el objetivo de difundir e inculcar la previsión popular en los ciudadanos, especialmente la realizada en forma de pensiones de retiro; el Estado decide administrar la Mutualidad de asociados para que los mismos voluntariamente se constituyan bajo su patronato. Se buscaba estimular y favorecer un sistema de previsión popular que empezaba a formarse dentro del Estado, distanciándose de la “*libertad subsidiada*” y acercándose más a un sistema de seguro obligatorio (retiro obrero).

4. La asunción de la protección social a través del Estado: el sistema de previsión social

Los inicios de nuestro sistema de protección social aparecen a través del régimen de *libertad subsidiada* gestionado por el INP, lo que permitía la elección entre el percibo de una renta vitalicio o una pensión de retiro. Pese a la popularidad de las pensiones de retiro, los resultados obtenidos no fueron los esperados por el Gobierno⁷⁰, lo que impulsó de forma urgente una reforma e intensificación de este. El RD de 11 de marzo de 1919 amplió el régimen recogido por la Ley del INP, manteniendo el concepto de *libertad subsidiada*, pero obligando al Estado a realizar bonificaciones para la obtención de las pensiones de vejez.

La acción protectora del Retiro Obrero incluía dos clases de pensiones, una para aquellos asegurados que tuvieran menos de 45 años en la entrada en vigor de la norma, y otra para aquellos que superasen esa edad. Se establecía una edad pensionable a los 65 años, siendo posible acceder a la pensión del Retiro Obrero a esta edad. A diferencia de la pensión de jubilación ordinaria actual, el Retiro Obrero no era incompatible con el trabajo, no siendo necesario un retiro profesional para acceder a la prestación. El Retiro Obrero se constituía en un seguro de vejez estricto que no incluía una protección sanitaria a sus beneficiarios, aunque sí estipulaba una reserva de lo obtenido en la recaudación del seguro a fines sanitarios, como, por ejemplo, la construcción de hospitales, leproserías o manicomios.

Algunos aspectos del seguro se desarrollaron con posterioridad a través del RD de 21 de enero de 1921. Se establecía como objetivo principal el aseguramiento de todo

⁷⁰ SALVADOR PÉREZ, F., 2009. El régimen de retiro obrero. *Legislación Histórica de Previsión Social*. 1ª ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, p. 81.

asalariado con edad comprendida entre 16 y 65 años que tuviera ingresos inferiores a 4000 pesetas. Se obligaba a los empresarios a contribuir con una cuota por trabajador y se delegaba a las Cajas de Seguros y demás instituciones privadas la gestión de las prestaciones del seguro.

El Retiro Obrero Obligatorio y su sistema de capitalización perdurarían dos décadas, siendo sustituido por el sistema de pensiones fijas: el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (en adelante SOVI), en la Ley dl 1 de septiembre de 1939 y en el Decreto de 18 de abril de 1947. El SOVI ampliaba su acción protectora más allá de la pensión de vejez, recogiendo por primera vez la prestación de invalidez derivada de contingencias comunes. El legislador pretendía lograr un régimen definitivo que amparase “*las situaciones adversas que impiden al trabajador obtener el jornal que es su único medio de subsistencia*”⁷¹.

Para el mantenimiento de un sistema garantista a todos los ciudadanos, el legislador crea a través de la Ley 45/1960, de 21 de julio, el Fondo Nacional de Asistencia Social (en adelante FONAS). Este fondo garantizaba pensiones de vejez e incapacidad a los mayores de 70 años⁷² que cumplieran con determinados requisitos⁷³ y que no fueran susceptibles de percibir el SOVI. De esta forma, se favorecía el mejoramiento de las condiciones de vida de parte de la población española, manteniendo instituciones de beneficencia, que se convertirían en el modelo a seguir de las pensiones no contributivas en el futuro.

4.1. Los inicios del sistema de Seguridad Social actual: la Ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963 y la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966

La proliferación de normativa protectora en el ámbito del derecho del trabajo durante la segunda mitad del siglo XX puso de relieve las dificultades encontradas por el legislador en la regulación del sistema público de seguros sociales. La necesidad de unificar y coordinar los múltiples sistemas de seguros sociales y de seguros de enfermedad impulsó la elaboración de un marco normativo singular en España,

⁷¹ Exposición de motivos del Decreto 18 de abril de 1947.

⁷² La edad se fue reduciendo hasta los 66 años por el Real Decreto-ley 3/1989, de 31 de marzo, de Medidas Adicionales de Carácter Social.

⁷³ Los requisitos actuales se encuentran detallados en el art. 2 del Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, por el que se regula la concesión de ayudas del Fondo Nacional de Asistencia Social a ancianos y a enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo.

permitiendo así la creación de la Seguridad Social en nuestro país. Durante la década de los años 60 se promulgaron las normas fundadoras del sistema: la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social (en adelante LBSS) y el Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando la Ley de Seguridad Social (en adelante LSS).

En las directrices de la LBSS el legislador justificaba la necesidad de cohesión normativa como una oportunidad de analizar el conjunto de carencias del sistema hasta entonces existente, posibilitando “*reaccionar contra sus insuficiencias*”. Muestra de ello fue la superación del término *riesgo*, el cual limitaba el reconocimiento de las prestaciones a situaciones singulares del trabajador y su entorno laboral, por el concepto de *contingencias*, más amplio, y que permitía una aplicación “*uniforme de las prestaciones ante un mismo evento*”.

Las contingencias se dividían en dos; las profesionales, en las que la acción protectora del sistema se refería al accidente laboral y a la enfermedad profesional, y las comunes, cuya protección se extendía a enfermedades no profesionales y accidentes no laborales. A diferencia del SOE, que excluía los riesgos de carácter profesional debido a la existencia de una ley específica para ellos, la LSS de 1966 unificó la normativa jurídica, incluyendo dentro de su acción protectora la asistencia sanitaria “*en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo*”⁷⁴.

Además de ampliar la protección del SOE dispensaba a las contingencias profesionales, la LSS decidió aumentar el *numerus clausus* de los beneficiarios⁷⁵. El art. 83 de la ley señala como titulares del derecho a “*los trabajadores por cuenta ajena, los pensionistas de la Seguridad Social y a los que, sin tal carácter, estén en el goce de prestaciones periódicas*”. La LSS, al igual que el SOE, incluyó a los mismos dependientes de los beneficiarios para el acceso a la asistencia sanitaria. Para ello, se exigía “*convivir a las expensas del titular del derecho, no realizar trabajo remunerado*

⁷⁴ Art. 20 de la LSS.

⁷⁵ A diferencia del RDL 16/2012, que separa entre “*asegurados*” y “*beneficiarios*”, la LSS denomina “*beneficiarios*” a todos los titulares del derecho a la asistencia sanitaria. No obstante, hay una jerarquía entre los titulares del derecho, ya que por un lado están aquellos que tiene el derecho por su propia relación con el sistema de Seguridad Social (asegurados), y por el otro lado, aquellos a los que se les reconoce el derecho por su relación familiar y de dependencia con los primeros (beneficiarios).

alguno y no tener derecho por título distinto a recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social”⁷⁶.

La extensión del derecho a la asistencia sanitaria a personas que no son trabajadoras se condicionó a su vez a su situación como titular de una prestación del sistema de Seguridad Social. De esta forma, la asistencia sanitaria pasa a tener un carácter marcadamente contributivo, solo siendo posible acceder a su acción protectora cuando uno forme parte del sistema de Seguridad Social. Por ello, el art. 12 de la LSS obliga la afiliación al sistema a *“todas las personas incluidas en su campo de aplicación”*⁷⁷. Esta norma, marca la diferencia entre la ineficacia de las disposiciones transitorias del SOE y el perfil más intervencionista de la LSS.

En el caso de los trabajadores, el Reglamento de Asistencia Sanitaria (en adelante RAS), aprobado por el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, en su art. 3, exigía como condición adicional para el reconocimiento de la prestación de asistencia sanitaria que *“la empresa esté al corriente del pago de cuotas”*. Igual que el SOE, con una restricción económica para el reconocimiento de la asistencia sanitaria. El art. 83 excluye en los casos de enfermedad común y accidente no laboral a los trabajadores *“cuya base tarifada de cotización exceda del límite reglamentariamente establecido”*. También se excluyen del campo de aplicación de la asistencia sanitaria a los trabajadores de la Tarifa primera de bases de cotización⁷⁸.

A diferencia del SOE, que contaba con una financiación tripartita, el sistema de Seguridad Social se fundó con la intención de que pueda financiarse solo a través de la cotización obligatoria realizada por las empresas y por los trabajadores⁷⁹. No obstante, el hecho de que el empresario no tuviera cubiertas sus obligaciones con el sistema de Seguridad Social no impedía el acceso por parte del trabajador a la asistencia sanitaria

⁷⁶ Art. segundo del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social.

⁷⁷ Esta obligación se mantiene en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico a través de los arts. 15 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) de 2015 y 6 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (RGIAB).

⁷⁸ Art. noveno del Decreto 2419/1966, de 10 de septiembre; que permaneció en vigor a través de la Disposición Transitoria cuarta del RAS.

⁷⁹ En las directrices de la LBSS, el legislador reconoce la imposibilidad de que el Sistema de Seguridad se mantenga únicamente con las cotizaciones hechas por empresarios y trabajadores (*“no cabe Seguridad Social sin la aportación del Estado”*). Por ello, se incluye como recurso las aportaciones consignadas en el Presupuesto General del Estado.

debida gestionada por el INP (principio de *automaticidad de prestaciones*). El empresario se vería obligado a “*reintegrar el importe de los honorarios del personal sanitario y de los demás gastos ocasionados, sin perjuicio del abono de las cuotas no satisfechas y de las sanciones a que hubiere lugar*”. El derecho se hace efectivo en el momento de la afiliación, y tiene la duración correspondiente a la necesidad del tratamiento. En el caso de los beneficiarios que no sean cónyuge o descendiente del titular, existía una carencia de seis meses para la efectividad del derecho.

Dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, la LSS recogía dos tipos de prestaciones cuyos fines son la recuperación de la salud de sus titulares: la asistencia sanitaria y la incapacidad laboral transitoria. Mientras que el SOE recogía como parte de la asistencia sanitaria la prestación económica, la LSS establecía una nueva prestación, restringiendo a la asistencia sanitaria como una prestación en especie.

Entre los servicios sanitarios asegurados por la LSS, se incluía la prestación farmacéutica. A diferencia del SOE que cubría gratuitamente la dispensación farmacéutica durante un periodo de tiempo estipulado por ley, con independencia de la contingencia, la LSS estableció la gratuidad únicamente en los casos de accidente de trabajo, enfermedad profesional y en los tratamientos realizados dentro de las instituciones sanitarias. En los demás casos, se estipulaba reglamentariamente una cantidad fija por receta o medicamento que debía hacer frente el interesado⁸⁰.

Los servicios sanitarios se dispensaban a través de instituciones sanitarias, controladas por las denominadas “*entidades gestoras*”, las cuales englobaban al INP y las Mutualidades Laborales existentes en el momento. Además de entidades públicas, la LSS asumía en el art. 208 la posibilidad de colaboración de las empresas en la gestión de la asistencia sanitaria de contingencias comunes, “*mediante una participación en la cuota de cobertura de tales contingencias que se determinará por el Ministerio de Trabajo*”. Se trasladaba al sistema de Seguridad Social las ventajas de colaboración existentes en el SOE, permitiendo a las empresas colaborar voluntariamente a cambio de beneficios en la cotización. Para ello, se aprueba la Orden de 25 de noviembre de 1966 que regula la colaboración de las Empresas en la gestión del Régimen General de

⁸⁰Art. tercero del Real Decreto 3157/1966, de 23 de diciembre. El copago farmacéutico sufrirá una reforma con el Real Decreto 945/1978, de 14 de abril, en el cual se elevará la participación de los beneficiarios a un 30% del valor del precio del medicamento, exceptuándose un anexo cuyo coste seguiría siendo calculado según las reglas del RD 3157/1966. En el caso de los pensionistas, el RD 945/1978 establecerá la exención del copago farmacéutico de cualquier medicamento.

la Seguridad Social, en la que se estableció la percepción de una *cuota pura media* por parte de las empresas colaboradoras a cargo del INP. La colaboración de las empresas en la gestión de la asistencia sanitaria se mantendrá en las reformas venideras de la LGSS en 1972 y 1974.

4.2. Los desarrollos normativos posteriores: la Ley General de la Seguridad Social de 21 de junio de 1972 y la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974

Aunque la aprobación de la LSS de 1966 permitió un avance importante en la configuración del sistema de Seguridad Social. No obstante, debido a la complejidad de la materia, no abarcó a todos los colectivos dentro de la protección de la asistencia sanitaria. Durante los siguientes años se aprueban Órdenes y Decretos que extienden la asistencia sanitaria a otros beneficiarios.

Así, el Decreto 1075/1970, de 9 de abril, ampliaba la protección de la asistencia sanitaria a trabajadores españoles emigrantes que se hallaban trabajando por cuenta ajena en país extranjero con el que no exista Convenio de reciprocidad en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Las prestaciones sanitarias se dispensaban en los traslados temporales de los trabajadores a territorio español. En relación con sus familiares, éstos tendrían una protección más amplia, ya que la norma reconocía el derecho de forma temporal, en los traslados que hagan a España, como de forma permanente, si residían en territorio nacional.

La Orden de 31 de enero de 1970 permitió la inclusión dentro del sistema de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los pensionistas perceptores del SOVI, puesto que con la entrada en vigor de la LSS se dejaba sin protección sanitaria a sus beneficiarios al no formar parte del sistema de Seguridad Social.

En el caso de los autónomos, gracias al art. 27 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, se extendieron los efectos de la acción protectora de la asistencia sanitaria a sus pensionistas⁸¹.

⁸¹ La acción protectora de la asistencia sanitaria se extenderá también a los trabajadores por cuenta propia en el año 1984, a través del Real Decreto 43/1984, de 4 de enero, sobre ampliación de la acción protectora de cobertura obligatoria en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

Con la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social (en adelante LGSS de 1972) se reforma la LSS. Se mantiene el requisito de aseguramiento obligatorio para el acceso a la asistencia sanitaria, extendiendo el derecho a todos los trabajadores afiliados a la Seguridad Social. La LGSS de 1972, en su Disposición Final Undécima LGSS de 1972 se desmarca de la relación entre asistencia sanitaria y beneficencia que aun persistía en nuestro ordenamiento jurídico al no exigir una situación “*económicamente débil*” de los trabajadores para tener acceso a la asistencia sanitaria.

Dos años después, con el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS de 1974), cuyos arts. 98 y siguientes siguen en vigor actualmente.

En la LGSS de 1974, la relación entre estar afiliado a la Seguridad Social y tener derecho a la asistencia sanitaria se conserva, de tal modo que la baja del trabajador del sistema determina la pérdida del derecho. Para mitigar esta pérdida de derecho, el art. 6 del RAS permitía una prolongación de la prestación a los que quedaran en situación de paro forzoso. Esto siempre que tuvieran cubierto un período de cotización superior a noventa y un días e inferior a ciento ochenta, dentro de los trescientos sesenta y cinco días inmediatamente anteriores a la fecha de baja. En estos casos, se conservaba el derecho durante el plazo máximo de un mes, a contar desde la indicada fecha. Los tratamientos sanitarios a disfrutar por el titular del derecho y beneficiarios a su cargo no podrían ser de duración superior a treinta semanas ininterrumpidas por una sola vez.

Los trabajadores cuya base de cotización, a consecuencia de ascenso en su categoría profesional excedieran del límite establecido para tener derecho, lo conservaban durante un período de tres meses. En este caso, el disfrute efectivo de la asistencia sanitaria por el titular del derecho y beneficiarios a su cargo no podría ser de duración superior a quince semanas ininterrumpidas por una sola vez.

Por otro lado, la LGSS de 1974 culmina la separación entre asistencia sanitaria y beneficencia al reconocer la prestación como un verdadero derecho subjetivo, otorgando una acción en la vía administrativa y jurisdiccional en caso de denegación de esta (art. 100.3 LGSS de 1974).

El objetivo de la prestación de asistencia sanitaria era la conservación y el restablecimiento de la salud de los beneficiarios, así como su “*aptitud para el trabajo*” (art. 98.2 LGSS de 1974). Para ello la ley indicaba que los servicios médicos y farmacéuticos necesarios se administrarían a través de los servicios disponibles de la Seguridad Social. Si fueran utilizados servicios ajenos del sistema, el interesado tendrá derecho al reintegro de gastos, siempre que la asistencia sea urgente y de carácter vital (arts. 102.3 LGSS de 1974 y 18 RAS).

En el caso de que la asistencia sanitaria se derivara de una contingencia profesional, el RAS opta porque ésta “*se preste al trabajador de la manera más completa*” para su plena recuperación (art. 11 RAS).

4.3. Las entidades gestoras de la Seguridad Social: el Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre

Para gestionar las prestaciones del sistema, el legislador decide unificar en 1978 las entidades existentes para permitir un mejor control y funcionamiento del sistema ideado.

Hasta la aprobación de la LBSS de 1963, hubo una gran cantidad de seguros sociales privados que protegían a una diversidad de riesgos laborales. Estos seguros se administraban entre el INP y las varias entidades gestoras existentes. La LBSS permitió una sistematización de esta situación, aun sin conseguir acabar con la pluralidad de entidades gestoras. Mientras el INP gestionaba las prestaciones económicas de corta duración y la asistencia sanitaria derivadas de contingencias comunes de los trabajadores afiliados al Régimen General, entidades gestoras como las Mutualidades Laborales se encargaban de las pensiones y prestaciones derivadas de contingencias profesionales⁸². Además, coexistían con éstas, el Instituto Social de la Marina (en adelante ISM), las Mutualidades de los Funcionarios (MUFACE, MUGEJU, ISFAS y MUNPAL) y el Instituto Español de Emigración.

Tras la crisis económica de la década de los 70 y las modificaciones en la LGSS, se hizo necesaria una simplificación y reducción de los entes gestores de la Seguridad Social. Para ello, se aprobó el Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo. Su objetivo principal

⁸² GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, IGNACIO, 2009. *El cambio en la gestión institucional de la previsión social*. 1 ed., Thomson Reuters Aranzadi, pp. 400-402.

era traer coherencia a la organización de la Seguridad Social y a sus prestaciones, entendiendo la existencia de tres grandes áreas: las prestaciones económicas, la asistencia sanitaria y los servicios sociales.

Para la gestión de cada área se crearon tres entidades gestoras⁸³: el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS)⁸⁴, el Instituto Nacional de la Salud (en adelante INSALUD)⁸⁵ y el Instituto Nacional de Servicios Sociales (en adelante INSERSO)⁸⁶. Esas nuevas entidades gestoras sustituyeron al INP y a las Mutualidades Laborales, excepto las Mutualidades de los funcionarios.

Igualmente, se mantiene la colaboración voluntaria y obligatoria de las empresas en los términos establecidos en la Orden de 25 de noviembre de 1966⁸⁷.

Con esta reforma, el INSS pasa a ser el gran gestor de la acción protectora de la Seguridad Social, ya que es la entidad que reconoce y controla las prestaciones, con independencia de la contingencia que las genera. La asistencia sanitaria pasa a ser gestionada por el INSALUD, pero el reconocimiento del derecho como tal, es una de las funciones del INSS.

5. Los aspectos constitucionales de la asistencia sanitaria

El 29 de diciembre de 1978 entra en vigor la Constitución Española. Tras una amplia voluntad de consenso e integración por parte de la Comisión Constituyente del Congreso y el apoyo de la ciudadanía en el referéndum realizado el 6 de diciembre del mismo año, nuestra nueva Carta Magna establece un nuevo marco jurídico al que debe adaptarse nuestro ordenamiento normativo. En su articulado, se destaca sobre todo la enumeración de los derechos considerados *fundamentales*, presentes en el Título I. La Constitución de 1978 recoge la sistemática de derechos ya incluida en la Constitución de 1931⁸⁸.

⁸³ Todas las entidades gestoras quedarían adscritas al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social.

⁸⁴ Regulado por RD 1854/1979, de 30 de julio.

⁸⁵ Regulado por RD 1855/1979, de 30 de julio. Posteriormente pasaría a denominarse Instituto de Gestión Sanitaria (en adelante INGESA).

⁸⁶ Regulado por RD 1856/1979, de 30 de julio. Posteriormente pasaría a denominarse Instituto de Mayores y Servicios Sociales (en adelante IMSERSO).

⁸⁷ Art. 2.3 del RDL 36/1978.

⁸⁸ VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., 2003. La Constitución de 1978 en la historia constitucional española. *Revista española de derecho constitucional (Ejemplar dedicado a: XXV Aniversario de la Constitución (I))*, núm. 69, p. 63.

El derecho a la protección de la salud recogido en el art. 43 es un concepto amplio, que abarca como parte de su contenido al derecho a la asistencia sanitaria, pero también otros aspectos como las medidas públicas sanitarias, la garantía de calidad de los alimentos y el disfrute de un medio ambiente adecuado⁸⁹. En palabras de MENENDEZ REXACH, A., “*el derecho a la protección de la salud es un verdadero derecho subjetivo, pero que liga a otros derechos constitucionales con sustantividad propia y que pueden proyectarse sobre la salud*”⁹⁰. El art. 43 en sus tres apartados, proporciona una protección a la salud desde diferentes perspectivas. Por un lado, el primer apartado reconoce la tutela de la salud de forma individualizada, imponiendo un mandato al legislador para que desarrolle el derecho subjetivo a favor de los ciudadanos de forma individual. El segundo y el tercer apartado se centran en la protección a la salud de forma colectiva a través de políticas de salud pública⁹¹.

La inclusión del derecho a la protección de la salud dentro de la Constitución de 1978 se debe a la importancia que el legislador le dispensa como elemento de *necesidad básica* del ser humano, puesto que el individuo solo puede ser libre y llevar una vida digna si se suplen sus necesidades más básicas⁹², y entre estas se encuentra la salud. No obstante, el reconocimiento constitucional dado al derecho de la salud no implica que el mismo sea considerado parte de los derechos fundamentales de nuestra Carta Magna, y en consecuencia que tenga una protección especial frente al ordenamiento jurídico.

El Título I de nuestra CE abarca del art. 10 al 55, distribuidos a lo largo de cinco capítulos. Aunque obviamente, todos los derechos recogidos en estos artículos tienen relevancia constitucional, ni su importancia ni su tratamiento jurídico es homogéneo. El propio texto constitucional condiciona las garantías a las que están sujetos determinados derechos frente a otros. En este sentido, los arts. 14 a 29 y el apartado 2º del art. 30, tienen una protección especial, al ser considerados los verdaderos derechos fundamentales de nuestra Constitución. Esto les permite una aplicabilidad directa e

⁸⁹ MENÉNDEZ REXACH, A., 2003. El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas. *DS: Derecho y salud (Ejemplar dedicado a: XI Congreso de Derecho y Salud: "Nuevos retos del Sistema Nacional de Salud")*, vol. 11, núm. Extra-1, pp. 16-17.

⁹⁰ MENÉNDEZ REXACH, A., *idem*.

⁹¹ TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., 1999. Aproximación a la eficacia de la asistencia sanitaria pública y a su valoración. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social en homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, vol. II, pp. 179-181.

⁹² MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, JOSÉ MARÍA, 2006. El derecho a la salud: un derecho social esencial. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 14, p. 135.

inmediata, sin la necesidad de desarrollo legislativo previo para su exigibilidad en el ámbito judicial⁹³, así como el derecho a acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional cuando se vean vulnerados por los poderes públicos. Al no estar incluido el art. 43 entre los derechos fundamentales *stricto sensu*, el derecho a la protección de la salud no goza de una protección especial⁹⁴.

El art. 43 se encuentra recogido en el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución, el cual se denomina “*De los principios rectores de la política social y económica*”. Los derechos recogidos en este Capítulo, más que derechos, han sido considerados por la doctrina constitucional “*principios orientativos de la acción de los poderes públicos*”⁹⁵. A diferencia de los derechos fundamentales, los derechos del Capítulo III no son de aplicación directa. El art. 53 de la Constitución recoge que dichos derechos necesitan un desarrollo normativo previo para ser alegados ante la jurisdicción ordinaria. Por tanto, el derecho a la salud, aun siendo considerado una necesidad básica del ser humano, al estar localizado en el art. 43 sufre una rebaja jurídica, ya que no tiene el mismo nivel de protección que los derechos fundamentales.

Pese a que el derecho a la salud se excluye del ámbito de protección de los derechos fundamentales su protección encuentra el amparo en el Tribunal Constitucional cuando se relaciona con otro derecho fundamental. En la jurisprudencia constitucional, la relación más estrecha se da con el derecho a la vida y a la integridad física recogidos en el art. 15. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional entiende que “*el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del art. 15 CE*”⁹⁶. Este perjuicio a su vez, “*debe suponer un peligro grave y cierto para el interesado*”⁹⁷, ya que, de no serlo, no se extenderá el amparo constitucional al derecho a la protección de la salud. Debido a la vinculación entre los principios rectores del art. 43 y el art. 15, la garantía del derecho a

⁹³ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, J., 2018. *Título I. De los derechos y deberes fundamentales*. 1 ed., Dykinson, pp. 39-40. En MARAÑÓN GÓMEZ, R. (Coord.) y AREVALO GUTIERREZ, A. (dir.), 2018. *Introducción a la Constitución española de 1978*. 1 ed., Dykinson.

⁹⁴ En este sentido, el Tribunal Constitucional en su Auto (Sala Segunda) núm. 1084/1986, de 12 de diciembre (Recurso de amparo 784/1986) establece que “el art. 43 de la Constitución no es susceptible de amparo, ni incumbe al Tribunal Constitucional reconocer o denegar prestaciones sanitarias”.

⁹⁵ Fundamento jurídico 5, STC (Pleno) núm. 36/1991 de 14 febrero. Cuestiones de inconstitucionalidad 1001/1988, 291//1990, 669/1990, 1629/1990 y 2151/1991 (acumuladas). BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991.

⁹⁶ Fundamento jurídico 4, STC (Sala Primera) 5/2002, de 14 de enero. Recurso de amparo 5341/98. BOE núm. 34, de 08 de febrero de 2002.

⁹⁷ Fundamento jurídico 4, STC (Sala Primera) 220/2005, de 12 de septiembre. Recurso de amparo 1221/2002. BOE núm. 26, de 14 de octubre de 2005.

la salud se asocia con la “*defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles*”⁹⁸. Esto posibilita que un derecho social como el derecho a la salud tenga especial protección constitucional ante los tribunales, e igualmente, en su desarrollo legislativo, cuando este puede representar un riesgo para la vida y la integridad personal.

No obstante, la necesidad del art. 43 CE de ulterior desarrollo normativo no implica que sea una norma sin contenido. El Tribunal Constitucional ha reconocido que el contenido normativo de la Constitución no es “*meramente pragmático*”⁹⁹ y vincula las acciones de los ciudadanos y poderes públicos. Aun no gozando de una aplicación directa, los derechos sociales y económicos deben inspirar las resoluciones judiciales, las cuales “*habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección*”¹⁰⁰.

5.1. El derecho a la protección de la salud como principio rector de la política social y económica: los arts. 41 y 43 de la Constitución Española

La entrada en vigor de nuestra Constitución en 1978 incluyó dentro de los principios rectores de la política social y económica tanto el derecho a la protección de la salud, en el art. 43, como el derecho a un sistema de Seguridad Social público y garantista, en su art. 41. El reconocimiento de estos dos derechos en dos preceptos distintos ha generado discusión en la doctrina debido a los notables vínculos jurídicos que les unen. El reconocimiento constitucional diferenciado puede interpretarse como un solapamiento de contenidos o, de lo contrario, una exclusión de la asistencia sanitaria como parte de las prestaciones de la Seguridad Social¹⁰¹.

El derecho a la Seguridad Social se configura en nuestro texto constitucional de modo débil¹⁰², sin incluir en su texto los elementos sobre los que es posible construir el sistema. Por ello, ha sido objeto de debate en nuestra doctrina el modelo a seguir por parte del legislador en el desarrollo normativo de la Seguridad Social.

⁹⁸ Fundamento jurídico 5, ATC (Pleno) núm. 239/2012, de 12 de diciembre. Conflicto positivo de competencia 4540/2012.

⁹⁹ Fundamento jurídico 1, STC (Sala Segunda) núm. 80/1982, de 20 de diciembre. Recurso de amparo 160/1982. BOE núm. 13, de 15 de enero de 1983.

¹⁰⁰ Fundamento jurídico 5, STC (Sala Primera) núm. 95/2000, de 10 de abril. Recurso de amparo 3477/1996. BOE núm. 119, de 18 de mayo de 2000.

¹⁰¹ HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., 2004, *op. cit.*, p. 97.

¹⁰² MONEREO PÉREZ, J.L., *op. cit.*, p. 1448.

Por una parte, existen autores que defienden que la CE aboga por un modelo *restrictivo* del sistema de la Seguridad Social, que estaría conformado por un contenido concreto. Para dar forma a este contenido concreto, se acude a los dos modelos clásicos de sistemas de Seguridad Social: el *universalista* y el *profesional-contributivo*¹⁰³. El primer modelo, como bien indica su nombre, tiende a la universalidad de los elementos que conforman el sistema de la Seguridad Social (elemento subjetivo, objetivo y/o de financiación), mientras que el segundo, supone una protección en exclusiva de los trabajadores que conforman el sistema y a su vez cotizan por ello. En el caso español, la amplia mayoría de la doctrina califica nuestro sistema de la Seguridad Social como un modelo muy cercano al *universalista*, debido a la vocación asistencial de nuestro sistema que incluye prestaciones no contributivas, lo que supone en sí la aceptación de otras fuentes de financiación más allá de las aportaciones realizadas a través de la cotización de trabajadores y empresarios.

Por otra, nos encontramos con la posición *flexibilizadora*, la cual defiende que nuestra Constitución no ofrece un modelo único de Seguridad Social, sino que se apoya tanto en elementos contributivos (modelo *profesional-contributivo*) como no contributivos (modelo *universalista*). Como bien advierte la profesora SANCHEZ-URAN AZAÑA, nuestra Carta Magna no recoge un modelo claro y unívoco de Seguridad Social¹⁰⁴. Aunque existe un mandato por parte del legislador constituyente de que nuestra protección social debe incluir a *todos los ciudadanos*, para nada debemos interpretarlo como un reconocimiento explícito de que estamos ante un sistema *universalista* puro.

Es indudable que el legislador apuesta por un régimen público de Seguridad Social orientado a garantizar “*la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*”. No obstante, nuestro sistema público de Seguridad Social ha encontrado sus fuentes de financiación más importante en la cotización dual obligatoria de empresarios y trabajadores. El marcado matiz asistencialista recogido por la Constitución permite confluir los dos modelos teóricos, permitiendo que un sistema contributivo como es el nuestro no se olvide de garantizar un mínimo de subsistencia

¹⁰³ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., 1995. *Seguridad Social y Constitución*. 1ª ed., Madrid, Estudios de Derecho Laboral (Civitas), p. 35.

¹⁰⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., 1995, *op. cit.*, p. 33.

digna para todos sus ciudadanos. En nuestra opinión el modelo de Seguridad Social sigue las pautas de la posición *flexibilizadora*.

Ahora bien, la existencia de una vocación universalista por parte de nuestra Constitución favorece la idea de que el art. 41 engloba el derecho a la protección de la salud del art. 43. Y es que, la asistencia sanitaria es una prestación más de nuestro sistema público de salud que forma parte de nuestro sistema de Seguridad Social, en atención a su carácter gratuito y no contributivo.

No obstante, el reconocimiento de la asistencia sanitaria dentro de los límites del art. 41 de la CE está condicionado a la evolución jurídica que pueda sufrir nuestra norma interna. El Tribunal Constitucional en su sentencia 206/1997, de 27 de noviembre, reconoce que el texto constitucional protege exclusivamente el aspecto público de la Seguridad Social, sin que esto implique una limitación en su desarrollo normativo¹⁰⁵.

“La Constitución, y más cuando se trata de una materia como la Seguridad Social, no pretende imponer un único modelo. Consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, pero no cierra posibilidades para la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se ha querido o podido utilizar”.

Igualmente, se ha teorizado¹⁰⁶ sobre la separación de los contenidos de los artículos 41 y 43 teniendo en cuenta el aspecto profesional de la prestación por asistencia sanitaria. De esta forma, la asistencia sanitaria forma parte de la Seguridad Social siempre que nace de una contingencia profesional, dejando la protección de las contingencias comunes a cargo de la norma que desarrollase el derecho a la protección a salud. No obstante, la acción protectora recogida en la LGSS de 1974 menciona explícitamente a las contingencias comunes como causa de reconocimiento de la prestación por asistencia sanitaria. En consecuencia, podemos afirmar que la separación entre el contenido de la asistencia sanitaria y la acción protectora de nuestro sistema de Seguridad Social no es tan clara, y que la finalidad última del sistema no deja de ser una forma de paliar los efectos que tiene la salud en la vida del trabajador y sus familiares.

¹⁰⁵ Fundamento jurídico 5, STC (Pleno) núm. 206/1997, de 27 de noviembre. Recursos de inconstitucionalidad 1181/1987 y 1190/1987. BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1997.

¹⁰⁶ HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., 2004, *op. cit.*, pp. 102-103.

5.2. La creación de las Comunidades Autónomas y el reparto de competencias. La descentralización de la sanidad en España

Con la aprobación de la Constitución de 1978, se creó la distribución territorial de España en Comunidades Autónomas. La conformación de un Estado fraccionado en regiones con facultades en el ámbito legislativo y ejecutivo hizo necesario un reparto de competencias. Dicho reparto se plasmó en los arts. 148 y 149 del texto constitucional, los cuales se han caracterizado por ser poco precisos¹⁰⁷, y susceptibles de diversas interpretaciones y múltiples conflictos.

El art. 149.1.16 reconoce al Estado la competencia para regular la sanidad exterior, las bases y la coordinación general de la sanidad, así como la legislación sobre productos farmacéuticos. Además, en su apartado 17, la CE reconoce igualmente, como competencia estatal, la regulación de la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, permitiendo a las Comunidades Autónomas la ejecución de los servicios derivados del sistema de Seguridad Social. En esto último, si tenemos en cuenta a la asistencia sanitaria como una prestación que conforma el sistema de la Seguridad Social, este apartado reconocería en parte una competencia estatal y otra autonómica.

Con el RDL 36/1978, de 16 de noviembre, la administración y gestión de servicios sanitarios se otorga al INSALUD. Sin embargo, estas funciones se asumen por las Comunidades Autónomas a partir de los años 80, a través de sus Estatutos de Autonomía. En el caso de las Autonomías constituidas por el procedimiento del art. 151, la competencia del art. 149.1.17 pudo ser recogida en la primera elaboración del Estatuto, mientras que las Autonomías creadas a través del procedimiento del art. 143 tuvieron que esperar cinco años para incluirla. Esta diferencia entre Comunidades Autónomas ocasionó una mayor demora en el traspaso no solo de las competencias, sino también del personal y patrimonio necesarios para prestar los servicios sanitarios adecuados descentralizadamente.

La existencia de los dos apartados en el art. 149 y que hacen referencia a las prestaciones de la asistencia sanitaria ha sido objeto de conflictos de los que se ha pronunciado el TC. Éste ha optado, en analizar con más detenimiento, sopesando el

¹⁰⁷ CORREAS SOSA, I., 2012. Apuntes sobre la importancia de una necesaria coordinación administrativa de las prestaciones sanitarias. *Revista Derecho y Salud*, vol. 22 (Congreso Extraordinario XXI), p. 159.

apartado 16 frente al 17. Así, la Sentencia 98/2004, de 25 de mayo¹⁰⁸ sostiene que, a pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (art. 149.1.17 CE).

La primera competencia que se adjudica al Estado es la referente a la sanidad exterior¹⁰⁹. La STC 329/1994, de 15 de diciembre, en su fundamento jurídico 2º, define como el conjunto de actividades que tienen por objeto la vigilancia, prevención y eliminación de riesgos para la salud con ocasión del tráfico internacional de personas, mercancías, animales y especies vegetales a través de determinados lugares del territorio nacional, como es el caso de los puertos, aeropuertos y puestos fronterizos autorizados¹¹⁰.

Como el propio Tribunal recuerda a lo largo de esta sentencia, la competencia se encuentra vinculada a la historia del traslado internacional de personas y bienes, el cual, debido a su incremento, ha generado una serie de peligros y riesgos debido a la posible propagación de enfermedades. Y como es el Estado el que, a través de sus servicios sanitarios, debe adoptar las medidas preventivas y asistenciales adecuadas es inherente a esta afirmación el reconocimiento de su competencia plena en este ámbito.

La frontera que demarca la sanidad exterior y la interior, así como las competencias entre Estado y Comunidades Autónomas viene dada por la implicación de la salud pública en actividades dentro o fuera del territorio nacional.

En palabras de ALONSO-OLEA GARCÍA, *“la sanidad exterior se refleja en todas las actividades relacionadas con la vigilancia y control de posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías, mientras*

¹⁰⁸ Fundamento jurídico 5, STC (Pleno) núm. 98/2004, de 25 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad 1297/1997. BOE núm. 140, de 10 de junio de 2004.

¹⁰⁹ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre lo que debemos entender como sanidad exterior, legislación básica sanitaria y coordinación del sistema sanitario español. Se ha preferido centrar el debate en la sanidad como valor de salud pública y no tanto, en las prestaciones sanitarias en sí mismas. Para más información, ALONSO-OLEA GARCÍA, B., 2016. *Derecho de la protección social: derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales*. 3 ed. Thomson Reuters Aranzadi, p. 23.

¹¹⁰ Fundamento jurídico 2, STC (Pleno) núm. 329/1994, de 15 de diciembre. Conflicto positivo de competencia 1218/1986. BOE núm. 15, de 18 de enero de 1995.

que la sanidad interior, se refiere al control sanitario de la producción, manipulación y venta de alimentos, bebidas y productos directamente relacionados con la salud dentro del territorio nacional”¹¹¹. No obstante, la materia de sanidad interior, aun siendo competencia autonómica, debe ser administrada y ejecutada bajo los parámetros estipulados por la legislación básica estatal de sanidad.

La legislación básica en materia de sanidad interior se reserva al Estado como una competencia más dentro del apartado 16 del art. 149.1. La norma básica es aquella cuyo contenido permite una conexión entre la legislación estatal y la legislación autonómica, delimitando la materia a desarrollar¹¹². El Tribunal Constitucional en numerosas sentencias¹¹³ ha identificado como el núcleo básico de la asistencia sanitaria, como las normas que definen el aspecto subjetivo (los beneficiarios de la asistencia sanitaria) y objetivo (las prestaciones mínimas de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud). De esta forma, el legislador estatal impide que las diferencias entre los Estatutos de Autonomía generen privilegios sociales según el lugar de residencia.

En este sentido, la sentencia 98/2004, de 25 de mayo¹¹⁴ recoge que, la CE no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una mínima regulación uniforme vigente en todo el territorio español. Eso sí, sin perjuicio, de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias. El TC se lo exige en su convicción de que el art. 149.1.16 CE le atribuye competencia plena en el desarrollo de las bases en materia de sanidad, para asegurar el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, unos derechos comunes para todos los ciudadanos.

¹¹¹ ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *ídem*.

¹¹² “La noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente”. Fundamento jurídico 6 STC (Pleno) núm. 32/1981, de 28 de julio. Recurso de inconstitucionalidad 40/1981. BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981.

¹¹³ STC 61/1997, de 20 de marzo, STC 173/1998, de 23 de julio, STC 188/2001, de 29 de septiembre, STC 7/2002, de 14 de febrero, STC 152/2003, de 17 de julio.

¹¹⁴ STC (Pleno) núm. 98/2004, de 25 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad 1297/1997. BOE núm. 140, de 10 de junio de 2004.

Por tanto, en materia de asistencia sanitaria interior tenemos una legislación estatal mínima que proporciona uniformidad a todo territorio y a su vez, legislaciones en cada Comunidad Autónoma que desarrollan esas normas que partan del denominador común para todo el territorio del Estado.

Las Comunidades Autónomas también tienen competencias propias, que desarrollan sin un marco básico previo aprobado por el Estado. La diferencia entre las competencias del art. 148 y el 149 se basa en la concepción del legislador de una salud colectiva, sobre la que tendría competencias las Comunidades Autónomas (salvo en la sanidad exterior) y, la de una salud individual, cuya competencia recae en el Estado. En el art. 148.1.21 se recogen las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia sanitaria, siendo el artículo escueto, mencionando únicamente a la sanidad y la higiene. El Tribunal Constitucional ha sido el encargado de dar contenido a esta competencia, formulando jurisprudencia en materias como la sanidad alimentaria, las autorizaciones de aditivos o la potestad sancionadora¹¹⁵.

6. De la neutralidad de la Constitución Española al establecimiento de las bases para la universalización del Sistema Público de Salud

La Ley 14/1986, de 15 de abril, General de Sanidad (en adelante LGS) se dictó como la norma básica en ejercicio de las competencias reconocidas por el art. 149.1.16 de la Constitución. Se trata de un hito importante en el sistema sanitario español, ya que permitió el paso de un modelo anticuado y centralizado, estrechamente vinculado al sistema de Seguridad Social, hacia un modelo moderno, cuyos servicios se prestarían a través de diferentes Administraciones Públicas, dentro de un entramado coordinado que constituiría el Sistema Nacional de Salud. Como expresa en su Exposición de Motivos, el objetivo de la ley es *“establecer los principios y criterios substantivos que permitan conferir al nuevo sistema sanitario unas características generales y comunes, que sean fundamento de los servicios sanitarios en todo el territorio del Estado”*.

La LGS constituye *“la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 y concordantes de la Constitución”*. Este objetivo recogido en el art. 1.1 de la ley busca, más allá de la promoción de la salud, garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos

¹¹⁵ ALONSO-OLEA GARCIA, B., recoge una serie de sentencias como ejemplo, a citar STC 71/1982, de 30 de noviembre; STC 91/1985, de 23 de julio, STC 102/1985, de 4 de octubre. En ALONSO-OLEA GARCIA, B., *op. cit.*, p. 29.

de pérdida de ésta. Despliega, pues, una percepción más social del derecho y, a tales efectos, articula medidas de rehabilitación funcional y de reinserción social del paciente tanto en la atención primaria como en la especializada.

El art. 18 de la LGS no solo reúne normas de protección directa a la asistencia sanitaria, sino también una serie de programas a nivel nacional que permiten un mejor desarrollo de la política de salud pública, como el saneamiento y el abastecimiento de agua, el control de los productos alimentarios y farmacéuticos, la promoción de la salud laboral y la prevención de riesgos, ésta última vigilada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social¹¹⁶.

Los derechos promovidos por la LGS se gestionan de forma descentralizada. Se persigue una mejor adaptación organizativa, una mayor equidad en el acceso de los ciudadanos a los servicios públicos y una distribución más racional de los recursos, permitiendo concentrar en determinadas zonas, los centros y servicios sanitarios disponibles¹¹⁷. La estructura principal de organización es la demarcación territorial a través de las Áreas de Salud. Éstas son creadas por las propias Comunidades Autónomas, donde se ofrecen todas las prestaciones propias del sistema sanitario, es decir, la atención primaria y especializada¹¹⁸. Para cumplir con este objetivo, cada Área de Salud depende directamente de un hospital general público o privado vinculado, y su demarcación se realiza teniendo en cuenta a “*factores geográficos, socioeconómicos, demográficos, laborales, epidemiológicos, culturales, climatológicos y de dotación de vías y medios de comunicación, así como las instalaciones sanitarias*” (art. 56.4 LGS). Las demarcaciones no son inamovibles, lo que permite modificaciones según las variaciones de los factores anteriormente mencionados.

¹¹⁶ Las prestaciones incluidas en la LGS se perfilarían con más detalle en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, el cual, además de delinear la atención primaria y especializada, mencionaría las farmacéuticas y las complementarias. En el caso de las prestaciones farmacéuticas, tendríamos a los RRDD 83/1993, de 23 de enero, relativo a medicamentos y el 6/1996, de 15 de enero, sobre accesorios y demás productos sanitarios.

¹¹⁷ ARETA MARTÍNEZ, M., 2012. *Gestión sanitaria, planificación de la salud pública y actuaciones comprendidas en la prestación de salud pública*. En SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.) y KAHALE CARRILLO, D. T. (coord.), 2012. *Reforma de la Salud Pública y la Asistencia Sanitaria. Estudio de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública y del RD Ley 16/2012, de 20 de abril, sobre sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud*. 1 ed., Thomson Reuters Aranzadi, p.153.

¹¹⁸ NAVARRO ESPEJO, A. J., 2013. *El Sistema Nacional de Salud (I): organización y funciones*. En CANTERO MARTÍNEZ, J. (dir.) y PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), 2013. *Tratado de derecho sanitario (vol. I)*. 1 ed. Cizur Menor (Navarra) Aranzadi, p. 355.

Aunque el servicio se preste de forma descentralizada, el reconocimiento del derecho a la prestación de asistencia sanitaria viene atribuido al INSS, el cual se encarga de definir el ámbito de protección subjetivo, definiendo conceptualmente a los asegurados y a los beneficiarios del Sistema Público de Salud. El acceso a la asistencia sanitaria, una vez reconocido el derecho se dispensará a través de las tarjetas sanitarias facilitadas por la Comunidad Autónoma. Este documento permite al ciudadano acceder a todo el Sistema Nacional de Salud durante los desplazamientos temporales por todo el territorio nacional, garantizando así un servicio público sanitario en las mismas condiciones a todos, con independencia de su lugar de residencia.

La LGS representa un gran paso para la asistencia sanitaria. El desarrollo del mandato constitucional del art. 43 y la construcción del Sistema Nacional de Salud no fueron los únicos hitos de la LGS. El más significativo fue el paso hacia la universalidad de la asistencia sanitaria. El art. 1.2 reconoce como titulares del derecho a la asistencia sanitaria a *“todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”*.

El legislador en la LGS decide apartarse de los requisitos históricos exigidos para el acceso a la asistencia sanitaria (estar dado de alta en alguno de los regímenes del sistema de Seguridad Social y estar cotizando). La LGS suprime y exige únicamente la residencia en territorio español. Residencia esta que, en el caso de los inmigrantes, se entiende legal¹¹⁹, algo que ya se intuía de forma tácita, pero sin claridad en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España¹²⁰. Con la LGS, se pasa del concepto de asegurado y beneficiario, a titular del derecho por la mera condición de ciudadano residente, ya que la característica fundamental del Sistema Nacional de Salud será la extensión de sus servicios a toda la población (art. 46.1.a) LGS).

La LGS pretendía que la asistencia sanitaria fuera pública en toda su extensión (art. 3.2 LGS). No obstante, ya en la exposición de motivos el legislador señaló la imposibilidad de extender gratuitamente la asistencia sanitaria a todos los ciudadanos.

¹¹⁹ RUBIO VELASCO, M.F., 2016. El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. 1 ed. Laborum, p. 310.

¹²⁰ Art. 4.1 de la LO 7/1985, de 1 de julio, “los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”.

La Ley da respuesta al requerimiento constitucional, reconociendo el derecho a obtener las prestaciones del sistema sanitario a todos los ciudadanos y a los extranjeros residentes en España, si bien, por razones de crisis económica que no es preciso subrayar, no generaliza el derecho a obtener gratuitamente dichas prestaciones, sino que programa su aplicación paulatina, de manera que sea posible observar prudentemente el proceso evolutivo de los costes.

A través de la Disposición Transitoria Quinta de la LGS, se puntualiza que el acceso gratuito al sistema sanitario es una medida progresiva que se extiende a toda la población. Esta progresión depende directamente de las fuentes de financiación que se desarrollen, ya que hasta este momento el Sistema Público de Salud se nutría de las cotizaciones de los asegurados al sistema de Seguridad Social. Como consecuencia de la aplicación de la Disp. Trans. Quinta, durante los años 80 tuvo lugar la inclusión de diversos colectivos en el sistema público y gratuito de la Seguridad Social como titulares del derecho a la asistencia sanitaria:

- Mutilados Civiles (Ley 6/1982, de 29 de marzo),
- Excombatientes de la Zona Republicana (Ley 35/1980, de 26 de junio),
- Cuerpo de Carabineros de la República (Ley 37/1984, de 22 de octubre),
- Cuerpo de Caballeros Mutilados (Decreto 670/1976, de 5 de marzo) y;
- Viudas y familiares de fallecidos como consecuencia de la guerra civil española (Ley 5/1979, de 18 de septiembre).

De las inclusiones más relevantes tenemos el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, que amplía la cobertura sanitaria de la Seguridad Social a todos aquellos que residan legalmente en España y que carezcan de recursos económicos suficientes. Como tales, el art. 1.2 del RD entiende que a estos efectos se encuentran comprendidas “las personas cuyas rentas, de cualquier naturaleza, sean iguales o inferiores en cómputo anual al Salario Mínimo Interprofesional. Se reconoce, asimismo, este derecho, aunque se supere dicho límite, si el cociente entre las rentas anuales y el número de menores o incapacitados a su cargo fuera igual o menor a la mitad del Salario Mínimo Interprofesional”.

Para hacer posible la universalización, era necesaria una reforma en los medios de financiación del sistema sanitario. La Ley 37/1988, de 28 de diciembre PGE introdujo un nuevo sistema de financiación, su art. 9, pasando de ser mayoritariamente

dependiente de las cotizaciones de los trabajadores en activo, a ser asumido en más de un 70% por el Estado, a través de lo recaudado vía impuestos¹²¹.

No obstante, el tránsito no fue automático. El paso de una prestación fundamentalmente contributiva a no contributiva se prolongó durante la década de los 90 y culminó con el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

En la misma línea, el Pacto de Toledo de 1995 declaró que *“el derecho a la asistencia sanitaria se ha extendido a la práctica totalidad de la población, de modo que el sistema en este campo ha dejado de ser contributivo para pasar a ser universal”* y, en consecuencia, su naturaleza pasa a ser asistencial, al menos para las contingencias comunes.

La Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de PGE para 1999 recoge finalmente la desvinculación final de la asistencia sanitaria del sistema contributivo de la Seguridad Social al establecer que su financiación se canaliza mediante *“transferencias presupuestarias realizadas por el Estado a las Administraciones Autonómicas”*. En 2001, con la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía; se integra la financiación sanitaria dentro del sistema general de financiación autonómico, permitiendo que la asistencia sanitaria descansase en la recaudación derivada de los tributos estatales cedidos a las Comunidades Autónomas. Esta Ley reformaría los artículos sobre financiación presentes en la LGS.

La gestión de la asistencia sanitaria, la LGSS de 1994 mantiene en su art. 77 la colaboración voluntaria de las empresas a cambio de beneficios en la cotización. Esta posibilidad finaliza con la Disposición Final Tercera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de PGE para el año 2009.

No obstante, la desvinculación de la asistencia sanitaria con el sistema de Seguridad Social no es completa. La propia LGSS de 1994 en su art. 86, reserva la calificación de contributiva a la asistencia sanitaria por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

¹²¹En este sentido, véase, PEMÁN GAVÍN, J.M., 2005. *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud: estudios jurídicos*. 1 ed., Comares, p. 18.

A diferencia de las prestaciones asistenciales, las derivadas de contingencias profesionales se financian exclusivamente con cargo a las cotizaciones de los sujetos obligados (art. 22.3 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre) por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social. Para estas contingencias, se mantienen los requisitos históricos de afiliación y contribución para el acceso a los servicios de atención médica, si bien, el propio texto de la LGSS establece el mecanismo de automaticidad de prestaciones (art. 125.3), lo que permite salvaguardar la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales con independencia de la situación real del trabajador, esto es, del cumplimiento de los requisitos de haber cursado su alta en la TGSS y cotizar por él.

En cuanto a la asistencia sanitaria contributiva, ésta se debe financiar como las demás prestaciones derivadas de contingencias profesionales a través de las primas establecidas según la actividad económica, ocupación o situación desempeñada por el trabajador en la empresa¹²². No obstante, ni la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, ni su predecesor el Real Decreto 2930/1979, de 29 de diciembre recogen tipos propios para la asistencia sanitaria, lo que sí ocurre en el caso de la incapacidad, muerte y supervivencia. Por tanto, no hay una cotización en exclusiva para la cobertura de la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales. Debemos entenderla incluida en el concepto de las primas por las alusiones que hacen el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre y el art. 68.4 de la LGSS, al mencionar la colaboración de las mutuas en las prestaciones dispensadas por las mismas.

6.1. La ampliación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria

Durante la década de los 90, la universalización de la asistencia sanitaria se desarrolló en su ámbito objetivo, logrando que la misma fuera financiada a través de impuestos, alejándola cada vez más del sistema de Seguridad Social.

Con la exclusión de los requisitos de afiliación y cotización, se permitió a los ciudadanos ajenos al sistema de Seguridad Social tener acceso a la asistencia sanitaria gratuita, principalmente a los colectivos más vulnerables que encontraron en el RD 1088/1989, de 8 de septiembre una cobertura sanitaria gratuita. Sin embargo, existía un colectivo vulnerable que seguía sin tener acceso: los inmigrantes irregulares.

¹²² HIERRO HIERRO, F. J., *op. cit.*, pp. 204-206.

Hasta el año 2000, los extranjeros irregulares no tenían acceso al Sistema Público de Salud, siendo en todo caso, tratados como pacientes privados si fuera necesaria la utilización de los servicios sanitarios (art. 16 LGS)¹²³.

La inclusión de todos los ciudadanos residentes legales o irregulares en España solo fue posible debido a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Hasta entonces, el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros se recogía en el art. 1.2 de la LGS, y solo incluía en efecto, a los residentes legales en España. Por su parte, el art. 9 del Reglamento de extranjería de 1996¹²⁴, (que desarrollaba la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España) precisó que los extranjeros en situación legal en España tienen los mismos derechos que los nacionales españoles a acceder a las prestaciones y servicios sociales, así como a la protección de la salud. En ese mismo año, se aprobó la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la cual extendió el derecho al acceso a la asistencia sanitaria a todos los menores inmigrantes, pero no solo a los legales también a los irregulares, que residieran en España o estuviera en el territorio español en el momento en el que la situación de necesidad se actualizase.

Más peculiar es el tratamiento dado por el legislador a los españoles de origen retornados o en situación de desplazamiento temporal al territorio español. El Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados, recoge el derecho a la prestación por asistencia sanitaria a españoles que retornen definitivamente a España, así como los traslados temporales de un máximo de 6 meses a territorio español que realicen los pensionistas españoles o trabajadores españoles residentes en otro país, siempre y cuando, no tengan prevista otra cobertura a través de Tratados o Convenios Internacionales. Por tanto, aun sin tener residencia efectiva en el país, por el mero hecho de ser español de origen y tener ingresos derivados del trabajo o de pensiones, la nacionalidad le da acceso a la protección de nuestro Sistema Público de Salud, aunque, como vemos, sea por un periodo limitado en el tiempo.

¹²³ En detalle, FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. y GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., 2016. *El derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria*, p. 205. En *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. 1ed. Laborum.

¹²⁴ RD 155/1996, de 2 de febrero.

6.2. La igualdad y cohesión del Sistema Nacional de Salud: la Ley 16/2003, de 28 de mayo

La ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante LCCSNS) nace casi dos décadas después de la entrada en vigor de la LGS. La LCCSNS se elabora tras la finalización del proceso de transferencia de competencias sanitarias a las Comunidades Autónomas en el año 2002. La Ley 16/2003, en su Exposición de Motivos, se apoya en la posición de igualdad¹²⁵ de los ciudadanos ante la protección de la salud.

“La ley establece acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias como medio para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, con el objetivo común de garantizar la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud”.

Su finalidad es dar coherencia a las competencias asumidas por las comunidades autónomas en materia de sanidad pública. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 16/2003 recoge

“La asunción de competencias por las comunidades autónomas constituye un medio para aproximar la gestión de la asistencia sanitaria al ciudadano (...). La experiencia y la práctica de las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas desde 1986, año en que se aprueba la Ley General de Sanidad, ha sido un elemento dinámico (...). Y es precisamente esta experiencia avanzada y valorada positivamente, por los ciudadanos e internacionalmente, la que posibilita (...) estar en condiciones de abordar sectorialmente el necesario perfeccionamiento de las relaciones, de manera que el Sistema Nacional de Salud mantenga una identidad común y responda a los principios constitucionales de unidad, autonomía y solidaridad en los que se fundamenta dicho Estado autonómico”.

Ante la LGS, que recoge la legislación básica en materia de asistencia sanitaria siguiendo lo establecido en el título competencial del art. 149.1.16, la LCCSNS busca hacer efectivo el principio de coordinación presente tanto en la CE como en la LGS. En el texto constitucional, el principio de coordinación se recoge en los arts. 103 y 156

¹²⁵ PEMÁN GAVÍN, J.M., *op. cit.*, p. 189.

como una técnica para que las Administraciones Públicas y Entes autonómicos actúen de forma homogénea, preservando los intereses públicos que se puedan ver afectados¹²⁶.

No obstante, la coordinación no debe ser utilizada como una medida coercitiva sobre las competencias autonómicas. Como se ha resaltado en la STC 32/1983, de 28 de abril, “*nunca ni la fijación de bases ni la coordinación general deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias de las Comunidades*”¹²⁷.

El art. 1 indica que el objeto de la ley “*es establecer el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se garantice la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud*”.

A lo largo del texto normativo, el legislador busca desarrollar mecanismos que hagan accesibles los recursos sanitarios a todos los ciudadanos, sin permitir ninguna discriminación por el lugar de residencia dentro del territorio español y a todos efectos, fija unos criterios mínimos de calidad¹²⁸ que deben ser seguidos por las Comunidades Autónomas, buscando así una homogeneidad en los servicios prestados.

La LCCSNS recoge la acción protectora de la asistencia sanitaria en los arts. 7 y siguientes, estableciendo dos conceptos claves para su prestación de los servicios sanitarios: el catálogo de prestaciones y la cartera común de servicios.

El catálogo de prestaciones tiene por objeto “*garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención*”. El catálogo¹²⁹ comprende a las prestaciones de salud pública¹³⁰, atención primaria¹³¹,

¹²⁶ HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., 2004, *op. cit.*, p. 141.

¹²⁷ Fundamento jurídico 2º STC (Pleno) núm. 32/1983, de 28 de abril. Conflictos positivos de competencia 94/1982 y 95/1982 (acumulados). BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1983.

¹²⁸ Ejemplos de estos criterios marcos son las garantías recogidas entre los arts. 23 y 29, como pueden ser los tiempos máximos de espera y los mínimos de seguridad en el uso de tecnologías, técnicas y procedimientos.

¹²⁹ Según el nuevo Proyecto de Ley por la que se modifican diversas normas para consolidar la equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud, los arts. 13 y 14 de la LCCSNS serán objeto de reforma y pueden constar de un contenido distinto al recogido en estas notas a pie de página.

¹³⁰ Art. 11.2 LCCSNS, “la prestación de salud pública comprende las siguientes actuaciones:

- a) La información y la vigilancia en salud pública y los sistemas de alerta epidemiológica y respuesta rápida ante emergencias en salud pública.
- b) La defensa de los fines y objetivos de la salud pública que es la combinación de acciones individuales y sociales destinadas a obtener compromisos políticos, apoyo para las políticas de salud, aceptación social y respaldo para unos objetivos o programas de salud determinados.

especializada¹³², urgencias¹³³, sociosanitaria¹³⁴, farmacéutica¹³⁵, ortoprotésica¹³⁶, productos dietéticos¹³⁷ y el transporte sanitario¹³⁸.

-
- c) La promoción de la salud, a través de programas intersectoriales y transversales.
 - d) La prevención de las enfermedades, discapacidades y lesiones.
 - e) La protección de la salud, evitando los efectos negativos que diversos elementos del medio pueden tener sobre la salud y el bienestar de las personas.
 - f) La protección y promoción de la sanidad ambiental.
 - g) La protección y promoción de la seguridad alimentaria.
 - h) La protección y promoción de la salud laboral.
 - i) La evaluación de impacto en salud.
 - j) La vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de bienes y del tránsito internacional de viajeros.
 - k) La prevención y detección precoz de las enfermedades raras, así como el apoyo a las personas que las presentan y a sus familias”.

¹³¹ Art. 12.2 LCCSNS, “La atención primaria comprenderá:

- a) La asistencia sanitaria a demanda, programada y urgente tanto en la consulta como en el domicilio del enfermo.
- b) La indicación o prescripción y la realización, en su caso, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos.
- c) Las actividades en materia de prevención, promoción de la salud, atención familiar y atención comunitaria.
- d) Las actividades de información y vigilancia en la protección de la salud.
- e) La rehabilitación básica.
- f) Las atenciones y servicios específicos relativos a las mujeres, que específicamente incluirán la detección y tratamiento de las situaciones de violencia de género; la infancia; la adolescencia; los adultos; la tercera edad; los grupos de riesgo y los enfermos crónicos.
- g) La atención paliativa a enfermos terminales.
- h) La atención a la salud mental, en coordinación con los servicios de atención especializada.
- i) La atención a la salud bucodental”.

¹³² Art. 13.2 LCCSNS, “La atención sanitaria especializada comprenderá:

- a) La asistencia especializada en consultas.
- b) La asistencia especializada en hospital de día, médico y quirúrgico.
- c) La hospitalización en régimen de internamiento.
- d) El apoyo a la atención primaria en el alta hospitalaria precoz y, en su caso, la hospitalización a domicilio.
- e) La indicación o prescripción, y la realización, en su caso, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos.
- f) La atención paliativa a enfermos terminales.
- g) La atención a la salud mental.
- h) La rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable”.

¹³³ Art. 14.1 LCCSNS, “La atención sociosanitaria comprende el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social”.

¹³⁴ Art. 15 LCCSNS, “La atención de urgencia se presta al paciente en los casos en que su situación clínica obliga a una atención sanitaria inmediata. Se dispensará tanto en centros sanitarios como fuera de ellos, incluyendo el domicilio del paciente, durante las 24 horas del día, mediante la atención médica y de enfermería”.

¹³⁵ Art. 16 LCCSNS, “La prestación farmacéutica comprende los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad”.

¹³⁶ Art. 17 LCCSNS, “La prestación ortoprotésica consiste en la utilización de productos sanitarios, implantables o no, cuya finalidad es sustituir total o parcialmente una estructura corporal, o bien de modificar, corregir o facilitar su función. Comprenderá los elementos precisos para mejorar la calidad de vida y autonomía del paciente”.

En cuanto a la cartera común de servicios recogida en el art. 8 de la LCCSNS, nos encontramos que la misma se articula en tres carteras distintas: la básica¹³⁹, la suplementaria¹⁴⁰ y la accesorio¹⁴¹. La función de la cartera común es establecer una homogeneidad en la prestación de servicios sanitarios a través de los diferentes Servicios Públicos de Salud de cada Comunidad Autónoma.

La Ley también permite cierta independencia a las Comunidades Autónomas, promoviendo en su art. 8 quinquies una cartera de servicios complementaria en las que pueden incorporar “*técnicas, tecnologías o procedimientos no contemplados en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud*”. En el nuevo Proyecto de Ley por la que se modifican diversas normas para consolidar la equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud, se recoge la modificación del art. 8 de la LCCSNS, así como la derogación de los arts. 8 bis, ter y quáter.

Además de establecer el contenido de la asistencia sanitaria a nivel nacional, la LCCSNS promueve un sistema integrado de información sanitaria para una mayor garantía de calidad de este. El legislador promueve la comunicación entre las Administraciones Públicas, favoreciendo así, un sistema más cohesionado. A través de los arts. 53 y ss., se impulsa una serie de pautas básicas, las cuales han quedado

¹³⁷ Art. 18 LCCSNS, “La prestación de productos dietéticos comprende la dispensación de los tratamientos dietoterápicos a las personas que padezcan determinados trastornos metabólicos congénitos, la nutrición enteral domiciliaria para pacientes a los que no es posible cubrir sus necesidades nutricionales, a causa de su situación clínica, con alimentos de uso ordinario”.

¹³⁸ Art. 19 LCCSNS, “El transporte sanitario, que necesariamente deberá ser accesible a las personas con discapacidad, consiste en el desplazamiento de enfermos por causas exclusivamente clínicas, cuya situación les impida desplazarse en los medios ordinarios de transporte. Esta prestación se facilitará de acuerdo con las normas que reglamentariamente se establezcan por las Administraciones sanitarias competentes”.

¹³⁹ Art. 8 bis LCCSNS, “1. La cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud comprende todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente, cubiertos de forma completa por financiación pública. 2. La prestación de estos servicios se hará de forma que se garantice la continuidad asistencial, bajo un enfoque multidisciplinar, centrado en el paciente, garantizando la máxima calidad y seguridad en su prestación, así como las condiciones de accesibilidad y equidad para toda la población cubierta”.

¹⁴⁰ Art. 8 ter LCCSNS, “La cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud incluye todas aquellas prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y están sujetas a aportación del usuario. 2. Esta cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud incluirá las siguientes prestaciones:

- a) Prestación farmacéutica.
- b) Prestación ortoprotésica.
- c) Prestación con productos dietéticos”.

¹⁴¹ Art. 8 quáter, “La cartera común de servicios accesorios del Sistema Nacional de Salud incluye todas aquellas actividades, servicios o técnicas, sin carácter de prestación, que no se consideran esenciales y/o que son coadyuvantes o de apoyo para la mejora de una patología de carácter crónico, estando sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario”.

pendientes de desarrollo por parte de la LGS. De los instrumentos propuestos, el más señalado es la tarjeta sanitaria individual, documento identificativo de los titulares del derecho a la asistencia sanitaria y cuyo uso se puede realizar en todo el territorio español.

Para garantizar la colaboración interadministrativa, la LCCSNS reforma el Consejo Interterritorial diseñado por la LGS, adaptando las valoraciones realizadas en el Informe de Abril Martorell, presentado el 25 de julio de 1991 ante la Cámara de los Diputados. Así se conforma un Consejo como una verdadera *Dirección Estratégica de Política de Salud* para el conjunto del Sistema, al que la LCCSNS le potencia las funciones de coordinación y cooperación en su art. 71, pero también a través de preceptos dispersos a lo largo de la ley. Su competencia “*cuasi universal*”¹⁴² para todo el Sistema Nacional de Salud hace vinculantes sus intervenciones en numerosos temas y permite pronunciarse sobre todas las cuestiones que se planteen con carácter consultivo. Como ejemplo de ello, la aprobación de la cartera de servicios (art. 8 LCCSNS), los criterios sobre tiempos máximos de espera (art. 25 LCCSNS), las garantías mínimas de seguridad (art. 27 LCCSNS), etc.

La LCCSNS no desarrolla ampliamente la materia de financiación del Servicio Público de Salud, ya que, con anterioridad, la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas; introduciría aspectos de responsabilidad y equilibrio financiero del Sistema Nacional de Salud.

No obstante, la LCCSNS contiene una gran novedad: el Fondo de Cohesión Sanitaria. La creación del Fondo permitió coordinar tratamientos a pacientes desplazados de sus Comunidades Autónomas de origen, dando cumplimiento al principio de igualdad de trato entre el ciudadano desplazado y los residentes¹⁴³.

En relación con el marco general de la asistencia sanitaria, nos encontramos con un desarrollo en línea con lo establecido por el legislador del 86. La asistencia sanitaria se mantiene como un derecho de todo aquel que resida en España, respetando así la

¹⁴² PEMÁN GAVÍN, J.M., *op. cit.*, p. 211.

¹⁴³ Con el nuevo Proyecto de Ley por la que se modifican diversas normas para consolidar la equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud se incluiría una Disposición adicional undécima en la LCCSNS que recogería el Fondo de Garantía Asistencial, el cual, por la finalidad recogida en el art. vendría a sustituir el Fondo de Cohesión Sanitaria.

universalización iniciada por la LGS¹⁴⁴. Como excepción de los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados con Convenio Bilateral con España. Según los apartados b) y c) del art. 3 de la LCCSNS, tienen acceso a la asistencia sanitaria a través de los medios establecidos por los Tratados y Convenios suscritos. En cuanto a su gratuidad, la LCCSNS mantiene la posibilidad de copago en determinadas prestaciones sanitarias como en el caso de los medicamentos, pero sin alterar los topes y porcentajes de pago en vigor hasta el momento.

7. La sostenibilidad del sistema sanitario. La reversibilidad de derechos: el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril y el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto

Desde 2002 hasta 2012 no hubo modificaciones normativas que afectasen al derecho a la asistencia sanitaria. Este periodo de aparente tranquilidad legislativa es el reflejo de la estabilidad económica en España, lo que permitió el mantenimiento de su financiación y los requisitos de acceso al Sistema Público de Salud.

En 2012, el legislador, motivado por la crisis económica por la que atravesaba España, emprende varias reformas normativas. Una de las reformas más señaladas fue la recogida en el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

El RDL 16/2012 nace con posterioridad al Informe de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Cuentas sobre la *“fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales de la seguridad social”*¹⁴⁵.

En este informe se analiza en profundidad la gestión de la asistencia sanitaria durante el año 2009 y se da cuenta de una serie de elementos a ser perfeccionados, sobre todo en cuestiones de facturación de los servicios sanitarios prestados por el Servicio Público de Salud. Se concluye que en el sistema existen duplicidades y errores que

¹⁴⁴ El art. 3.1.a) establece que “son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000”.

¹⁴⁵ El informe se publica en el BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2013 a través de la Resolución de 18 de diciembre de 2012, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con el Informe de Fiscalización de la Gestión de las Prestaciones de Asistencia Sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social.

permiten a los organismos gestores reconocer el derecho a personas que no cumplen con los requisitos legales necesarios, impidiendo una correcta facturación, y como ello puede ocasionar impagos especialmente en gastos ocasionados por ciudadanos extranjeros originarios de Estados con los cuales tenemos Tratados y Convenios de colaboración, se proponen una serie de medidas a adoptar¹⁴⁶.

De las conclusiones emitidas por el Tribunal de Cuentas, quedaba patente la necesidad de revisar el sistema de gestión y facturación de la asistencia sanitaria, el cual presentaba una disfunción en la aplicación de la normativa en vigor. No obstante, la reforma que se emprende con el RDL 16/2012 se centra más en modificar el ámbito subjetivo del derecho que en la búsqueda de instrumentos que permitan resolver los desajustes existentes.

Hasta el momento, se había logrado la plena universalización de la asistencia sanitaria, permitiendo que cualquier ciudadano residente en España de forma regular o no, tuviera acceso al Sistema Público de Salud. Con el RDL 16/2012, el legislador decide acercar la asistencia sanitaria al sistema de Seguridad Social, sustituyendo a los “*titulares*” del derecho por las figuras de “*asegurados*” y “*beneficiarios*”, entendiendo que esas medidas podrían procesar una mayor sostenibilidad al sistema sanitario, así como la eficacia a su gestión¹⁴⁷.

El RDL 16/2012 reforma el art. 3 de la LCCSNS, en una línea que nos recuerda al art. 100 de la LGSS de 1974, pues identifica a los *asegurados* como:

- a) Los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
- b) Los pensionistas del sistema de la Seguridad Social.
- c) Perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
- d) Aquellos que hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figuren inscritos en la oficina correspondiente como demandantes de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

¹⁴⁶ El Tribunal de Cuentas calcula que más de 660 mil personas podrían haber accedido a la tarjeta sanitaria española indebidamente, ya que por ser originarias de países con concierto sanitario con España deberían acceder al derecho a través de los formularios previstos para ello.

¹⁴⁷ Exposición de motivos del RDL 16/2016.

Si comparamos el RDL 16/2012 con el art. 100 de la LGSS de 1974, observamos que el legislador incluye dentro del concepto de “*asegurado*” parte de los beneficiarios recogidos en dicho artículo.

Por otra parte, este no es el único precepto utilizado, pues el legislador también recoge el contenido de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, haciendo asegurado a todas las personas cuyas prestaciones y/o subsidios por desempleo hubiesen finalizado¹⁴⁸.

De los asegurados, dependen los “*beneficiarios*”, siempre y cuando “*residan en España y estén a cargo del asegurado*”. A saber:

- a) El cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente (pareja de hecho).
- b) El excónyuge a cargo del asegurado.
- c) Los descendientes y personas asimiladas a cargo de este que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%.

Frente al art. 100 de la LGSS de 1974 y al art. 2.2. del RAS que reconocían como beneficiarios a los “*familiares o asimilados que estuvieran a cargo*”, siempre que fueran el cónyuge, los descendientes menores de 21 años, los hermanos menores de 18 años o los ascendientes tanto del titular del derecho como de su cónyuge; el RDL 16/2012 eleva la edad a los 26 años y excluye a los ascendientes y a los hermanos del asegurado del concepto de beneficiarios. Además, introduce normas en blanco que necesitarán un posterior desarrollo reglamentario como “*análoga relación*” o “*personas asimiladas*”.

En aquellos supuestos en los que una persona no pudiera incluirse en alguno de los supuestos indicados para ser asegurado o beneficiario, el RDL 16/2012 permite que tanto españoles como extranjeros con residencia legal ostenten la condición de *asegurado* siempre que acreditasen no superar el límite de ingresos determinado reglamentariamente.

Por otra parte, para estos ciudadanos que no cumplen con estos requisitos, el art. 3.5 del RDL 16/2012 reserva la posibilidad de suscribirse a un convenio especial,

¹⁴⁸ Desde el 1 de enero de 2012 esta ley ya le había extendido a este colectivo el derecho a la asistencia sanitaria.

asumiendo el pago de la correspondiente contraprestación, como si de un paciente privado se tratase.

En el caso de los inmigrantes sin autorización para residir en España, se incluye el art. 3 ter que les garantiza el acceso a la sanidad pública y gratuita pero solo en ocasiones muy específicas: en el caso de urgencia por enfermedad grave o accidente, embarazadas (asistencia al embarazo, parto y postparto), y los menores de dieciocho años tendrán acceso a la asistencia sanitaria pública sin ninguna restricción.

La falta de concreción del RDL 16/2012 sobre las definiciones y límites que impondría el nuevo reglamento en relación con los asegurados y beneficiarios generó cierta expectación, hasta que por el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto se aprueba pocos meses después, con el objetivo de regular la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria pública en España.

En cuanto a los asegurados, el RD 1192/2012 incluye un nuevo colectivo: los menores de edad sujetos a tutela administrativa; e impone el límite de ingresos para el acceso a la asistencia sanitaria gratuita en 100.000 euros anuales.

En el caso de los beneficiarios, se definen algunos términos recogidos en el RDL 16/2012. Así, debemos entender como “*persona con análoga relación de afectividad*” la pareja de hecho inscrita en el Registro autonómico correspondiente. En el caso de las “*personas asimiladas a los descendientes*”, se incluyen a los menores sujetos a la tutela o al acogimiento legal de la persona asegurada, de su cónyuge, pareja de hecho o excónyuge a cargo; y a los hermanos del asegurado. Por último, el reglamento define el término “*estar a cargo del asegurado*”. De un lado incluye al excónyuge que percibe pensión compensatoria, de otro, en el caso del descendiente o personas asimiladas, incluye al menor de edad no emancipado que conviva con el asegurado. Se entiende que conviven con el asegurado aun en casos de separación por razón de trabajo, estudios o circunstancias similares.

El RDL 16/2012 y el RD 1192/2012 han supuesto una ruptura con la evolución del derecho hasta el momento. Hubo muchas voces críticas con la reforma, incluido el Consejo de Estado, que, en su dictamen 826/2012, analiza las tensiones jurídicas que provoca la norma en materia de Sanidad y Seguridad Social y lo alejada que queda de lograr el objetivo marcado por el legislador: la sostenibilidad del sistema.

El dictamen del Consejo de Estado incide en que desde el año 1998, la asistencia sanitaria se financia con cargo a fondos públicos, lo que propicia un *“entendimiento diferente del principio de universalidad, conforme al cual el acceso al Sistema Nacional de Salud no debía quedar limitado a quienes estaban afiliados a la Seguridad Social, sino extenderse a todos los ciudadanos que, con sus impuestos, contribuían a su sostenimiento”*. El RDL 16/2012 no modifica los medios de financiación del sistema sanitario. Solo se centra en el ámbito subjetivo del derecho. Esto se traduce en un acercamiento al sistema contributivo, aunque no llega a ser pleno.

El RDL 16/2012 modifica el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria, pero siempre manteniendo una posición protectora en relación con los españoles. Su política restrictiva se orienta hacia al derecho de los extranjeros, para los que exige la legalidad de su situación administrativa en España.

Los españoles tienen reconocido el derecho a la prestación siempre que no estén asegurados por otra vía, es decir, que no se encuentren encuadrados en Mutualidades de previsión social alternativas al régimen de la Seguridad Social. Debemos interpretar que las Mutualidades a las que hace referencia la norma son las de los funcionarios y no las correspondientes a las Mutualidades alternativas de profesionales liberales. Las Mutualidades de los funcionarios tienen que incluir de forma obligatoria la cobertura de la prestación por asistencia sanitaria, mientras que las Mutualidades privadas no. Por tanto, se permite que los profesionales liberales, adscritos a sus respectivas Mutualidades, puedan acceder a la asistencia sanitaria pública del Sistema Nacional de Salud. Hasta este momento, los profesionales liberales solo tenían acceso a la sanidad pública cuando sus colegios profesionales hubiesen realizado convenios con la sanidad pública y previo pago para acceder a la atención sanitaria.

Esta posición protectora solo se modula debido al límite de ingresos de 100.000 euros impuesto por el RD 1192/2012. Límite el cual, como deja claro el Consejo, *“no se menciona en la memoria y cuyo impacto -indudable desde el punto de vista presupuestario- ni siquiera se estima, como parece obligado debido a la situación de la Hacienda Pública”*.

En definitiva, el RDL 16/2012 ha representado una modificación trascendental en la legislación sobre asistencia sanitaria. La exclusión de parte de la ciudadanía constituyó un retroceso en la evolución del ordenamiento jurídico.

Las modificaciones no quedaron solo en el aspecto subjetivo del derecho, también incidieron en las propias prestaciones sanitarias prestadas. Por lo pronto, se amplía el copago farmacéutico, incluyendo nuevos tramos de pago para asegurados y beneficiarios en activo, así como para los pensionistas. Con carácter general, el porcentaje de aportación del usuario dependerá de su renta: un 60% del precio de venta al público del medicamento para los usuarios y sus beneficiarios cuya renta sea igual o superior a 100.000 euros, un 50% en el caso de que la renta sea igual o superior a 18.000 euros e inferior a 100.000 euros y un 40% del para rentas inferiores a 18.000 euros anuales. Los pensionistas y sus beneficiarios harán frente a un 10% del precio de venta al público, siempre que su renta no sea igual o superior a 100.000 euros. En este caso, deberán pagar un 60%.

En el caso de los pensionistas, con el fin de garantizar la continuidad de los tratamientos crónicos, además del porcentaje de aportación sobre el precio de venta, se incluyen topes máximos de aportación mensuales¹⁴⁹.

Los pensionistas dejan de estar exentos de la aportación farmacéutica. En cambio, se mantienen exentos los afectados de síndrome tóxico, las personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica, los perceptores de rentas de integración social, pensionistas no contributivos, parados que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo en tanto subsista su situación y personas con tratamientos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

8. El encuadramiento actual de la asistencia sanitaria en nuestro sistema de Seguridad Social. La convivencia entre los múltiples sistemas de aseguramiento obligatorio

Tras las reformas del año 2012, el acceso a la prestación por asistencia sanitaria se restringió aún más, pasando a exigirse la residencia en España para el acceso y el mantenimiento del derecho. Las estancias en el extranjero superiores a 90 días a lo largo

¹⁴⁹ Para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios cuya renta sea inferior a 18.000 euros hasta un límite máximo de aportación mensual de 8 euros. Si la renta es igual o superior a 18.000 euros e inferior a 100.000, hasta un límite máximo de aportación mensual de 18 euros. Si la renta es superior a 100.000 euros, hasta un límite máximo de aportación mensual de 60 euros. Estos valores han sido actualizados por la Resolución de 15 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, pasando a ser 8,23 euros; 18,52 euros y 61,75 euros.

En el caso de los medicamentos del grupo ATC, la aportación máxima se actualizará a través de una resolución de la unidad responsable de farmacia del Ministerio de Sanidad. Actualmente se encuentra en 4,24 euros.

del año natural se consideran causa para la supresión de dicho derecho (Disp. Ad. Sexagésimo-Quinta de la LGSS de 1994, añadida por la disposición final 4.7 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre.).

El Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no trajo consigo ningún cambio a la prestación. Se mantuvo parte de la prestación de asistencia sanitaria dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, y se asimiló como parte del contenido normativo la exigencia de residir en el país para acceder a la prestación no contributiva.

La asistencia sanitaria no observará ningún cambio reseñable hasta el año 2018. Con el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, se decide recuperar la asistencia sanitaria universal, alejada del sistema de Seguridad Social. Para ello, el legislador modifica los arts. 3, 3 bis y 3 ter de la LCCSNS y deroga los arts. 2 al 8 del RD 1192/2012. Así, se suprimen los conceptos de “asegurados” y “beneficiarios”, para reintroducir el término “titulares”. Este cambio de terminología no surtirá efecto práctico, ya que la Disposición Adicional Única mantiene los conceptos de “asegurados” y “beneficiarios” para la correcta aplicación de *“las normas internacionales de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios”*.

Por tanto, pese a su intento de superación, el INSS mantiene el uso del binomio asegurado-beneficiario en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, así como el copago de la prestación farmacéutica y la exportación del derecho a nivel internacional.

El RDL 7/2018 busca retomar el texto normativo anterior a la reforma del RDL 16/2012. Para ello, reposa en la residencia habitual el requisito casi absoluto para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria no contributiva. A diferencia del RDL 16/2012, el RDL de 2018 tampoco establece límite de ingresos para el acceso a la asistencia sanitaria.

El apartado segundo del art. 3 del RDL 7/2018 recoge tres situaciones en las que se accede a la condición de “titular” de la asistencia sanitaria:

- a) Tener nacionalidad española y residencia habitual en el territorio español. A la luz del art. 51.3 de la LGSS de 2015, debemos interpretar como residencial habitual aquella que, aun habiendo estancias en el extranjero, no superen los noventa días naturales a lo largo de cada año natural.
- b) Tener reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español, siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia. Este sería el caso de los funcionarios pertenecientes a MUFACE, MUGEJU e ISFAS.
- c) Ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía.

El art. 3.2 del RDL 7/2018 empieza delimitando el derecho en el caso de los españoles a ser residentes en España y no tener un tercero obligado al pago. Frente al régimen jurídico anterior que establecía requisitos de edad y una relación específica con la Seguridad Social (ser trabajador, pensionista o beneficiario de una prestación), la nueva redacción del art. 3 exige únicamente una permanencia estable en territorio español para el reconocimiento del derecho.

No obstante, el apartado b) del art. 3.2 permite el reconocimiento de la asistencia sanitaria a los nacionales españoles que no residan habitualmente en España cuando tengan otro título jurídico válido. Este caso comprende a los pensionistas españoles residentes fuera de España a los que el RD 8/2008 no les es de aplicación, ya que mantienen el reconocimiento automático a la asistencia sanitaria al ser preceptores de una pensión de la Seguridad Social española. Quedarían excluidos, los españoles que pudieran exportar desde su país de residencia el derecho a la asistencia sanitaria, así como los que estuviesen suscritos a seguros sanitarios privados. La falta de precisión de la norma al referirse a “un título jurídico válido” nos hace suponer que es necesario tener en cuenta las relaciones de los interesados con la Seguridad Social, como así lo hacía el RDL 16/2012, para poder interpretar cuales españoles tienen derecho a la asistencia sanitaria y cuáles no.

En el caso de los extranjeros con residencia legal en España, el RDL 7/2018 reconoce el mismo trato que a los españoles. Así les es posible acceder a la asistencia sanitaria gratuita como titular del derecho siempre y cuando no exista una obligación

previa de mantener un aseguramiento sanitario privado. Por su parte, los extranjeros que se encuentren en situación irregular en territorio español tienen acceso libre al Sistema Público de Salud.

El RDL 7/2018 transfiere las competencias del reconocimiento del derecho a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la gestión internacional que se mantiene en el INSS. No obstante, la Disposición Transitoria segunda mantiene los procedimientos vigentes hasta que se apruebe el reglamento correspondiente para llevar a cabo la transferencia de competencias. Por ello, el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria se mantiene en el INSS.

El RDL 7/2018 no logra su objetivo de volver a un sistema universal de asistencia sanitaria equivalente o igual al anterior al RDL 16/2012, en parte porque dicho régimen no era verdaderamente universal. Se trataba de un sistema con múltiples disposiciones regulatorias, que mantenía una pluralidad de subsistemas de protección. Conviven coberturas de riesgos que aún tienen en cuenta a determinados colectivos (por ejemplo, funcionarios, trabajadores del mar, reclusos, etc.). Persisten varias entidades gestoras y la colaboración de mutuas¹⁵⁰ en la prestación de la asistencia sanitaria.

La reforma llevada a cabo por el RDL 7/2018 mantiene un trato jurídico diferente entre españoles y extranjeros, y no alcanza la separación conceptual entre asistencia sanitaria y Seguridad Social.

9. Proyecto de Ley por la que se modifican diversas normas para consolidar la equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud

Durante la última legislatura, desde el Gobierno, se promovió un Proyecto de Ley¹⁵¹ cuya finalidad era la modificación de diversas normas para consolidar la equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud. Con la disolución de las Cortes el 29 de mayo de 2023, el Proyecto de Ley se ha caducado.

El nuevo texto incluía importantes modificaciones en cuanto a los sujetos con derecho a la asistencia sanitaria gratuita. Se mantenía el concepto de “*titulares del*

¹⁵⁰ Ya no cabe la colaboración voluntaria de las empresas desde su derogación por el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

¹⁵¹ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados XIV Legislatura el 24 de junio de 2022.

derecho” y la redacción original del RDL 7/2018, a la vez que se añadían algunos colectivos.

Por un lado, se extendía la protección de la asistencia sanitaria pública a los españoles de origen residentes en el extranjero, así como a sus familiares¹⁵² en los desplazamientos temporales a España, siempre que la atención sanitaria no sea el motivo original del desplazamiento. Frente al RD 8/2008 que restringía el acceso únicamente a pensionistas o trabajadores españoles y sus familiares, la reforma del art. 3 de la LCCSNS incluiría a todo español que residiera fuera del territorio, sin ninguna exclusión. Por otro lado, se incluía de forma expresa a los ascendientes extranjeros reagrupados con sus hijos en España. Se trata de una solicitud recurrente por parte de la población extranjera y que ha sido objeto de debate jurisprudencial (el cual será objeto de desarrollo en los siguientes capítulos de la tesis). Se permitiría a los ascendientes solicitar la reagrupación familiar sin la necesidad de contratación previa de un seguro de salud privado, siendo posible el acceso a los servicios sanitarios de forma gratuita una vez autorizada su residencia en España.

El Proyecto de Ley mantenía el trato distinto entre extranjeros residentes regulares en España y los que poseen una situación administrativa irregular. Los extranjeros que se encontraran en situación regular en España seguirían sin ser titulares del derecho a la asistencia sanitaria pública, solo siendo posible acceder a la misma a través de la suscripción de un convenio especial. No obstante, el legislador mantenía el acceso a los servicios sanitarios de forma gratuita a los extranjeros en situación administrativa irregular. Además, se recogía de forma sistemática y clara a los extranjeros solicitantes de protección internacional, beneficiarios de protección temporal especial y las víctimas de trata o explotación sexual.

Por último, el Proyecto de Ley establecía como competente para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria el INSS, desplazando de esta posición a las Comunidades Autónomas, las cuales no llegaron nunca a asumir dicha función.

¹⁵² Los familiares serían:

1. Cónyuge o conviviente con una relación de afectividad análoga a la conyugal, constituyendo una pareja de hecho.
2. Descendiente o de su cónyuge o de su pareja de hecho, cuando esté a cargo de aquellas.
3. Ascendiente o de su cónyuge o de su pareja de hecho, cuando esté a cargo de aquellas.

CAPÍTULO II

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO

A LA ASISTENCIA SANITARIA:

ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS

CAPÍTULO II. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA: ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS

1. Introducción

El ámbito subjetivo de la prestación por asistencia sanitaria ha demostrado ser uno de los puntos más controvertidos de nuestro ordenamiento jurídico. El debate sobre los colectivos a ser incluidos en el sistema sanitario público ha sido una constante que ha ocasionado la progresiva evolución jurídica del derecho. Como hemos reflejado en el capítulo anterior, la asistencia sanitaria ha sido objeto de sucesivas ampliaciones en su cobertura, pasando por un proceso que le ha permitido incluir a numerosos colectivos sin relación estrecha con el sistema de la Seguridad Social¹⁵³.

La mayor parte de las regulaciones sobre la materia (desde el SOE hasta la aprobación de la Constitución), tenían como referencia los seguros privados. Se reconocía como sujetos de la acción protectora a los asegurados del sistema que contribuían con sus cotizaciones al mantenimiento de las prestaciones sanitarias. Tras la aprobación de la CE y el posterior desarrollo del derecho a la salud, recogido en la LGS, la normativa se alejó del encorsetamiento contributivo para acercarse cada vez más a un modelo más social y no contributivo, que permitiera el acceso a la sanidad pública a gran parte de la población. No obstante, con la aprobación del RDL 16/2012, hemos podido observar intentos regresivos en determinadas políticas sanitarias que, en parte, han sido paliados por el RDL 7/2018.

Estos cambios legislativos, reflejo de una falta de conciencia política, han propiciado que nuestro sistema de asistencia sanitaria adolezca de cierta falta de coherencia, así como de una adecuada y esperable seguridad jurídica y una deseable estabilidad.

Los colectivos a los que se reconocen como sujetos del derecho a la prestación por asistencia sanitaria quedan adscritos a los conceptos de “asegurado” y “beneficiario”. Estos conceptos se recogen por primera vez en el RDL 16/2012, ya que, hasta entonces, la normativa hacía referencia de forma amplia a “beneficiarios del derecho” o a “titulares del derecho” (art. 1.2 LGS). La intención del legislador es ordenar los usuarios del Servicio Público de Salud en categorías que permitan una

¹⁵³ PEMÁN GAVÍN, J.M., *op. cit.*, pp. 73-75.

sistematización de la acción protectora, de tal forma que facilite el reconocimiento de la prestación farmacéutica, así como la exportación del derecho a nivel internacional. De esta misma forma se logra restringir el acceso a los servicios públicos, ya que es necesario un reconocimiento previo que determine la inclusión del sujeto en alguna de las dos categorías.

El RDL 7/2018, opta por recuperar el modelo precedente, más cercano a las políticas de universalización de la asistencia sanitaria, volviendo al concepto de “titular”. No obstante, la utilización de los conceptos “asegurado” y “beneficiario” siguen en vigor, no desaparecen. La necesidad de categorizar a los interesados a efectos de asistencia sanitaria internacional y acción protectora obliga al legislador a seguir respetando su uso (Disposición adicional única del RDL 7/2018, de 27 de julio).

Por ello, consideramos que cualquier acercamiento a la delimitación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria pasa por su reconocimiento en atención a uno u otro colectivo.

2. La condición de asegurado

El concepto de asegurado no viene definido por la ley. La norma recoge únicamente los supuestos en los que los interesados pueden ser calificados como tal. El profesor TORTUERO PLAZA lo limita acertadamente¹⁵⁴ identificando la condición de asegurado al “título jurídico” otorgado a aquellas personas que tengan una determinada vinculación con el sistema de la Seguridad Social o que, al margen de estas circunstancias, de forma expresa sean calificadas como tal por el legislador.

De forma residual, se reconoce como asegurado a todo interesado que no se encuentre en los supuestos enmarcados por la ley, pero que mantiene su residencia en España. El hecho de residir en España permite a cualquier ciudadano español o extranjero en situación administrativa regular disfrutar del derecho a una sanidad pública gratuita en España. En el caso de los extranjeros existe un pequeño matiz, ya

¹⁵⁴ TORTUERO PLAZA, J.L., 2016. El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios. *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. 1 ed. Laborum, p. 63.

que además de residir legalmente en España, estos no deben tener la obligación de mantener una cobertura sanitaria por otra vía¹⁵⁵.

Se reconoce la condición de asegurado a las personas que se encuentren en los siguientes supuestos:

1. Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.

El derecho del trabajador por cuenta ajena como asegurado del sistema de asistencia sanitaria pública se recoge en el art. 42.1.a) de la LGSS de 2015¹⁵⁶ y en el art. 100.a) de la LGSS de 1974¹⁵⁷.

El sistema de la Seguridad Social incluye dentro su acción protectora a la prestación por asistencia sanitaria, tanto en su vertiente contributiva (derivada de contingencias profesionales), como en la no contributiva (derivada de contingencias comunes). Un trabajador dado de alta en la Seguridad Social tendrá acceso a la asistencia sanitaria en ambas contingencias, estando amparado por la acción protectora del sistema. No obstante, existen determinados colectivos que solo tienen derecho a la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales, lo que no obsta que al mismo tiempo puedan disfrutar como asegurados o beneficiarios de la asistencia sanitaria por contingencias comunes si reúnen los requisitos para ello.

En cuanto a los trabajadores por cuenta propia, la acción protectora de la asistencia sanitaria por contingencias comunes se encuentra en el Real Decreto 43/1984, de 4 de enero, por el que se regula la ampliación de la acción protectora de cobertura obligatoria en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.

Este Reglamento en su art. único, amplía la acción protectora de cobertura obligatoria del RETA, regulado por el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, incluyendo las prestaciones de asistencia sanitaria para los supuestos de enfermedad común,

¹⁵⁵ El aseguramiento de los extranjeros en España será objeto de estudio en los siguientes capítulos de esta Tesis.

¹⁵⁶ “1. La acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá: a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidente, sea o no de trabajo”.

¹⁵⁷ “1. Serán beneficiarios de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral: a) Los trabajadores por cuenta ajena que reúnan el requisito general exigido en el número 1 del art. 94” (estar afiliado y en alta en el RGSS).

maternidad y accidente, cualquiera que sea la causa que lo motive, y de incapacidad laboral transitoria.

La acción protectora del RD se extendía únicamente a las contingencias comunes, ya que los autónomos disponían de la facultad de asegurar o no las contingencias profesionales. Con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, los autónomos pasan a estar obligados a asegurarse de las contingencias profesionales como los trabajadores del RGSS. Por tanto, de forma análoga, se debe interpretar que la asistencia sanitaria también protege el accidente de trabajo¹⁵⁸ y la enfermedad profesional con los mismos efectos que en los trabajadores por cuenta ajena.

Para el reconocimiento de la condición de asegurado, se exige a los trabajadores encuadrados en los regímenes del sistema de la Seguridad Social el estar afiliado, en alta o en situación asimilada al alta en el Sistema de la Seguridad Social.

2. Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.

Se les reconoce igualmente el derecho a la asistencia sanitaria *a los preceptores de prestaciones vitalicias del sistema de a Seguridad Social*. El derecho a la asistencia sanitaria de los pensionistas se conserva en nuestro ordenamiento desde la LBSS de 1963. Esta norma, en su Base Quinta, ya acordaba el derecho a la asistencia sanitaria “*a los pensionistas de la Seguridad Social*”. En la actualidad, las pensiones percibidas dentro de nuestro sistema proceden de dos modalidades: contributivas y no contributivas.

A los pensionistas de la Seguridad Social que perciben una pensión contributiva tienen la protección asegurada en materia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral por el art. 100.1.b) de la LGSS de 1974, en el Régimen General y, en el art. 27.1.f) del Decreto 2530/1970 en el RETA.

¹⁵⁸ ÁLVAREZ ALONSO, D., 2021. *Accidente de trabajo*. En GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M. A., *Contingencias y prestaciones de seguridad social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. 1ª ed., Madrid, Editorial Reus, pp. 41-45.

En el caso de las pensiones no contributivas (actualmente recogida en los arts. 363 y ss. de la LGSS de 2015), la asistencia sanitaria se reconoce en el art. 15 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo¹⁵⁹.

3. Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.

Tienen reconocido el derecho a la asistencia sanitaria pública *todos los beneficiarios de cualquier prestación periódica del sistema de Seguridad Social*. El derecho se extiende a todos los beneficiarios de subsidios, incluidas las prestaciones familiares no contributivas¹⁶⁰ e Ingreso Mínimo Vital (en adelante IMV)¹⁶¹. Este derecho se ha reconocido tradicionalmente a estos colectivos. Desde la LBSS, y su posterior desarrollo en LSS, la acción protectora se ha extendido a *“los que, (...), estuviesen en el goce de prestaciones periódicas en los términos que se determinasen reglamentariamente”*.

Entre las prestaciones periódicas de la Seguridad Social también se encuentran el desempleo contributivo y no contributivo (art. 265.1. b.3º LGSS¹⁶²). El legislador opta por reiterar de forma expresa el acceso a la asistencia sanitaria de los preceptores de dichas prestaciones. El motivo de esta decisión normativa puede deberse al interés del legislador en mantener una redacción parecida a los Reglamentos Comentarios y a la vez, reforzar la protección a este colectivo al que no se había legislado con anterioridad.

4. Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

La protección sanitaria a quien agota su prestación o subsidio por desempleo se introduce a través de la disposición final vigésimo-octava de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado (en adelante LPGE) para el año 2012.

¹⁵⁹ RD por el que se desarrolla, en materia de pensiones no contributivas, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

¹⁶⁰ Las prestaciones familiares no contributivas se recogen en los arts. 351 y siguientes de la LGSS de 2015. A diferencia de las contributivas, aquellas se basan en una prestación de asignación periódica o de pago único asimilable a los subsidios.

¹⁶¹ Regulado en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

¹⁶² En este sentido, “La protección por desempleo comprenderá las prestaciones siguientes: (...) b) En el nivel asistencial: (...) 3º Derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria (...)”.

El legislador intenta abarcar determinados supuestos obviados por el RDL 16/2012. Si se pretendía la universalización no podría quedar al margen de este derecho como asegurados a todos aquellos que al ver agotada su prestación o subsidio por desempleo siguen en una situación de expectativa laboral. Se presume que todas estas personas no tienen medios económicos suficientes para afrontar sus gastos sanitarios y, en consecuencia, sea real o no esta situación, se les reconoce el derecho de acceso al Servicio Público de Salud.

Esta garantía, introducida por la LPGE de 2012, extiende la protección que garantizaba el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, el cual extendía la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes. Este RD permitía una ampliación de la acción protectora del derecho a la asistencia sanitaria, incluyendo a nuevos colectivos ajenos al ámbito de aseguramiento de la Seguridad Social¹⁶³.

Así, en cuanto a asegurados del sistema de la Seguridad Social, nos encontramos con los siguientes grupos:

1. Los asegurados que se encuentran en alta o en situación asimilada al alta,
2. Los pensionistas del sistema de Seguridad Social, y
3. Los perceptores de prestaciones periódicas (con especial hincapié a los beneficiarios de la prestación por desempleo y del subsidio por desempleo).

Además, cuando, en los términos indicados, no haya otro título jurídico que otorgue el derecho a la asistencia sanitaria, se reconoce la posibilidad de ser “asegurado” al interesado que tenga establecida su residencia en territorio español.

En el caso de los extranjeros, el RDL 7/2018 incluye una cláusula de salvaguarda, al establecer que “*las personas con derecho a la asistencia sanitaria en España en aplicación de los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que comprendan la prestación de asistencia sanitaria, tendrán acceso a la misma, (...) en la forma, extensión y condiciones establecidos en las disposiciones comunitarias o bilaterales indicadas*”.

¹⁶³ HIERRO HIERRO, F. J., *op. cit.*, p. 160.

2.1. Los trabajadores afiliados y en alta o situación asimilada a la de alta en el Régimen General de la Seguridad Social

La condición de *asegurado* del Sistema Público de Salud se reconoce a los trabajadores en “*alta o en situación asimilada al alta*”, tanto para el acceso a la asistencia sanitaria contributiva como la no contributiva. Se trata de los mismos requisitos exigidos para el reconocimiento de todas las prestaciones contributivas del sistema de la Seguridad Social¹⁶⁴. En consecuencia, no deja de ser llamativo que el legislador imponga el “*estar afiliado y cotizando*” para acceder a la asistencia sanitaria no contributiva. Esto implica que la cobertura de la asistencia sanitaria derivada de contingencias comunes depende de la cotización al sistema de la Seguridad Social¹⁶⁵. El estatus de “*asegurado*” se mantiene mientras no se produzca la baja en el sistema. Una vez producida ésta, el interesado seguirá en una situación de prórroga hasta el primer día del segundo mes siguiente a la causa extintiva¹⁶⁶. En el momento en el que finaliza esta prórroga, si el interesado no tiene otro título jurídico que ampare su situación de asegurado o beneficiario, pasará a la situación de “*residente en España*”.

En el caso del colectivo de los artistas, al estar incluidos en un censo propio, cuando finaliza la obra que deben ejecutar, el alta en el censo se mantiene en vigor, aunque haya una baja en la Seguridad Social relativa a su cotización. El alta en el censo de artistas no se considera alta asimilada. Por lo tanto, el cese en la actividad produce un cambio en su situación de asegurado, pasando a ser residente en España.

En cuanto a la asistencia sanitaria contributiva (por contingencias profesionales), aunque se exijan estos requisitos para ser *asegurado*, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, la LGSS de 2015¹⁶⁷ permite la cobertura de la asistencia sanitaria cuando

¹⁶⁴ El art. 165 de la LGSS de 2015 establece como requisito general “estar afiliado y en alta o en situación asimilada a la de alta” para poder acceder a la acción protectora del sistema de Seguridad Social.

¹⁶⁵ PÉREZ ALONSO, M.A., 2016, Los asegurados y beneficiarios de la asistencia sanitaria. *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. 1 ed. Laborum, p. 282.

¹⁶⁶ Llama la atención que el INSS siga aplicando el art. 7 del RD 1192/2012 siendo que se encuentra derogado por el RD 7/2018. En nuestro ordenamiento jurídico, existen dos normas que establecen un periodo de prórroga de 90 días, el art. 36.11 (en el caso del RGSS) y el art. 36.15 (en el caso del RETA) del RGIAB. La inaplicación del art. 36.11 se justifica por la derogación del Decreto 2766/1967. No obstante, podría mantenerse su aplicación en los mismos términos que se sigue admitiendo el art. 7 del RD 7/2018.

¹⁶⁷ Art. 166.4 de la LGSS de 2015, “los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiera incumplido sus obligaciones. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral”.

no haya ni alta ni cotización efectiva. A través de la “*automaticidad de las prestaciones*”, la protección de la prestación es absoluta. Así, en los supuestos en los que el trabajador al servicio de una empresa no haya sido dado de alta por la misma o cuando el empresario se encuentre al descubierto en el pago de sus cotizaciones, la atención sanitaria prestada tanto para sí como para sus beneficiarios, serán objeto de reintegro a favor de la entidad que les haya prestado el servicio médico disfrutado (art. 167 de la LGSS de 2015).

En cuanto a las situaciones que se puedan considerar “*asimiladas al alta*” para la asistencia sanitaria, nos encontramos con la huelga, el cierre patronal y la excedencia, siendo la excedencia el caso más común. Regulada en el art. 46 del ET, se divide entre:

- Forzosa,
- Voluntaria y,
- Por cuidado de hijos menores o familiares hasta el segundo grado.

En el caso de la excedencia forzosa, el reconocimiento como *asegurado* será el mismo que el de un trabajador en alta. Esto se debe a que el interesado abandona su puesto de trabajo para ocupar un cargo público electo, lo que de por sí genera una nueva situación de alta en la Seguridad Social y, por ende, el derecho a la asistencia sanitaria. La excedencia en este caso no genera ningún derecho propio frente al Sistema Público de Salud, ya que prevalece la situación de trabajador en alta frente a la situación asimilada al alta.

La excedencia voluntaria es consecuencia del derecho del trabajador a solicitar la suspensión temporal de la relación laboral. Se mantiene una vinculación entre la parte empleadora y el trabajador que permite a este último solicitar su reincorporación laboral. El trabajador pasa a estar en una situación de baja ante el sistema de Seguridad Social, cesando cualquier obligación de cotización por parte de la empresa. Al tratarse de una situación voluntaria, el sistema de Seguridad Social tampoco reconoce los periodos en excedencia como cotizados. Por tanto, el trabajador pasa a estar en una situación de *no alta*, y no de *asimilación al alta*. Por ello, su acceso al sistema sanitario gratuito será limitado, pudiendo acceder al mismo en la condición de *asegurado por residencia* en España, pero no como asimilado al alta.

En cuanto a la excedencia por cuidado de hijos menores o familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, existe una protección no solo por parte del ordenamiento laboral, sino también por nuestra legislación de la Seguridad Social. Además del derecho a suspender la relación contractual, el art. 237 de la LGSS de 2015 permite el reconocimiento de parte del periodo de excedencia como periodo cotizado a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social. Estos periodos tenidos en cuenta como cotizados serán considerados *asimilados al alta*, incluido para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria. Una vez finalizado el periodo, el interesado pasa a la situación de asegurado por residencia en España¹⁶⁸.

Las demás situaciones asimiladas al alta: la huelga y el cierre patronal, tendrán efectos para la asistencia sanitaria. En ambos casos, mientras dure la suspensión de la actividad, el interesado será considerado en situación de alta especial, y de esta forma, asegurado del Sistema Público de Salud.

Aunque nos parezca que el diferente estatus o condición del beneficiario no tiene trascendencia práctica alguna, ello no es así. La clasificación como trabajador en *alta o en situación asimilada al alta* tiene efectos en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria. Se clasifican a los interesados como *asegurados*, lo que implica el derecho a exportar la asistencia sanitaria a otros países (se verá más adelante) y a la participación en el gasto de productos farmacéuticos. La asunción del gasto farmacéutico es indiferente en cuanto a que el interesado sea trabajador en alta o en situación asimilada al alta. El porcentaje de aportación del usuario dependerá de su renta, y se contrastará con los datos facilitados anualmente por la Administración Tributaria. El asegurado, así como sus beneficiarios, asumirán un 60% del precio de venta al público del medicamento cuando su renta sea igual o superior a 100.000 euros, un 50% en el caso de que la renta sea igual o superior a 18.000 euros e inferior a 100.000 euros, y un 40% del para rentas inferiores a 18.000 euros anuales.

Los profesionales colegiados

El reconocimiento del trabajador como asegurado del Sistema Público de Salud depende de su situación en relación con el sistema de la Seguridad Social. Por ello, todos los trabajadores que dependan de un sistema de previsión social alternativo al

¹⁶⁸ Criterio 52/1997 (RJ 26/2011) del INSS.

sistema de Seguridad Social se encuentran excluidos, como es el caso de los profesionales liberales cuando estos optan por sistemas de previsión social sustitutorios gestionados por Mutualidades propias (Disp. Ad. 18ª LGSS 2015). Dentro del ámbito de protección obligatorio de las Mutualidades de previsión social se incluyen todas las prestaciones del sistema público de Seguridad Social, a excepción de la asistencia sanitaria, a la que no se incluye dentro del listado de la Disp. Ad. 19ª de la LGSS de 2015.

Hasta su inclusión expresa en el art. 2.4 párrafo 2º del RD 1192/2012, los profesionales colegiados no eran reconocidos como titulares de la prestación de asistencia sanitaria pública. Este desarrollo normativo se debe al encargo establecido por la Disposición Adicional sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; la cual reconocía el derecho a la asistencia sanitaria a todos los españoles residentes en territorio nacional a los que no se pudiera reconocer dicho derecho por otra vía legal. Se añadía que, en el caso de los profesionales colegiados, el Gobierno sería el encargado de desarrollar reglamentariamente su derecho, como así lo hizo en el 2012.

Para tener acceso a la asistencia sanitaria del Servicio Público de Salud, las Mutualidades profesionales debían realizar conciertos con el INSS que se mantenían con el pago de cuotas mensuales por titular del derecho. Las prestaciones sanitarias se dispensaban de forma análoga a la establecida en el Régimen General, con la salvedad de la farmacéutica en el caso de los pensionistas, los cuales seguían participando en el coste de los medicamentos como si de trabajadores en activos se tratase¹⁶⁹. Tras la inclusión expresa de los profesionales liberales como asegurados del Sistema Público de Salud, los conciertos fueron extinguidos en fecha 31 de octubre de 2014¹⁷⁰.

A propósito de la vigencia de los conciertos, en Cataluña, con anterioridad al RD 1192/2012, estuvo vigente la Ley autonómica 21/2010, de 7 de julio, que reconocía el acceso al Servicio Público de Salud a los profesionales liberales. Se trataba de una situación anómala, que rompía con el principio de igualdad al acceso a la asistencia sanitaria pública, ya que permitía el acceso al Servicio Público de Salud a un colectivo

¹⁶⁹ Según escrito núm. 32.401 de 14 de mayo de 2001 de la Dirección General del INSS.

¹⁷⁰ Algunos conciertos siguen en vigor para determinados colectivos profesionales que no se encuentran en la categoría de “*profesionales liberales*”. Son ellos, los pensionistas del Gobierno Vasco, la Caja Municipal de Ahorros de Bilbao, las Cortes Españolas (parlamentarios y funcionarios activos y pensionistas) y la Comisión de Transferencia de la Administración del Movimiento.

que no estaba incluido en su acción protectora. El escaso tiempo que estuvo en vigor no dio lugar a cuestiones de competencia o de inconstitucionalidad, pero desde luego, se trataba de una regulación que saltaba los márgenes competenciales asignados a las Comunidades Autónomas. Durante la vigencia de esta ley, el INSS reconoció como asegurados a los profesionales liberales catalanes, vetando su inclusión de potenciales beneficiarios.

Actualmente, los profesionales colegiados son considerados asegurados del Sistema Público de Salud. Ahora bien, su tratamiento difiere del de los demás trabajadores, ya que se les incluye como asegurados por su residencia en España, no como trabajadores por cuenta propia o ajena. Esto no representa ninguna diferencia a efectos del acceso a la asistencia sanitaria nacional, pero sí tendrá diferente resultado en cuanto a la asistencia sanitaria internacional, como veremos.

2.2. Los pensionistas del sistema de la Seguridad Social

Desde sus inicios, el sistema de Seguridad Social ha mantenido como parte de su acción protectora, la prestación de asistencia sanitaria a sus pensionistas. Prueba de ello, es la evolución normativa que podemos observar desde la LBSS de 1963 hasta nuestra legislación actual. Los cambios y reformas introducidos siempre han respetado la protección concedida a los pensionistas, aunque ha habido modificaciones en las condiciones de las prestaciones sanitarias percibidas. Se entiende esta inclusión como algo de sentido común, ya que, como indica ALONSO OLEA, *“una asistencia sanitaria que no incluyera al pensionista fallaría donde es más necesaria”*¹⁷¹.

Actualmente, los beneficiarios de pensiones contributivas y no contributivas conforman el grupo de asegurados del Sistema Público de Salud.

El concepto de pensionista incluye a varios colectivos debido a la diversidad en los riesgos que puede originar las distintas prestaciones económicas, con sus respectivos cálculos y derechos. Si bien un pensionista de jubilación tiene la misma condición de pensionista que uno de incapacidad permanente u otro de muerte y supervivencia, cada prestación tiene su propia ordenación jurídica en cuanto al reconocimiento del derecho.

¹⁷¹ ALONSO OLEA, M., 1994. *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*. 1 ed. Madrid: Civitas, p. 43.

Además de la variedad de riesgos asegurados, las pensiones se distinguen en dos grandes bloques: contributivas y no contributivas. A efectos de la prestación de asistencia sanitaria, el estatus del pensionista será el de *asegurado*. La extinción o suspensión de la pensión, por los motivos regulados en su normativa, no generan una prórroga a efectos de la asistencia sanitaria. Al contrario de la extinción del contrato de trabajo que sí genera una situación de prórroga del derecho, al no haber mención en la norma en relación con los pensionistas, el INSS establece que no hay derecho a dicha prórroga¹⁷².

Para todos ellos la prestación sanitaria es la misma. Radica la diferencia en el coste farmacéutico que deben soportar los interesados que cobran pensiones contributivas, que oscila entre el 10% o el 60% según el caso, frente a la completa exención de pago reconocida a los pensionistas no contributivos.

Los pensionistas que perciban menos de 100.000 euros en ingresos anuales harán frente al 10% del precio de los medicamentos. Los que superen dicha cifra, deben hacerse cargo del 60%. A los porcentajes, debemos sumar la limitación del gasto mensual en medicamentos. Los pensionistas con ingresos anuales inferiores a 18.000 euros tendrán un límite de 8,23 euros mensual; los que perciban entre 18.000 euros y 100.000, un límite de 18,52 euros; y los que perciban más de 100.000 euros, un límite de 61,75 euros.

Con la última reforma introducida por la LPGE de 2021, se exime del pago de los productos farmacéuticos a los pensionistas cuya renta anual sea inferior a 5.635 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del IRPF, y los que, en el caso de no estar obligados a presentar dicha declaración, perciban una renta anual inferior a 11.200 euros.

A. Prestaciones consideradas pensiones contributivas: pensiones SOVI, pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo y el subsidio temporal a favor de familiar

Pensiones SOVI

Se entienden incluidos como pensionistas contributivos, todos aquellos que perciban las prestaciones del SOVI. A pesar de que con la entrada en vigor de la Ley de

¹⁷² Criterio 52/1997 (RJ 208/2009).

Seguridad Social de 1966 se extinguía el SOVI, sistema hasta entonces vigente, sus beneficiarios, sea por vejez, invalidez o viudedad, siguieron contando con una prestación asistencial de cuantía uniforme¹⁷³.

En un primer momento, el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria de este colectivo no fue completo. La Orden de 31 de enero de 1970, extendió el aseguramiento de la asistencia sanitaria a los pensionistas del SOVI, siempre y cuando se demostrara la imposibilidad de ser beneficiario a cargo de un trabajador. Por tanto, la asistencia sanitaria a título propio se reconocía de forma residual ante la imposibilidad de depender de otro asegurado del sistema. De forma paralela, se permitió a dichos pensionistas acceder a la prestación farmacéutica gratuita (RD 383/1977, de 18 de febrero). Finalmente, con la Circular 77/1982 del INSS se extendió a dicho colectivo la aplicación de la Resolución de 1 de julio de 1982, de la Dirección General de Régimen Económico de la Seguridad Social, la cual realizaba una equiparación total entre pensionistas SOVI y pensionistas de la Seguridad Social.

Pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo

Por su parte, las pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo también conforman el colectivo de las pensiones contributivas. Estas se regulan en el Real Decreto 851/1992, de 10 de julio, cuyo art. 21 extiende la acción protectora sanitaria a estos pensionistas. Además, cuentan con una protección extraordinaria para el tratamiento de todas las lesiones ocasionadas por el acto terrorista objeto del reconocimiento de la pensión¹⁷⁴. La Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, reconoce dentro de los servicios sanitarios de las víctimas de actos terrorista, los tratamientos médicos necesarios que no estuvieran cubiertos por el aseguramiento del interesado, sea este privado o público, siendo estos cubiertos, o en su caso, los gastos resarcidos.

Subsidio temporal a favor de familiar

El subsidio temporal a favor de familiar (Orden 13 de febrero de 1967) es una prestación de carácter temporal de 12 meses. Aunque no se trata de una pensión *strictu*

¹⁷³ Con detalle, LÓPEZ GÓMEZ, J.M., 1991. Las pensiones SOVI: problemas jurídicos actuales. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (21), pp. 72-73.

¹⁷⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. (dir.) y KAHALE CARRILLO, D.T. (coord.), 2014. *Reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo: estudio de la normativa básica estatal y autonómica*. 1 ed. Eolas, pp. 29-69.

sensu, la Circular 53/1976 de 25 de mayo reconoce el mismo trato sanitario y asistencial que a los pensionistas. De ahí la inclusión de este colectivo en el presente epígrafe.

B. Prestaciones consideradas pensiones no contributivas

En cuanto a las pensiones no contributivas, las mismas tienen su origen en las pensiones asistenciales por ancianidad e incapacidad permanente absoluta para todo trabajo del extinguido FONAS. Las pensiones FONAS son prestaciones a extinguir e incompatibles con cualquier tipo de trabajo. Mientras pervivan sus beneficiarios, estos tendrán derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los titulares de pensiones no contributivas, es decir, condición de asegurado y estarán exentos en el pago de productos farmacéuticos (la exención viene recogida en el art. 94 bis, apartado 8.c) de la Ley 29/2006, de 26 de julio).

C. Situaciones especiales de la asistencia sanitaria de los pensionistas

Existen situaciones especiales en las que el derecho a la asistencia sanitaria de los pensionistas se puede ver afectada. Estos casos, que son los más conflictivos, ocurren cuando el pensionista se mantiene en activo o cuando hay revisiones en las pensiones, como, por ejemplo, el cambio en el grado de una incapacidad permanente. Ante estas situaciones, cuya conflictividad es casi automática, se han dado diversas soluciones por los órganos judiciales y por el propio INSS a través de sus Criterios.

a) Pensionistas en alta en el sistema de Seguridad Social como trabajadores

El reconocimiento de una pensión no implica la finalización de la vida laboral. Existen modalidades de pensiones que permiten compaginar el cobro de la prestación con la realización de un trabajo, por ejemplo, la incapacidad permanente total o la jubilación parcial, activa o flexible. En estos casos, surge la duda sobre en qué grupo de aseguramiento se encontraría el interesado. Al estar en alta en el sistema de la Seguridad Social como trabajador del RGSS o del RETA, y a la vez ser pensionista, se genera un doble derecho a la asistencia sanitaria en la condición de *asegurado*.

Aunque en ambos casos el reconocimiento del derecho sanitario es a través del estatus de *asegurado*, no es lo mismo a efectos de las prestaciones farmacéuticas ser reconocido como asegurado por realizar una actividad laboral que serlo por cobrar una prestación vitalicia. La Resolución de 15 de marzo de 1979, de la Dirección General de Régimen Jurídico reconoce a los trabajadores que a la vez son pensionistas el derecho a

mantener los beneficios y demás prestaciones que se puedan derivar de esta última situación.

En el caso de los pensionistas por incapacidad permanente, las posibilidades de colisión entre los derechos generados de asistencia sanitaria son más comunes, debido a la doble relación activa-pasiva que tiene el interesado con la Seguridad Social, principalmente cuando la pensión deriva de una contingencia profesional¹⁷⁵.

Las pensiones de incapacidad permanente que tienen como hecho causante un accidente de trabajo o enfermedad profesional originan más allá de una prestación económica una prestación en especie de asistencia sanitaria. Sin embargo, las mutuas han cuestionado que esto fuera así. No obstante, parece indiscutible que una contingencia profesional genera una incapacidad temporal antes de una incapacidad permanente. Por ello, mientras dure la incapacidad temporal, la asistencia sanitaria es indiscutiblemente a cargo de la entidad competente (sea el INSS o una mutua). Se fundamenta tal posición en que la finalidad de la incapacidad temporal es la curación del trabajador para su pronta reincorporación laboral.

El conflicto obviamente surge en el momento en que el trabajador accidentado, que a su vez también es pensionista, necesita una nueva asistencia sanitaria. Las mutuas se han posicionado en contra de asumir el coste del nuevo tratamiento al entender que el trabajador ya es pensionista y que, por tanto, toda su asistencia sanitaria, con independencia del motivo de esta, debe correr a cargo del Sistema Público de Salud. En realidad, con esta argumentación, lo que vienen a defender es la prioridad de la situación de asegurado como pensionista frente a la de trabajador en activo¹⁷⁶.

Para resolver este impase el Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de abril de 2000¹⁷⁷, en relación con quien asume el coste del recambio de una prótesis de un pensionista de jubilación que años antes había sufrido una lesión por accidente de

¹⁷⁵ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., 2022. Prestaciones por incapacidad permanente y compatibilidad con el trabajo: ¿Es precisa una reformulación legal en el marco de la sostenibilidad del sistema de pensiones? *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, pp. 120-125.

¹⁷⁶ GARCÍA PIÑEIRO, N.P., 2007. *Sobre la responsabilidad de las Mutuas en la prestación de asistencia sanitaria derivada de accidente de trabajo: la condición de pensionista. Comentario a la sentencia del TSJ de Castilla y León/Burgos de 25 de enero de 2002*. En DOMBLÁS, M. A. (coord.) y FERNANDEZ BARAIBAR, M. (coord.), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*. 1ª ed., Navarra, Aranzadi, pp. 387-390.

¹⁷⁷ Recurso de casación para la unificación de doctrina 1772/1999. Ponente: Ilmo. Sr. Aurelio Desdentado Bonete, ARANZADI ref. RJ\2000\2767.

trabajo. La mutua cuestiona su obligación de asistencia sanitaria frente a una lesión antigua de un interesado que ya ha pasado a ser pensionista del sistema de Seguridad Social, por un motivo ajeno a dicha lesión, como es el caso de la jubilación ordinaria.

El Tribunal Supremo recoge que las lesiones derivadas de un accidente de trabajo o enfermedad profesional son responsabilidad de la entidad gestora o colaborado competente. Por ende, ésta está obligada a financiar la asistencia sanitaria necesaria para la plena curación del interesado, lo que puede significar tratamientos posteriores en el tiempo, con independencia de la situación del interesado frente al sistema de Seguridad Social¹⁷⁸.

En este mismo sentido el Criterio 10/2015 de 16 de febrero, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, afirma que la asistencia sanitaria debe ser a cargo de la entidad gestora competente, *“con independencia de que, en el momento de requerirse la asistencia, el que la demanda sea trabajador o haya dejado de serlo, y en este último caso sea pensionista”*.

b) Pensiones revisables

Otra posible colisión en el derecho a la asistencia sanitaria de los pensionistas es cuando se produce una revisión de la prestación, algo común en el caso de la incapacidad permanente, cuyo grado puede variar de una parcial a una total, absoluta o gran invalidez. La incapacidad permanente parcial, como es sabido, no genera una pensión, sino el derecho a una indemnización a tanto alzado. El interesado no adquiere la condición de pensionista y, por ello, no obtiene los derechos inherentes derivados de la asistencia sanitaria prestada bajo este estatus. Cuando se realiza una revisión de grado por agravación de lesiones de una incapacidad permanente parcial, la pensión no se hará efectiva hasta que se haya liquidado el importe correspondiente a la cantidad a tanto alzado que se haya percibido anteriormente.

Pues bien, en relación con la asistencia sanitaria, la duda que surge es si sus efectos también se ven postergados junto al percibo de la pensión. El Criterio 26/2015 de 4 de mayo de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica se basa en que la pensión se devenga a partir del día siguiente a la fecha de la resolución

¹⁷⁸ En este mismo sentido, STS (Sala de lo Social), de 26 de junio de 2001. Recurso de casación para la unificación de doctrina 3165/2000. Ponente: Ilmo. Luis Ramón Martínez Garrido. ARANZADI ref. RJ \2001\6837.

definitiva, por tanto, a partir de este momento, es cuando el interesado será considerado pensionista y, por ende, tendrá acceso a la asistencia sanitaria derivada de su nueva condición. En la práctica, el INSS inscribe al pensionista en su base de datos, pero sin reconocerle el pago efectivo de la pensión. Una vez que se liquide toda la prestación debida, se iniciará el pago automático de la pensión de incapacidad permanente.

En los demás casos de revisión de grado, no hay diferencia en el trato del asegurado, ya que este se mantiene pensionista. La diferencia está en la cuantía de su pensión que varía según el grado reconocido. El único caso en el que se ve afecto el derecho a la asistencia sanitaria es en las revisiones por mejoría, en las que el pensionista deja de serlo. En este momento, si no puede obtener la condición de *asegurado* o *beneficiario* por título jurídico propio, pasará a ser considerado *asegurado* por residencia.

2.3. Los perceptores de prestaciones periódicas de la Seguridad Social

Los perceptores de cualquier prestación periódica de la Seguridad Social tienen reconocida la condición de asegurados. Ahora bien, estas prestaciones tienen duración limitada en el tiempo, a diferencia de lo que ocurre con las pensiones. De entre las prestaciones periódicas, nos encontramos con los subsidios, que abarcan la incapacidad temporal, la prestación por nacimiento y cuidado de menor (antigua prestación por maternidad y paternidad), la prestación familiar y el ingreso mínimo vital.

A. Perceptores de la incapacidad temporal

La incapacidad temporal es quizás la prestación de la Seguridad Social que más relación tiene con la asistencia sanitaria. En el art. 169 de la LGSS de 2015 se define al subsidio como una prestación económica de duración determinada que cobra el trabajador mientras “*recibe asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo*”. La finalidad de esta prestación es la curación plena del trabajador para su reincorporación a su puesto de trabajo. Por ello, además, de una prestación económica, el interesado debe tener acceso a una prestación en especie que lo haga posible.

La incapacidad temporal, puede derivar de contingencias comunes como de contingencias profesionales¹⁷⁹, dependiendo del hecho causante que haya ocasionado el nacimiento de la prestación.

Cuando la incapacidad temporal deriva de contingencias comunes el acceso a la prestación económica está condicionado al cumplimiento de una carencia mínima de 180 días cotizados. Además, debe encontrarse en alta o en situación asimilada al alta. Con las contingencias profesionales se aplica la automaticidad de las prestaciones lo que permite el reconocimiento de la incapacidad temporal sin periodo de carencia previo y sin la necesidad de encontrarse de alta o en situación asimilada al alta. En uno u otro caso, el interesado percibirá la incapacidad temporal, permaneciendo en situación de *asegurado* del Sistema Público de Salud.

Aunque el interesado goce de una protección sanitaria pública, la prestación sanitaria dirigida a la recuperación de una incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales es de responsabilidad de la entidad con la que el trabajador estuviera asegurado. Si las contingencias profesionales estuvieran protegidas por el INSS, éste tendrá la obligación de compensar a los Servicios Públicos de Salud de la Comunidad Autónoma el coste de los servicios sanitarios y farmacéuticos correspondientes¹⁸⁰.

La asistencia sanitaria contributiva se debe prestar siempre, bajo la protección de la automaticidad de las prestaciones. No obstante, esto no excluye las responsabilidades subsidiarias y reintegros que se deban realizar. En el caso de insolvencia del empresario, la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica de 4 de agosto de 1995, tanto el INSS como el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, deben reintegrar¹⁸¹ a la Mutua, los gastos ocasionados por la asistencia sanitaria anticipada. Cuando el que adeuda las cotizaciones es el propio trabajador en el régimen del RETA, no existe una responsabilidad subsidiaria del INSS, sino que estamos ante una prestación

¹⁷⁹ Desde marzo del 2007, las contingencias profesionales incluyen el riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural según la Ley 3/2007, de 22 de marzo.

¹⁸⁰ Disposición Adicional 59 de la Ley 330/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006, desarrollada por Orden TAS 131/2006, de 26 de enero y Real Decreto 1506/2012, de 2 de noviembre (art. 9).

¹⁸¹ En el caso de la determinación de contingencias de los Reales Decretos 625/2014, de 18 de julio (Disposiciones finales tercera y cuarta) y 1430/2009, de 11 de septiembre (art. 6), también existe la posibilidad de reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia sanitaria.

indebidamente percibida, que como tal debe ser devuelta por el propio autónomo a las mutuas que hayan prestado la asistencia sanitaria correspondiente¹⁸².

En el desarrollo legislativo de la asistencia sanitaria, las atenciones sanitarias derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales siempre se les ha dotado de una protección especial. Desde sus inicios, con la Ley de Accidentes de Trabajo de 31 de enero de 1900, se ha entendido que el empresario debe asumir los riesgos profesionales a los que expone a sus trabajadores¹⁸³. Por ello, se obligó legalmente a los empresarios a responsabilizarse por los daños ocasionados dentro de sus instalaciones, durante el desarrollo normal de las actividades laborales cotidianas. En esta línea, el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, completó la protección a los trabajadores accidentados, garantizándoles una mayor cobertura de servicios médicos en su art. 11. Se buscaba la reparación íntegra y completa del accidentado.

El tratamiento médico y quirúrgico de las lesiones o dolencias sufridas; el suministro y renovación normal de los aparatos de prótesis y ortopedia que se consideren necesarias y los vehículos para inválidos; y la cirugía plástica y reparadora adecuada. En el caso de los aparatos ortopédicos y las prótesis, el trabajador no solo tenía acceso a ellos por motivos de funcionalidad, sino también para cualquier aspecto relativo a su integridad personal (Criterio INSS 32/2006 ya suprimido).

Hasta el año 2012 se mantuvo la especialidad en los servicios sanitarios en los casos de contingencias profesionales. En este año, con las reformas introducidas por el RD 1192/2012, todos los asegurados y beneficiarios del Sistema Público de Salud pasan a tener acceso a una cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, no siendo contemplada ninguna atención sanitaria especial para las enfermedades profesionales, salvo la exención farmacéutica (art. 94 bis 8 e) de la Ley 29/2006, de 26 de julio).

La extensión y el alcance de la asistencia sanitaria a la que tiene derecho un asegurado son las mismas con independencia de la contingencia que la haya ocasionado. Esta uniformidad en el tratamiento disponible da pie a una asistencia sanitaria más

¹⁸² Criterio 56/1997, ampliado por Resolución Jurídica 60/2011 de 8 de junio.

¹⁸³ SEGURA GARCÍA, B., 2013. Asistencia sanitaria por contingencias profesionales: colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. En PALOMAR OLMEDA, ALBERTO (DIR. CONGR.), CANTERO MARTÍNEZ, JOSEFA (DIR. CONGR.) y PEMÁN GAVÍN, JUAN MARÍA (PR.), *Tratado de derecho sanitario*. 1 ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 170-171.

completa, que deja al alcance de todos los beneficiarios del Sistema Público de Salud toda la extensión de su cartera de servicios comunes, con independencia de la contingencia que haya provocado la necesidad sanitaria (Disposición Adicional Sexta de la LGS).

B. Perceptores de la prestación por nacimiento y cuidado de menor

Los beneficiarios de la prestación por nacimiento y cuidado de menor tienen acceso a la asistencia sanitaria como asegurados durante todo el tiempo en que perciban ésta. En el caso de las mujeres que son madres biológicas, les sigue siendo de aplicación las prerrogativas de la prestación por maternidad. El art. 42.1.a) de la LGSS de 2015 reconoce como parte de la acción protectora de la Seguridad Social, la asistencia sanitaria en los casos de maternidad. Además, la asistencia sanitaria llega a comprender más allá de la derivada de este hecho, ya que el art. 99 de la LGSS de 1974 protege a la trabajadora no solo después del parto, sino antes y durante el parto. El legislador entiende la singular situación de la prestación por maternidad, reconociendo la asistencia médica más allá del propio subsidio.

Es llamativo el aseguramiento universal de la mujer embarazada cuando ésta tiene derecho a percibir la prestación contributiva o no contributiva de la Seguridad Social, pero no cuando no tiene derecho a percibirla. No existe una protección sanitaria a aquellas mujeres embarazadas que no están de alta o en situación asimilada al alta en el sistema de la Seguridad Social, salvo la excepción de las que puedan encontrarse como aseguradas por residencia en España o ser beneficiarias de otro asegurado del sistema.

C. Perceptores de la prestación familiar y del Ingreso Mínimo Vital

La prestación familiar es un conjunto de prestaciones no contributivas que se dividen entre las de pago único y las de pago sucesivo. Estas últimas, también denominadas “*prestaciones por hijo a cargo*”, son las que permiten a sus beneficiarios tener reconocido el derecho a la prestación por asistencia sanitaria.

Con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el Ingreso Mínimo Vital (en adelante IMV)¹⁸⁴, se deroga la prestación

¹⁸⁴ Derogada posteriormente por la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el Ingreso Mínimo Vital.

familiar por hijo a cargo menor de edad sin discapacidad, siendo ésta sustituida por el IMV (siempre que se cumplan con los nuevos requisitos normativos de esta nueva prestación). Los perceptores del IMV estarán exentos del pago de productos farmacéuticos (Disposición Final Tercera, que modifica el art. 102 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio).

Se mantiene en vigor la prestación familiar por hijo a cargo discapacitado, la cual puede tener como causantes a menores de edad con una discapacidad igual o superior al 33%, o a mayores de edad con una discapacidad igual o superior al 65%. El reconocimiento de la asistencia sanitaria dependerá de la edad del causante y de su condición como beneficiario de la prestación.

Cuando el causante es menor de edad, el perceptor de la prestación económica será el progenitor del menor y, por consiguiente, al que se le reconoce la condición de asegurado de la asistencia sanitaria, mientras que su hijo, accede a ella como beneficiario. En el caso de los causantes mayores de 18 años, la percepción de la prestación económica es la que delimita quien es asegurado o beneficiario en la asistencia sanitaria. Si el perceptor de la prestación familiar es el causante mismo, éste tendrá la condición de asegurado del Sistema Público de Salud. Si el perceptor es el progenitor del mayor de edad discapacitado, aquél será el asegurado a efectos de la asistencia sanitaria, mientras que su hijo será su beneficiario.

En cuanto a la aportación farmacéutica, con la reforma del art. 102.8 de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, los beneficiarios de la prestación familiar estarán exentos de la aportación del coste de los productos farmacéuticos. La exención se mantiene aun cuando el perceptor de la prestación ya esté incluido en el Sistema Público de Salud como “*asegurado*” por otro motivo. Por ejemplo, un trabajador que esté de alta en la Seguridad Social y que también perciba la prestación familiar por su hijo tendrá la situación de asegurado del sistema por ser perceptor de prestación familiar, no como trabajador. Esto es así, porque es más favorable la aportación farmacéutica de la prestación familiar que la de trabajador de alta.

D. Perceptores de prestaciones por desempleo contributivo y no contributivo

Las prestaciones por desempleo contributivo y no contributivo, como no podría ser de forma distinta, tienen como parte de su acción protectora la asistencia sanitaria (art. 265.1.b) 3º de la LGSS de 2015). Los beneficiarios de estas prestaciones serán considerados asegurados del sistema de asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los demás perceptores de otros subsidios o prestaciones de la Seguridad Social.

Como peculiaridad importante a resaltar es que existe una gran diferencia en la situación del asegurado cuando este finaliza el desempleo contributivo en comparación a si finaliza el subsidio por desempleo.

En el primer caso, esto es, cuando se produce la extinción del desempleo contributivo se puede dar paso o no a la cobertura del desempleo no contributivo. Si el interesado pasa a cobrar éste, mantendrá la situación de asegurado por ser perceptor del subsidio. En caso contrario, pasará a ser asegurado del sistema por su situación de “*residente en España*”. En ambos escenarios, el interesado asumirá el coste de sus medicamentos, según las limitaciones de la aportación farmacéutica de un trabajador en activo y, por lo tanto, dado de alta en el sistema de Seguridad Social.

Cuando se finaliza el subsidio por desempleo, a diferencia de lo que ocurre con el desempleo contributivo, el legislador reconoce la posibilidad de seguir siendo “*asegurado por agotamiento del subsidio por desempleo*”. Esta situación es más beneficiosa que la de residente en España, ya que permite estar exento del pago de los productos farmacéuticos en su totalidad (art. 94.bis.8ºd de la Ley 29/2006, de 26 de julio). Se trata de una protección muy amplia que realiza nuestro legislador y que, a diferencia de los demás asegurados del sistema, no cuenta con ningún tipo de control por rentas. Esta situación solo cesa en el momento en el que el interesado vuelva a estar de alta en la Seguridad Social o cumpla con los requisitos de otra categoría de “*asegurado*”.

El anterior art. 3.2.d) de la LCCSNS indicaba que aquellas personas que hubiesen realizado trabajos por cuenta ajena o propia por un período inferior a seis meses podrían mantener la situación de “*asegurado por agotamiento del subsidio por desempleo*”, y, por tanto, la exención en el pago de medicamentos. Con el RDL 7/2018,

de 27 de julio, el art. ha sido modificado, aunque podríamos entender en vigor esta salvedad debido al mantenimiento de los conceptos de “asegurado” y “beneficiario”.

Este beneficio sin ninguna limitación genera una inseguridad jurídica en el sistema, ya que no hay forma de controlar ni garantizar que no haya un aprovechamiento injusto por parte del interesado.

E. Perceptores de la Renta Activa de Inserción

El último nivel de subsidio que podemos encontrar es la Renta Activa de Inserción (en adelante RAI), la cual no es una prestación de la Seguridad Social, sino una ayuda económica reconocida por las Comunidades Autónomas para aquellas personas desempleadas con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo¹⁸⁵. Se desarrolla a través del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, y se define como el último nivel de protección de los desempleados.

A nivel de asistencia sanitaria, a sus beneficiarios se les reconoce el estatus de *asegurado* con derecho a exención en el pago de medicamentos (Art. 94.bis.8ºb de la Ley 29/2006, de 26 de julio). Con carácter general se equipara el agotamiento de la RAI al agotamiento del subsidio por desempleo. Se mantiene un control estricto en cuanto a los incumplimientos del interesado, siendo posible la suspensión de su estatus de asegurado a través de cruces de información con las Comunidades Autónomas.

2.4. Los asegurados por ser residentes en España

Cuando no se pueda acreditar la condición de asegurado por cualquier otro precepto jurídico, ni tampoco incluir al interesado como beneficiario de otro asegurado, el legislador establece la posibilidad de reconocer el derecho a la asistencia sanitaria a través de la figura del “*asegurado por residencia*”¹⁸⁶. Se mantiene la condición de “*residente*” cuando uno permanece en España por periodos largos de tiempo, sin que sus traslados al extranjero superen los 90 días (art. 51.3 de la LGSS de 2015).

Normalmente, el derecho a la asistencia sanitaria como “*residente en España*” cesa cuando el asegurado se traslada a vivir a otro país, procediendo a darle de baja de nuestro sistema sanitario. La baja se realizará de oficio por el INSS, cuando haya

¹⁸⁵ LÓPEZ INSUA, BELÉN DEL MAR, 2015. La renta activa de inserción como instrumento de lucha contra la exclusión social. *La protección por Desempleo en España*. 1 ed. Murcia: Laborum, p. 390. En

¹⁸⁶ En el caso de los extranjeros existen más requisitos a tenerse en cuenta, los cuales se analizarán en los siguientes capítulos.

documentación fehaciente sobre la situación del interesado en nuestro país. Esto ocurre cuando uno solicita un formulario E-104, una Tarjeta Sanitaria Europea o un Certificado Sustitutorio Provisional. Para la emisión de estos formularios, el interesado debe declarar donde reside o si tiene intención de trasladarse a otro país. Con dicha declaración, se puede llevar a cabo la baja como asegurado del Sistema Público de Salud.

Con el anterior RD 1192/2012, el art. 8 recogía la obligación de notificación al INSS ante cualquier cambio que pudiera incidir el derecho a la asistencia sanitaria. El nuevo RD 7/2018 ha derogado este artículo. No obstante, no se excluye el deber de todas las personas vinculadas a la Seguridad Social de comunicar las variaciones que puedan generar cambios en las prestaciones percibidas. Cuando el INSS procede a la baja del asegurado, sus beneficiarios también serán dados de baja del Sistema Público de Salud. Ello, obviamente, salvo que exista alguna norma internacional que resulte de aplicación y permita la protección de estos¹⁸⁷.

Antes del RDL 7/2018, el art. 3 de la LCCSNS reconocía el derecho a la asistencia sanitaria por residencia en España a todas “*las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza (...) y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español*” siempre que no superaran el límite de ingresos de 100.000 euros anuales¹⁸⁸. Al superar este límite de ingresos, se procedía a la exclusión del interesado del Sistema Público de Salud.

A efectos de controlar los ingresos anuales, el INSS tenía en cuenta los ingresos íntegros obtenidos por rendimientos del trabajo, del capital, de actividades económicas y por ganancias patrimoniales declarados en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante IRPF). Se realizaban cruces¹⁸⁹ con la declaración de la renta del último ejercicio fiscal (del 1 de noviembre al 31 de octubre), teniendo en cuenta la suma del importe de las bases liquidables (general y del ahorro) de dicho impuesto. En el caso de la declaración del IRPF conjunta, el INSS tenía en cuenta la totalidad de los rendimientos declarados. Por tanto, si en conjunto superasen el límite previsto, ambos

¹⁸⁷ Se deberá estar al caso, siendo posible la exportación del derecho a través del Formulario S1 (profundizaremos sobre este aspecto en los siguientes capítulos).

¹⁸⁸ A través del RD 1192/2012 se impuso un límite de 100.000 euros.

¹⁸⁹ Los cruces de información siguen realizándose con el objetivo de modificar los porcentajes de pago en la prestación farmacéutica.

cónyuges no tendrían derecho a la asistencia sanitaria. En los casos en los que no existiese obligación de declarar el IRPF, se considerarían a los interesados por debajo del límite de ingresos exigido.

Cuando el interesado supera el indicado límite de ingresos, se le permite, en virtud del art. 6.2 del Decreto 2766/1967, permanecer asegurado al sistema durante una prórroga de 90 días¹⁹⁰. Una vez finalizada la prórroga, el interesado era expulsado como asegurado del Sistema Público de Salud. Consecuentemente, el residente español no beneficiario de la asistencia sanitaria pública no podrá acceder gratuitamente a los servicios médicos del Servicio Público de Salud. Su acceso solo era posible como paciente privado, esto es, previo pago de la atención médica requerida o el mantenimiento mensual de un convenio especial.

La limitación del acceso gratuito a los servicios sanitarios públicos se estableció sin ninguna justificación económica que la avalara. No se encuentra mención sobre ningún estudio económico ni estadístico en la memoria normativa del RDL, siendo su inclusión, resultado del debate político en el Congreso de los Diputados. Mucho contenido político, pero poco fondo legal. No nos sorprende pues, que dicho límite se declarase nulo por el Tribunal Constitucional en el año 2016, en su Sentencia núm. 139/2016, de 21 de julio.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 9º de la sentencia 139/2016, determinó la nulidad de la norma por motivos técnicos ya que el RDL 16/2012 no establecía ningún criterio sobre el límite económico a imponerse. Se trataba de una ley en blanco, que remitía toda la responsabilidad de concreción a su Reglamento de desarrollo. Como bien indica la sentencia, con la literalidad de la norma es imposible determinar quiénes tendrán dicha condición, dada la ausencia de criterio alguno respecto al límite de ingresos exigible. Eso deja la decisión en manos, no del legislador con la colaboración del Reglamento, sino exclusivamente a disposición de la determinación reglamentaria del Gobierno.

La declaración de nulidad reprocha la habitualidad de las normas de Seguridad Social de remitirse, de forma reiterada, a normas con rango inferior para completar su contenido. Como expone el profesor TORTUERO PLAZA,

¹⁹⁰ Este derecho fue suspendido a partir del 30 de julio del 2015, cuando entró en vigor la Ley 25/2015, de 28 de julio, la cual derogó el art. mencionado.

“Llama la atención el rigor en su aplicación en términos comparativos. Me refiero a la multitud de delegaciones que con frecuencia contienen las normas de seguridad social con rango de ley y que constituyen cartas en blanco para el legislador reglamentario, incluso el de menor jerarquía”¹⁹¹.

La restricción del acceso a la asistencia sanitaria a las personas con una renta superior a cualquier límite legal establecido no encuentra ninguna justificación, más allá de la voluntad política de contrarrestar los efectos de la exclusión de los inmigrantes en situación administrativa irregular. No es coherente excluir de igual forma tanto a los colectivos más vulnerables como a los colectivos más privilegiados. No se puede sostener en el mismo razonamiento que excluye a los inmigrantes irregulares por su falta de aportación económica a la financiación del Sistema Público de Salud y a su vez, excluye a las rentas más altas por el mero hecho de poder permitirse un seguro de salud privado. Ambos argumentos no caben en un planteamiento de Sistema Público de Salud universal.

2.5. Los emigrantes españoles retornados

La asistencia sanitaria, como las demás prestaciones no contributivas, vincula su reconocimiento a que el interesado resida en España. Por ello, podría llegar a defenderse que los españoles que residan fuera del territorio español no tienen acceso a nuestro Sistema Público de Salud. Sin embargo, nuestra legislación sí que protege a los emigrantes españoles en sus desplazamientos, sean estos temporales o definitivos.

La Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, se configura como el marco básico para establecer, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución, una política integral de emigración y de retorno que salvaguarde los derechos económicos y sociales de los ciudadanos españoles que residen en el exterior. El capítulo II del Título I de la Ley recoge derechos sociales y prestaciones, entre los que se incluye la asistencia sanitaria.

Las políticas sociales y sanitarias se desarrollan en el Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados, recoge la protección de este colectivo

¹⁹¹ TORTUERO PLAZA, J.L., 2016. *El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios. Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. 1ª ed., Murcia, Laborum, p. 61.

tanto en nuestro territorio nacional, como también en el extranjero, siendo este último caso por razones de extrema necesidad. Como requisitos están, el ser español de origen¹⁹², residir en el extranjero y no tener cubierto el acceso a la asistencia sanitaria con arreglo a las disposiciones de la legislación de Seguridad Social española, las del Estado de procedencia o de las normas o Convenios Internacionales de Seguridad Social establecidos al efecto. Debe entenderse que el derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria otorgado al amparo del Real Decreto 8/2008 se configura como residual, en ausencia de previsión específica de cobertura de dichas prestaciones incluida en alguna de las normas internas o instrumentos internacionales relacionados en el precepto.

En los desplazamientos temporales a España, los españoles de origen tendrán derecho a la asistencia sanitaria en territorio nacional siempre que se encuentren trabajando, sea por cuenta propia o ajena en el país de residencia, o sean pensionistas en estos u otros países extranjeros. Si el español retornado no cumple con estos requisitos no tendrá derecho a la asistencia sanitaria gratuita. A efectos de la prestación farmacéutica, los españoles desplazados temporalmente a España tendrán que cubrir el 40% del precio del medicamento.

En el caso de que el interesado residente en el extranjero sea pensionista español, tendrá derecho a la asistencia sanitaria de forma automática. La asistencia sanitaria gratuita en España es parte de la acción protectora de la pensión percibida¹⁹³. La asistencia sanitaria se reconocerá con una duración máxima de seis meses en el periodo de un año natural, no siendo posible su exportación fuera del territorio español.

Para hacer efectivo el reconocimiento del derecho, la Resolución de 25 de febrero de 2008, conjunta de la Dirección General de Emigración y de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, exige a los interesados:

¹⁹² Al amparo de los arts. 17 y 19 del Código Civil y de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre (Ley de Memoria Histórica), serán considerados españoles de origen: los nacidos de padre o madre española; los nacidos en España cuando sean hijos de padres extranjeros si, al menos uno de los padres, ha nacido en España (se exceptúan los hijos de diplomáticos); los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecen de nacionalidad (apátridas), o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad; los niños nacidos en España de cuyos padres se desconoce la identidad; los adoptados menores de edad y los mayores de edad en un plazo de 2 años a partir de la constitución de la adopción; y los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio.

¹⁹³ Criterio 2002/80 del INSS y escrito de la Dirección General del INSS 21/10/2011.

- Certificación literal de nacimiento que acredite la nacionalidad española de origen, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 17 del Código Civil.
- Certificación consular, en donde consten el alta y baja en el Registro de Matrícula expedida por el consulado del país de procedencia.
- Certificado emitido por la institución de Seguridad Social competente en el país de procedencia, acreditativo de que no procede la exportación del derecho a la prestación de asistencia sanitaria, o en su sustitución, informe de la Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales o de la Sección Laboral y de Asuntos Sociales o, en su defecto, de los Consulados o Secciones consulares de las Embajadas en el país de procedencia, relativo a la legislación vigente en el mismo respecto de la exportación del derecho a la prestación de asistencia sanitaria y su incidencia en la situación del interesado.

Cuando el retorno del español de origen a España sea definitivo, se le reconocerá el derecho a la asistencia sanitaria como *residente en España*, en las mismas condiciones que a los demás asegurados pertenecientes a este colectivo. Para ello, será necesario que presente la baja consular del país de donde proviene, así como su empadronamiento en España. En aquellos casos en los que el país de origen tenga algún acuerdo internacional con España para la exportación del derecho a la asistencia sanitaria, además de la documentación anterior, el interesado deberá aportar certificado negativo de exportación del derecho sanitario.

Antes de este reconocimiento pleno a todos los españoles retornados, nuestra legislación nacional ofrecía a los españoles retornados el acceso a una modalidad de convenio especial, regulada en el art. 16 de la Orden TAS 2865/2003, de 13 de octubre, cuyo objeto era “*el otorgamiento de las prestaciones de asistencia sanitaria, dentro del territorio español y en la extensión establecida para la misma*”¹⁹⁴. A partir del año 2015, con la entrada en vigor de la Ley 25/2015, de 28 de julio, la TGSS ya no realiza nuevas altas en este convenio, aunque los beneficiarios existentes, podrán seguir disfrutando del mismo para sí mismos y sus beneficiarios.

¹⁹⁴ En el caso de la prestación farmacéutica, a los beneficiarios del convenio especial, les correspondería abonar el porcentaje por medicamentos equivalente a lo abonado por los asegurados del sistema público de salud.

Desde la aprobación del RDL 16/2012, la cobertura sanitaria incluye y protege, en todo caso, a todos los españoles, sin ningún requisito, más allá de la residencia en territorio español.

Los emigrantes retornados también pueden acceder al subsidio por desempleo regulado en el art. 11 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril. Para ello, deben cumplir con los requisitos:

- De haber estado un mínimo de 6 meses trabajando fuera de España,
- Acreditar la fecha del retorno, el tiempo trabajado en el país extranjero o el periodo de ocupación cotizada,
- Aportar certificación de que no tiene derecho a prestaciones por desempleo en dicho país. Si lo tuviera y fuera miembro de la Unión Europea, sería de obligado cumplimiento exportar el subsidio junto al derecho de asistencia sanitaria a través el formulario U2.

El interesado que cobre el subsidio por desempleo tendrá acceso al Sistema Público de Salud a través de su prestación, pasando a ser asegurado del sistema sanitario nacional debido a su condición de desempleado.

Como hemos podido observar, el RD 8/2008, en consonancia con los desarrollos legislativos a partir del RDL 16/2016, busca dar protección sanitaria a los españoles retornados. Se exige como requisito fundamental, residir o permanecer durante un periodo de tiempo en territorio español. No obstante, el RD 8/2008 recoge una protección residual a los españoles que residan fuera del territorio nacional.

La asistencia sanitaria, en este caso, constituye parte de la acción protectora de la prestación “*por razón de necesidad*”, la cual, busca garantizar el derecho a percibir unos recursos mínimos para este colectivo. En lo que a la asistencia sanitaria se refiere, podrán beneficiarse de dicha cobertura:

- Los españoles de origen nacidos en territorio nacional;
- Los españoles de origen no nacidos en territorio nacional que puedan acreditar un período de residencia previa en España de al menos diez años ostentando su nacionalidad.

Para permitir la eficacia de este derecho, se ha llevado a cabo la firma de convenios de colaboración con entidades radicadas en 14 países para brindar atención médico-sanitaria a los beneficiarios de la prestación por razón de necesidad.

3. La condición de beneficiario

Al igual que el concepto de asegurado, el de beneficiario no viene definido en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, los beneficiarios comparten unos requisitos entre sí:

- No ostentar la condición de persona asegurada del Sistema Público de Salud,
- Residir de forma efectiva en España (salvo en el caso de los españoles de origen desplazados temporalmente en España), y
- Tener una relación de dependencia con un asegurado del sistema sanitario.

Los *beneficiarios* son sujetos a los que no se les reconoce por sí mismos el derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita, sino que disfrutan de ésta por derivación de un *asegurado*. El derecho de éste depende no solo el acceso del *beneficiario* al Sistema Público de Salud, sino también, las condiciones en las que puede disfrutar de las prestaciones sanitarias. En el caso de las prestaciones farmacéuticas, los beneficiarios harán frente al coste de los medicamentos en las mismas condiciones que el asegurado del que dependen. Esto también incluye las posibles exenciones a las que estarían sujetos los asegurados.

La relación entre *asegurado* y *beneficiario* se basa en una situación de dependencia familiar y económica. Los *beneficiarios* son miembros de la familia del asegurado, y deben depender económicamente del mismo, así como convivir con él¹⁹⁵.

3.1. Los familiares protegidos

Para adquirir la condición de beneficiario es necesario que el interesado sea familiar de un asegurado del Sistema Público de Salud. Sin embargo, no todos los familiares se encuentran protegidos, ya que es la propia norma la que establece quiénes podrán asumir el estatus de beneficiario de la asistencia sanitaria. A saber:

¹⁹⁵ Como podremos analizar más detenidamente en el siguiente epígrafe, estos últimos requisitos se han moderado para la mejor gestión de la prestación.

- a) Los descendientes del asegurado o de su cónyuge, de su excónyuge a cargo o de su pareja de hecho, siempre que sean menores de 26 años o mayores de 26 años si tienen una discapacidad igual o superior al 65%.

Desde la aprobación del SOE, los descendientes han estado protegidos como beneficiarios de asegurados del sistema sanitario. Esta protección se ha mantenido, adaptándose a los nuevos tipos de familia de nuestra sociedad. En la actualidad, debemos entender al descendiente no solo como el que lo es por consanguinidad, sino también por afinidad (descendientes del cónyuge, de la pareja de hecho o excónyuge).

Además de los hijos, el concepto descendiente incluye a los nietos. Los nietos serán beneficiarios de sus abuelos cuando sus padres no tengan el estatus de asegurado del Sistema Público de Salud. Estos casos se aplicarían a:

- Los menores de 26 años que no tengan el estatus de asegurados,
- Los extranjeros menores de 26 años sin derecho a ser asegurados del sistema,
- Los huérfanos menores de 26 años que no sean pensionistas.

El mantenimiento en esta situación se limita a los beneficiarios, que tengan una edad inferior a los 26 años, salvo que el interesado tenga reconocida una discapacidad del 65% o superior.

Los descendientes deben encontrarse a cargo del asegurado, lo que implica convivir y depender económicamente del mismo. No obstante, la dependencia de los descendientes es relativa¹⁹⁶. Los menores de edad no emancipados se presumen siempre a cargo de la persona asegurada. Los mayores de edad o menores emancipados solo se consideran dependientes económicamente cuando no tengan unos ingresos anuales que superen el doble de la cuantía del IPREM. En el caso de la convivencia, se entiende que la misma existe, aunque haya separación entre el asegurado y beneficiario, siempre y cuando sea por motivos laborales, de estudios o circunstancias similares.

Junto a los descendientes, nuestra normativa establece una protección similar a los familiares a los que considera “*casos asimilados*”. Se trata de los menores sujetos a tutela o al acogimiento legal, y los hermanos del asegurado.

¹⁹⁶ TOSCANI GIMÉNEZ, D., 2016. Los requisitos exigidos para ser asegurado o beneficiario, p. 81. En *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, 1ed. Laborum.

En el caso de los tutelados o acogidos legalmente, estos serán beneficiarios cuando su tutela o acogimiento es responsabilidad del asegurado, y también cuando lo es del cónyuge, pareja de hecho o ex cónyuge del asegurado.

En cuanto a los hermanos, estos pueden ser beneficiarios siempre y cuando no haya otro asegurado del que dependan. Se les aplica la misma limitación de edad que a los descendientes (26 años), salvo los discapacitados en un grado igual o superior al 65%.

- b) El cónyuge de la persona asegurada o la persona que conviva con ella en una relación de afectividad análoga a la conyugal (parejas de hecho), así como el excónyuge o separado judicial.

Al igual que los descendientes, tanto el cónyuge como el excónyuge de un asegurado tienen derecho a ser sus beneficiarios. La norma no exige una dependencia financiera por parte del cónyuge, pero sí en el caso del excónyuge, el cual debe cobrar una pensión compensatoria para poder acceder al derecho. La solicitud de inclusión la puede realizar el excónyuge sin la necesidad de una autorización previa por parte del asegurado. Un mismo asegurado puede tener como beneficiarios a su cónyuge y excónyuge.

En los casos de violencia de género, las esposas pueden mantener el derecho a la asistencia sanitaria, aunque dejarán de ser beneficiarias del asegurado. Si la víctima no pudiera seguir como beneficiaria de otro asegurado, o tener la condición de asegurada ella misma, se le reconocerá la situación de asegurada residente en España.

A diferencia de las normas anteriores, nuestro ordenamiento jurídico actual no solo ampara a los matrimonios, sino también a las parejas de hecho. Las parejas de hecho tienen los mismos derechos sanitarios que las parejas casadas, siempre y cuando estén debidamente inscritas en el Registro de parejas de hecho de su Comunidad Autónoma.

3.2. La situación de los recién nacidos en España

Los recién nacidos en España tienen derecho al acceso al sistema sanitario al ser menores de edad como tales cuentan con la protección de Ley Orgánica del Menor. Se

les reconoce como *beneficiarios* y dependientes directos del ascendiente que sea asegurado del Sistema Público de Salud y que conviva con él.

En el supuesto de que exista progenitor del que pueda depender como beneficiario, la inclusión del menor se realizará con la mera declaración responsable de aquél. No es necesaria la verificación de la filiación cuando el hijo es menor de tres meses. La depuración y comprobación de la filiación se realizará con posterioridad y de oficio por parte del INSS.

En el caso de los recién nacidos hijos de padres extranjeros asegurados, el derecho a la asistencia sanitaria se le reconocerá sin la necesidad de presentación del permiso de residencia español. La presentación de documentación relativa al país de nacionalidad del menor, siempre y cuando su inscripción como beneficiario se realice antes de cumplir los nueve meses de edad. Una vez cumplida esta edad, sí será obligatorio la presentación del permiso de residencia junto al número de identificación de extranjero.

Con independencia de la nacionalidad, el reconocimiento de los recién nacidos como beneficiarios de la asistencia sanitaria pública implica la inclusión de estos al sistema de la Seguridad Social. Esto conlleva, desde el RD-Ley 16/2012, la asunción de la competencia del reconocimiento del derecho al INSS, en la asignación del número de afiliación de la Seguridad Social¹⁹⁷ a cada recién nacido.

3.3. Los beneficiarios de los emigrantes españoles retornados

Los familiares de los emigrantes españoles retornados cuentan con la misma protección sanitaria que los asegurados de los que dependen. El RD 8/2008, de 11 de enero, reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los familiares de los españoles de origen que residan con el nacional emigrante retornado y que, de forma personal, no cuenten con cobertura alguna recogida en nuestra legislación de Seguridad Social nacional, en la de su Estado de procedencia o de cualquier norma o Convenio Internacional de Seguridad Social establecido al efecto.

¹⁹⁷ La posibilidad de la asignación de número de afiliación por parte del INSS y no por TGSS, se debe a una encomienda de gestión realizada a través de la Resolución de 12 de diciembre de 2005, de la Secretaría General Técnica.

No obstante, no todos los familiares gozan de este derecho. El grado de parentesco viene establecido por nuestra legislación interna, y se estará al listado de beneficiarios del momento del reconocimiento del derecho.

El acceso al Sistema Público de Salud del beneficiario depende de la estancia del asegurado. En el caso de los desplazamientos temporales, se podrá disfrutar de la asistencia sanitaria gratuita hasta un periodo máximo de 6 meses en un año natural. Si el desplazamiento es definitivo, la protección se extenderá durante el periodo de tiempo que residan asegurado y beneficiario en territorio español.

Al igual que los emigrantes retornados, los beneficiarios hasta el año 2015, también tenían la posibilidad de ser incluidos en el Convenio del art. 16 de la Orden TAS 2865/03. Desde la derogación del Convenio especial, quedan de forma residual algunos beneficiarios junto a sus respectivos asegurados.

4. La protección social de colectivos especiales

Como hemos podido observar, el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria ha evolucionado según las necesidades priorizadas por el legislador. Esto ha implicado la inclusión y exclusión de colectivos al acceso del Sistema Público de Salud. En nuestra regulación actual, se simplifica el reconocimiento en dos grandes grupos - *asegurados y beneficiarios*- que tienen derecho a una misma acción protectora. No obstante, las continuas reformas han permitido que determinados colectivos sigan teniendo derecho a la asistencia sanitaria con una serie de especialidades, sea tanto por el medio de reconocimiento como la extensión de su acción protectora.

En consecuencia, nos encontramos con dos posibles colectivos titulares del derecho: los de protección genérica y los de protección especial. De este grupo y los colectivos que los integran nos ocuparemos ahora.

4.1. Personas con discapacidad

Durante mucho tiempo, la protección social reconocida a las personas con discapacidad se limitaba a las pensiones asistencias del FONAS. La primera vez que se reguló una verdadera protección social a las personas con discapacidad fue en la Ley

13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI)¹⁹⁸. Dicha ley se aplicaba a *“toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”*. Con la LISMI, se recogió una acción protectora más amplia, que incluía asistencia sanitaria y farmacéutica gratuita, subsidio de garantía de ingresos mínimos, subsidio por ayuda de tercera persona y subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte (art. 12 de la ley).

El acceso a una asistencia sanitaria farmacéutica gratuita se desarrolló a través el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero. Los beneficiarios debían tener valorada un grado de discapacidad igual o superior a 33% y no tener derecho, por cualquier título, obligatorio o como mejora voluntaria, a las prestaciones de asistencia sanitaria del régimen general o regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social.

En el caso específico de los pensionistas de incapacidad permanente, el RD 945/1978 eximía a los pensionistas con carácter general al pago de productos farmacéuticos. Por tanto, los beneficiarios de pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social, aunque no pudieran acceder a la exención a través de la LISMI y del RD 383/1984, se encontrarían protegidos de igual manera en el ámbito de la asistencia sanitaria¹⁹⁹.

A estos requisitos específicos para el acceso a la prestación farmacéutica gratuita, los interesados deben cumplir con otros más genéricos recogidos en el art. 2 del RD 383/84, el cual excluía a todos los interesados que realizaran alguna actividad laboral y que cobrasen ayudas económicas análogas a las establecidas por la LISMI. Una vez cumplidos los requisitos personales y laborales, el RD también establecía una limitación económica, fijando un nivel de rentas personal a no ser rebasado²⁰⁰.

¹⁹⁸ Actualmente la LISMI ha sido sustituida por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

¹⁹⁹ Con la nueva Ley de Empleo de 3/2023, se equipara la discapacidad del 33% al reconocimiento del grado de incapacidad permanente total.

²⁰⁰ Art. 32.1. “Tendrán derecho a percibir las prestaciones reguladas en el presente Real Decreto sin perjuicio de lo que a efectos de la asistencia sanitaria y prestación farmacéutica se establece en la sección 1.ª del capítulo II, los minusválidos cuyos recursos personales sean inferiores en cuantía al 70 por 100, en cómputo anual del salario mínimo vigente en cada año. 2. En el supuesto de que el minusválido tenga personas a su cargo, el nivel máximo de recursos personales previsto en el número anterior se incrementará por cada una de ellas en un 10 por 100 del citado salario mínimo. 3. Cuando el minusválido

Las prestaciones de la LISMI se mantuvieron hasta el año 1990, hasta la aprobación de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas. Con esta nueva ley, también se reformó la LGSS de 1974, incluyendo en su texto normativo nuevas prestaciones al sistema de la Seguridad Social. Al mismo tiempo se derogaron algunos de los subsidios previstos en la LISMI: el subsidio de garantía de ingresos mínimos y el subsidio por ayuda de tercera persona (Disposición Adicional 9ª). La eliminación de los subsidios no fue total, pues se permitió a sus beneficiarios mantener el cobro de estos si no optaban a favor de las pensiones no contributivas (Disposición Transitoria Primera de la ley). Actualmente, los subsidios de la LISMI son gestionados por las Comunidades Autónomas y el IMSERSO.

Las pensiones no contributivas permiten a los discapacitados con un grado igual o superior al 65% de minusvalía y con edad comprendida entre 18 y 65 años, tener derecho a una prestación económica de 14 pagas mensuales. A diferencia de los subsidios de la LISMI, las pensiones no contributivas tienen como requisito un límite económico fijado en el nivel de rentas de la unidad familiar y no exclusivamente en las rentas personales del interesado.

El acceso a la asistencia sanitaria es un derecho que acompaña a las prestaciones de la Seguridad Social, por ello, tanto los subsidios de la LISMI como las pensiones no contributivas permiten a sus beneficiarios tener la condición de *asegurados* del Sistema Público de Salud.

Como perceptores de una prestación de la Seguridad Social, los pensionistas no contributivos tienen derecho a la asistencia sanitaria de nuestro Servicio Público de Salud, estando exentos de la aportación farmacéutica por la aplicación extensiva del RD 945/1978.

No obstante, ser portador de una discapacidad no genera de por sí el derecho a la asistencia sanitaria. En este sentido, la Secretaría de Estado de la Seguridad Social realizó un informe en contestación a una consulta realizada por el IMSERSO relativa a

forme parte de una unidad familiar de la que dependa, el nivel máximo de recursos personales, previsto en el número 1 del presente artículo se incrementará en un 10 por 100 por cada miembro de la familia, a excepción del propio minusválido. 4. En ningún caso los recursos totales que resulten de la aplicación de los incrementos establecidos en los números 2 y 3 anteriores podrán superar el importe del salario mínimo vigente cada año”.

la asistencia sanitaria y prestación farmacéutica de extranjeros discapacitados que residan legalmente en España, pero de forma temporal no lucrativa. La Secretaría de Estado negó la posibilidad de reconocer la asistencia sanitaria en aplicación de la LISMI. La ley recoge el derecho a la asistencia sanitaria de forma subsidiaria a cualquier otro título jurídico que permita el reconocimiento como asegurado o beneficiario del sistema, pero no es en sí un título jurídico que dé acceso al Sistema Público de Salud.

En el caso específico de los extranjeros, la normativa de extranjería exige el pago de un seguro privado para la concesión de la residencia en España en el caso de inmigrantes provenientes de terceros países y, en el caso de los comunitarios, cuando estos no trabajen en España o no puedan exportar el derecho de sus países de origen. Por tanto, los extranjeros al tener la obligación legal de mantener un seguro privado sanitario en aras de no repercutir en un coste al Estado español no pueden acceder a la protección de la LISMI.

En efecto, ser perceptor de la LISMI sí representa unas condiciones distintas en cuanto a la acción protectora a la que uno tiene derecho, ya que reconoce el derecho a la asistencia sanitaria farmacéutica gratuita. En este sentido, el art. 94 bis de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios recoge la exención en el pago por parte de las “*personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica*” y los “*perceptores de pensiones no contributivas*”. En el caso de las personas con discapacidad, la ley hace referencia a los perceptores de los subsidios de la LISMI (Disposición Adicional 6ª del RD 1192/2012) excluyendo a los discapacitados que tengan derecho a la asistencia sanitaria por otro título. Por tanto, los asegurados y beneficiarios que tengan reconocida una discapacidad, pero que no tienen reconocido el subsidio de la LISMI deberán participar en el pago de sus medicamentos.

El problema reside en que nuestra legislación actual todos los españoles tienen acceso a la asistencia sanitaria, con independencia de su título jurídico, ya que el RD-Ley 7/2018 extiende la protección a cualquier español que resida en territorio nacional. De esta forma, un español que perciba los subsidios de la LISMI nunca estaría exento del pago de los productos farmacéuticos, al encontrarse siempre protegido por la legislación vigente. No obstante, al ser el “*aseguramiento por residencia*” una situación

residual del sistema, ésta cede ante el estatus de beneficiario de una prestación no contributiva.

La LPGE del año 2021 extiende la exención en el pago de los productos farmacéuticos a los menores de edad con un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Este derecho se extiende hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, momento en el que el discapacitado deberá asumir el coste farmacéutico que le corresponda según su situación de asegurado o beneficiario del sistema.

La protección sanitaria de los discapacitados es dispar²⁰¹. Mientras los perceptores de los subsidios de la LISMI se encuentran exentos de realizar pagos farmacéuticos, al igual que los pensionistas no contributivos, los pensionistas contributivos de incapacidad permanente deben sujetarse al pago mínimo del 10% del precio de venta al público, pudiendo ascender al 60% del valor en determinados casos. Entre los colectivos perceptores de prestaciones no contributivas, también existen diferencias, ya que los pensionistas no contributivos pueden tener beneficiarios dependientes a los que también se les aplica la exención, mientras que los subsidiados de la LISMI no.

Aunque la diferencia se justifique en el hecho de que la exención se aplique a los perceptores de prestaciones no contributivas, es llamativo que no exista una protección similar a los perceptores de pensiones contributivas. Podemos entender, que lo fundamental en estos casos no es tanto la protección al colectivo portador de discapacidad, sino más bien, una protección a los colectivos menos favorables económicamente.

La STS de 17 de mayo del 2011²⁰² se ha ocupado de la desigualdad en la gratuidad de la prestación farmacéutica de las personas con discapacidad. El Tribunal entiende que no es de aplicación el art. 14 de la CE ya que no es comparable la situación jurídica de una persona que no ha contribuido para el sistema o que ha sido excluida de la Seguridad Social con alguien que ha estado en activo dentro del sistema. El legislador tiene la facultad de decidir sobre la cobertura que se debe dar a las prestaciones, lo que

²⁰¹ GARCÍA ROMERO, B., 2016. El derecho a la prestación farmacéutica para personas con discapacidad y el dispar régimen de participación. *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. 1 ed. Laborum, p. 752.

²⁰² STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 17 mayo 2011. Recurso de casación para la unificación de la doctrina 147/2010. Ponente: Ilmo. D. José Luis Gilolmo López. Aranzadi RJ\2011\4983.

puede incluir la asistencia sanitaria totalmente gratuita o no, dependiendo de si uno cobra una pensión contributiva o no contributiva.

4.2. Ministros de culto

Los ministros de culto comprenden a todos aquellos profesionales que se dedican a labores relativas a la liturgia de la religión que profesan. La singularidad del trabajo que realizan se ve reflejada en la aplicación de excepcionalidades al sistema de Seguridad Social, tanto en las prestaciones a las que tienen derecho, así como en el encuadramiento dentro del Régimen General o de Autónomos. Estas especialidades se observan con más intensidad en el caso de los ministros de culto católicos, debido a la estrecha relación que siempre ha tenido el estado español con esta religión.

La protección social de los ministros de culto católicos surge, al igual que los demás movimientos obreros de los siglos XIX y XX, como un sistema de aseguramiento privado, que posibilitaba a los clérigos impedidos de realizar su oficio cobrar una pensión eclesiástica. El mantenimiento económico de la pensión recaía en los clérigos activos en el oficio, los cuales se responsabilizaban individualmente del clérigo pensionista²⁰³. Una forma muy rudimentaria de ahorro, que hacía depender el cobro de la prestación de la existencia de otros clérigos que mantuvieran unos ingresos mínimos que pudieran hacer frente al coste de las pensiones.

Al igual que los seguros privados creados a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX para los trabajadores comunes, el sistema de aseguramiento clerical privado entró en crisis, debido a la falta de respaldo financiero que pudiera mantener su supervivencia. Esto impulsó la creación de un verdadero sistema de asistencia social propio. Se fundaron así los Fondos Diocesanos, así como las Mutualidades clericales, siendo la más importante la Mutual del Clero (1943), la cual otorgaba “*prestaciones de asistencia sanitaria y mínimas de índole económica*”²⁰⁴.

A partir del Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto, los clérigos diocesanos de la Iglesia Católica pasan a estar asimilados a los trabajadores por cuenta ajena. Desde entonces se les aplica la acción protectora del RGSS, a excepción de las prestaciones de incapacidad temporal, protección familiar y desempleo. Con el Real Decreto 1613/2007,

²⁰³ ORTIZ CASTILLO, F., 2016. *La Seguridad Social de los ministros de culto, religiosos y secularizados*. 1 ed. Laborum, p. 30.

²⁰⁴ ORTIZ CASTILLO, F., *op. cit.*, p. 33.

de 7 de diciembre, se actualiza el listado de prestaciones excluidas: la incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural y el desempleo. Aunque es entendible la exclusión de las prestaciones familiares, por ser contrarias a los dogmas católicos, resulta llamativo que no se pueda acceder a la prestación de incapacidad temporal o desempleo, ya que ser clérigo no impide a uno de enfermar, ni tampoco de ser apartado de sus funciones como religioso por parte de su Congregación, como si de una especie de despido se tratase. Desde la perspectiva legal, se excluye a un colectivo que realiza trabajos para un tercero de una plena protección sociolaboral sin una explicación coherente.

Se entienden sujetos al RGSS los clérigos diocesanos que desarrollan su actividad pastoral al servicio de Organismos diocesanos o supradiocesanos. Los demás religiosos quedan excluidos de este régimen, siendo incluidos obligatoriamente en el RETA a través del Real Decreto 3325/1981, de 29 de diciembre. Se entienden por religiosos a aquellos que hayan realizado los votos temporales o los perpetuos, excluyéndose así a los novicios.

En 1984, con la publicación de la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 5 de enero de 1984, se reconoció la posibilidad de que estos colectivos pudieran colaborar voluntariamente en la gestión de las prestaciones como la asistencia sanitaria y la incapacidad temporal. El 9 de enero de 1984 se suscriben los Conciertos entre el INSS, el INSALUD, las Conferencias Españolas de Religiosos y Religiosas, y la Conferencia Episcopal Española. La asistencia sanitaria de este colectivo se llevaba a cabo según las condiciones del Convenio firmado por la Orden o Congregación.

No obstante, la voluntad de colaboración voluntaria de la gestión de la asistencia sanitaria no se mantuvo durante mucho tiempo. Un mes después, la Resolución de la Secretaría General para la Seguridad Social de 7 de febrero de 1984 habilita la posibilidad de cesar esta colaboración. Así, se abre la posibilidad de que coexistan religiosos con acceso a la asistencia sanitaria pública y otros que no. El reconocimiento del derecho depende de la adhesión o mantenimiento de la Congregación u Orden a un Convenio de colaboración. La Mutualidad que se hizo cargo de la asistencia sanitaria de los religiosos es SERAS, Mutualidad de seguros a prima fija.

Esta situación de mantiene estable durante más de 20 años, hasta que se aprueba la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 25 de julio de 2019, la cual, suprime por un lado a todos los Convenios de colaboración, y por otro, permite que los religiosos encuadrados en el RETA puedan disfrutar de la asistencia sanitaria como cualquier trabajador dado de alta en el sistema de Seguridad Social.

La Resolución se basa en la extinción de la modalidad de colaboración en la gestión de la asistencia sanitaria aprobada en 2008. Al quedar abolida para todo el sistema de Seguridad Social, no era razonable mantenerla para este colectivo. Además, esta situación se ve contrastada a partir del año 2012, con el acceso al Servicio Nacional de Salud de los profesionales liberales que no forman parte del sistema de Seguridad Social, al estar contribuyendo con su Mutualidad privada. Este grupo de profesionales, hasta el momento excluidos del derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita, pasan a acceder a la Sanidad Pública en condición de “*residente en España*”. Por tanto, el veto a los religiosos católicos se hace insalvable dentro de las características del nuevo modelo de asistencia sanitaria.

Aunque la relación con el sistema de Seguridad Social sea distinta, actualmente, tanto los clérigos encuadrados en el RGSS como en el RETA tienen acceso al servicio público de salud debido a su condición de trabajador. No obstante, hasta el año 2019, el acceso a la asistencia sanitaria pública de los religiosos católicos incluidos en el RETA dependía de si su Congregación u Orden tenía o no un concierto de colaboración. En cualquier caso, se excluía de esta colaboración a las monjas y religiosas de vida contemplativa.

Las demás confesiones que tienen acuerdos con España²⁰⁵, encuadran a sus ministros de culto en el RGSS. En consecuencia, como trabajadores por cuenta ajena tienen acceso a la acción protectora de la Seguridad Social, con algunas especialidades y exclusiones en el caso de los subsidios y prestación por desempleo. En el caso de la asistencia sanitaria se reconoce el acceso a la sanidad pública como los demás trabajadores del RGSS.

²⁰⁵ Ministros de culto de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, de Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas, Imanes de las Comunidades integradas en la Comisión Islámica de España, Clérigos de la Iglesia Ortodoxa Rusa del Patriarcado de Moscú en España y miembros de la Orden religiosa de los Testigos de Jehová en España.

4.3. Afectados por el Síndrome Tóxico

El Síndrome Tóxico, como es sabido, es una enfermedad que se ocasionó por la ingesta de aceite de colza contaminado, vendido como aceite de oliva a bajo precio en 1981²⁰⁶. Se trata de una afección pulmonar que ocasionó una súbita epidemia, llegando a afectar a casi 20.000 personas, con un total de 475 fallecidos y aproximadamente 2.600 personas en situación de invalidez permanente²⁰⁷. Frente a este nuevo síndrome, el Gobierno aprobó una serie de ayudas asistenciales y económicas para paliar los efectos de la enfermedad.

En el caso de la asistencia sanitaria, todos los servicios y prestaciones se dispensaron gratuitamente, con independencia de la vinculación del interesado con el sistema de la Seguridad Social. La identificación de los afectados por el Síndrome Tóxico se llevó a cabo a través de una cartilla, y posteriormente, con su inclusión en un censo nacional.

La Dirección General del Instituto Nacional de la Salud emitió la primera Resolución el 28 de agosto de 1981²⁰⁸, estableció el carácter gratuito de las prestaciones farmacéuticas a todos los afectados por el Síndrome Tóxico.

En el caso de los gastos sanitarios que ya hubiesen sido soportados por los afectados, la Orden de 7 de septiembre de 1981²⁰⁹ dispuso el reintegro íntegro del valor total gastado. A su vez, esta misma Orden, incluyó la asistencia sanitaria psiquiátrica gratuita, lo que supuso una novedad de gran calado habida cuenta que se trataba de un servicio que no formaba parte hasta el momento del catálogo de servicios sanitarios disponibles en el Sistema Nacional de Salud.

La Resolución de 12 de septiembre de 1981 de la Secretaría de Estado de Seguridad Social²¹⁰ incluyó también otras prestaciones, como el abono de los gastos producidos por el tratamiento rehabilitador recibido a domicilio, los gastos de transporte para el desplazamiento a centros de tratamiento rehabilitador, la lactancia artificial en

²⁰⁶ HERNÁNDEZ MARTÍN, G. y MARTÍNEZ PÉREZ, J., 2011. Cambio político, enfermedad y reforma sanitaria: la respuesta asistencial al Síndrome del Aceite Tóxico (España 181-198). *Asclepio: Revista de historia de la medicina y de la ciencia*, Vol. 63, Fasc. 2, pp. 521- 526.

²⁰⁷ GUERRA MUÑOYERRO, C., 1995. *La protección social de los afectados por el síndrome tóxico*. Madrid: Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, D.L., p. 27.

²⁰⁸ BOE núm. 215, de 8 de septiembre de 1981.

²⁰⁹ BOE núm. 215, de 8 de septiembre de 1981.

²¹⁰ BOE núm. 221, 15 septiembre 1981.

casos en que no pueda realizarse la lactancia natural y el abono de los gastos producidos por la necesidad de utilizar prótesis de apoyo.

Toda esta amplia gama de derechos fue recogida con posterioridad en el Real Decreto 2448/1981, de 19 de octubre, sobre protección a los afectados por el síndrome tóxico y en la Orden de 23 de noviembre de 1981 para la aplicación y desarrollo del indicado Real Decreto.

Como podemos observar, en el caso de la asistencia sanitaria gratuita, el legislador la amplió a todos los afectados con independencia de la protección social a la que tuvieran derecho. Además, como se ha indicado, se añadió al catálogo de servicios sanitarios prestados de forma gratuita prestaciones que no formaban parte del Sistema Nacional de Salud.

La financiación de la asistencia sanitaria dispensada a este colectivo provenía de las *“partidas presupuestarias asignadas al Programa Nacional de atención y seguimiento, y con posterioridad, al Plan Nacional para el Síndrome Tóxico”*²¹¹.

Actualmente, la exención de la aportación en la prestación farmacéutica a los afectados por el síndrome tóxico se encuentra regulada en el art. 102.8 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

4.4. Personas con derecho a la asistencia sanitaria solo por contingencias profesionales

Existen colectivos que debido a la particularidad de las actividades que prestan a terceros no se encuentran asegurados por contingencias comunes. De las prestaciones a las que no tienen acceso se incluye la asistencia sanitaria, de tal manera que no se les reconoce la condición de *asegurados* del Servicio Público de Salud, pero sí se les protege ante un infortunio derivado de contingencias profesionales.

Prestaciones personales obligatorias a Ayuntamiento o Entidades Locales

Los individuos que realizan prestaciones personales obligatorias a Ayuntamientos o Entidades Locales no se consideran trabajadores, ya que el ET les excluye de su ámbito de aplicación en el art. 1.3.b), pero quedan protegidos por el

²¹¹ GUERRA MUÑOYERRO, C., *op. cit.*, p. 129.

sistema de la Seguridad Social frente a las contingencias profesionales. El Real Decreto 2765/1976, de 12 de noviembre, establece que *“las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de contingencias profesionales se otorgarán con el mismo alcance y condiciones que en el Régimen General”*. Dichas prestaciones serán compatibles con otras a las que tuviera derecho el interesado a nivel personal.

Trabajadores de colaboración social

En esta misma línea de protección, nos encontramos con los trabajadores de colaboración social. Según el capítulo V del Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, *“las Administraciones Públicas podrán utilizar trabajadores perceptores de las prestaciones por desempleo sin pérdida para éstos de las cantidades que en tal concepto vinieran percibiendo, en trabajos de colaboración temporal”*. De esta forma, los interesados mantendrían la asistencia sanitaria reconocida por ser perceptores de la prestación por desempleo, y a la vez, tendrán acceso a la prestación por asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales.

4.5. La población reclusa

La asistencia sanitaria prestada a las personas privadas de libertad y que cumplen su pena dentro del sistema penitenciario español difiere según la causa o necesidad del servicio médico requerido. La asistencia sanitaria se puede prestar ante lesiones generadas en el desarrollo de una actividad laboral dentro de los talleres penitenciarios o por un motivo sanitario común, sin nexo causal con una actividad laboral.

Los reclusos, con independencia de que realicen o no actividades laborales dentro del centro penitenciario, tienen derecho a la asistencia sanitaria de forma íntegra, la cual se presta dentro de los marcos legales de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

El servicio sanitario se presta en las dependencias penitenciarias y en los centros hospitalarios establecidos según los convenios firmados entre el Ministerio del Interior y las Comunidades Autónomas. La responsabilidad ante la prestación por asistencia sanitaria recae en la Administración Penitenciaria, la cual financiará el coste del servicio sanitario dispensado a los reclusos. Aunque esta competencia esté clara en la LO 1/1979

al establecer en su art. 3.4 que “*la Administración penitenciaria velará por la salud de los reclusos*”, y en el RD 190/1996, en su art. 207.2, que la “*financiación será a cargo de la Administración Penitenciaria*”; la cuestión sobre el responsable del pago de los servicios utilizados ha sido objeto de discusión.

La STS núm. 222/2019, de 21 de febrero, de la Sala del Contencioso-administrativo²¹², aclara que el coste debe ser asumido por la Administración Penitenciaria, la cual debe pagar a las Comunidades Autónomas las facturas giradas por la prestación de la asistencia sanitaria prestada dentro de su territorio por su Servicio Público de Salud. En este caso en concreto, el Ministerio del Interior se negó a abonar las facturas emitidas por el Sistema Público de Salud de Madrid por los servicios prestados a determinados reclusos, ya que consideraba que deberían asumir ese coste ya que tenían la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Público de Salud.

El Tribunal Supremo no acepta la argumentación del Ministerio del Interior, pues la Administración Penitenciaria tiene una obligación legal de garantizar a los internos la asistencia sanitaria debida, no siendo posible imputar el coste a las Comunidades Autónomas, ya que no existe una disposición legal que así lo manifiesta en el caso de los reclusos que son asegurados o beneficiarios de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social por título jurídico propio.

La normativa aplicable impone a la Administración Penitenciaria garantizar a los internos la asistencia sanitaria, sea con medios propios, sea con medios concertados. Tal exigencia, que se desprende nítidamente de los arts. 208 y 209 del Reglamento Penitenciario, no permite diferenciar entre *atención primaria* y *asistencia especializada* para imputar solo el coste de la primera, pues a la administración penitenciaria la prestación de ambas constituye una de sus obligaciones y, en consecuencia, a su cargo. Tampoco es posible imputar el coste de la prestación a la Administración Sanitaria de la Comunidad Autónoma por la sola circunstancia de que el paciente goce por sí mismo de los beneficios de la Seguridad Social.

La sentencia, cuenta con un voto discordante del Magistrado Nicolás Maurandi Guillén que defiende que el coste de la asistencia sanitaria dispensada en centros sanitarios integrados en el Servicio Madrileño de Salud a personas que son internos y a

²¹² STS (Sala del Contencioso-administrativo, Sección 2ª) núm. 222/2019, de 21 de febrero. Recurso de casación 4544/2017. Ponente: Ilmo D. Jesús Cudero Blas. ARANZADI RJ 2019\616.

su vez, asegurados o beneficiarios del Sistema Público de Salud, deben ser asumidos por la Comunidad Autónoma. Según el Magistrado, solo es posible la imputación del gasto al Estado cuando el preso no tenga derecho a la asistencia sanitaria a través de la legislación vigente. De esta forma, el Estado actuaría como tercero obligado al pago, haciendo frente a los gastos de un paciente privado que accede a los servicios del Sistema Público de Salud de la Comunidad Autónoma donde se encuentre.

Ahora bien, aunque la cuestión a dirimir es quién es el sujeto obligado al pago, el Estado o la Comunidad Autónoma. Como los argumentos esgrimidos en la sentencia se restringen al contenido de la letra de la Ley y del Reglamento Penitenciario, el conflicto puede no haberse cuando definitivamente existe una vía argumental no explorada: las competencias en materia penitenciaria de las Comunidades Autónomas.

Hasta la promulgación de la CE, las competencias penitencias dependían exclusivamente de la Administración Central. No obstante, con la configuración de las Autonomías, se permitió la asunción de competencias penitenciarias por parte de estas. De las diecisiete Comunidades Autónomas, solamente Cataluña y País Vasco han asumido las competencias sobre “*ejecución de la legislación del Estado en materia penitenciaria*”²¹³. Ambas autonomías se responsabilizan de la conservación de las instalaciones y de los recursos humanos necesarios para el mantenimiento de los reclusos, incluida su salud. Así, existe, por un lado, estas dos Autonomías que asumen estas competencias y estos gastos como propios, mientras todas las demás se mantienen al margen, siendo la Administración Central Penitenciaria la encargada de gestionar los establecimientos penitenciarios y de prestar los servicios sanitarios necesarios. En estos casos, la Administración Central concierta los servicios directamente con el Sistema Público de Salud de la Comunidad Autónoma donde esté localizado el Centro Penitenciario. En definitiva, los servicios se prestan por las Comunidades Autónomas en ambos casos, siendo la diferencia el Organismo que asume como suyo el coste de los servicios.

Debido al escaso acogimiento por parte de las Comunidades Autónomas en cuanto a las competencias en materia de salud penitenciaria y, como contrapartida, la mayor asunción del coste por parte del Estado de estos servicios se incluyó en la

²¹³ BARRIOS FLORES, L.F., 2013. *Régimen jurídico de la sanidad penitenciaria*. En CANTERO MARTÍNEZ, J. (dir.) y PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), 2013. *Tratado de derecho sanitario (vol. I)*. 1 ed. Cizur Menor (Navarra) Aranzadi, p. 218.

LCCSNS la Disposición Adicional Sexta, la cual obligaba “*en el plazo de 18 meses desde la entrada en vigor de esta ley, la integración de los servicios sanitarios penitenciarios en el Sistema Nacional de Salud*”. De las dos Comunidades Autónomas que ya habían asumido competencias en materia penitencias, solo el País Vasco desarrolló de forma efectiva la financiación de los servicios sanitarios de los presos²¹⁴. Cataluña, aun habiendo asumido las competencias, aun no las ha desarrollado en materia sanitaria. Las demás Comunidades Autónomas no han gestionado aun la integración de los servicios sanitarios penitenciarios a su Sistema de Salud.

Llegados a este punto, si retomamos el caso analizado por el Tribunal Supremo, nos encontramos con una Comunidad Autónoma que no ha asumido las competencias en materia penitenciaria. Por tanto, es el Estado el que debe hacer frente a los gastos sanitarios ocasionados por los reclusos en materia de asistencia sanitaria, sea proporcionando los servicios sanitarios o, como pasó en este caso, concertando los servicios a la Comunidad Autónoma donde se situaba el complejo penitenciario.

Por su parte, los internos que realizan una actividad laboral, según el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, gozan de la acción protectora de la Seguridad Social, incluida la asistencia sanitaria.

Los condenados a realizar trabajos en beneficio de la comunidad, solo estarán “*incluidos en la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social a efectos de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por los días de prestación efectiva de dicho trabajo*”. Por tanto, como otros colectivos, el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, restringe la acción protectora a la que tiene derecho este colectivo, solo teniendo acceso a la asistencia sanitaria por contingencias profesionales.

4.6. Actividades sujetas a seguro sanitario obligatorio

El art. 83 de la LGS determina la exclusión de la financiación pública de los gastos sanitarios ocasionados en la realización de actividades que requieran la contratación de un seguro obligatorio. La obligación de abonar un seguro privado se establece por ley y es ineludible, aunque el interesado sea titular del derecho a la asistencia sanitaria pública (tanto como asegurado como beneficiario). La utilización del

²¹⁴ BARRIOS FLORES, L.F., *op. cit.*, p. 219.

Servicio Público de Salud para la curación y tratamiento de lesiones derivadas de esas actividades de obligado aseguramiento implica la imputación del coste a un tercero responsable²¹⁵, no siendo asumida por el Sistema Público de Salud.

Deportistas federados

La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte contempla en su art. 59 que la participación en competiciones oficiales de ámbito estatal exige “*estar en posesión de un seguro obligatorio que cubra los riesgos para la salud derivados de la práctica de la modalidad deportiva correspondiente*”.

La práctica deportiva realizada por el ciudadano “*constituye una prestación ordinaria del régimen de aseguramiento sanitario del sector público que le corresponda*”.

Por tanto, solo la realización de actividades deportivas en un ámbito de competición oficial estará sujeta al aseguramiento obligatorio. Las lesiones ocasionadas en actividades recreativas podrán ser tratadas por el Servicio Público de Salud, siempre y cuando el interesado sea asegurado o beneficiario del mismo. Las prestaciones sanitarias mínimas contenidas en el seguro vienen estipuladas en el anexo del Real Decreto 849/1993, de 4 de junio, por el que se determina las prestaciones mínimas del Seguro Obligatorio Deportivo.

El hecho de tener acceso gratuito al Servicio Público de Salud no implica costear todos los gastos ocasionados en la realización de una actividad deportiva. Ejemplo de ello son los deportes considerados “*de riesgo*”, los cuales pueden implicar acciones de rescate cuando ocurren accidentes en el desarrollo de su práctica. En este supuesto, los medios utilizados para el rescate del interesado serán a su cargo (o el de su seguro), no siendo asumidos por la Administración Pública que pone a disposición los equipos de emergencia.

La finalidad del seguro obligatorio deportivo es ofrecer seguridad sanitaria en un entorno específico, atendiendo al principio de especialidad de los riesgos²¹⁶. Es un seguro de ámbito nacional, cuyos tomadores son las federaciones deportivas. Tiene

²¹⁵ También el art. 168.3 de la LGSS de 2015.

²¹⁶ TRILLO GARCÍA, A.R., 2015. *La seguridad social de los deportistas: régimen jurídico y doctrina jurisprudencial*. 1 ed. Cizur Menor, Navarra: Lex Nova, 2015, p. 189.

carácter colectivo, pues asegura a todos los deportistas federados con independencia de las actividades deportivas que realicen y los riesgos que acarree su práctica. El servicio médico se presta por la aseguradora con la que se haya contratado el seguro. Por tanto, la administración la que prestase la asistencia sanitaria la otra entidad aseguradora contratada tiene la obligación de reintegro de los gastos producidos²¹⁷.

Seguro de caza

Además del seguro obligatorio de los deportistas federados, existe una serie de situaciones potencialmente peligrosas a las que nuestra legislación obliga el aseguramiento. Es el caso del seguro de caza. La Disp. Ad. Única del Real Decreto 63/1994, de 21 de enero, del Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador, recoge el derecho de las entidades gestoras del Sistema Nacional de Salud de reclamar a las entidades aseguradoras el importe de la asistencia sanitaria y farmacéutica que hubieran prestado a los terceros perjudicados por la práctica deportiva de la caza.

4.7. Trabajadores y funcionarios de organismos intergubernamentales

Los trabajadores y funcionarios de organismos intergubernamentales (por ejemplo, las Instituciones Europeas) se encuentran protegidos por los seguros sociales especiales que gestionan las propias organizaciones internacionales. Tal adscripción aseguradora puede generar situaciones de desventaja para los españoles que trabajan para estos organismos, ya que, al no estar incluidos en un sistema público de Seguridad Social, pueden verse en situaciones de desventaja frente a la acción protectora que reconoce nuestro sistema de Seguridad Social nacional. Por ello, el legislador nacional aboga por convenios especiales que permitan a los españoles, tanto residentes como no residentes en España, tener una cobertura de protección dentro de nuestro sistema, pudiendo acceder a sus prestaciones sin ningún tipo de restricción.

En el caso de los no residentes en España, el Real Decreto 2805/1979, de 7 de diciembre, regula un convenio especial que permite a los españoles que así lo deseen, contribuir para el acceso a una acción protectora en territorio nacional. No obstante, este convenio no recoge la asistencia sanitaria.

²¹⁷ Es común que las pólizas de seguros incluyan cláusulas de exclusión de responsabilidad sobre la asistencia sanitaria prestada por un tercero no autorizado. TRILLO GARCÍA, A.R., *op. cit.*, p. 194.

Con los residentes, sí se incluye a la asistencia sanitaria como parte de la acción protectora, siendo posible la realización de un convenio especial cuya única prestación incluida sea ésta. El art. 14 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, y el Real Decreto 1658/1998, de 24 de julio, permiten otorgar prestaciones de asistencia sanitaria, tanto para el interesado como para sus familiares, en las condiciones y con la amplitud establecida para las mismas, por causa de enfermedad común, maternidad o accidente no laboral, en el Régimen General de la Seguridad Social. Se reconoce esta posibilidad a todos los interesados que *“no tengan derecho a la asistencia sanitaria, con carácter obligatorio, en cualquier Régimen del Sistema de la Seguridad Social”*.

En todo caso, con el actual RDL 7/2018, todos los españoles residentes en España que no estén incluidos en el Sistema de Seguridad Social tienen derecho a la asistencia sanitaria de forma subsidiaria, a través de su nacionalidad y de su condición como residente en el territorio nacional. Por tanto, el mantenimiento del convenio especial es evitable.

4.8. Menores de edad tutelados por la Administración Pública

Los menores de edad españoles o extranjeros que se encuentren tutelados por las Comunidades Autónomas tienen derecho a la asistencia sanitaria a título propio como *asegurados*. Esto se recoge por primera vez en el art. 2.2 del RD 1192/2012. La Administración Pública competente de ejercer la tutela es la que solicite el reconocimiento del derecho del interesado, siendo suficiente para ello cualquier certificado que se expida por ella misma para tal trámite. Cualquier variación, o la misma extinción de la tutela, deben ser comunicadas al INSS por parte de la Comunidad Autónoma.

4.9. Menores de edad sin ascendientes con condición de *asegurados*

Los españoles menores de edad que no cuenten con ascendientes asegurados, aunque no estén bajo la tuta administrativa, tendrán derecho a la asistencia sanitaria a título propio como *asegurados*. Se trata de casos en los que los ascendientes son inmigrantes en situación administrativa irregular o inmigrantes sin derecho a la asistencia sanitaria pública, y sus hijos son españoles. Son menores que por su nacionalidad, gozan del derecho a la asistencia sanitaria pública sin restricciones. Se trata de una forma específica de reconocer el derecho a aquellos sujetos que, de otro

modo, serían asegurados por *residencia en España*²¹⁸, con las limitaciones que implica esta situación. Para el reconocimiento del derecho, lo deben solicitar los progenitores a favor de los menores.

²¹⁸ Se le brinda un aseguramiento específico debido a la excepcional protección de nuestro ordenamiento jurídico a Través de la LO 1/1996.

CAPÍTULO III

**PECULIARIDADES EN EL
RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A
LA ASISTENCIA SANITARIA EN LOS
REGÍMENES ESPECIALES DE LA
SEGURIDAD SOCIAL**

CAPÍTULO III. PECULIARIDADES EN EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA EN LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Introducción

La LBSS de 1963 el sistema de Seguridad Social se configura con un Régimen General y varios otros denominados *especiales*. Aunque el legislador ha intentado unificar todos regímenes, la separación entre el Régimen General y los regímenes especiales se ha mantenido debido a las necesidades de los trabajadores encuadrados en cada régimen. De los regímenes especiales existentes en la actualidad: el de los funcionarios públicos, los trabajadores del mar y los estudiantes son los que cuentan con una regulación específica en cuanto a la prestación de asistencia sanitaria.

2. El Régimen Especial de los Funcionarios

2.1. Introducción

La LCCSNS excluye de su ámbito de aplicación a todas “*las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas*”. El legislador permite la coexistencia del régimen público de asistencia sanitaria con el sistema especial destinado a los funcionarios, el cual se puede prestar a través de medios sanitarios públicos o privados.

Las Mutualidades existentes (MUFACE, MUGEJU e ISFAS) son responsables de la gestión del derecho a la asistencia sanitaria. Reconocen el derecho y permiten a través de convenios, que los funcionarios públicos puedan acceder a la asistencia sanitaria privada. Anualmente, los funcionarios adscritos a estas entidades pueden elegir entre tener una cobertura sanitaria pública a través del Servicio Público de Salud o, privada, a través de las entidades aseguradoras con las que haya convenio firmado.

Con la reforma del apartado sexto del art. 3 de la LCCSNS, el RDL 16/2012 recogió de forma expresa la singularidad del Régimen Especial, estableciendo que, “*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*”. Además, en su segundo párrafo, el art. 3.6 señala que “*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”.

2.2. La evolución histórica del derecho a la asistencia sanitaria de los funcionarios públicos: de los Montepíos a las Mutualidades MUFACE, MUGEJU e ISFAS

La protección social de la población civil se institucionalizó durante el siglo XIX, a través de la legislación y control de los sistemas de beneficencia instaurados hasta el momento²¹⁹. De forma autónoma y paralela, los propios ciudadanos empezaron a agruparse voluntariamente en Sociedades de Socorros Mutuos y Mutualidades, creando un sistema de ahorro del que nacería el sistema de seguros sociales que existe en la actualidad. Este sistema voluntario se inspiraba en el movimiento promocionado por los funcionarios públicos, civiles y militares, constituido a finales del siglo XVIII. Debido a la situación económica precaria en la que se encontraban los familiares de los funcionarios tras su fallecimiento, los propios miembros del funcionariado decidieron reunirse y buscar amparo en una protección colectiva: los *Montepíos*²²⁰. Así, se crearon el Montepío Militar (1761), el de Tribunales (1763) y el de las Oficinas de la Real Hacienda y su Ministerio (1764)²²¹.

Los Montepíos proporcionaban tanto a los funcionarios civiles y militares como a sus familiares, una protección social bajo un modelo asociativo laico y obligatorio. Dichas entidades se sostenían con la aportación económica obtenida directamente de los salarios de los funcionarios y por la financiación estatal. En contraste a lo que observábamos en el caso de las Sociedades de Socorros Mutuos y Mutualidades, en el caso de los Montepíos existía un apoyo económico por parte del Estado. Dicha aportación económica, implicaba consigo un control estatal en el mantenimiento de estas instituciones. Los Montepíos tenían carácter de “*iniciativa oficial*”, permitiéndoles un respaldo financiero que garantizará su supervivencia, frente al declive de la mayoría de las entidades asociativas privadas.

La creación de los Montepíos tenía como fin garantizar medidas de auxilio sanitario y económico a sus integrantes y beneficiarios de una parte exclusiva de la

²¹⁹ *Vidi supra* Capítulo Preliminar pp. 23 y ss.

²²⁰ HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., 2017. *La protección sanitaria en los Regímenes Especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos*. 1 ed. Bomarzo, p. 23.

²²¹ Podemos observar un listado en LOPEZ LORENZO, A., 2007, *La protección social de los funcionarios públicos*. 1 ed., Editorial de la Universidad de Granada, pp. 52-53.

Administración Pública, siendo notable la ausencia de los funcionarios de categorías inferiores. Además, la falta de una regulación que produjese homogeneidad entre las entidades dio origen a niveles de protección distintos, con riesgos, cuantías y prestaciones que no coincidían entre sí.

El mantenimiento de los Montepíos se vio afectado durante el siglo XIX, cuando las necesidades económicas del Estado español impulsaron una serie de medidas extremas. La necesidad de obtener liquidez obligó al Estado a realizar medidas de incautación de fondos, las cuales afectaron directamente a los Montepíos de iniciativa oficial. La absorción de estas instituciones supuso la suspensión de las aportaciones individuales de los funcionarios²²², derivando en la asunción directa del Estado de las cargas y obligaciones de los Montepíos. Las pensiones y demás prestaciones económicas de los funcionarios pasaron a ser a cargo del Tesoro Público, siendo denominadas “*Clases Pasivas*”. Como resultado de esta apropiación de funciones, se agravaron las desigualdades ya existentes entre los colectivos de funcionarios asegurados.

La incautación se llevó a cabo por fines estrictamente financieros. No se vio acompañada por el establecimiento de un nuevo régimen jurídico que sustituyera a los Montepíos hasta ahora existentes. Para el reconocimiento de las prestaciones se mantuvieron los requisitos de acceso preexistentes en los reglamentos internos de cada Montepío²²³, variando según se diera la protección del funcionario.

Como salvedad al inmovilismo normativo, se reconoció una protección sanitaria específica a los militares, los cuales pasaron a tener un cuerpo sanitario específico, hospitales de atención militar y el desarrollo de un servicio de oficinas de farmacias militares²²⁴.

Los funcionarios públicos gozaron de un régimen jurídico unificado a partir de la Ley de Bases de los Funcionarios Públicos de 22 de julio de 1918, desarrollada por el Real Decreto 7 de septiembre de 1918, y del Estatuto de Clases Pasivas de 22 de octubre de 1926.

²²² LOPEZ LORENZO, A., *op. cit.*, pp. 52-57.

²²³ HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., 2017, *op. cit.*, p. 27.

²²⁴ En este sentido, HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., 2017, *op. cit.*, notas de página 23-25.

La nueva normativa consolida el distanciamiento del régimen jurídico común de los trabajadores por cuenta ajena del régimen de los funcionarios, permitiéndoles disfrutar de una situación jurídica más privilegiada, en la que se regula la inamovilidad en el cargo, los descansos, las vacaciones, las excedencias, etc.²²⁵

En relación a posibles prestaciones sociales, se destaca el reconocimiento de licencias retributivas por motivos de enfermedad, que permitían el cobro del salario íntegro durante un mes, mientras persistiera la enfermedad. Además de la corta duración de la prestación, la protección no incluía una cobertura por asistencia sanitaria durante la enfermedad.

Aunque la normativa desarrollada permitió el reconocimiento de un estatus jurídico privilegiado a nivel laboral, la protección social no fue homogénea, manteniendo diferentes niveles de protección según la clase y el cuerpo al que perteneciera el funcionario. El amparo otorgado por la legislación se demostró insuficiente para las necesidades de los funcionarios, lo que les impulsó a reorganizarse en nuevos Montepíos y en nuevas organizaciones denominadas Mutualidades.

Debido al aumento en el número de las Mutualidades, se decide organizar jurídicamente su constitución con la Ley General del Mutualismo de 6 de diciembre de 1942 y su posterior Reglamento, aprobado por el Decreto de 26 de mayo de 1943. Al igual que los Montepíos, se establecía: la pertenencia obligatoria a las mismas y la participación del Estado en su mantenimiento económico.

Sin embargo, se mantenían las excepcionalidades de cada cuerpo funcional, persistiendo²²⁶ una desigualdad tanto en las aportaciones asignadas por el Estado como en las prestaciones reconocidas a favor de los funcionarios. Las prestaciones reguladas se centraban sobre todo en las pensiones, siendo la asistencia sanitaria una prestación de carácter residual, otorgada por muy pocas Mutualidades en la época.

En esta misma época, coincidiendo con la normativa mutualista, se aprueba el SOE, el cual significó un cambio exponencial para los trabajadores y un distanciamiento entre el régimen jurídico general y el de los funcionarios, ya que su art. 9 excluía de su aplicación a los funcionarios que contasen con una *“igual o mejor protección*

²²⁵ HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., 2017, *Ídem*, p. 33.

²²⁶ LOPEZ LORENZO, A., *op. cit.*, pp. 91-92.

sanitaria”. El SOE reconocía hasta 26 semanas por año de servicios médicos y farmacéuticos, además de atención hospitalaria (hasta 12 semanas máximo) y una prestación económica del 50% del salario por un máximo de 26 semanas. Comparado con las licencias por enfermedad reconocidas en el RD de 7 de septiembre de 1918, existía un evidente agravio comparativo.

Aunque la gran mayoría de los funcionarios no tenía acceso a la asistencia sanitaria a través de sus Mutualidades, se extendió la idea de que los funcionarios gozaban de una protección social superior²²⁷, lo que acabaría por excluir a todo el colectivo de la cobertura del SOE.

La separación en la cobertura social entre funcionarios y trabajadores culmina con la LBSS y su texto articulado. Por primera vez, se hace referencia al sistema de Seguridad Social que actualmente conocemos y, se le dota de un régimen jurídico ordenado y sistematizado a los derechos y a las prestaciones que lo componían. El planteamiento del legislador fue unificar las normas de Providencia Social existentes, de tal forma que se pudiera consolidar y homogenizar la normativa en materia social. La tendencia a la unidad se manifiesta en que no obstante la existencia de regímenes especiales junto al régimen general de Seguridad Social, responden todos ellos a una misma concepción y a principios homogéneos.

Aunque la idea era construir un único sistema, la estructura de este se estableció de forma dual. Por un lado, se establece el Régimen General, aplicable a los trabajadores por cuenta ajena, y, por otro lado, los distintos Regímenes Especiales dando respuesta a las peculiaridades de la actividad laboral desarrollada por los trabajadores encuadrados en ellos. Uno de los Regímenes Especiales que se constituyeron fue, por supuesto, el de los funcionarios públicos, civiles²²⁸ y militares (Base III.10.a), siendo previsto un desarrollo específico en otros cuerpos normativos, al margen del Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social (Disp. Ad. Única).

Este desarrollo legislativo culmina con tres leyes específicas: la Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas; la Ley 29/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado; y el Real Decreto-

²²⁷ HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., 2017, *op. cit.*, p. 41.

²²⁸ Dentro de los funcionarios civiles del Estado, se diferencian entre los que trabajan para la Administración General del Estado y los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia (Base I.2.a) de la Ley 109/1963, de 20 de julio, de Bases de los funcionarios civiles del Estado).

ley 16/1978, de 7 de junio, por el que se regula la Seguridad Social de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

Estas tres normas son un hito en la legislación de los funcionarios en materia de Seguridad Social, ya que regulan en un mismo cuerpo jurídico las cotizaciones, las prestaciones y su gestión a través de las Mutualidades. A través de estas normas cuando se unifican las Mutualidades en tres grandes entidades: Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (en adelante MUFACE), Mutualidad General Judicial (en adelante MUGEJU) e Instituto Social de las Fuerzas Armadas (en adelante ISFAS).

A) Funcionarios Civiles del Estado

Los funcionarios civiles se agruparon en la Ley 29/1975. Se incluyen en este colectivo a los funcionarios tanto de carrera como en prácticas de la Administración Civil del Estado, y se excluyen de su aplicación aquellos que forman parte de Organismos Autónomos, de la Administración Militar y de la Administración de Justicia (art. 3 punto 1 y 2). Se constituye MUFACE, la cual se encarga de gestionar el sistema de Mutualismo Administrativo, reconociendo y pagando las prestaciones (Capítulo segundo). Dentro de estas prestaciones se encuentra, obviamente, la asistencia sanitaria (Capítulo quinto, sección primera), que se reconoce tanto al funcionario mutualista como a los beneficiarios que dependan de él:

- a) Cónyuge, incluso en los casos de separación legal o, de hecho.
- b) Hijos legítimos, naturales reconocidos, adoptivos o ilegítimos, menores de veintiún años o, sin tal límite de edad, cuando se trate de incapacitados permanentes para cualquier trabajo.
- c) Hermanos menores de dieciocho años y los mayores de esta edad que padezcan una incapacidad permanente y absoluta que les inhabilite por completo para toda profesión u oficio.
- d) Ascendientes legítimos, naturales o por adopción, tanto del funcionario asegurado como de su cónyuge y de los cónyuges de tales ascendientes por ulteriores nupcias.

La prestación se facilita a través de la propia Mutualidad, así como por las Entidades con las que tuviera concierto, pudiendo ser éstas tanto de carácter privado como público.

En la actualidad, los funcionarios Civiles cuentan con una legislación actualizada: el 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 y; el Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo (en adelante RGMA).

B) Funcionarios de las Fuerzas Armadas

En el caso de las Fuerzas Armadas, el art. 6 de la Ley 28/1975 a todo el personal militar perteneciente a los Ejércitos de Tierra, Mar o Aire, Guardia Civil y Policía Armada. Al igual que los funcionarios civiles, el art. 4 constituye la Mutualidad propia de los militares denominada ISFAS, la cual, al igual que MUFACE, reconoce y abona las prestaciones establecidas por Ley. En el caso de la asistencia sanitaria, se reconoce el derecho a los funcionarios militares, así como a sus beneficiarios, en la misma extensión y condiciones que los funcionarios civiles (art. 17).

En el año 2000, se aprueba el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y; el Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (en adelante, RGSSFFAA).

C) Funcionarios de la Administración de Justicia

El personal al servicio de la Administración de Justicia tardó tres años más en alcanzar una norma propia a través del RDL 16/1978, de 7 de julio. Su art. 1 protege a los funcionarios tanto de carrera como en prácticas que conforman la Administración de Justicia, a la vez que se constituye MUGEJU. En el caso del personal de justicia, la asistencia sanitaria se reconoce a los funcionarios y a sus beneficiarios con el mismo alcance y extensión que los trabajadores del RGSS.

A diferencia de los funcionarios civiles y militares, en el caso de los funcionarios de justicia no hubo un desarrollo completo de la prestación sanitaria, siendo necesario remitirse a la LGSS para establecer los límites de la asistencia sanitaria. En la actualidad, los funcionarios de Justicia cuenta con el Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de Seguridad Social del

personal al servicio de la Administración de Justicia y; el Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Mutualismo Judicial (en adelante RMJ).

2.3. El vigente Régimen Especial de los Funcionarios y el derecho a la asistencia sanitaria gestionada por Mutualidades

Durante mucho tiempo, el mantenimiento de un régimen especial para los funcionarios públicos fue objeto de crítica, habiendo recomendaciones enérgicas por parte del Pacto de Toledo²²⁹. En opinión de los expertos, era necesaria una mayor homogeneización del sistema de Seguridad Social, y como consecuencia, se debía incluir a los funcionarios públicos dentro del RGSS y extinguir el régimen mutualista existente para los funcionarios de nuevo ingreso.

En 2010, el art. 20 del RDL 13/2010, de 3 de diciembre²³⁰, estableció que los funcionarios que ingresen a partir del 1 de enero de 2011 en la carrera funcional estarán adscritos al RGSS y sujetos a la LGSS²³¹. No obstante, se mantuvo el sistema de Mutualidades, aunque en un segundo plano. Esto tiene dos consecuencias. Una, que el sistema de Clases Pasiva se extinguirá con los años cuando todos los funcionarios y sus beneficiarios obtengan sus respectivas pensiones, y dos, que la gestión de los subsidios y de la asistencia sanitaria se mantendrá a través de las Mutualidades. Por tanto, el sistema mutualista sigue vigente, alejándose así de la homogenización requerida por el Pacto de Toledo. En cuanto a las pensiones de Clases Pasivas, éstas se extinguirán con el paso del tiempo.

²²⁹ Recomendación 4ª: “La Comisión considera necesario culminar el proceso de simplificación en orden a la existencia de dos grandes regímenes en los que queden encuadrados, por un lado, los trabajadores por cuenta ajena y, por otro lado, los trabajadores por cuenta propia.(...) En esta línea, la Comisión está a favor de que se avance en el proceso de convergencia y armonización entre el Régimen General y el Régimen de Clases Pasivas, que deberá hacerse de manera gradual y sin afectar a expectativas de derechos, ni a derechos legítimamente adquiridos”.

²³⁰ El artículo se encuentra derogado por la Disp. Ad. 3ª de la LGSS de 2015.

²³¹ Disposición Adicional 3ª punto 2, “La inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social del personal a que se refiere el apartado anterior respetará, en todo caso, las especificidades de cada uno de los colectivos relativas a la edad de jubilación forzosa, así como, en su caso, las referidas a los tribunales médicos competentes para la declaración de incapacidad o inutilidad del funcionario. En particular, la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social del personal militar de carácter no permanente tendrá en cuenta las especificidades previstas respecto de las contingencias no contempladas por figuras equivalentes en la acción protectora de dicho Régimen. Además, la citada inclusión respetará para el personal de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, con las adaptaciones que sean precisas, el régimen de las pensiones extraordinarias previsto en la normativa de Clases Pasivas del Estado”.

El problema que se suscita reposa no ya en el mantenimiento de las Mutualidades de los funcionarios, sino el derecho de libre elección de la asistencia sanitaria entre el Sistema Público de Salud y los seguros privados. Se debe buscar la eliminación de las Mutualidades existentes y abogar por una acción protectora igual a la de los demás trabajadores: pública. Sin esta medida, los funcionarios públicos seguirán gozando de un derecho injustificado en la actualidad, ya que partimos de la existencia de un sistema público de Seguridad Social y un modelo de Estado de bienestar que protege a todos los trabajadores, incluidos los funcionarios públicos.

El derecho a la asistencia sanitaria de los funcionarios públicos permanece diferente en comparación con los demás ciudadanos en sus aspectos objetivo, subjetivo y de gestión.

La LGS encomienda en su Disposición Final 2ª.1 al legislador, la tarea de armonizar la acción protectora de la asistencia sanitaria *“tanto del Régimen General como de los Regímenes Especiales, incluidos los regulados por leyes específicas: Agrario, Trabajadores del Mar y Funcionarios Civiles del Estado y del personal al servicio de la Administración de Justicia y los miembros de las Fuerzas Armadas”*.

En este sentido, se aprueba la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (en adelante LGSP). La LGSP reconoce la legitimidad de las Mutualidades en la gestión de la asistencia sanitaria de los funcionarios adscritos a las mismas, así como su responsabilidad ante la prestación de servicios médicos a sus beneficiarios (Disp. Ad. 6ª.2).

A diferencia del RGSS, en el cual las competencias se han transferido a nivel autonómico, en el caso de los funcionarios públicos, la asistencia sanitaria es una prestación reconocida en su régimen estatutario básico y, por tanto, competencia del Estado (art. 149.1.18 de la Constitución)²³².

Aunque la gestión sea estatal y esté centralizada en las Mutualidades, la prestación de servicios sanitarios se realiza por medios concertados tanto públicos como privados. Las Mutualidades carecen de infraestructuras sanitarias, a excepción de ISFAS, que debido a las peculiaridades de la medicina militar sigue manteniendo una Red Hospitalaria Militar perteneciente al Ministerio de Defensa.

²³² HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., 2017, *op. cit.*, p. 119.

Las Mutualidades cuentan con conciertos firmados con el INSS y la TGSS, cuyo objeto es que las prestaciones sanitarias sean asumidas por el INSALUD. En el caso de las Comunidades Autónomas que asumieron la competencia del Servicio Público de Salud, el convenio se extiende a las mismas, siendo ellas las encargadas de proporcionar el servicio sanitario a los funcionarios que opten por el aseguramiento público.

En el caso de las aseguradoras privadas, cada Mutualidad cuenta con conciertos que se convocan de forma periódica, en los que se recogen las prestaciones y los servicios sanitarios autorizados a los funcionarios. Una vez alcanzados los conciertos, las Mutualidades permiten a sus beneficiarios elegir dos veces al año (durante los meses de enero y junio) los servicios sanitarios que desean recibir, sean estos privados o públicos.

La facultad de opción es la diferencia más significativa entre el Régimen Especial y el RGSS. No cabe duda de que constituye un privilegio poder optar por el medio asegurador que más interese en su momento al interesado.

En cuanto al aspecto objetivo, la LCCSNS garantiza a los asegurados y beneficiarios de las Mutualidades el contenido “*de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, así como la accesibilidad, movilidad, calidad, seguridad, información y tiempo*” (Disp. Ad. Cuarta). Todos ellos pueden acceder a las mismas prestaciones sanitarias que en los servicios del Sistema Público de Salud. Y a estos efectos es indiferente si se prestan dichos servicios a través del sistema público o de entidades privadas.

En el caso de los productos farmacéuticos, a diferencia del sistema general en el cual existen distintos tramos de participación en el pago de los productos farmacéuticos, los mutualistas siempre harán frente a un 30% del precio de venta al público, tanto funcionarios en activo como pensionistas.

Las contingencias cubiertas por la prestación sanitaria incluyen a “*la enfermedad común o profesional, las lesiones ocasionadas por accidente común o en acto de servicio o como consecuencia de él, sea por accidente o riesgo específico del cargo, así como el embarazo, el parto y el puerperio*” (art. 66 RGMA).

Los interesados que pueden acceder al derecho a la asistencia sanitaria son tanto el funcionario mutualista como sus familiares o asimilados que estén a su cargo. Sus familiares deben cumplir con los siguientes requisitos²³³:

- a) Vivir con el titular del derecho y a sus expensas. No se apreciará falta de convivencia en los casos de separación transitoria y ocasional por razón de trabajo, imposibilidad de encontrar vivienda en el nuevo punto de destino y demás circunstancias similares.
- b) No percibir ingresos por rendimientos derivados del trabajo, del capital mobiliario, del capital inmobiliario o de pensión, superiores al doble del indicador público de renta de efectos múltiples.
- c) No estar protegido, por título distinto, a través de cualquiera de los regímenes que integran el Sistema español de Seguridad Social con una extensión y contenidos análogos a los establecidos en el Régimen General. Se entiende por no protegido el español o extranjero que se encuentre en una situación de asegurado del sistema sanitario por ser “*residente en España*”.

Como se ha indicado, además de los propios funcionarios, los tres reglamentos del mutualismo administrativo incluyen dentro de su protección a familiares y asimilados a los cuales se denominan “*beneficiarios*” (MUFACE e ISFAS) o “*personas protegidas*” (MUGEJU). En ambos casos, su vinculación con el funcionario y el cumplimiento de los requisitos expuestos constituye el título jurídico a través del cual estas personas tienen acceso a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los mutualistas.

Frente a los beneficiarios recogidos en la normativa general, los mutualistas disfrutan de un listado más amplio que incluye a los ascendientes, así como algunas peculiaridades según la Mutualidad aseguradora. En las tres Mutualidades, tienen la consideración de beneficiarios o personas protegidas²³⁴:

- a) El cónyuge del mutualista, así como la persona que conviva con este en análoga relación de afectividad a la de cónyuge con los requisitos establecidos en el RGSS. En las parejas de hecho, el art. 52.1.a) del RGSSFFAA exige que la convivencia sea de un año ininterrumpidamente.

²³³ Arts. 15.2 RGMA, 52.2 RGSSFFAA y 14.2 RMJ.

²³⁴ Arts. 15 y 67 del RGMA; 14 y 63 del RMJ; y 52 y 53 RGSSFFAA.

El mutualismo, al igual que el RGSS, protege al cónyuge que viva separado de un asegurado en alta o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo o disuelto por divorcio. En todos estos supuestos en los que el vínculo matrimonial ha desaparecido, los anteriores cónyuges beneficiarios conservan el derecho a la asistencia sanitaria a través de las Mutualidades.

- b) Los descendientes, hijos adoptivos y hermanos. Los descendientes e hijos adoptivos podrán serlo de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos, y los hijos también de la persona que conviva con el mutualista en análoga relación de afectividad a la de cónyuge con los requisitos establecidos en el RGSS.

Excepcionalmente MUFACE reconoce como asimilados a los acogidos de hecho. Eso sí, previo acuerdo, en cada caso, de la Mutualidad General. En el caso de los recién nacidos, MUFACE otorga protección al mismo durante los primeros quince días posteriores al parto, mientras que ISFAS y MUGEJU reconocen dicha protección durante un periodo de 30 días.

Frente a las limitaciones de edad de las normativas anteriores, la legislación actual del mutualismo no impone una edad límite para que los descendientes puedan disfrutar de las ventajas de este régimen como beneficiarios de sus padres. Tan solo se exige la dependencia económica y con ella la convivencia.

- c) Los ascendientes, incluso adoptivos, tanto del mutualista como de su cónyuge. Se consideran igualmente ascendientes protegidos a los cónyuges por ulteriores nupcias de tales ascendientes.
- d) Cualquier otra persona relacionada con el mutualista que se determine de acuerdo con lo dispuesto en el RGSS.

En este último apartado se incluyen a los hermanos del asegurado. No se exige un grado de discapacidad o edad determinada para la inclusión de los hermanos del mutualista como su beneficiario.

En caso de fallecimiento del mutualista en alta (y se considera como tal al que permanece en activo o ha pasado a la situación de jubilado o “en reserva”), únicamente pueden ser beneficiarios del Mutualismo Administrativo los viudos (entendiendo como tales también las parejas de hecho y excónyuges) y huérfanos de aquel.

2.4. El derecho a la asistencia sanitaria internacional de los funcionarios públicos

Todos los funcionarios públicos españoles han pertenecido a un Régimen Especial propio, hasta que se integró finalmente en el 2011 al RGSS. La integración no fue completa, ya que algunos privilegios se han mantenido, como, por ejemplo, la opción a una asistencia sanitaria privada gestionada por las diferentes Mutualidades de los funcionarios (MUFACE, MUGEJU e ISFAS).

El Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, establece en su art. 3.2 que se aplica a *“los regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador”*. Por tanto, las disposiciones recogidas en este Reglamento comunitario se aplican a los funcionarios públicos españoles pertenecientes a su propio Régimen Especial.

No obstante, en el caso de las prestaciones en especie por enfermedad existen privilegios que deben ser tenidos en cuenta, pues tales diferencias pueden ocasionar dificultades en la aplicación del derecho comunitario. En este aspecto, el Reglamento 987/2009 corrige con posterioridad al Reglamento 883/2004 en su Anexo 2, limitando el derecho a los funcionarios a la asistencia sanitaria urgente, dándoles acceso a la Tarjeta Sanitaria Europea (en adelante TSE) y en su defecto al Certificado Provisional Sustitutorio (en adelante CPS).

A. La asistencia sanitaria internacional de los funcionarios pertenecientes a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE)

La asistencia sanitaria internacional de los funcionarios pertenecientes a MUFACE se recoge en la Resolución de 26 de junio de 2014²³⁵. En esta norma, la protección sanitaria dispone un distinto régimen de protección según sea el periodo de tiempo durante el cual el funcionario se traslada a otro país. No existe límite en cuanto al país al que se traslada, siendo posible disfrutar de una protección sanitaria en el territorio de cualquier Estado, sin la necesidad de Convenios Bilaterales.

²³⁵ BOE núm. 157, de 28 de junio de 2014.

a) Permanencia en otro Estado por periodo superior a seis meses

Los mutualistas que se trasladen por motivos profesionales a otro país para una estancia superior a seis meses tienen derecho a la asistencia sanitaria internacional. El elenco de funcionarios protegidos de acuerdo con la normativa de Función Pública es muy amplio:

- Mutualistas en situación de servicio activo o de servicio en otras Administraciones Públicas destinados fuera del territorio nacional.
- Mutualistas en situación de servicio activo o de servicio en otras Administraciones Públicas que presten servicios en el extranjero, manteniendo el puesto de trabajo en territorio nacional.
- Mutualistas en situación de servicios especiales.
- Mutualistas que hayan sido autorizados para realizar una misión por período determinado superior a seis meses en organismos internacionales, Gobiernos o entidades públicas extranjeras o en programas de cooperación internacional.
- Mutualistas que encontrándose destinados en un país extranjero causen baja en el servicio activo por jubilación o declaración de incapacidad permanente y permanezcan sin interrupción formal residiendo fuera de España.
- Mutualistas jubilados o perceptores de pensión de incapacidad permanente y aquellos beneficiarios que perciban alguna pensión derivada del mutualista que generó su condición de beneficiario, que fijen su domicilio en algún país de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o Suiza.
- Mutualistas que se encuentren en excedencia por cuidado de familiares o por razón de violencia de género.
- Mutualistas que acompañen a su cónyuge, o persona con la que conviva en análoga relación de afectividad y con carácter estable, y sea mutualista.
- Los beneficiarios de los anteriores. En caso de fallecimiento, separación, divorcio o nulidad del matrimonio del mutualista, sus beneficiarios mantendrán esta modalidad de cobertura siempre que continúen residiendo en el extranjero.

El contenido de la prestación sanitaria es el mismo que se facilita por el Sistema Nacional de Salud en España, más las prestaciones complementarias propias del concierto de asistencia sanitaria internacional que tenga adscrito MUFACE en el exterior. Habitualmente los convenios obedecen los siguientes extremos:

- El coste total de la asistencia médica, hospitalizaciones quirúrgicas y no quirúrgicas, incluidas las prótesis quirúrgicas fijas y los medicamentos y demás productos farmacéuticos aplicados en régimen hospitalario, así como cualquier otro servicio de estancia y tratamiento en centro sanitario con un contenido equivalente al que se prestaría en España.
- El coste de los medicamentos y demás productos farmacéuticos dispensados en régimen ambulatorio con el mismo régimen de aportación aplicable en el territorio nacional.
- El coste total o la ayuda económica que corresponda en los casos de prestaciones complementarias, según la Orden APU/2245/2005, de 30 de junio.

El funcionario, así como sus familiares, pueden acceder a estas prestaciones siempre que soliciten a MUFACE su adscripción al concierto. El derecho se exporta a través de una tarjeta individual específica, reconociendo el acceso a los servicios sanitarios concertados en el país de forma gratuita, sea mediante el pago directo a los centros sanitarios o con un sistema de reembolso.

b) Permanencia en otro Estado por periodo inferior a seis meses

Cuando la permanencia del funcionario en otro Estado sea inferior a seis meses, el acceso a las prestaciones sanitarias dependerá del motivo del traslado. Si la estancia obedece a razones de carácter profesional, el contenido asistencial es el mismo que el previsto por el Servicio Público de Salud, además de contar con otras prestaciones complementarias reconocidas por concierto adscrito por MUFACE en el extranjero. El funcionario tendrá la obligación de informar con antelación a MUFACE para que ésta realice su adscripción al concierto y tener así, acceso a la asistencia sanitaria internacional.

Si el motivo del desplazamiento es personal, tanto el funcionario como sus familiares tienen acceso limitado a la asistencia sanitaria, solo cuando la misma sea de carácter urgente, y por un desplazamiento de duración máxima de dos meses. A los traslados por motivos personales, se incluyen los desplazamientos motivados por estudios. En estos casos, no habrá limitación temporal, pero sí limitación en cuanto a la asistencia sanitaria reconocida que será en caso exclusivo de urgencias.

En los traslados por motivos personales, MUFACE asegura la prestación sanitaria en cualquier territorio extranjero siempre y cuando la duración de la estancia no supere los dos meses. La limitación temporal resulta más restrictiva que a los demás asegurados del sistema de Seguridad Social, ya que, sobre todo, en el caso de los traslados en territorio de la UE, del EEE o Suiza la protección se extiende a noventa días dentro del año natural. Para paliar esta diferencia, si el traslado es superior a dos meses, tanto el funcionario como sus familiares pueden obtener una protección sanitaria a través de la TSE (o en su defecto el CPS). Eso con independencia de que el funcionario no esté adscrito al Servicio Público de Salud y dependa de un seguro privado. MUFACE reembolsará los posibles copagos que tenga que hacer frente su mutualista o sus familiares en los servicios sanitarios recibidos.

En síntesis, se trata de una prerrogativa que permite a los funcionarios públicos disfrutar de un derecho mucho más amplio que el de los demás trabajadores ya que pueden disfrutar del derecho a la asistencia sanitaria privada fuera del territorio español, con independencia del territorio en el que pasen su estancia. Además, una vez superado el periodo de aseguramiento previsto por MUFACE, el mutualista puede solicitar dentro del territorio comunitario la protección de la asistencia sanitaria pública a través de la TSE.

B. La asistencia sanitaria internacional de los funcionarios pertenecientes a la Mutualidad General Judicial (MUGEJU)

La asistencia sanitaria internacional a los mutualistas de MUGEJU se reconoce en la Resolución de 18 de abril de 2016 por la que se regula la asistencia fuera del territorio nacional²³⁶. En la misma línea que MUFACE, la Mutualidad dispensa una protección sanitaria según el periodo de tiempo durante el cual el funcionario se traslada a otro país. El país al que se traslada es indiferente. Es posible disfrutar de una protección sanitaria en el territorio de cualquier Estado, sin la necesidad de Convenios Bilaterales.

a) Permanencia en otro Estado por periodo superior a 120 días

Los mutualistas que se trasladen solos, o acompañados de sus familiares, a otro territorio por un periodo superior a 120 días, tienen derecho a la asistencia sanitaria

²³⁶ BOE núm. 110, de 6 de mayo de 2016.

siempre y cuando el motivo del desplazamiento sea profesional. Sin embargo, la Resolución incluye a otros sujetos protegidos por causas tasadas:

- Mutualistas que, encontrándose destinados en un país extranjero, causen baja en el servicio activo por jubilación o incapacidad permanente, permanezcan sin interrupción formal en el país en el que se ha producido la jubilación y acrediten que no tienen derecho a percibir prestación sanitaria en el país de residencia, por la legislación del mismo.
- Mutualistas que fijen su domicilio en algún país de la Unión Europea, del EEE (Islandia, Liechtenstein, Noruega), y Suiza, y acrediten no tener derecho a percibir prestación sanitaria en el país de residencia, por la legislación del mismo.
- Mutualistas que acompañen a su cónyuge o persona en análoga relación de afectividad y con carácter estable, cuando el cónyuge esté destinado por razones laborales en otro Estado.
- Beneficiarios de los mutualistas incluidos en los párrafos anteriores, que se trasladen con ellos. En el caso de fallecimiento, separación, divorcio o nulidad del matrimonio del mutualista, sus beneficiarios mantendrán esta modalidad de cobertura siempre que continúen residiendo en el extranjero, y conserven las condiciones para ser beneficiarios de la asistencia sanitaria.
- Mutualistas que se encuentren en excedencia por cuidado de familiares o por razón de violencia de género, siempre que la residencia en el extranjero se vaya a prolongar más de 120 días y sea consecuencia de la circunstancia que origina la excedencia.

La indicada resolución 18 de abril de 2016 establece como requisito que el interesado no esté acogido a *“un régimen de previsión de las Instituciones de la UE o cualquiera otra Institución u Organización Internacional, o nacional del Estado extranjero en la que vayan a prestar servicios”*. Esto significa que los Magistrados destinados a tribunales internacionales no tendrán derecho a una asistencia sanitaria costeada por su Mutualidad, ya que dependen de Organismos Supranacionales y deben acogerse a su sistema privado de aseguramiento.

El funcionario público debe solicitar a MUGEJU su alta, y si fuera el caso el de sus familiares, en la póliza de seguros que tenga la Mutualidad en el extranjero. Las

prestaciones sanitarias a las que tiene derecho son similares a las percibidas en territorio nacional, sin restricción a ningún centro sanitario o facultativo predeterminado.

En el caso de MUGEJU, la compañía de seguros asume el coste de cualquier gasto ocasionado. En el extranjero es posible la libre elección del profesional médico y ello es importante, pues como es fácil de imaginar la prestación de asistencia sanitaria en determinados países no está dotada de muchos recursos. La compañía de seguros asume hasta el límite acordado en el convenio, siendo la Mutualidad la responsable de cubrir el exceso por la vía del reintegro.

b) Permanencia en otro Estado por periodo inferior a 120 días

En los desplazamientos por periodo inferior a 120 días, las condiciones de la asistencia sanitaria dependen del motivo del traslado realizado por el funcionario. Si se debe a un motivo profesional, tiene derecho a la asistencia sanitaria en la misma extensión que la de los traslados por un tiempo superior al indicado. A diferencia que MUFACE, MUGEJU asimila a los traslados profesionales aquellos que estén motivados para realización de estudios, no habiendo una limitación temporal. Esta diferencia claramente genera una situación de privilegio al colectivo de justicia, ya que supone un derecho pleno a la asistencia sanitaria, frente a la atención de urgencia a la que tienen derecho los funcionales civiles del Estado.

Cuando el desplazamiento tiene un motivo personal, la cobertura sanitaria, al igual que en MUFACE, se limita a situaciones sanitarias de carácter urgente. El mutualista tiene la obligación de solicitar su inclusión en la póliza colectiva de asistencia sanitaria de MUGEJU para tener acceso a la asistencia sanitaria internacional. Las prestaciones sanitarias incluyen la hospitalización, el reembolso del 70% de las medicaciones dispensadas en régimen ambulatorio y los gastos de transporte sanitario para recibir la asistencia sanitaria en el país de la estancia.

Todos los gastos médicos que superen los importes máximos establecidos serán objeto de reintegro por parte de la propia MUGEJU siempre y cuando sean prestaciones incluidas en la cartera de servicios de la Mutualidad.

Para desplazamientos por motivos personales superiores a 120 días, los mutualistas podrán acceder a la TSE, o en su sustitución, al CPS. Se tiene derecho a la asistencia sanitaria en las condiciones establecidas por los Reglamentos comunitarios,

siendo posible el reintegro de los copagos abonados por los mutualistas por parte de MUGEJU.

C. La asistencia sanitaria internacional de los funcionarios pertenecientes al Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS)

Frente a las anteriores, la Resolución 4B0/38026/2014, de 19 de febrero por la que se regula la asistencia sanitaria internacional de los miembros de las Fuerzas Armadas²³⁷, recoge la acción protectora más compleja. La prestación gestionada por ISFAS depende del destino y del motivo de traslado del militar (estancia o residencia habitual). Se excluyen de la cobertura sanitaria a *“los contingentes militares españoles destacados en misiones internacionales, formando parte de fuerzas expedicionarias o participando en ejercicios tácticos, así como cualquier otra atención que se desarrolle en el ámbito logístico-operativo, que corresponde a la Sanidad Militar”*.

a) Permanencia en otro Estado por destino o comisión de servicios en el extranjero

Los funcionarios militares que sean desplazados a otro Estado para la realización de su trabajo, con las excepciones anteriormente mencionadas, tienen derecho a la asistencia sanitaria internacional. No obstante, existen diferencias en su protección según el país de destino.

En los desplazamientos dentro del ámbito comunitario, esto es, países miembros de la UE, del EEE o de Suiza, los titulares y sus beneficiarios pueden acceder a las mismas prestaciones que tienen derecho en territorio nacional. No se establece periodo mínimo o máximo de cobertura de asistencia sanitaria, siendo posible acceder de igual forma por periodo ilimitado a la cobertura sanitaria. La cobertura se presta por parte de la aseguradora privada con la que tiene concertado el convenio de asistencia sanitaria ISFAS. Los gastos médicos ocasionados serán reembolsados por la compañía aseguradora.

A diferencia de los mutualistas de MUFACE y MUGEJU, ISFAS no cuenta con un aseguramiento privado para los traslados profesionales. Los mutualistas de MUFACE Y MUGEJU, cuando se desplazan fuera del territorio español, deben informar a sus Mutualidades para que se proceda a su inclusión dentro de la póliza correspondiente.

²³⁷ BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2014.

En el caso de las Fuerzas Armadas, cuando el traslado es a un país del territorio comunitario, ISFAS obliga a sus mutualistas a elegir entre la cobertura privada o pública. Los mutualistas que prefieran la asistencia sanitaria pública acceden a la dispensación de la TSE o el CPS, teniendo derecho al reembolso de los gastos por copago realizados. Esta diferencia con las demás Mutualidades implica la utilización de un medio como es la TSE para una asistencia sanitaria que no corresponde únicamente a urgencias médicas, algo que pervierte su uso, ya que nos encontramos ante un desplazamiento motivado por razones profesionales.

Cuando el destino de la comisión de servicios fuera un Estado que no esté dentro del ámbito de la UE, el funcionario y sus beneficiarios tienen derecho a la asistencia sanitaria mediante la cobertura de una póliza privada a cargo de ISFAS por un periodo máximo de cinco años. Una vez superado este periodo de tiempo, el funcionario debe suscribir un seguro de asistencia sanitaria para su protección y la de sus beneficiarios. La Mutualidad cubre el coste de las cuotas correspondientes a la póliza y nada más. Si el titular no suscribiera un seguro de asistencia sanitaria, ISFAS cubrirá los gastos de las prestaciones sanitarias descritas en el apartado 2.1 de la Resolución 4B0/38026/2014, por un importe máximo de 5.520 euros /año por persona.

b) Desplazamiento temporal en otro Estado por razones privadas

Durante los desplazamientos temporales a otros países, funcionario y beneficiarios tendrán derecho a la asistencia sanitaria privada por un periodo máximo de seis meses. En el caso de traslados por estudios, se prorrogará el periodo de tiempo hasta la finalización de los mismos.

El aseguramiento sanitario en el extranjero dependerá del país al que se traslade el funcionario. En los traslados a países del ámbito de la UE, los interesados tendrán derecho a la asistencia sanitaria a través de su adscripción al convenio privado realizado por la Mutualidad.

Se cubren los gastos médicos necesarios para evitar el regreso de los interesados antes del final de la estancia prevista, el transporte sanitario no urgente, el coste total de los medicamentos dispensados en régimen de hospitalización y el 70% en el caso de prestación farmacéuticas, así como ayudas económicas para prestaciones ortoprotésicas.

Se permite la elección de los servicios médicos prestados, siendo reembolsables por la Mutuality tras su retorno a su Estado de residencia.

Si el desplazamiento fuera superior a seis meses, ya no mantendrá su derecho a un aseguramiento privado por parte de la Mutuality. No obstante, podrá disfrutar de un aseguramiento sanitario público a través de la emisión de una TSE o CPS, siendo reembolsable de los copagos realizados, sin posibilidad de reembolso por parte de la Mutuality.

Si el destino del desplazamiento temporal es un país fuera del ámbito de la UE, ISFAS reembolsará los gastos privados ocasionados por un valor máximo de 30.000 euros por beneficiario. Si el coste fuera superior, se estará a las instrucciones recogidas en el Anexo 3 de la Resolución 4B0/38026/2014.

c) Residencia en otro Estado por razones privadas

ISFAS reconoce el derecho a la asistencia sanitaria privada cuando sus asegurados fijan su residencia habitual en el extranjero por motivos particulares. El titular y sus beneficiarios deben comunicar esta nueva situación a la Mutuality que les modificará su situación a “*sin adscripción*”.

Cuando el titular o sus beneficiarios retornen temporalmente a España, tendrán derecho a la asistencia sanitaria en el territorio nacional a través del Servicio Público de Salud de las Comunidades Autónomas. Se otorga un documento por parte de la delegación de ISFAS del lugar de estancia para que puedan acreditar su derecho a la cobertura a cargo de la Mutuality ante las instituciones sanitarias nacionales.

El titular y sus beneficiarios pueden acceder a determinados servicios sanitarios cubiertos por ISFAS durante su residencia fuera de España, según su destino. Si la residencia es en países de la UE, EEE o Suiza, se tiene derecho a la asistencia sanitaria a través de un convenio privado, siendo reembolsable los gastos por parte de la Mutuality. En el caso de que el país esté fuera del ámbito de la UE, los asegurados tendrán derecho a una ayuda económica para atender a la cobertura de las prestaciones de asistencia sanitaria que precisen mediante suscripción de una póliza de seguro sanitario.

El derecho a la asistencia sanitaria en estos casos es llamativa, ya que su normativa no establece un periodo de tiempo máximo de aseguramiento, como sí lo hace en los demás casos.

2.5. Incompatibilidades entre el Régimen General de la Seguridad Social y el Régimen Especial de los Funcionarios Públicos: el derecho propio y el derecho derivado

El reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria a través del Régimen Especial de los Funcionarios Públicos es incompatible con el acceso al derecho a la asistencia sanitaria a través de nuestro Sistema Nacional de Salud. La LCCSNS excluye de su aplicación a los funcionarios, ya que son las Mutualidades las encargadas del reconocimiento del derecho en ambas formas de aseguramiento: privado y público. Por tanto, no es posible un doble aseguramiento, por un lado, privado a través de la Mutualidad, y otro público, por ser español o trabajador en activo en España.

Sin embargo, no siempre es así. Dentro de nuestro ordenamiento es posible situaciones de compatibilidad entre la asistencia sanitaria ofrecida por las Mutualidades y la de nuestro Sistema Público de Salud.

El Criterio 97/57 del INSS, con objeto de reconocer la asistencia sanitaria a los distintos colectivos de funcionarios y a la vez respetar el régimen de incompatibilidades reconocido en los reglamentos de desarrollo de MUFACE, ISFAS y MUGEJU, menciona la diferencia entre *derecho propio* y *derecho derivado*.

El *derecho propio* a la asistencia sanitaria se reconoce a aquel que tiene la condición de titular. Es un derecho irrenunciable que prima sobre cualquier *derecho derivado*, que en el mismo u otro régimen pudiera reconocerse.

El *derecho derivado* es el que se reconoce a los familiares o asimilados del titular de la asistencia sanitaria. No es posible mantener el *derecho derivado* a la asistencia sanitaria a través de regímenes distintos de forma simultánea. Por tanto, un funcionario que es titular de su derecho a la asistencia sanitaria porque está en activo, no podrá disfrutar a la vez de la asistencia sanitaria derivada de su condición de cónyuge de un trabajador encuadrado en el RGSS, y a la inversa tampoco. El padre de un funcionario puede disfrutar de la asistencia sanitaria de una Mutualidad a través de la

condición de beneficiario de su hijo mutualista, pero no a la vez de beneficiario de su mujer, trabajadora del RGSS.

En los casos de incompatibilidad entre *derecho propio* y *derivado*, prima siempre el derecho propio, ya que se presume irrenunciable. Como única excepción a la regla general, el Criterio 17/2005 permite a los pensionistas SOVI renunciar a la asistencia sanitaria que tienen derecho por su condición de pensionista (*derecho propio*) para poder disfrutar de la asistencia sanitaria como beneficiario de un mutualista (*derecho derivado*).

Cuando el interesado tiene posibilidad de acceder a la asistencia sanitaria en dos regímenes distintos y, en ambos casos, por *derecho derivado*, la incompatibilidad permite al interesado optar por el derecho que considere mejor para sí, renunciando de forma tácita al otro derecho. Así pues, un joven menor de 26 años hijo de un progenitor afiliado al RGSS y de otro mutualista, podrá optar entre la asistencia sanitaria pública o la derivada del mutualismo.

También se entiende incompatible, según el Criterio 17/2005, el disfrute de la asistencia sanitaria reconocida por la condición de pensionista en dos regímenes de la Seguridad Social cuando una de las pensiones sea por *derecho propio* y la otra por *derecho derivado*. Un pensionista de jubilación de una Mutualidad tiene derecho a la asistencia sanitaria a través del Régimen Especial de los Funcionarios Públicos. Si a la simultánea vez percibe una pensión de viudedad por el RGSS, al ser *derecho derivado*, no podrá disfrutar de la asistencia sanitaria de la acción protectora de esta segunda pensión.

La incompatibilidad existe cuando una misma persona detiene el derecho a la asistencia sanitaria tanto por *derecho propio* como *derivado*, o cuando en ambos casos, pueda acceder a la asistencia sanitaria por *derecho derivado*. No obstante, cuando el interesado posee *derecho propio* en los dos regímenes, el Criterio 17/2005 habilita al interesado a disfrutar de ambas prestaciones en ambos regímenes. Esta situación puede acontecer cuando el mutualista está en activo y en alta tanto en su régimen especial como en el RGSS. Igualmente, se entiende en esa misma situación si percibe una pensión por jubilación o incapacidad permanente en ambos regímenes. Al ser la acción protectora contenida en un *derecho propio*, al no poder renunciar, no se genera el derecho a la opción, pudiendo disfrutar de una doble protección.

2.6. La protección social de colectivos especiales dentro de las Clases Pasivas

A. Funcionarios de los Montepíos Forales de Navarra

En el caso de los sistemas de previsión social sustitutorios, nos encontramos con diversos mutualismos de la Administración Pública. En particular, el régimen de los funcionarios procedentes de los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra es el más llamativo, puesto que la respuesta dada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra²³⁸ promueve un cambio normativo²³⁹ en relación con el derecho al acceso a la sanidad pública por parte de este cuerpo de funcionarios.

Los funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra han contado durante décadas con un sistema de previsión social propio y específico²⁴⁰, el cual se ha estructurado en una pluralidad de Montepíos forales²⁴¹. A través de estos sistemas, los funcionarios forales contaban con un sistema propio de derechos pasivos y una particular protección de asistencia sanitaria²⁴². La prestación de asistencia sanitaria de estos funcionarios se articula mediante dos modalidades de protección, una de *uso normal*, que incluía una cobertura básica y de carácter obligatorio y no contributiva y, la modalidad de *uso especial y voluntaria*, la cual se caracterizaba por una prestación sanitaria de mayor extensión a cambio de una cotización periódica complementaria²⁴³.

A partir del Reglamento del Servicio de Asistencia Sanitaria de 24 de agosto de 1973 se extingue la modalidad de uso normal, manteniéndose la de uso especial bajo un tipo único de cotización hasta las reformas introducidas por la Ley Foral 9/1992, de 23 de junio, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio 1992 y la Ley Foral

²³⁸ STSJ de Navarra núm. 302/2014, de 28 de octubre; STSJ de Navarra núm. 404/2014, de 5 de noviembre; STSJ de Navarra núm. 107/2015, de 26 de febrero; STSJ de Navarra núm. 340/2014 de 29 de octubre; STSJ de Navarra núm. 70/2015 de 12 de febrero.

²³⁹ Disposición final cuarta del Real Decreto-ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral; la cual modifica el RD 1192/2012 introduciendo una Disposición adicional décima de la que profundizaremos en este epígrafe.

²⁴⁰ En detalle, ARETA MARTÍNEZ, M., *Ídem*.

²⁴¹ Según el Acuerdo del Consejo Foral Administrativo de 31 de mayo de 1947 y la Ley Foral 13/1983, de 30 de marzo, reguladora del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra; nos encontramos con el Montepío de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, el Montepío General de Funcionarios Municipales de Navarra (en los que se encuadran los funcionarios de las Administraciones Locales), y el Montepío Foral de Pamplona, Tafalla y Tudela.

²⁴² HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., 2015. El conflicto en la determinación de la condición de acceso al Sistema Nacional de Salud de los funcionarios adscritos a los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra: STSJ Navarra 29 octubre 2014 (AS 2015, 283). *Nueva revista española de derecho del trabajo*, p. 319.

²⁴³ Disposición segunda de los Acuerdos de la Diputación Foral de 28 de julio de 1972 y del Consejo Foral Administrativo de 27 de diciembre de 1972, de bases para la reorganización del servicio de asistencia sanitaria.

13/1993, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio de 1994. Ambas leyes determinaron que los funcionarios de nuevo ingreso en la Administración Foral debían ser afiliados y dados de alta en el RGSS (art. 16.1 de la Ley Foral 9/1992 y art. 14.1 de la Ley Foral de 13/1993). Hasta la completa incorporación de todos los funcionarios forales al RGSS, se ha permitido a los funcionarios ya encuadrados dentro del sistema especial de Montepíos forales elegir entre continuar en el sistema de derechos pasivos existente, o integrarse en un nuevo sistema transitorio regulado por la Ley Foral 10/2003 de 5 de marzo, sobre régimen transitorio de los derechos pasivos del personal funcionario de los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra. Dicho sistema transitorio recogía cambios sustanciales en las prestaciones que permitían un acercamiento al RGSS, cumpliendo con el principio de integración de nuestro Sistema de Seguridad Social.

Con la regulación de los asegurados y beneficiarios de la prestación por asistencia sanitaria en la LCCSNS, el sistema de reconocimiento del acceso a las prestaciones sanitarias se modifica considerablemente.

En el caso de los funcionarios, el legislador recoge de forma expresa la exclusión del sistema a los asegurados y beneficiarios de MUFACE, MUGEJU e ISFAS²⁴⁴. Sin embargo, en esta lista, no se incluye de forma expresa a los funcionarios de los Montepíos forales de Navarra. Esto deja abierta la interpretación sobre la inclusión o no de los funcionarios forales dentro del Sistema Público de Salud. Además, no es posible incluir a este colectivo como *asegurados*, aun siendo trabajadores en activo, ya que no contribuyen con el sistema de Seguridad Social.

En el art. 3.3 de la LCCSNS, se incluye una vía subsidiaria para acceder a la condición de asegurado. El artículo establece que *“en aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española (...) que residan en España, podrán ostentar la condición de asegurado”*. Esto implica que, si no fuera posible incluir a un ciudadano español como asegurado del sistema, solo se le requiere la residencia en España para acceder a la asistencia sanitaria.

²⁴⁴ Arts. 1 del RDL 16/2012, 3.6 de la Ley 16/2003 y Disposición Adicional séptima del RD 1192/2012.

Naturalmente a este requisito se suman los recogidos en el art. 2.1.b) del RD 1192/2012, “*no tener (sic) ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía*”. Por tanto, nos encontramos con una restricción económica²⁴⁵ y una restricción técnica. Esta última se basa, en parte, en la prohibición de inclusión múltiple obligatoria del art. 8 de la LGSS de 2015.

Se trata de excluir del sistema de prestación sanitaria a todos los posibles interesados que fueron sujetos, *asegurados o beneficiarios*, de otros sistemas de aseguramiento, como es el caso de los funcionarios forales de Navarra. Aunque no se les identifica de forma explícita como a los funcionarios pertenecientes al Régimen Especial de los Funcionarios, debemos entender que los mismos se encuentran incluidos dentro de esta remisión genérica que hace el legislador.

Esta conclusión encuentra su fundamento en la STSJ de Navarra núm. 302/2014, de 28 de octubre²⁴⁶ y las posteriores dictadas por la misma Sección de este Tribunal.

En esta sentencia, se recoge el caso de un funcionario foral de Navarra que tras solicitar la asistencia sanitaria del Sistema Nacional Público de Salud a través del INSS tiene su prestación desestimada. Como dispone el relato de hechos, el interesado recibía asistencia sanitaria del Servicio Navarro de Salud en aplicación del acuerdo de la Diputación Foral de 24 de agosto de 1973 (Reglamento del Servicio de Asistencia Sanitaria de los Funcionarios de la Administración Foral de Navarra).

Los funcionarios tienen cubierta la atención sanitaria pública en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra y tal efecto disponen de la correspondiente tarjeta individual sanitaria (TIS), que les permite acceder a todos los centros sanitarios de la Comunidad Foral de Navarra para la cobertura tanto de la atención primaria como de la especializada. No obstante, esa tarjeta sanitaria no tiene validez fuera del territorio de la Comunidad Foral de Navarra. Además, al personal indicado tampoco se le facilita la tarjeta sanitaria europea, a diferencia de lo que ocurre con el personal integrado en el Régimen General de la Seguridad Social o los funcionarios integrados en la Mutuality General de Funcionarios Civiles del Estado. De conformidad con el sistema de

²⁴⁵ Sobre este punto profundizaremos más adelante en el epígrafe 1.4 del presente Capítulo.

²⁴⁶ STSJ de Navarra núm. 302/2014, de 28 de octubre (Sala de lo Social, Sección 1ª). Recurso de Suplicación 204/2014. Ponente: Ilma. Dª. Carmen Arnedo Díez. ARANZADI ref. AS\2015\549.

asistencia sanitaria que se aplica al personal funcionario integrado en los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra, la asistencia sanitaria prestada en centros sanitarios situados fuera de la Comunidad Foral determina que la propia Comunidad Foral reintegre en su totalidad los gastos sanitarios realizados en los centros sanitarios nacionales no dependientes del Gobierno de Navarra, siguiendo los procedimientos y acudiendo a los centros que determina el Servicio de Prestaciones y Conciertos del Servicio Navarro de Salud.

El funcionario en cuestión alega que, aun no formando parte del sistema de Seguridad Social, tiene derecho a la asistencia sanitaria pública por tener la nacionalidad española y residir en territorio español. Al no tener reconocido el derecho a la asistencia sanitaria por ningún título propio, puede acogerse a la figura del *asegurado por residencia*.

En su Fundamento Jurídico 3º, se sostiene que no es posible el reconocimiento como asegurados a los funcionarios que dependan de un régimen particular que ya les reconoce como titulares de un derecho a la asistencia sanitaria.

Como se indicó, la LCCSNS excluye del sistema a los españoles que tienen la condición de asegurado por cualquier otro título, siempre que tengan garantizada la asistencia, en el horizonte de una armonización de sistemas. En el caso del colectivo de los funcionarios navarros, éstos son beneficiarios de un sistema propio de derechos pasivos y asistencia sanitaria a través del Montepío de las Administraciones Públicas de Navarra y gozan de un régimen en ciertos aspectos privilegiado de asistencia, prestaciones y compatibilidad de pensiones, que se explica por las características singulares del régimen foral de Navarra.

Frente a la postura mayoritaria de la Sala, existe la defendida por el voto particular del presidente de la Sala D. Víctor Cubero Romeo. El Magistrado niega que los Montepíos constituyan Mutualidades que prestan asistencia sanitaria. Ello, sencillamente porque sus afiliados acuden al Servicio Público de Salud Navarro para recibir atención sanitaria. Los montepíos no prestan asistencia sanitaria (a diferencia de la que sí proveen otras entidades como MUFACE), sino que la que sus beneficiarios reciben es la que presta el Servicio Navarro de Salud o la Dirección General de la Función Pública en cuanto a las prestaciones de naturaleza complementaria.

El voto particular no tiene en cuenta que MUFACE, así como las otras Mutualidades de funcionarios MUGEJU e ISFAS, ofrecen la posibilidad a sus asegurados y beneficiarios de elegir entre la prestación de asistencia sanitaria en centros privados concertados con las entidades o en centros públicos pertenecientes al Sistema Público de Salud. En el art. 77 del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, se recoge el derecho de los funcionarios mutualistas a elegir “la entidad o establecimiento público o privado a través del cual hayan de recibir la prestación de dicha asistencia”.

Por tanto, no es una cuestión de *quién presta* el servicio, sino de *quién paga* por dicho servicio prestado. Frente al sistema de asistencia sanitaria del RGSS que se nutre de lo recaudado a través de los impuestos del Estado, en el caso del Régimen Especial de los Funcionarios, así como el sistema especial de los Montepíos de Navarra, la asistencia sanitaria se financia exclusivamente por las cotizaciones de sus funcionarios. Por tanto, los funcionarios forales sí tienen una “cobertura obligatoria sanitaria por otra vía” a la que contribuyen en su financiación. Por ello, no pueden ser titulares del derecho a la asistencia sanitaria del RGSS.

En esta misma línea argumental, se subraya que los funcionarios navarros tienen un acceso formal al Servicio Público de Salud, pero no en su integridad. Su acción protectora solo abarcaba al Sistema Navarro de Salud. Las prestaciones sanitarias que pudieran producirse fuera del territorio foral, los gastos ocasionados por las mismas debían ser afrontados por los interesados para luego ser reintegrados conforme el procedimiento establecido por el Decreto Foral 186/2002, de 19 de agosto²⁴⁷.

“Lo que por el demandante se reclama es que la prestación de cobertura sanitaria a que ya tiene formal acceso a través del Sistema Navarro de Salud se haga efectiva en su integridad, esto es, permitiéndole el mismo acceso en Navarra que en el resto del territorio nacional. Esto equivale igualmente al disfrute íntegro de la tarjeta de identidad sanitaria y el reconocimiento de su validez en todo el ámbito territorial del Servicio Nacional de Salud”.

En cierta medida esta conclusión tiene razón al señalar la incongruencia del sistema de protección de los Montepíos. Se trata de un sistema que no permite autorizar

²⁴⁷ Decreto Foral por el que se actualizan las tarifas del servicio de asistencia sanitaria “uso especial” de los funcionarios de las administraciones públicas de Navarra acogidos al mismo y se introducen una serie de medidas de racionalización sobre las prestaciones de dicho servicio.

el derecho a la asistencia sanitaria con anterioridad al desplazamiento que realice el titular de este, sino que una vez se produzca el gasto se reintegrará lo debido.

Con la vía subsidiaria recogida en el art. 3.3 de la LCCSNS, cualquier funcionario navarro puede acceder al Sistema Nacional de Salud dándose de alta como asegurado fuera de Navarra. Al estar fuera del alcance de la protección de los Montepíos se podría reconocer el derecho por esta vía y, además, permitir su exportación a nivel internacional (Unión Europea y países con convenios bilaterales de asistencia sanitaria). No obstante, volveríamos al mismo problema de imputación del pago.

Al final, si optamos por permitir este razonamiento, el pago de los gastos sanitarios ocasionados en territorio español o internacional son a cargo del Estado español, mientras que lo correcto sería imputarlo a los Montepíos Navarros y las Administraciones Públicas territoriales que les respaldan.

Aunque las sentencias resultaron desfavorables para los funcionarios forales, el legislador decidió extender el derecho a la prestación por asistencia sanitaria a los mismos a través de la Disposición adicional décima del RD 1192/2012²⁴⁸. De esta forma, tanto los funcionarios en activo como los pensionistas y sus beneficiarios, tendrían acceso al Sistema Nacional de Salud en todo el territorio español, así como la posibilidad de exportar su derecho a nivel internacional.

B. Funcionarios e interinos de la extinguida MUNPAL y su integración en el Régimen General

La primera integración de funcionarios públicos al RGSS se efectuó con los funcionarios de la Administración Local, lo que supuso un cambio en su sistema de Seguridad Social y el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria ante el Servicio Público de Salud.

Los funcionarios locales tuvieron la oportunidad de disponer de un sistema legislativo cohesionado con la Ley 11/1960, de 12 de mayo, la cual creó la Mutuality Nacional de Previsión de la Administración Local (en adelante, MUNPAL). Hasta entonces, existían “*copiosas normas reguladores de los derechos y deberes de los*

²⁴⁸ Disposición Final cuarta del Real Decreto-ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral.

*funcionarios locales*²⁴⁹, lo que ocasionaba una serie de desigualdades entre el colectivo. Con el ánimo de llevar a cabo esta cohesión, se crea la MUNPAL como organismo gestor del sistema de seguridad social de estos funcionarios. De forma específica, en el caso de la asistencia sanitaria, la Mutualidad asume su gestión, obteniendo por ello, desgravaciones en los presupuestos locales.

El 23 de noviembre de 1960, se publica la Orden de 12 de agosto de 1960, por la que se aprueban los Estatutos de la MUNPAL. El art. 58.1 establece que la Mutualidad debe garantizar determinados servicios sanitarios como el servicio de medicina general, de especialidades y quirúrgicas, servicios auxiliares y complementarios; y servicios superiores y especiales.

Aunque el servicio prestado se delimitaba en los Estatutos de la MUNPAL, la gestión de la asistencia sanitaria por parte de las Corporaciones Locales fue heterogénea. De hecho, hasta la aprobación del Real Decreto 3241/1983, de 14 de diciembre, por el que se regula la prestación de la asistencia sanitaria para el personal protegido por la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local, coexistían los funcionarios cuyo derecho a la asistencia sanitaria se hacía efectivo a través del Sistema Nacional de Salud y con otros que accedían a la asistencia sanitaria con Entidades privadas. Esto generaba carencias importantes²⁵⁰, ya que la extensión de los servicios sanitarios asegurados no era la misma. Por ello, el art. 3 establece que, con independencia de la titularidad pública o privada del concierto realizado con la Corporación Local, *“los niveles cualitativo y cuantitativo de la protección deben ser similares a los de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social”*.

El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local se integra al RGSS a través del Real Decreto 480/1993, de 2 de abril. Con su promulgación, desaparece la MUNPAL y las Corporaciones Locales, se subrogan en la posición jurídica de ésta.

La Disposición Transitoria Quinta del RD 480/1993, recoge tres posibilidades de prestación de servicios sanitarios: a través del Sistema Público de Salud; de convenios con entidades privadas o a través de medios propios. En los dos últimos supuestos, es

²⁴⁹ Exposición de Motivos Ley 11/1960, de 12 de mayo.

²⁵⁰ Exposición de Motivos RD 3241/1983, de 14 de diciembre.

necesario que el servicio se realice dentro de los estándares de *intensidad y extensión* previstos en el RGSS.

La decisión de mantener los convenios privados entre Corporaciones Locales y aseguradoras privadas no es irrenunciable. Tras una primera prolongación del convenio es posible realizar un cambio a favor del Sistema Nacional Sanitario. En este sentido, la STS de 15 de marzo de 2004²⁵¹ recuerda que no existe un “*derecho a una modalidad concreta de prestación de la asistencia sanitaria y, que el Ayuntamiento puede decidir la forma en que han de organizarse y prestarse sus servicios*”. Por ello, es posible el cambio de ente asegurador cuando así lo decida la Corporación Local, que es el beneficiario.

En el ámbito de la asistencia sanitaria en el extranjero se está a la modalidad a la que se haya acogido la Corporación. Si se diera el caso de que no estuviera prevista la cobertura de la asistencia sanitaria internacional, se puede solicitar al INSS el correspondiente documento acreditativo del derecho, según los reglamentos comunitarios y convenios bilaterales existentes.

No obstante, el cargo realizado a un funcionario por un servicio sanitario prestado en el extranjero será de responsabilidad de la Corporación en su condición de tercero responsable del pago²⁵².

C. Beneficiarios de pensiones especiales de guerra: el bando republicano tras la Guerra Civil

A partir 1976 y, sobre todo, durante la década de los 80, se aprobó un conjunto de normas que reconocieron pensiones a los combatientes del bando republicano: la Ley 6/1982, de 29 de marzo, la Ley 35/1980, de 26 de junio, la Ley 37/1984, de 22 de octubre, y previamente, el Decreto 670/1976, de 5 de marzo, y la Ley 5/1979, de 18 de septiembre.

Dichas pensiones, se integraron dentro de la sección 07 de Clases Pasivas del Presupuesto de Gastos del Estado. Se abonan a cargo de este crédito presupuestario. Con la aprobación de estas nuevas prestaciones, se busca reducir las distancias entre las

²⁵¹ STS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª), de 15 de marzo de 2004. Recurso de Casación 10980/1998. Ponente: Ilmo. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva. ARANZADI RJ\2005\3040.

²⁵² SENAC AZANZA, J., 1993. *La integración de la MUNPAL en el régimen general de la seguridad social*. Madrid: Banco de Crédito Local de España, p. 21.

leyes especiales dictadas a favor del bando vencedor y los demás colectivos que participaron en la guerra. A diferencia pues, del bando ganador, los republicanos²⁵³ no habían recibido ninguna compensación económica tras la Guerra Civil²⁵⁴.

En contraste con las pensiones especiales de la Guerra Civil reconocidas con anterioridad a la Transición, las reconocidas a favor del bando republicano se integraron en el Régimen de Clases Pasivas del Estado.

“La normativa aprobada a favor del bando republicano no contiene ninguna relación con las pensiones especiales de la Guerra Civil 1936-1939 que, si bien son abonables con cargo al crédito presupuestario de la sección 07 de Clases Pasivas del Presupuesto de Gastos del Estado, no pueden legalmente considerarse integradas en el Régimen de Clases Pasivas del Estado y en la acción protectora de éste”.

Esta diferenciación la marca el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado. En su disposición adicional séptima se establece que “*para las pensiones especiales de guerra que se reconozcan al amparo de las Leyes 35/1980, de 26 de junio, 6/1982, de 29 de marzo y 5/1979, de 18 de septiembre, y del Decreto 670/1976, de 5 de marzo, continuará rigiendo como legislación supletoria la legislación de Clases Pasivas*”²⁵⁵.

No obstante, el aseguramiento de este colectivo se reconoce “*con la misma extensión, contenido y condiciones establecidos para los pensionistas del Régimen General de la Seguridad Social*” (art. 54 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de PGE para 1989). Es decir, aunque la pensión se reconozca dentro que el del mismo Capítulo presupuestario del Régimen de Clases Pasivas, sus beneficiarios no se encuadran dentro del Régimen Especial de los Funcionarios²⁵⁶. De tal forma que, el acceso a la asistencia sanitaria será a través del cauce establecido por la LCCSNS.

²⁵³ Los colectivos del bando republicano estaban conformados por Mutilados Civiles (Ley 6/1982, de 29 de marzo), Excombatientes de la Zona Republicana (Ley 35/1980, de 26 de junio), Cuerpo de Carabineros de la República (Ley 37/1984, de 22 de octubre), Cuerpo de Caballeros Mutilados (Decreto 670/1976, de 5 de marzo) y viudas y familiares de fallecidos como consecuencia de la guerra civil española (Ley 5/1979, de 18 de septiembre).

²⁵⁴ CALVO RAMÍREZ, C., 1997. *Clases pasivas del Estado: prestaciones derivadas de la Guerra Civil, 1936-1939*. 1 ed. Boletín Oficial del Estado, BOE, p. 347.

²⁵⁵ CALVO RAMÍREZ, C., *op. cit.*, p. 348.

²⁵⁶ CALVO RAMÍREZ, C., *op. cit.*, p. 352.

3. El Régimen Especial de los Trabajadores del Mar

La protección social de los trabajadores que realizan actividades marítimo-pesqueras se encuadra en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar. Este Régimen Especial ya se preveía la LBSS (Base Tercera). Estos trabajadores cuentan con un Régimen Especial debido a la necesidad de protección en circunstancias especiales de trabajo y el medio en el que tienen que trabajar. Esta especialidad se ha mantenido en nuestra LGSS de 2015, la cual, en su art. 10.1.b) mantiene este régimen y obliga a su posterior desarrollo a través de una ley.

El Régimen del Mar destaca por su configuración especial como un régimen mixto. En él se encuadran, de forma indistinta, tanto a trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia.

En cuanto a su cotización, ésta se debe adaptar al sistema de remuneración “*a la parte*”, la cual se obtiene al deducir los gastos causados por la actividad del “*monte mayor*”, generando así el valor a ser distribuido entre empresario y tripulación “*monte menor*”.

La acción protectora también varía en relación con la del RGSS, ya que se incluyen coeficientes reductores según las características de las actividades realizadas y de la capacidad económica de las empresas y los trabajadores²⁵⁷, además de especialidades en la prestación por asistencia sanitaria.

El Régimen Especial de los Trabajadores del Mar se desarrolla a través de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero. En sus arts. 39 a 41, se regula la sanidad marítima, que se diferencia de la asistencia sanitaria común ya que se proporciona exclusivamente para el desarrollo de la actividad en alta mar, desde la realización de reconocimientos médicos de embarque, así como la inspección de las condiciones sanitarias de las embarcaciones y de los botiquines²⁵⁸, así como la promoción de actuaciones de prevención y protección de los trabajadores.

²⁵⁷ FERRANDO GARCÍA, F.M., 2008. Singularidades del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. *Foro de Seguridad Social*, (20), pp. 133-135.

²⁵⁸ Entre los elementos objeto de inspección, el más relevante son los botiquines, los cuales están desarrollados en el RD 258/1999, de 12 de febrero (RD que transpone la Directiva 92/29/CEE).

El art. 40 garantiza la asistencia sanitaria en el extranjero, incluida la repatriación, en los casos de abandono, apresamiento, naufragio o hecho análogo. A los trabajadores transeúntes, tanto nacionales como extranjeros, también se les garantiza asistencia sanitaria por motivo de naufragio, accidente u otra causa justificada. En todo momento, se garantizará asistencia sanitaria urgente a través de la radio, siendo un servicio gratuito y permanente (art. 16 RD 258/1999, de 12 de febrero).

La asistencia sanitaria se reconoce y se gestiona a través del ISM (RD 504/2011, de 8 de abril). A diferencia del INSS, el ISM también promueve la formación marítima sanitaria a través de los Centros Nacionales de Formación Marítima. El ISM también garantiza la prestación de socorro urgente a través de dos buques hospital: el Esperanza del Mar y el Juan de la Cosa.

En cuanto a la asistencia sanitaria fuera del ámbito del mar, los trabajadores, así como sus beneficiarios tendrán derecho a la asistencia sanitaria bajo los mismos requisitos del RGSS. No obstante, la gestión de los servicios sanitarios dependerá de cada Dirección Provincial del ISM, siendo posible que determinadas especialidades se presten a través de clínicas sanitarias propias o concertadas. Actualmente, la amplia mayoría de las Comunidades Autónomas han asumido la gestión sanitaria de este colectivo.

4. El Régimen Especial de los Estudiantes: el Seguro Escolar

El Seguro Escolar nace a través de la Ley 17 de Julio de 1953, la cual, en su Exposición de Motivos, enuncia su finalidad protectora dentro del marco de desarrollo de la Ley de Protección Escolar de 1 de julio de 1944. Las prestaciones económicas y de asistencia sanitaria se recogen en su propio reglamento, desarrollado en la Orden 11 de agosto de 1953.

El Seguro Escolar es el Régimen Especial de la Seguridad Social para la protección de los estudiantes (art. 10.2.d LGSS de 2015). Su finalidad es la completa protección y ayuda contra circunstancias adversas y fortuitas que pudieran impedir la continuación normal de los estudios. El impedimento de seguir con los estudios es el hecho necesario para que exista protección por parte del Seguro Escolar²⁵⁹, si los

²⁵⁹ DE LA LAMA RIVERA, L. J., 1995. El accidente por el estudio en el Seguro escolar. Revista de Política Social núm. 28 (octubre-diciembre de 1955), ed. Centro de Estudios Políticos Constitucionales, pp. 35-41.

estudios no se ven afectados directa, médica o económicamente no surge el derecho a la acción protectora del Régimen Especial de los Estudiantes.

A diferencia de otros regímenes especiales, el legislador exime al Seguro Escolar de tener su desarrollo a través de una ley, lo que nos deja ante una figura jurídica de desarrollo normativo escaso.

A lo largo de los años, las pocas reformas introducidas han obligado que este régimen especial se desarrolle a través de Circulares internas del INSS, siendo la más relevante la actual Circular núm. 3/2022, de 4 de abril.

Se trata de un Régimen Especial mantenido por las aportaciones del Estado, subvenciones, donativos y legados y rentas de los bienes propios de la antigua Mutualidad del Seguro Escolar, así como por las cuotas abonadas por los estudiantes. Al inicio del curso escolar, los estudiantes están obligados a realizar su aportación al seguro. No obstante, es una aportación simbólica. En efecto, según el Real Decreto 1633/1985, de 28 de agosto, desde el curso académico de 1985/1986, la cuantía de la cuota del Seguro Escolar equivale a 2,24 euros, siendo distribuida en un 50% para los estudiantes y un 50% para el Ministerio de Educación. Dicha obligación de cotizar es única por estudiante y curso académico, de tal forma que, si el estudiante estuviese matriculado en dos o más estudios, solo abonará una cuota²⁶⁰.

4.1. Campo de aplicación: ámbito subjetivo, objetivo y territorial

Las prestaciones del Seguro Escolar se reconocen a todos aquellos que cumplan con los requisitos de nacionalidad, estudios, edad y carencia.

El art. 2 de la Orden 11 de agosto de 1953 establece como beneficiarios del Seguro Escolar a todos “*los estudiantes españoles de uno y otro sexo que reúnan las condiciones establecidas en los presentes Estatutos, (...) a los estudiantes hispanoamericanos, portugueses y filipinos que residan en España, así como a los de los restantes países, cuando en este caso existan Tratados o Convenios que lo determinen, o una reciprocidad expresamente reconocida*”. Actualmente, además de los españoles, tienen acceso a la protección del Seguro Escolar todos los extranjeros de la Unión Europea, a través del Reglamento CE 307/1999, los refugiados y los apátridas,

²⁶⁰ Art. 60.4 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (en adelante, RDCL).

así como todos los extranjeros de terceros países que residan legalmente en España por estudios (apartado 1.1.1. de la Circular INSS 3/2022). Según escrito de la Dirección General del INSS del 27 de octubre de 2004, los inmigrantes en situación irregular no tienen derecho a las prestaciones incluidas en el seguro escolar, aunque sean menores de edad y estén escolarizados.

Los estudiantes deben tener menos de 28 años para poder acceder a dicha protección (art. 3 de la Ley 17 de julio de 1953). No obstante, se cubre igualmente el año escolar en el que el estudiante cumpla dicha edad.

En el momento del hecho causante el interesado debe encontrarse matriculado en alguno de los estudios recogidos en las varias normas que han ampliado el campo de aplicación del Seguro Escolar. Dentro de su amplio abanico se recogen los estudios universitarios y Escuelas Superiores Técnicas de la Ley 17 de julio de 1953, hasta los demás grados de enseñanza existentes hoy en día. Por tanto, atendiendo a la citada Circular INSS 3/2022 (apartado 1.1.2) los estudios compendiados son:

- a) Educación secundaria obligatoria (3º y 4º cursos) y Bachillerato.
- b) Formación profesional (segundo grado, grado medio, grados superior y especial).
- c) Enseñanzas universitarias, incluidos Grado, Máster, el Proyecto fin de grado y fin de Máster y Doctorado.
- d) Enseñanzas artísticas profesionales y superiores²⁶¹.
- e) Programas de Garantía Social²⁶².
- f) Formación profesional especial (educación especial)²⁶³.
- g) Estudiantes seminaristas y laicos que cursen estudios de teología en los Centros Superiores de la Iglesia Católica²⁶⁴.
- h) Segundo curso de Educación secundaria de personas adultas.
- i) Estudiantes universitarios que realicen prácticas en empresas²⁶⁵.

²⁶¹ Se consideran comprendidos en el campo de aplicación, los alumnos que cursen enseñanzas profesionales de música o danza en Conservatorios de Música o Danza, y a mismo tiempo cursen 3º y 4º de la ESO o Bachillerato. Resolución de 12 de abril de 2007 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, BOE núm. 107, de 4 de mayo de 2007.

²⁶² Resolución de 9 de febrero de 1996.

²⁶³ Resolución de 28 de marzo de 1990.

²⁶⁴ De acuerdo con el Real Decreto 1619/2011, de 14 de noviembre.

²⁶⁵ Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 25 de marzo de 1999.

Se excluye al alumnado que curse las enseñanzas de idiomas, puesto que no tiene equivalencia con ningún otro estudio de carácter más general, como así ha decidido la Dirección General del INSS en su escrito del 20 de febrero de 2013.

En el RGSS, el reconocimiento de sus prestaciones queda condicionado al cumplimiento de una carencia mínima, salvo determinadas excepciones. En el caso del Seguro Escolar, ocurre lo mismo, pero con las peculiaridades propias de un régimen especial.

Para generar derecho a las prestaciones del Seguro Escolar es necesario que el interesado acredite un mínimo de carencia de un año, además de haber abonado la cuota de Seguro Escolar durante el año en que se produzca el hecho causante. Por tanto, el interesado debe justificar el pago de la cuota del año escolar anterior al hecho causante, así como del año en curso. Se exceptúan los alumnos de 3º de la ESO, los cuales solo deben justificar el pago de la cuota del año en curso. Tampoco deben justificar el pago de dos cuotas consecutivas los alumnos que hubiesen cursado los estudios en el extranjero, siempre y cuando puedan acreditar la convalidación en España de estos estudios (apartado 3.1. Circular INSS 3/2022)²⁶⁶.

En los casos de accidente escolar, infortunio familiar y prestación sanitaria en toxicología, no es necesario acreditar ningún periodo de carencia.

El ámbito objetivo del Seguro Escolar incluye:

- a) Prestaciones económicas: gastos de sepelio, infortunio familiar, Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Invalidez para los estudios derivados de accidente escolar; y
- b) Prestaciones sanitarias (médicas y farmacéuticas): accidente escolar, cirugía general, neuropsiquiatría, toxicología y tuberculosis pulmonar y ósea²⁶⁷.

Las demás especialidades médicas recogidas en el art. 43 de la Orden de 11 de agosto de 1953 no están cubiertas por el Seguro Escolar, ya que nunca han llegado a ser desarrolladas.

²⁶⁶ Cuando el Servicio Militar era obligatorio, tampoco era necesario justificar el pago de dos cuotas consecutivas.

²⁶⁷ De carácter graciable, se puede conceder las prestaciones sanitarias de fisioterapia, quimioterapia, radioterapia, cobaltoterapia y cirugía maxilofacial.

Para el abono de las prestaciones generadas, el gasto debe haber ocurrido durante el calendario escolar (de 16 de septiembre a 15 de septiembre del año siguiente) y en territorio nacional, según el principio de territorialidad del art. 7.1 de la LGSS de 2015, siendo asumido por la Dirección provincial del INSS coincidente con la residencia del estudiante. Asimismo, en aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, el Seguro Escolar protegerá a los estudiantes que se desplacen temporalmente para realizar estudios conducentes a una cualificación oficial reconocida por las autoridades correspondientes, al territorio de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o a Suiza (apartado 1.3. Circular INSS 3/2022). Sin embargo, el mantenimiento de la protección del seguro en situaciones de traslado entre provincias es posible cuando se justifiquen por motivos de estudio.

Los conflictos de competencia entre las provincias se resuelven a través de la Circular 4/2004, de 23 de junio, la cual reconoce como responsable a la Dirección Provincial que asume el gasto cuando el interesado no reside en la provincia de domicilio de la unidad familiar o cuando no haya disponibilidad de centros hospitalarios autorizados para determinadas terapias sanitarias. Será responsable de asumir el coste, la Dirección Provincial del INSS donde radique el centro hospitalario que ha prestado dicha asistencia. Si el estudiante traslada con posterioridad su domicilio, deberá solicitar el traslado de su expediente de Seguro Escolar a la provincia donde fije su nueva residencia. En los casos de ausencia de centro hospitalario concertado, el pago será asumido por la provincia donde se dispense la asistencia sanitaria.

4.2. Las prestaciones sanitarias del Seguro Escolar: el accidente escolar y las especialidades médicas

Las prestaciones sanitarias que se dispensan bajo la cobertura del Seguro Escolar incluyen tanto prestaciones médicas, de determinadas especialidades o derivadas del accidente escolar, como farmacéuticas. Las prestaciones médicas se abonan desde que se notifica la enfermedad hasta su curación (art. 48 de la Orden 11 de agosto de 1953).

En el caso de los accidentes escolares, la asistencia sanitaria tiene un plazo de duración final de un año, a contar desde el momento del accidente (arts. 16 y 19 Orden 11 de agosto de 1953). No obstante, se puede extender hasta cuando se dicte la resolución indicando la invalidez del estudiante.

En los casos de urgencia debidamente justificada el plazo para solicitar el reintegro total de los gastos médicos es el genérico de cinco años (art. 43 LGSS de 2015).

Ni la Ley de 17 de julio de 1953, ni su posterior Reglamento de desarrollo recogen cualquier referencia sobre el valor del reembolso de los gastos médicos ocasionados. Por ello, a lo largo de los años, el INP, en un primer momento, y con posterioridad el INSS, como entidades gestoras del Seguro Escolar, han aprobado Circulares en las que se han establecido las tarifas de reembolso para las especialidades médicas. El coste de las prestaciones médicas se reintegra al interesado según lo recogido en el Anexo II de tarifas de la Circular INSS 3/2022.

La norma utilizada siempre ha generado controversias sobre la validez de estas tarifas. La sentencia más relevante, es la núm. 1445/2001, de 8 de noviembre, del TSJ de Madrid²⁶⁸, la cual da solución a la reclamación presentada por un perceptor del Seguro Escolar que no estaba de acuerdo con el valor reintegrado por los gastos sanitarios ocasionados.

El TSJ de Madrid falla a favor de las entidades gestoras, las cuales defienden el sistema de tarificación de la Seguridad Social. El art. 6 de dicha Ley establece que la prestación sanitaria –que se desarrolla en los arts. 40 y 43 del reglamento de 11 de agosto de 1953– se puede ofrecer por todos los facultativos y clínicas establecidas legalmente y la Seguridad Social abonará sus honorarios de acuerdo con unas tarifas que se publicarán periódicamente en circulares actualmente del INSS y anteriormente del extinguido INP. Estas normas no sólo se encuentran vigentes, sino que siguen un camino en la cuantificación anual de honorarios análoga al seguido por las sociedades médicas, por lo que su acatamiento no sólo es legalmente exigible a los beneficiarios del régimen especial sino que además entra dentro de la práctica usual de la medicina. Por tanto, las circulares que anualmente marcan las tarifas médicas tienen un apoyo legal en los arts. Citados. El INSS sólo se encuentra obligado a efectuar el pago de los gastos médicos reclamados por el actor de conformidad con las tarifas vigentes en la fecha de la asistencia médica reclamada.

En el caso de las prestaciones farmacéuticas hay diversas posibilidades:

²⁶⁸ STSJ de Madrid núm. 1445/2001, de 8 de noviembre (Sala de lo Social, Sección 3ª). Recurso de Suplicación núm. 1140/2001. Ponente: Ilmo. D. Manuel Avila Romero. ARANZADI ref. AS 2002\587.

- a) La regla general es que el coste asumido por el estudiante es de un 30% del precio público de venta
- b) Si el medicamento fuera prescrito por un facultativo del Servicio Público de Salud, el estudiante solo abonará la diferencia entre el 30% y el porcentaje que abone normalmente como asegurado o beneficiario de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social
- c) El estudiante estará exento si su situación de asegurado o beneficiario del Servicio Público de Salud así lo establece.
- d) En los casos de accidente escolar o internamiento del estudiante, la asistencia farmacéutica será completa sin coste alguno para el interesado (art. 14 de la Orden 11 de agosto de 1953).
- e) En caso de tratamiento en régimen de internamiento la asistencia farmacéutica se prestará completa y a cargo de este (art. 3 de la Orden de 12 de abril de 1958, neuropsiquiatría; art. 3 de la Orden de 25 de marzo de 1958, cirugía; Orden de 25 de julio de 1965, toxicología).

Los medicamentos excluidos de la financiación del Sistema Público de Salud de entienden igualmente excluidos de la financiación del Seguro Escolar.

A. El accidente escolar

El accidente escolar se define en el art. 5 de la Ley 17 de julio de 1953 y el art. 11 de la Orden de 11 de agosto de 1953, como *“toda lesión corporal de la que sea víctima el estudiante con ocasión de actividades directa o indirectamente relacionadas con su condición de tal, incluso las deportivas, asambleas, viajes de estudios, de prácticas o de final de carrera y otras similares, siempre que estas actividades hayan sido organizadas o autorizadas por los Centros de enseñanza”*. El accidente debe tener lugar durante el horario habitual de clase, incluidos los descansos en los que los estudiantes permanezcan en el Centro Escolar, estando reconocida la posibilidad de los accidentes *in itinere*. En este último caso, se deberá comprobar que coincide con el horario de asistencia a clases o prácticas del alumno (apartado 4.2. Circular INSS 3/2022).

Se entienden como actividades deportivas protegidas, todas aquellas actividades que sean organizadas o autorizadas por los Centros Docentes y que formen parte de competiciones deportivas debidamente organizadas, competiciones entre centros y los correspondientes entrenamientos. No se incluyen, por tanto, todas aquellas actividades deportivas realizadas a título particular, fuera del horario escolar dentro de los recintos educativos (apartado 4.3.1. Circular INSS 3/2022). En este mismo sentido, los *viajes de estudios* deben estar organizados o autorizados por el Centro Escolar, cualquiera que sea su naturaleza.

No obstante, solo se considerará accidente escolar el que tenga lugar durante las actividades programadas por los Centros, excluyéndose los horarios libres.

Todos los estudiantes reciben protección del Seguro Escolar cuando las lesiones se hayan ocasionado en riñas, siempre que la disputa se lleve a cabo durante actividades potenciadas por los Centros de Enseñanza y cuando la pelea no haya sido ocasionada por el lesionado. La normativa, en este sentido, solo protege al que sufre los daños de una pelea de la que no haya participado dolosamente, siendo difícil apreciar si los elementos de iniciativa y provocación son tenidos en cuenta o no.

Además de las situaciones anteriormente recogidas, el Seguro Escolar también se hace cargo de la asistencia sanitaria derivada de un accidente ocasionado durante las prácticas universitarias (Resolución de 25 de marzo de 1999 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social), siempre que no constituyan relación laboral²⁶⁹. La protección se extiende a los estudiantes de último curso de la carrera más allá del fin del calendario escolar, siempre y cuando hayan iniciado las mismas con anterioridad al fin del curso.

Los estudiantes que hayan sufrido un accidente escolar pueden ser atendidos en los centros sanitarios colaboradores, que tengan suscrito un concierto con la Dirección Provincial del INSS o que estén autorizados por la Dirección General; o en centros privados elegidos libremente por el estudiante (apartado 4.5. Circular INSS 3/2022).

En el primer caso, las direcciones provinciales remitirán a los estudiantes a dichos centros sanitarios, a los que se abonará el coste de la atención médica

²⁶⁹ Quedan excluidos los estudiantes que se encuentren encuadrados en la Disp. Ad. 52ª de la LGSS de 2015.

dispensada, de acuerdo con las tarifas vigentes recogidas en la Circular INSS 3/2022. En cuanto a la atención sanitaria prestada en centros privados no colaboradores, el estudiante deberá abonar la correspondiente factura y solicitar posteriormente su reembolso a la Dirección Provincial, que le reintegrará los gastos ocasionados, según las tarifas vigentes en la Circular INSS 3/2022²⁷⁰.

Si el estudiante acude a un centro público del Sistema Nacional de Salud, su asistencia sanitaria no será a cargo del Seguro Escolar. El estudiante que además de serlo, también es asegurado o beneficiario del sistema de asistencia sanitaria español, tiene acceso a un servicio sanitario gratuito a través de nuestro Sistema Nacional de Salud. No se tiene en cuenta para su tratamiento las condiciones en las que se produjeron las lesiones. Eso es posible gracias al doble aseguramiento que cuentan la mayor parte de los estudiantes españoles. Sin embargo, si el estudiante no cuenta con el título jurídico de asegurado o beneficiario del Servicio Público de Salud, pero aun así recibe las prestaciones sanitarias de este, el estudiante hará frente a los gastos sanitarios ocasionados como si de un paciente privado se tratara.

B. Las especialidades médicas reconocidas por el Seguro Escolar

Las especialidades médicas reconocidas por el Seguro Escolar son: la cirugía general, la neuropsiquiatría, la toxicología y la tuberculosis; además de las especialidades graciabiles que se puedan reconocer, dependiendo del caso.

Cirugía general (apartado 5. de la Circular 3/2022)²⁷¹

La cirugía general forma parte de las especialidades médicas del Seguro Escolar. Quedan incluidas todas las intervenciones quirúrgicas de todas las especialidades, a excepción de las meramente estéticas. Comprende los servicios de alojamiento y manutención en la clínica, el quirófano y la asistencia médica y farmacéutica durante el ingreso, así como las prótesis de sustitución (no las ortopédicas).

Neuropsiquiatría (apartado 6 de la Circular 3/2022)²⁷²

²⁷⁰ Cuando estos gastos sean inferiores a dichas tarifas, se abonará lo realmente facturado y abonado por el estudiante.

²⁷¹ Orden 25 de marzo de 1958, Orden 18 de junio de 1962 y Orden del Ministerio de Educación Nacional de 21 de abril de 1965.

²⁷² Orden del Ministerio de Educación Nacional de 12 de abril de 1958, Orden del Ministerio de Educación Nacional de 1 de marzo de 1962 y el Acuerdo de la Comisión Permanente del Seguro Escolar de 11 de diciembre de 1965.

La prestación para neuropsiquiatría incluye a los tratamientos de internamiento, hospital de día o ambulatorio para todos los casos de desarrollo de enfermedades psíquicas que afecten gravemente a la continuidad de los estudios del interesado. La disforia de género, como consideración genérica, no se incluye dentro de las prestaciones del Seguro Escolar, como tampoco los tratamientos quirúrgicos necesarios. Se entiende que no siempre dicha situación puede impedir la continuidad de los estudios, requisito esencial para el reconocimiento de la prestación.

Para determinar la cobertura del Seguro Escolar se atenderá a criterios de gravedad, valorados por los inspectores médicos del INSS. Si el inspector médico del INSS observase alguna disparidad entre los protocolos de atención presentados por el centro colaborador y los informes médicos aportados por el estudiante, o bien si es necesario aclarar el tratamiento que se le viene dispensando, se solicitará la ampliación del informe psiquiátrico inicialmente aportado. *“La aportación de este informe ampliatorio se considerará un documento imprescindible para poder seguir facturando por el tratamiento dispensado al estudiante”* (apartado 6.2. Circular INSS 3/2022).

El internamiento, entendido como la permanencia en el hospital durante un mínimo de seis horas cada día, incluye la cobertura del alojamiento y manutención en centros sanitarios, así como los cuidados médicos, asistencia farmacéutica y tratamientos especiales o complementarios. Se trata de una prestación reconocida por un periodo inicial de seis meses, prorrogable durante año y medio por periodos igualmente de seis meses.

- a) La modalidad de hospital de día, entendida como la permanencia del estudiante en el hospital un mínimo de seis horas cada día de tratamiento sin pernoctación, incluye la cobertura del 50% de la cantidad que correspondería en la modalidad de internamiento, lo relativo al alojamiento y a la manutención. La prestación se concede por un período inicial de seis meses, prorrogable durante año y medio por períodos igualmente de seis meses hasta un máximo de dos años.
- b) La asistencia ambulatoria corresponde a la estancia del interesado en un centro hospitalario por menos de seis horas. Se abonarán los honorarios médicos, psicoterapéuticos, pruebas y el 70% de los gastos de la medicación. Se fija un tratamiento inicial de seis meses, prorrogables por otro período de igual duración, hasta un máximo de un año.

El cómputo de la duración efectiva del tratamiento se hará por días efectivos de tratamiento. Si el estudiante cambia de modalidad se puede mantener el derecho a la prestación sin interrupción del tratamiento. Ahora bien, es necesaria la presentación de otra solicitud. A partir de entonces, varía únicamente el régimen en el que se concede el tratamiento.

Tecología (apartado 7 de la Circular 3/2022)²⁷³

La prestación de tología incluye las visitas previas al parto, honorarios médicos y gastos de internamiento. Se excluye cualquier gasto de atención a los recién nacidos. No obstante, estos como recién nacidos y menores de edad, cuentan con la protección sanitaria del Sistema Público de Salud, como así se ha desarrollado en los capítulos anteriores.

Tuberculosis (apartado 8 de la Circular 3/2022)²⁷⁴

Se trata de reconocer tratamiento médico, con o sin régimen de hospitalización, en los casos de tuberculosis, tanto pulmonar como ósea. Se incluyen los servicios de alojamiento y manutención en centros sanitarios, cuidados médico y cirugía, así como la asistencia farmacéutica.

4.3. La gestión del Seguro Escolar

La competencia en el reconocimiento de las prestaciones económicas siempre corresponde a la Dirección Provincial del INSS de la provincia en que tenga su domicilio el estudiante. Por su parte, las prestaciones sanitarias pueden ser prestadas por el INSS o por las Comunidades Autónomas, cuando éstas hayan asumido el traspaso de la gestión. Las Comunidades Autónomas que han asumido la gestión de las prestaciones sanitarias del Seguro Escolar son: Castilla-La Mancha²⁷⁵, Extremadura²⁷⁶, Aragón²⁷⁷, Islas Baleares²⁷⁸, Cantabria²⁷⁹, Asturias²⁸⁰, Canarias²⁸¹ y País Vasco²⁸².

²⁷³ Orden de 21 de abril de 1965.

²⁷⁴ Orden conjunta de los Ministerios de Educación Nacional y de Trabajo de 6 de junio de 1956 y la orden del Ministerio de Educación Nacional de 1 de marzo de 1962.

²⁷⁵ Real Decreto 361/2006, de 27 de marzo.

²⁷⁶ Real Decreto 362/2006, de 27 de marzo.

²⁷⁷ Real Decreto 779/2006, de 27 de junio.

²⁷⁸ Real Decreto 1190/2006, de 13 de octubre.

²⁷⁹ Real Decreto 1921/2008, de 21 de noviembre.

²⁸⁰ Real Decreto 2002/2008, de 5 de diciembre.

²⁸¹ Real Decreto 828/2010, de 25 de junio.

Las solicitudes de prestaciones de Seguro Escolar realizadas por un estudiante en una provincia cuya competencia es del INSS, pero que ha abonado su cuota en una provincia cuya Comunidad Autónoma tiene transferida la prestación de la asistencia sanitaria del seguro escolar deberán ser denegadas, ya que se entiende que no cumple el requisito de carencia necesario.

Cuando el INSS es la entidad gestora competente de su gestión, las prestaciones sanitarias y los servicios sanitarios se prestan a través de establecimientos sanitarios privados que hayan concertado sus servicios con la Dirección Provincial del INSS competente o que tengan la autorización previa de la Dirección General. A diferencia del Sistema Público de Salud que está dividido territorialmente en Comunidades Autónomas, el Seguro Escolar responde a la organización provincial del INSS. Al existir un concierto o autorización previa, el estudiante debe acudir a los centros médicos incluidos en estos acuerdos, para que sea posible el reintegro de gastos médicos ocasionados.

Los estudiantes que también son asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud, cuando reciban atención médica en centros sanitarios públicos generarán un coste para el Sistema Público de Salud. Este coste no es imputable al Seguro Escolar y, como consecuencia, al INSS.

La asunción de la competencia por parte de las Comunidades Autónomas sobre las prestaciones sanitarias del Seguro Escolar es el futuro adecuado para su gestión. En la actualidad, tras la separación de la prestación de asistencia sanitaria no contributiva del sistema de Seguridad Social, no hay cabida para el mantenimiento de la gestión del INSS a tan pocas prestaciones sanitarias. Se debe trabajar para que las Comunidades Autónomas asuman la plena gestión de las prestaciones sanitarias, y con ello, la actualización de los servicios médicos prestados.

La asistencia sanitaria reconocida por el Seguro Escolar es incompatible²⁸³ con cualesquiera otras prestaciones de idéntico contenido (y derivadas de análogo riesgo) de aquellos estudiantes que puedan encontrarse simultáneamente dados de alta como beneficiarios o asegurados en los Regímenes de la Seguridad Social o de las

²⁸² Real Decreto 667/2020 de 14 de julio.

²⁸³ Art. 2 del Real Decreto 1633/1985, de 28 de agosto, por el que se fija la cuantía de la cuota del Seguro Escolar.

Mutualidades. No obstante, las prestaciones económicas del Seguro Escolar serán compatibles con becas escolares, la pensión de orfandad y los seguros privados de índole semejante.

CAPÍTULO IV

**EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A
LA ASISTENCIA SANITARIA EN
ESPAÑA COMO ASEGURADOS Y
BENEFICIARIOS DEL SISTEMA**

CAPÍTULO IV. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LA ASISTENCIA SANITARIA EN ESPAÑA COMO ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS DEL SISTEMA

1. Introducción

Dentro del derecho moderno²⁸⁴, los derechos y obligaciones de los ciudadanos se modulan según la pertenencia de estos al Estado en el que residan. Consiguientemente, la nacionalidad se configura, pues, como condición para el ejercicio pleno de los derechos recogidos en los ordenamientos jurídicos internos de cada país. Carecer de la condición de nacional, implica una restricción de los derechos y libertades que uno puede ejercitar.

La relación entre los nacionales de otros países, esto es de los extranjeros, con el Estado español se asienta en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEX), la cual establece los criterios de acceso y estancia dentro de nuestro territorio, así como los derechos y deberes que se adquieren una vez pasada la frontera.

El concepto de extranjero viene recogido en el art. 1 de la LOEX. Se considera extranjero, a todo aquel “*que carezca de la nacionalidad española*”.

La definición de extranjeros que residen en nuestro país que contiene la LOEX es heterogénea, ya que no se reconocen los mismos derechos y deberes²⁸⁵, existiendo una separación evidente dependiendo de los acuerdos internacionales firmados por España. Aquellos que gocen de la “*ciudadanía europea*”, así como aquellos ciudadanos provenientes de países con Convenios Bilaterales con España, tendrán más privilegios que los nacionales de terceros países. Por tanto, la relación jurídica del extranjero con España dependerá directamente de la relación de su país con el nuestro, generando así, situaciones jurídicas en las que sea de aplicación varias fuentes normativas.

La entrada en territorio de un país se debe realizar bajo las normas y requisitos impuestos por su legislación nacional, dado que no existe ninguna normativa de derecho internacional que obligue a un Estado a la admisión de extranjeros²⁸⁶. En España, los

²⁸⁴ Por él entendemos, refiriendo a VELASCO RETAMOS, J. M. (coord.) y CUARTERO RUBIO, M. V. (dir.), 2019. *Inmigración: Retos para el Derecho en el siglo XXI*. Aranzadi Thomson Reuters, p. 69.

²⁸⁵ ESPINAR VICENTE, J.M. y GUZMÁN PECES, M., 2017. *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*. Madrid. Ed. Dykinson, pp. 120-121.

²⁸⁶ PALAO MORENO, G. y FERNÁNDEZ MASIÁ, E., 2018. *Nacionalidad y extranjería*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 181.

requisitos de entrada varían según la nacionalidad del extranjero. Existe un régimen específico para los nacionales europeos y otro genérico de extranjería que se extiende a los nacionales de terceros países que no ostentan la condición de “*ciudadano europeo*”.

Toda la legislación nacional sobre extranjería y fronteras se encuentra condicionada por la competencia de la UE sobre la materia. Esto significa que el régimen normativo que tenemos es de derecho comunitario, siendo aplicado a cualquier interesado con independencia de ser o no nacional europeo. No obstante, existen una serie de privilegios aplicados a los nacionales europeos que nos obligan a delimitar nuestra legislación en estos dos grandes aspectos: *europeo* y *no europeo*. Aun así, a la legislación general en materia de extranjería podría ser de aplicación supletoria a los nacionales europeos siempre y cuando sea más favorable²⁸⁷.

Los beneficiarios del régimen europeo están compuestos por:

- a) Todos los ciudadanos de la UE, los cuales, por el mero hecho de poseer la nacionalidad europea tienen el derecho a circular y a residir libremente en el territorio de la Unión, según lo dispuesto en los arts. 20.2.a) y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE).
- b) Los ciudadanos europeos, los nacionales pertenecientes al Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega)²⁸⁸ y Suiza²⁸⁹.
- c) Los familiares²⁹⁰ de nacionales de la UE, así como de los países asimilados. En ambos casos, con independencia de su nacionalidad de origen, será de aplicación la normativa establecida por la UE en materia migratoria.

Como es sabido, el Espacio Schengen integra a los países miembros de la UE (todos salvo Irlanda) y aquellos países adheridos al acervo Schengen (Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza). El sistema Schengen establece de un lado, un control de fronteras a la entrada, desde un territorio exterior a otro que conforma el espacio y, de

²⁸⁷ En RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á, 2017. *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*. 1 ed. Aranzadi Thomson Reuters, p. 39.

²⁸⁸ Art. 28 del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo.

²⁸⁹ Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, de 21 de junio de 1999.

²⁹⁰ Son familiares según el art. 2 de Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, el cónyuge, pareja de hecho, descendientes directos en primer grado, ascendientes directos en primer grado y, cualquier otro miembro de la familia que esté a cargo o viva con el ciudadano europeo.

otro, la eliminación de los controles fronterizos cuando uno circula dentro de las fronteras interiores. Los acuerdos que hacen posible el Espacio Schengen son:

- Acuerdos de supresión gradual de los controles de fronteras comunes de 14 de junio de 1985 y de 1 de junio de 1990;
- Protocolo núm. 19 (Protocolo de Schengen) que incorpora el derecho de libre circulación en el Tratado de Ámsterdam;
- Reglamento (UE) núm. 2016/399 (Código de Fronteras Schengen) y;
- Reglamento (CE) núm. 810/2009 (Código de Visados Schengen).

Este sistema se aplica a todos los nacionales europeos y de terceros países que quieran acceder a la zona Schengen. No obstante, hay diferencias en cuanto a los derechos y deberes tanto en la entrada como en el cruce de fronteras internas según la nacionalidad del extranjero.

El régimen europeo de extranjería

A la entrada en territorio español de los ciudadanos de la Unión Europea, EEE y Suiza se aplica la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004, transpuesta dentro de nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero. Para hacer efectivo el cumplimiento del derecho de libre circulación, tanto la Directiva como el Real Decreto impone un único requisito: la exhibición de un documento válido de identidad nacional del país de origen o, en su defecto, el pasaporte.

Los extranjeros de terceros países, que a su vez son familiares de un ciudadano europeo estarán bajo el mismo régimen de que ciudadano europeo, siendo necesario la acreditación del vínculo familiar para proceder a su entrada en territorio comunitario.

La inspección que se realiza sobre los documentos de identificación o de comprobación del vínculo familiar, tendrá como único fin, la verificación de la identidad y de la nacionalidad del extranjero. Al disfrutar de un derecho de libre circulación, la denegación de la entrada de un ciudadano de la UE, así como de sus familiares, solo se permite por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública. No se puede fundamentar la denegación de la entrada de un nacional europeo que no posea la documentación de identidad requerida, siendo el país de

entrada el que debe facilitar la obtención de dichos documentos cuando el interesado no disponga de los mismos.²⁹¹.

Una vez realizada la entrada dentro del Espacio Schengen, el interesado, así como su familia, pueden circular libremente por todos los Estados Miembros que lo conforman, pudiendo permanecer dentro de este espacio por un periodo máximo de 3 meses. A partir de este momento, pasarán a la situación de residente, la cual representará una serie de modificaciones en sus derechos y deberes, sobre todo en el ámbito de la asistencia sanitaria.

El régimen ordinario de extranjería

Frente al control laxo al que someten a *los europeos y sus familiares*, los nacionales de terceros países son sometidos a un control minucioso a la entrada de las fronteras de la Unión Europea. Además del pasaporte en vigor, se les exige la autorización necesaria para entrar y permanecer en territorio europeo (visados – art. 25 LOEX-). Si no se cumplen las condiciones legales de entrada del extranjero, se deniega la misma, siendo este devuelto a su país de origen (arts. 25 y 60 LOEX).

Los inmigrantes sujetos a protección internacional pueden acceder a la residencia legal en España debido a su situación personal excepcional. Su regulación se encuentra recogida en varios Convenios Internacionales. Estos extranjeros no pueden ser devueltos ni expulsados al país de donde proceden, ya que, de lo contrario, se pondría en riesgo a sus vidas. Por ello, su régimen de acceso y permanencia en España es específico, siendo regulado en normas especiales que se analizarán con más detenimiento en los próximos apartados de este Capítulo.

El reconocimiento de derechos y deberes a los extranjeros gravita alrededor de su situación administrativa en territorio español. La autorización para residir de forma lucrativa o no lucrativa en el país es el título que permita, o no, el acceso al mercado laboral, así como a nuestro Sistema de Seguridad Social y sus prestaciones. El periodo durante el cual el extranjero reside en España depende de la duración de la autorización que obtenga, pudiendo variar entre “*temporal*” o “*de larga duración*” (art. 31 bis LOEX), siendo esta última la que más arraigo genere al inmigrante. Su permanencia

²⁹¹ Art. 15 del RD 240/2007. Como así expone RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á, *op. cit.*, pp. 156-157;

legal en territorio español está condicionada al cumplimiento de los requisitos desarrollados por nuestra legislación.

2. El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros residentes en situación regular en España

Como hemos analizado en puntos anteriores, los extranjeros no cuentan con los mismos derechos que los españoles, siéndoles aplicables regímenes jurídicos distintos según la nacionalidad que ostenten y su situación administrativa en España.

El acceso a la asistencia sanitaria pública es uno de estos derechos que se reconocen de forma distinta entre españoles y extranjeros. Mientras que los españoles tienen derecho a la asistencia sanitaria por su nacionalidad y residencia en territorio español, a los extranjeros el reconocimiento del derecho dependerá de su estatus en España.

De este modo, los extranjeros en situación administrativa irregular tienen derecho a la asistencia sanitaria pública en toda su extensión, mientras que los extranjeros en situación regular no disponen de esta prerrogativa. A estos últimos, su derecho depende del tipo de autorización por residencia que se les conceda y de su nacionalidad (europeo o no europeo).

La autorización de residencia no viene aparejada con el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria. La permanencia en territorio español sí es requisito necesario para acceder al derecho a la sanidad pública. Como consecuencia de ello, el incumplimiento del requisito de residencia supone la baja del sistema de asistencia sanitaria y la consecuente pérdida de la condición de asegurado o beneficiario.

Las bajas en la prestación de la asistencia sanitaria solo se llevan a cabo cuando existe constancia documentada de la ruptura con el vínculo de residencia en España. Para realizar esta comprobación, se está a la información aportada por el interesado, en la que indica su cambio de residencia, o la información aportada por el nuevo país de aseguramiento. En el caso de los ciudadanos bajo régimen de derecho comunitario, esta comprobación se realiza través de las solicitudes del Formulario H012 (antiguo E104), Certificados Provisionales Sustitutorios de la Tarjeta Sanitaria Europea y otros formularios o certificaciones en aplicación de la normativa internacional.

Los ciudadanos comunitarios y los nacionales de terceros países en situación regular en España pueden permanecer en territorio español siempre que no ocasionen ningún coste al Sistema Público de Salud. Esto se refleja en la obligatoriedad de mantener un seguro de asistencia sanitaria privado durante su permanencia en territorio español. En el caso de los nacionales de terceros países, la exigencia del seguro sanitario privado es aún más importante, ya que consiste en un requisito necesario para la autorización de la entrada y permanencia en el territorio en determinadas visados.

No obstante, los extranjeros que no tengan su autorización de residencia condicionada al mantenimiento de un seguro privado pueden acceder al Sistema Público de Salud como *asegurados* o *beneficiarios* en aplicación de la LCCSNS.

2.1. El derecho a la asistencia sanitaria en las permanencias de corta duración en territorio español: la obligatoriedad del seguro médico privado

La permanencia de los extranjeros en el territorio español se distingue entre la de corta y la de larga duración. La diferencia depende de si la permanencia supera o no la barrera de los 90 días por semestre. Mientras la permanencia no rebase los 90 días, el extranjero disfrutará de una “*estancia*” en territorio europeo (art. 30.1 LOEX). Si supera los 90 días, la “*estancia*” pasa a denominarse “*residencia*” (art. 30.2 LOEX), ya que se interpreta que existe un elemento volitivo de permanencia en el país. En ambos casos, es necesaria la obtención de un visado²⁹² no solo acceder, también permanecer en el territorio europeo²⁹³.

De forma excepcional, la estancia puede tener un régimen superior a 90 días por semestre, cuando la misma sea por motivos de estudio a tiempo completo (incluida la movilidad de alumnos de enseñanza secundaria o bachillerato), investigación o formación, así como prácticas no laborales (la actividad retribuida no puede entorpecer los estudios y los ingresos obtenidos no pueden tener carácter de recurso necesario) o servicios de voluntariado (incluidos los *au pair*, Directiva (UE) 2016/801 de 11 de mayo de 2016). La duración de la estancia debe ser acorde con el periodo de la actividad formativa, siempre que la misma no supere el año natural²⁹⁴, o dos, cuando el

²⁹² A la excepción de los ciudadanos europeos o de un país exento de dicha obligación por el Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018.

²⁹³ En el caso de los europeos es suficiente con la presentación del documento de identidad nacional en vigor o el pasaporte, art. 6 del RD 240/2007.

²⁹⁴ Capítulo III de la Directiva (UE) 2016/801 de 11 de mayo de 2016.

programa de estudios se desarrolle en una institución de enseñanza superior autorizada que conduzca a la obtención de un título de educación superior reconocido (art. 37.3 RLOEX).

Como hemos analizado en los puntos anteriores, los extranjeros comunitarios tienen derecho a acceder al territorio de los Estados Miembros sin previa autorización. Por tanto, los visados se aplican a los extranjeros de terceros países. Existen tres posibles visados: de tránsito, de estancia y, de estudios (que engloba movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado).

De estos tres visados, el único que no requiere la contratación de un seguro médico de viaje es el de tránsito, debido a las peculiaridades de éste.

A) Visado de tránsito

El visado de tránsito es una autorización muy restrictiva, exigida a nacionales de determinados países establecidos por la Unión Europea²⁹⁵ a los que se les autoriza únicamente la estancia en la zona de tránsito internacional de un aeropuerto de un Estado miembro durante las escalas o enlaces de vuelos (art. 26 del Código de visados). A estos interesados, se les impide cualquier acceso al territorio nacional del país en el que se realice el tránsito (art. 26 RLOEX).

Al no estar autorizados para acceder a la zona Schengen, no existe la obligación de contratar un seguro médico de viaje²⁹⁶. Si el interesado tuviera la necesidad de atención médica en durante los traslados, tendría la consideración de un extranjero en situación irregular al no contar con autorización para acceder al territorio comunitario. Por tanto, tendría derecho a la asistencia sanitaria pública.

B) Visado de estancia

En cuanto a los visados de estancia, estos se clasifican en dos tipos:

a) Visado uniforme

²⁹⁵ El visado de tránsito se exige a los ciudadanos de los países incluidos en el Anexo IV del Código de visados. No obstante, en situaciones de descontrol fronterizo, los Estados miembros están autorizados a incluir de forma temporal otras nacionalidades más allá de las recogidas en el Anexo IV.

²⁹⁶ Según el Art. 3 del Código de visados, se excluye de la necesidad de este visado a todos los ciudadanos titulares de un visado uniforme o permiso de residencia de un Estado miembro; nacionales enumerados en el anexo V del Código de visados; nacionales detentores de visados expedidos por Canadá, Japón o los Estados Unidos de América; titulares de pasaportes diplomáticos; y miembros de las tripulaciones de vuelo.

El *visado uniforme* consiste en una autorización para acceder al Espacio Schengen durante un periodo no superior a 90 días por semestre (art. 29 RLOEX). Según los arts. 5 y siguientes Código de visados, para la obtención de este visado, el interesado debe presentar los documentos justificativos que indiquen el motivo del viaje y la comprobación de poseer los medios suficientes para costear la permanencia en territorio europeo. Esto último incluye la obligación de contratar un seguro de asistencia sanitario privado valorado en hasta treinta mil euros.

Como modalidad de los visados uniformes, y dentro de los programas de carácter humanitario potenciados por administraciones públicas y asociaciones sin ánimo de lucro²⁹⁷, los arts. 187 y 188 del RLOEX reconocen la autorización de desplazamiento temporal de menores a nuestro territorio nacional por un periodo inferior a 90 días por semestre (se permite una estancia superior cuando sea por estudios en un centro oficialmente reconocido), con el objetivo de que reciban tratamiento médico o para el disfrute de vacaciones en España.

Debido a su factor humanitario, los menores no precisan del mantenimiento de un seguro de asistencia sanitaria privado, estableciendo procedimientos para el acceso a la asistencia sanitaria pública. En el caso de los menores de origen saharauis, existe un procedimiento específico desarrollado en la Resolución de 19 de junio de 2018, que publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de junio de 2018.

b) Visado de validez territorial limitada

Mientras el visado uniforme permite el acceso a todos los países miembros, el *visado de validez territorial limitada*, lógicamente, solo autoriza el tránsito y estancia en el territorio de algunos países. La limitación se realiza por motivos tasados: razones humanitarias, de interés nacional o debido a obligaciones internacionales (art. 25 del Código de visados). En este caso, debido a la importancia de los motivos por los que se autoriza el visado, el interesado tendrá acceso a la asistencia sanitaria pública.

C) Visado de estudios

De forma excepcional, por motivos de estudios, prácticas o voluntariado, la duración máxima de la estancia puede prorrogarse por un tiempo superior a 90 días. Se

²⁹⁷ RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á, *op. cit.*, p. 237.

incluyen en este colectivo a todos los extranjeros que ostenten un título español de licenciado o graduado en medicina, farmacia, enfermería u otros títulos universitarios de formación sanitaria especializada que incluyan pruebas selectivas para la formación especializada. Se autoriza la estancia de todos aquellos que también obtengan plaza en el proceso selectivo para realizar las actividades derivadas de dicha especialización (art. 43 LROEX).

Son actividades cuyo carácter no laboral excluye la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, lo que permite que un visado de estancia sea suficiente para el mantenimiento de la permanencia del extranjero en nuestro país²⁹⁸. La necesidad de una autorización de trabajo implica obligatoriamente una autorización o visado de residencia. Con el visado de estancia, se reconoce el mismo derecho a permanecer en territorio español a los familiares²⁹⁹ que acompañen al interesado durante sus estudios, prácticas o voluntariado.

Los extranjeros que deseen solicitar el visado de estudios deberán contar, además de la matrícula o aceptación en el programa de prácticas o voluntariado, con los medios económicos necesarios para su subsistencia en España. Esto incluye el pago de un seguro sanitario de índole público o privado que cubra las necesidades sanitarias que se pudieran ocasionar durante la permanencia del interesado en territorio nacional (art. 38 RLOEX). El visado garantiza igualmente el derecho a la libertad de movimiento dentro del territorio de la Unión Europea, permitiendo que el extranjero pueda acceder a otros países miembros durante su estancia (art. 44 RLOEX).

2.2. El derecho a la asistencia sanitaria en las permanencias prolongadas en territorio español

Una vez superada la estancia se da paso a la residencia, ya que se sobrentiende una voluntad por parte del extranjero de mantenerse en el territorio. Existen dos clases de residencia (art. 30 bis LOEX): la temporal y la de larga duración.

a) Temporal

²⁹⁸ ROALES PANIAGUA, E. *La estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado en el nuevo Reglamento de Extranjería*. En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir.), 2011. *El novísimo reglamento de extranjería: Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. 1 ed. Murcia: Laborum, p. 37.

²⁹⁹ El art. 41 RLOEX considera familiar al cónyuge, la pareja de hecho, los hijos menores de edad o los hijos con discapacidad.

La residencia temporal es el periodo de residencia que supera los 90 días hasta los 5 años. La autorización para residir temporalmente en España abarca varias posibilidades y varían según la finalidad de ésta, pudiendo ser: lucrativa; no lucrativa o, por situaciones profesionales especiales.

La relación entre la autorización por residencia y la asistencia sanitaria pública depende del tipo de permiso al que se opta. Frente a los visados de estancia, en los que la asistencia sanitaria es costeada por el interesado a través de un seguro privado, hay determinados permisos de residencia que son compatibles con el acceso a la asistencia sanitaria pública.

Residencia lucrativa

Como regla general, el derecho a residir en España no conlleva al reconocimiento automático del derecho a trabajar³⁰⁰. Para que sea posible que un extranjero pueda realizar su actividad laboral en nuestro territorio debe tener una autorización de residencia lucrativa. Ésta permite no solo el acceso al mercado laboral, sino también a las prestaciones de la Seguridad Social, así como a la asistencia sanitaria pública. Se autoriza a todo aquel mayor de 16 años que tenga contrato de trabajo por periodo de vigencia que corresponda a su permanencia (art. 36 LOEX) o que inicie una actividad laboral por cuenta propia (arts. 103 y ss. RLOEX). La eficacia de la autorización de residencia y trabajo se hace efectiva cuando el interesado realice su afiliación y el alta ante la Seguridad Social.

La concesión de un permiso de residencia y de trabajo no exige la acreditación de poseer un seguro de enfermedad privado. Por ello, si el extranjero aún no ha sido dado de alta laboral o si su actividad no implica la obligatoriedad de alta en la Seguridad Social (por ejemplo, profesionales colegiados), este tiene derecho a la asistencia sanitaria como asegurado residente en España en las mismas condiciones que un asegurado nacional español.

Los nacionales europeos son la excepción a esta regla general, ya que tienen derecho no solo a circular libremente por territorio de la UE y del EEE, sino también a realizar actividades por cuenta propia o ajena en las mismas condiciones que un nacional sin necesitar una autorización previa (art. 45 TFUE). En España, se exige como

³⁰⁰ Procedimiento establecido por la Directiva 2011/98/UE de 13 de diciembre de 2011.

único requisito formal la inscripción en el Registro Central de Extranjeros para la obtención del Número de Identificación de Extranjero (art. 7 RD 240/2007). Los nacionales comunitarios tendrán acceso a la asistencia sanitaria pública española por dos vías: al iniciar una actividad lucrativa en España otra, la protección específica consignada por los Reglamentos comunitarios. Tema este, que se desarrollará con más detenimiento en el próximo capítulo.

Residencia no lucrativa

La residencia no lucrativa implica el reconocimiento legal de la permanencia de un extranjero en territorio nacional sin derecho a realizar ninguna actividad laboral. Esto conlleva una posible carga para el Estado, ya que al no obtener ingresos este ocasiona un coste a la asistencia social y sanitaria nacional. Por ello, se exige tanto a los nacionales europeos como a los nacionales de terceros países, que cuenten con los recursos necesarios para su mantenimiento en España y, sobre todo, la contratación de un seguro sanitario durante su estancia. En el caso de los europeos, estos pueden estar asegurados por sus países de origen (por ejemplo, un pensionista alemán). En aplicación de los reglamentos comunitarios, el nacional comunitario puede exportar su derecho desde su país de origen, el cual asumirá el coste de su gasto sanitario en España.

Los nacionales europeos tienen garantizado el derecho a residir en España bajo los principios y derechos reconocidos en el TFUE. De esta forma, nos encontramos con ciudadanos tanto en activo como inactivos³⁰¹. Esto últimos tienen el derecho a residir en España por su nacionalidad, aunque no realicen ninguna actividad lucrativa³⁰². No obstante, el derecho a poder circular por el espacio europeo y a residir en el mismo no implica un acceso universal al estado social de cada país³⁰³.

Aunque exista libertad de movimiento, el permanecer en un Estado ajeno implica disponer de los medios necesarios para su subsistencia. El art. 7 del RD 240/2007 exige dicho requisito a los ciudadanos europeos inactivos, así como una protección sanitaria propia, sea a través de la contratación de un seguro sanitario privado, la exportación del derecho desde su país de origen o la dependencia como

³⁰¹ Pueden ser estudiantes, pensionistas, inversores o personas en búsqueda activa de empleo.

³⁰² RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á, *op. cit.*, pp. 257 – 261.

³⁰³ Las limitaciones del derecho a la libre circulación vienen establecidas en la Directiva 2004/38/CE, transpuesta por el RD 240/2007.

beneficiario de un asegurado del Sistema Público de Salud. Las instrucciones para la correcta aplicación del art. 7 vienen recogidas en el art. 3 de la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del art. 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

En el caso de los nacionales de terceros países, se repiten los mismos requisitos de medios necesarios y asistencia sanitaria privada. Además, por el hecho de no ser nacional europeo, nuestra legislación (art. 3 LOEX y arts. 46 – 51 RLOEX) exige no carecer de antecedentes penales, así como no figurar en la lista de no admisibles de Schengen ni padecer enfermedades que pueda tener repercusiones de salud pública.

Residencia por situación profesional especial

Mención especial debe hacerse a la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores de terceros países ajenos a la UE y a su internacionalización, la cual se aprobó para fortalecer el tejido empresarial español a través de la promoción económica y del desarrollo de I+D+I a nivel internacional. El marco jurídico sobre el que se desarrolla esta ley se apoya en varias Directivas europeas como la Directiva 2009/50/CE, de 25 de mayo; y la Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, posteriormente derogada por la Directiva (UE) 2016/801, de 11 de mayo de 2016.

En su articulado, se reconoce el derecho a residir en España a todo aquel nacional de tercer país (y sus familiares) que cumpla con los requisitos de las categorías laborales recogidas en la ley: inversores³⁰⁴, emprendedores³⁰⁵, profesionales altamente cualificados³⁰⁶, investigadores³⁰⁷ y trabajadores que efectúen movimientos intraempresariales dentro de la misma empresa o grupo de empresas³⁰⁸.

Se excluye de la aplicación de esta ley todos los ciudadanos de la Unión Europea o, al que se les fuera aplicable el Derecho de la Unión.

³⁰⁴ Arts. 63 y 64.

³⁰⁵ Art. 70.

³⁰⁶ Art. 71.

³⁰⁷ Art. 72.

³⁰⁸ Arts. 73 y 74.

Los inversores, emprendedores e investigadores (así como sus familiares), obtendrán la autorización para residir en España siempre que cuenten con los medios económicos necesarios para subsistir en territorio nacional. La ley les obliga a contratar de forma obligatoria un seguro de salud³⁰⁹, no siendo posible acceder a la asistencia sanitaria pública. El interesado debe mantener el seguro privado sanitario durante toda su permanencia en España.

La obligación de contratar un seguro sanitario privado no se aplica a los profesionales altamente cualificados o aquellos que hayan efectuado movimientos intraempresariales. Esto es lógico, ya que los mismos cotizan en España, y, por tanto, tienen por derecho propio acceso a nuestro Sistema Público de Salud como asegurados. Sus familiares, al ser sus dependientes, tienen acceso a la salud pública como sus beneficiarios.

- b) Larga duración, cuando se autoriza la residencia de forma indefinida para todo aquel que supere los cinco años de residencia temporal.

Cuando la permanencia en territorio español se alarga más allá de los cinco años, el ordenamiento jurídico reconoce una equiparación de derechos laborales y sociales entre españoles y extranjeros³¹⁰. A diferencia de la residencia temporal, la residencia de larga duración se reconoce por un periodo indefinido en el tiempo, autorizando a su vez, al extranjero a trabajar también de forma indefinida sin ningún tipo de limitación o restricción.

La regla general es que los ciudadanos europeos y asimilados, así como sus familiares, adquieren el estatuto de residente de larga duración tras cinco años de residencia legal y continuada en nuestro territorio (art. 10.1 RD 240/2007). No obstante, el RD permite acceder al estatus de residencia de larga duración con un periodo de residencia inferior a cinco años en determinados casos. El art. 10.2 reconoce la residencia de larga duración a los extranjeros que hayan residido menos de cinco años en España cuando se jubilan a la edad ordinaria establecida por ley (o anticipadamente tras doce meses de trabajo en España), cuando tras un periodo de residencia de mínimo

³⁰⁹ En el caso de los investigadores, estos requisitos fueron incluidos en la reforma del Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, el cual transpone la Directiva UE 2016/801, de 11 de mayo de 2016.

³¹⁰ Art. 32 LOEX “(...) autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles”.

dos años deban cesar en su actividad laboral debido al reconocimiento de una incapacidad permanente, y a los trabajadores fronterizos tras tres años de residencia.

Los familiares del ciudadano europeo podrán acceder a la residencia de larga duración tanto por título propio, al haber residido cinco años en España o, por accesoria del estatuto de residente de larga duración concedido al extranjero del que dependan. En caso de fallecimiento del nacional europeo, se reconocerá a sus familiares la residencia de larga duración siempre y cuando el causante haya residido al menos dos años en el territorio o si el fallecimiento hubiese sido provocado por un accidente de trabajo o enfermedad profesional. El art. 10.5 también reconoce el derecho de residencia de larga duración al cónyuge superviviente cuando este fuera ciudadano español y hubiera perdido la nacionalidad española como consecuencia del matrimonio con el causante.

En cuanto a los nacionales de terceros países, existen dos tipos de residencia de larga duración: la general y la UE. Esta diferencia deriva de la transposición de la Directiva 2003/09/CE, la cual obligó a los Estados miembros a incluir en su normativa interna un estatuto común de residencia de larga duración con mención a la UE. En el caso de España, se mantuvo la legislación preexistente sobre el acceso a la residencia de larga duración y se añadió otra modalidad con la transposición de la Directiva 2003/09/CE.

La residencia de larga duración del régimen general se encuentra recogida en el art. 32 de la LOEX y en los arts. 147 a 150 del RLOEX. Se accede a esta modalidad tras una residencia legal y continuada de cinco años en España³¹¹. No obstante, existen excepciones en las que no es necesaria una estancia previa de cinco años en España, como, por ejemplo, la obtención de una pensión de jubilación contributiva o la de una pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez (art. 148.3. a y b). Tampoco se necesita la comprobación de dicha permanencia en territorio español

³¹¹ En cuanto a la continuidad, el artículo 148.2 RLOEX establece “La continuidad (...) no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de diez meses dentro de los cinco años (...). En caso de ausencias por motivos laborales, la continuación de la residencia no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de un año dentro de los cinco años requeridos”.

cuando el extranjero cuente con una especial vinculación con España³¹², sea beneficiario de protección internacional³¹³ o por reconocimiento de méritos con España³¹⁴.

En la residencia de larga duración, al llevar aparejada la autorización para trabajar, no es requisito necesario el mantenimiento de un seguro de asistencia sanitaria. Esto es así, ya que existe la posibilidad de que el interesado acceda al sistema de Seguridad Social como trabajador, y con ello, al Sistema Público de Salud como asegurado.

En el caso de la residencia especial de larga duración UE, se requiere que sea legal y continuada³¹⁵ de cinco años, no siendo admisible situaciones en las que se exima dicha permanencia. La residencia, al llevar el título de UE, puede haber sido efectuada en cualquier Estado miembro, siendo en el caso español necesario que los dos últimos de residencia hayan sido en España. A diferencia de la residencia de larga duración general, en el caso de la UE se exige al interesado y su familia que cuenten con recursos suficientes, así como un seguro de asistencia sanitaria si no cuentan previamente con la cobertura de nuestro Servicio Público de Salud.

2.3. El derecho a la asistencia sanitaria y las relaciones familiares: la reagrupación familiar

Los permisos de residencia derivados del vínculo familiar se basan en la protección que se concede desde nuestro ordenamiento jurídico a la vida en familia. La propia Declaración de Derechos Humanos reconoce en su art. 16.3 a la familia como “*elemento natural y fundamental de la sociedad*”, siendo obligación del Estado y de la sociedad protegerla. Tanto la legislación europea como nuestras normas internas han

³¹² Art. 148.3. “c) Residentes que hayan nacido en España y, al llegar a la mayoría de edad, hayan residido en España de forma legal y continuada durante, al menos, los tres años consecutivos inmediatamente anteriores a la solicitud. d) Extranjeros que hayan sido españoles de origen y hayan perdido la nacionalidad española. e) Residentes que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva”.

³¹³ Art. 148.3. “f) Apátridas, refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria”.

³¹⁴ Art. 148.3. “g) Extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España, o a la proyección de España en el exterior”.

³¹⁵ En relación con el concepto continuada, el art. 152 RLOEX establece que “La continuidad no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de diez meses dentro del periodo de permanencia de cinco años exigible, salvo que las correspondientes salidas se hubieran efectuado de manera irregular. En caso de ausencias por motivos laborales, la continuación de la residencia no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de un año dentro de los cinco años requeridos”.

desarrollado en el seno del derecho de extranjería una garantía a los familiares del extranjero que se desplaza a residir en otro Estado. De esta forma, se permite al interesado mantener su núcleo familiar, extendiéndoles su permiso de residencia.

El derecho a la reagrupación familiar no incluye el acceso a los servicios sociales o sanitarios de los Estados. Se reconoce el derecho a acompañar al interesado que se traslada, pero no la protección que pueda existir dentro del Estado de derecho del país en el que uno resida. En este sentido, en el caso de la asistencia sanitaria, el art. 54 RLOEX así como el RD 240/2007 exigen que el extranjero cuente con los medios económicos adecuados para el mantenimiento de su familia (incluida la asistencia sanitaria). Cuando los familiares no puedan depender como beneficiarios del extranjero reagrupante porque éste no está asegurado al sistema o, porque no se incluyen en la categoría de familiares protegidos por la ley (por ejemplo, los ascendientes), debe contar con un seguro público o privado que incluya la misma protección que el Servicio Público de Salud.

Reagrupación familiar en el derecho comunitario

En el art. 7 de la Carta Europea de Derechos Humanos la vida familiar se reconoce como un derecho a ser respetado. No obstante, no se recoge como tal en los principales Tratados de la Unión Europea al considerarse como un derecho derivado de la libre circulación. Se entiende que la libertad de circulación solo es efectiva cuando no hay ningún elemento disuasorio o restrictivo que impida el ejercicio de la misma³¹⁶ y, como la imposibilidad de estar con los componentes de su familia debido a la nacionalidad de sus miembros limita la circulación de los nacionales europeos, es combatida. El Considerando 9 de la Directiva 2004/38/CE establece que “*el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad, debe serle reconocido también a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad*”.

³¹⁶ ARRESE IRIONDO, M.N. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 2012. *La ciudadanía de la Unión Europea y la libertad de circulación de los familiares extranjeros*. Bilbao: Lete, pp. 45 – 46.

Por ello, el derecho europeo reconoce a los familiares³¹⁷ de un ciudadano europeo una especie de derecho derivado³¹⁸ de libre circulación y residencia para acompañar al nacional de la Unión en todos los traslados que realice a otros Estados miembros³¹⁹. Los familiares pueden acompañar al ciudadano europeo de forma simultánea en su traslado con un visado de estancia (art. 8 RD 240/2007), pudiendo permanecer en el territorio junto al nacional europeo por periodo superior a tres meses siempre y cuando dispongan de recursos suficientes y un seguro médico (art. 7.1.d. RD 240/2007). El seguro médico puede ser sustituido por el reconocimiento del familiar como beneficiario de asistencia sanitaria del nacional europeo residente o *exportando* el derecho desde su país de origen.

La reagrupación de familiares de los ciudadanos de la UE también puede reconocerse en aquellos casos en los que la permanencia del familiar en territorio europeo determine la residencia del propio ciudadano europeo. Este es el caso de los menores nacionales europeos, hijos a su vez de inmigrantes que carecen de permiso de residencia en Europa. El menor solo puede desarrollarse plenamente y ejercitar sus derechos y deberes como ciudadano europeo con el acompañamiento de sus progenitores. Por ello, el TJUE³²⁰ reconoce el derecho a residir de estos nacionales de terceros países, cuando los mismos detengan la custodia de un menor ciudadano europeo.

En nuestro derecho interno, la asistencia sanitaria de los menores de edad que no pueden ser beneficiarios de sus ascendientes, al estar estos de forma irregular en territorio español, se reconoce en la figura de *asegurado menor de edad*. En esta

³¹⁷ Según las definiciones de la Directiva 2004/38/CE, debemos entender como familiar al cónyuge o la pareja de hecho; los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o pareja de hecho; y los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja de hecho. De forma excepcional, los países de la Unión Europea podrán reconocer el derecho de residencia a todos aquellos familiares que estén a cargo o vivan con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud; así como la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantenga una relación estable, debidamente probada, pero sin estar reconocida por ordenamiento jurídico como pareja de hecho.

³¹⁸ Se entiende en todo caso que nos referimos siempre a nacionales de terceros países, ya que los nacionales europeos gozan de un derecho propio con independencia de ser o no familiar de otro europeo.

³¹⁹ La jurisprudencia del TJUE ha reiterado en varias ocasiones que la protección del derecho a la vida familiar solo es efectiva cuando hay traslado del nacional europeo a otro país que o sea el suyo de origen. De lo contrario, la permanencia en su país de origen implica la aplicación directa del derecho interno y no el de la Unión. Como ejemplo, el caso Murat Dereci y otros contra Bundesministerium für Inneres, STJUE de 15 de noviembre de 2011 (Caso C-256/11) en RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., *op. cit.*, p. 295.

³²⁰ STJUE (Gran Sala) de 8 de marzo de 2011. Gerardo Ruiz Zambrano contra Office national de l'emploi (Caso C-34/09).

situación, debemos diferenciar al menor que nace como nacional español, al no serle reconocida la nacionalidad de origen de sus progenitores (*ius sanguinis*), el cual tiene su derecho a la asistencia sanitaria como asegurado del sistema reconocido por el INSS, y el que nace extranjero (*ius soli*) y se encuentra en situación irregular al igual que sus progenitores. El menor extranjero irregular tiene derecho a la asistencia sanitaria a través de los servicios sanitarios de su Comunidad Autónoma de residencia por estar amparado por el art. 3.ter de la LCCSNS.

Reagrupación familiar en el régimen general de extranjería

En el régimen general de extranjería, el derecho a la vida familiar se recoge en la LOEX en su art. 16. Se trata de un derecho que, no se encuentra amparado por nuestra Constitución ni es reconocido como tal por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Los familiares protegidos por el derecho de reagrupación son: el cónyuge³²¹ o pareja de hecho³²²; los hijos del residente y del cónyuge menores de dieciocho años o mayores con discapacidad; los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades³²³; y los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España³²⁴.

La reagrupación familiar exige al extranjero residente haber obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial, la cual debe cumplir con una permanencia mínima de un año (no siendo computables los periodos de permanencia irregulares ni periodos de estancia). Al ser necesario una residencia inicial de un año, es obligatoria una separación previa entre el residente y sus familiares, no siendo posible un traslado y/o permanencia simultáneos.

³²¹ El matrimonio de personas del mismo sexo no plantea problemas en nuestro país debido al reconocimiento de nuestro Derecho Civil a esta figura jurídica. Se excluye en cualquier caso la reagrupación de cónyuges polígamos.

³²² Se incluye a la pareja de hecho como novedad del reglamento en el año 2011. No es necesario que la pareja esté registrada, siendo suficiente con la mera convivencia, siempre que la misma se pueda acreditar. El periodo mínimo de convivencia debe ser el exigido para producir efectos en España, según la legislación interna (art. 17 LOEX).

³²³ En relación con la *kafala*, institución propia del derecho marroquí, existe dos Instrucciones específicas (DGI/SGRJ/01/2008 y DGI/SGJI/06/2007) que establecen el procedimiento de reagrupación familiar a seguir en estos casos.

³²⁴ Art. 27 LOEX.

El familiar al que se reagrupa debe contar con protección sanitaria propia. Esto significa que si el familiar no puede ser beneficiario del extranjero que resida legalmente en España, debe contar con un seguro de asistencia sanitaria público o privado que le permita estar cubierto.

3. La acción protectora de los extranjeros en situación administrativa irregular

La evolución del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España ha sido progresiva a lo largo de los años, sobre todo a partir de la entrada en vigor de nuestra Constitución y las demás leyes orgánicas que se desarrollan a continuación.

El art. 13 de la CE establece que “*los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*”. Frente a los españoles, a los que se les reconoce la protección universal de los derechos y libertades del Capítulo segundo, los extranjeros son titulares de determinadas libertades, las cuales dependen de un desarrollo legislativo posterior. Por tanto, la Constitución ampara un trato diferenciado según la nacionalidad del interesado, restringiendo derechos y libertades a los nacionales de terceros países.

El hecho de que los españoles y los extranjeros no disfruten de un mismo plan de igualdad ante la ley ha sido objeto de discusión doctrinal y jurisprudencial, teniendo en cuenta las posibles colisiones con el art. 14 (derecho a la igualdad). En este sentido, la STC núm. 107/1984, de 23 de noviembre³²⁵, afirma que los arts. 13 y 14 no colisionan entre sí, ya que el derecho a “*la igualdad ante la ley*” solo hace referencia a los españoles, pues son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, *son iguales ante la Ley*, y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros.

Por tanto, la desigualdad entre españoles y extranjeros dispone de un respaldo constitucional que permite una limitación de los derechos y libertades de estos últimos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional matiza esta realidad jurídica, evitando así, “*desconstitucionalizar*” por completo la posición jurídica de los extranjeros. En este sentido, el Alto Tribunal clasificó los derechos de los extranjeros en tres categorías: los que corresponden por igual a españoles y extranjeros (los derechos fundamentales); los

³²⁵ STC (Sala Segunda) núm. 107/1984, de 23 de noviembre. Recurso de amparo 576-1983. BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984.

derechos vetados a los extranjeros (el art. 23 de la Constitución); y aquellos derechos que pertenecen a los extranjeros siempre y cuando así lo disponga la ley³²⁶.

En concordancia con la jurisprudencia constitucional, el legislador desarrolla los derechos de los extranjeros por primera vez en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio³²⁷; una norma poco innovadora que debido a su carácter incipiente no regularía muchos derechos y libertades esenciales³²⁸. La ley, de forma genérica en su art. 4, reconoce a los extranjeros “*los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución*”, confiando el ejercicio de estos a una posterior regulación en los demás arts. de su texto normativo, o por parte de otras normas. Por tanto, la ley ampara un trato igualitario genérico entre extranjeros y españoles en cuanto al Título I de la Constitución se refiere, pero sin especificar los límites de esta igualdad.

La asistencia sanitaria es uno de los derechos afectados por este vacío normativo. Al no estar regulada específicamente en esta Ley Orgánica y al no tener ninguna limitación recogida en el texto constitucional, la asistencia sanitaria pasa a ser un derecho reconocido a los extranjeros en las mismas condiciones que a los españoles. Los extranjeros residentes en España pasan a ser titulares de derechos y libertades, incluida la asistencia sanitaria, siempre y cuando su residencia sea regular.

La LGS de 1986 vino a reafirmar la protección exclusiva a los extranjeros en situación administrativa regular, al reconocer el acceso al Sistema Público de Salud a “*todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional*”. En resumen, el art. 1.2 reconoce la protección del Servicio Público de Salud en las mismas condiciones de igualdad a los españoles y extranjeros en situación regular que *residan* en territorio español³²⁹, remitiendo los extranjeros y

³²⁶ FERNANDEZ COLLADOS, M.B. y GONZALEZ DIAZ, F.A., *op. cit.*, p. 204.

³²⁷ La Ley Orgánica 7/1985 es la primera norma que recoge un estatuto jurídico del inmigrante en España desde el siglo XIX, como así recoge el preámbulo de la norma: “Nuestro ordenamiento jurídico ha carecido, desde el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, de una norma que, con pretensión de generalidad, recoja, formule y sintetice los principios que deban informar la situación de extranjería, en sí misma y en sus aspectos más importantes, y que evite la proliferación de disposiciones de distinto rango, que hasta ahora han venido regulando esta materia”.

³²⁸ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., 2012, *Art. 12. Derecho a la asistencia sanitaria*. En MONEREO PÉREZ, J. L. (coord.), FERNANDÉZ AVILÉS, J. A. (coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social: (LO 4/2000 y RD 557/2011)*. 2 ed. Colmares, p. 204.

³²⁹ Como hemos estudiado con más profundidad en los Capítulos I y II, la residencia es uno de los aspectos fundamentales del derecho a la asistencia sanitaria. En el caso de los españoles de origen residentes fuera de España, existe una protección específica a través del RD 8/2008.

españoles residentes fuera a la aplicación de los Tratados Internacionales firmados por España (art. 1.3. LGS).

Aunque la LGS implicó un avance en la protección sanitaria de los extranjeros, se hacía necesario un desarrollo más extenso de la materia. Para solventar este problema, en 1996 se aprobó el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, el cual desarrollaba el Reglamento de la LO 7/1985. Con esta nueva norma, se amplía el marco jurídico de los derechos reconocidos a los extranjeros, incluyendo el derecho a las prestaciones sociales (art. 8), así como la protección a la salud (art. 9). Ambos artículos se encuentran reunidos en la sección 3ª del Reglamento, titulada “*Derechos de los extranjeros que se encuentren legalmente en territorio español*”, una declaración clara del límite que impone el legislador al acceso a la asistencia sanitaria y a las prestaciones sociales en territorio español³³⁰.

3.1. La universalización de la asistencia sanitaria a través de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

En el camino del desarrollo de los derechos de los extranjeros y de su equiparación con los derechos de los españoles, se aprueba la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEX). Su art. 3 reconoce que, “*los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica*”. El art. 3.1 recoge el testigo del art. 4 de la LO 7/1985 y vuelve a reconocer una situación de igualdad entre extranjeros y españoles. No obstante, a diferencia de la LO 7/1985, la LOEX sí desarrolla en su texto normativo los derechos³³¹ y libertades del Título I, imponiendo los límites y requisitos de acceso a dichos derechos.

En el caso de la asistencia sanitaria, el art. 12.1 establece que “*los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan*

³³⁰ Límite también aplicable al Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre.

³³¹ En cuanto a los derechos fundamentales, el apartado 2 del art. 3 establece que “*las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas*”.

habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles". A diferencia de la anterior legislación, la LOEX reconoce el acceso gratuito al Servicio Público de Salud a todos los extranjeros que estén inscritos en el padrón municipal, excluyendo el requisito de que los mismos residan legalmente en España.

El padrón municipal es un registro administrativo que permite cuantificar los vecinos que residen en un municipio³³². Esta información permite a los Ayuntamientos tener un conocimiento real de su población y decidir por las políticas públicas que más necesitan. La inscripción en el padrón es una obligación de todo ciudadano que resida en una demarcación municipal³³³, pero en ningún caso es prueba de la legalidad de su residencia³³⁴. Por tanto, la LOEX extiende la protección de la asistencia sanitaria a todo aquel que esté empadronado en España, con independencia de la situación legal de su residencia.

La solución encontrada por el legislador para incluir como titulares del derecho a la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares resulta sencilla, ya que el acto de empadronarse es un mero trámite administrativo que no exige ningún documento de residencia regular en España, a la vez que permite a los municipios y Comunidades Autónomas cuantificar e identificar a los interesados que tengan acceso al Servicio Público de Salud. No obstante, el padrón no deja de ser un registro público, el cual puede ser accedido por las Administraciones Públicas autorizadas para ello, lo que puede generar desconfianza³³⁵ por parte de la población migrante sobre qué organismos tienen acceso a sus datos personales y conocimiento de su situación irregular. A partir del año 2003, se permitió a través de la Ley Orgánica 14/2003, la cesión de los datos del padrón a la Dirección General de la Policía para un mejor ejercicio de sus competencias de control sobre la permanencia de los extranjeros en España, lo que puede acarrear en sanciones administrativas a los inmigrantes irregulares.

³³² Art. 16.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

³³³ Art. 54.1 del Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales.

³³⁴ Art. 18.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

³³⁵ CANTERO MARTÍNEZ, J. *Asistencia sanitaria pública al extranjero no comunitario y, en especial, al que carece de autorización administrativa de residencia en España*. En CANTERO MARTÍNEZ, J. (dir.) y PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), 2013. *Tratado de derecho sanitario (vol. I)*. 1 ed. Cizur Menor (Navarra) Aranzadi, p. 562.

La acreditación del empadronamiento en el caso de los inmigrantes irregulares consiste en una dificultad añadida, ya que muchos de ellos, malviven en asentamientos humanos marginales o en viviendas sobreocupadas. Para suplir este requisito, el art. 12 cubre la asistencia sanitaria de urgencia en caso de enfermedad grave o accidente, menores de dieciocho años, así como la atención sanitaria antes, durante y posterior al parto³³⁶. Según la Circular núm. 1/2000, de 28 de enero del INSS, en el caso de los menores de dieciocho años, el reconocimiento a la protección farmacéutica se haría en los términos previstos en el Real Decreto 1088/1989. El derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social corresponde únicamente al menor, sin que quepa extenderlo a otros familiares que convivan con él, aunque se acredite que están a su cargo.

El empadronamiento y su flexibilización en los casos de urgencia médica y embarazo se mantendrían en la reforma de la Ley de extranjería, a través de la LO 2/2009, de 11 de diciembre.

Conjuntamente al reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria del art. 12, la LOEX reconoce el derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales en su art. 14. Con independencia de la situación administrativa del extranjero en España, este tiene derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas, así como a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social, en las mismas condiciones que los españoles. Esto permite a los extranjeros en situación irregular acceder a las prestaciones farmacéuticas gratuitas recogidas en el RD 1088/1989.

La aprobación de la LCCSNS en el año 2003 introduce una importante diferenciación: el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria según la nacionalidad del extranjero.

Al reconocer la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria a todos los extranjeros empadronados en España, no se ha tenido en cuenta por parte del legislador, las peculiaridades de los extranjeros cuyos países de origen mantienen acuerdos internacionales con España. Para corregir este fallo, el art. 3 de la LCCSNS, distingue entre: los nacionales de la UE, los nacionales de países con convenios con España y los demás extranjeros, a los que les es aplicable la LOEX.

³³⁶ Según la Circular núm. 1/2000, de 28 de enero del INSS, en el caso de las embarazadas, “el derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social se iniciará con la constatación médica del embarazo y continuará hasta 6 semanas después del parto, sin perjuicio de la continuidad de la asistencia sanitaria postnatal que pudiera necesitarse una vez transcurrido dicho período”.

En el caso de los nacionales de la UE y demás países con acuerdos bilaterales con España, se les aplicará la normativa internacional correspondiente para que se pueda reconocer el derecho.

Si el interesado no cuenta con autorización para residir en España, se le aplica de forma subsidiaria la LOEX, siendo exigible el empadronamiento para el reconocimiento de la titularidad del derecho.

La LOEX ha sufrido varias reformas, incluida una en el mismo año de su publicación (LO 8/2000, de 22 de diciembre), que han afectado al reconocimiento de varios derechos. En cuanto al derecho a la asistencia sanitaria, la LO 2/2009, modifica lo regulado en el año 2000. Se cambia el término “*residencia habitual*” por “*domicilio habitual*”, para evitar discordancias u otras interpretaciones del término, sobre todo por lo mencionado en el art.1 de la LGS. De esta forma, no cabe interpretación posible sobre el concepto “*residencia*”, dejando claro que la situación administrativa del extranjero no es factor de exclusión para el reconocimiento del derecho a la salud. Con la aprobación de la LO 2/2009, culmina el periodo de universalización tanto objetiva como subjetiva de nuestra asistencia sanitaria, manteniendo la situación hasta la reforma propuesta en el año 2012.

3.2. El impacto del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril

Tal como hemos expuesto, en el proceso lento de universalización de la asistencia sanitaria pública hasta el año 2012, los extranjeros residentes en España tuvieron acceso a nuestro Servicio Público de Salud con independencia de su situación administrativa, sólo se les exigía estar empadronado en el municipio de su residencia.

Esta amplitud en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita chocaba con la aplicación de cualquier normativa más restrictiva que conviviera con la LOEX, como, por ejemplo, los Convenios Bilaterales entre España y terceros países, y los Reglamentos de la UE. Por tanto, hasta el año 2012, existían dos regímenes jurídicos en cuanto al derecho a la asistencia sanitaria:

- a) El régimen general, encabezado por la LOEX y su Reglamento, en el que los extranjeros residentes en España tenían acceso al derecho por el mero hecho de empadronarse en territorio nacional y;

- b) El régimen especial, aplicable a cada nacionalidad que tuviera un acuerdo bilateral con España, sobre todo, todas aquellas nacionalidades originarias de países miembros de la UE.

Frente a la LOEX, que sin requisitos sustanciales reconocía el derecho a la asistencia sanitaria a inmigrantes en situación irregular, el RD 240/2007 exigía a los nacionales de la UE el desarrollo de una actividad lucrativa o un derecho previo en su país de origen para poder acceder al Sistema Público de Salud español. En el caso de la residencia no lucrativa, el RD 240/2007 les requería el mantenimiento de un seguro de asistencia sanitaria privado para el reconocimiento del permiso de residencia. Esta dualidad en el régimen de acceso a la asistencia sanitaria pública chocaba con la realidad en la gestión administrativa, que prefería muchas veces, reconocer el derecho a la asistencia sanitaria a través de los mecanismos de la LOEX, en detrimento de la aplicación de los requisitos específicos exigidos en cada caso.

El resultado de la errónea aplicación de la normativa de extranjería es un reconocimiento incorrecto del derecho a la asistencia sanitaria. De esta forma, nos encontramos con un Sistema Público de Salud que asumiendo un coste y una carga sanitaria que no le corresponde³³⁷.

Además de las incongruencias entre la legislación general de extranjería y la específica, existían también incoherencias dentro de la propia LOEX y de su Reglamento de desarrollo.

Como requisito exigible para el permiso de residencia no lucrativa se requería la contratación de un seguro privado de asistencia sanitaria y los medios económicos necesarios para no precisar la asistencia social del Estado. Por tanto, una vez reconocida la residencia no lucrativa a un extranjero, este debía mantener el seguro de asistencia sanitaria privada para recibir atención médica en España. En caso contrario, esto es, sin seguro, no tendría derecho a la asistencia sanitaria gratuita del Servicio Público de Salud. La necesidad de un seguro sanitario no resultaba coherente cuando el propio ordenamiento jurídico reconocía protección a todo extranjero que estuviese empadronado en España, con o sin autorización para residir en el territorio.

³³⁷ Como ya se ha hecho referencia en el Capítulo I, el Informe del Tribunal de Cuentas cuantificaba el problema de la inaplicación de la normativa específica en el caso de la asistencia sanitaria y las duplicidades que se generaban por la existencia del Régimen amplio de la LOEX.

Consiguientemente, la normativa era más estricta para aquellos extranjeros que tenían autorización para residir en España que para aquellos que se encontraban en situación irregular.

Para paliar este desajuste normativo, el Gobierno aprobó en abril de 2012 el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Se justifica la reforma debido a la crisis económica por la que atraviesa España y, la necesidad de acometer cambios en un Sistema de Salud saturado y endeudado.

“Se ha perdido eficacia en la gestión de los recursos disponibles, lo que se ha traducido en una alta morosidad y en un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias. Se hace, pues, imprescindible la adopción de medidas urgentes que garanticen su futuro y que contribuyan a evitar que este problema persista. (...) Son necesarias reformas que permitan reforzar la sostenibilidad, mejorar la eficiencia en la gestión, promover el ahorro y las economías de escala, introducir nuevas herramientas a través de las nuevas tecnologías, ganar en cohesión territorial, coordinar los servicios sanitarios y los sociales y, sobre todo, garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional con una cartera básica de servicios comunes³³⁸”.

El RDL 16/2012 modificó el art. 12 de la LOEX a través de la Disposición Final 3ª, que pasó a tener la siguiente redacción; “*Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria*”. Por tanto, se eliminaba de la Ley Orgánica el contenido del derecho a la asistencia sanitaria, siendo necesario acudir a otras normas para conocer los requisitos de acceso de los extranjeros al Servicio Público de Salud, lo que se hizo a través de la LCCSNS.

El nuevo modelo de asistencia sanitaria se recogió en los arts. 3 y siguientes de la LCCSNS. El art. 1 del RDL 16/2012 reforma la LCCSNS, transformándola en la norma central en cuanto al reconocimiento del derecho a la salud en España. Se abandona el concepto de “*titular del derecho*” y se pasa a utilizar dos conceptos más vinculados a los seguros privados; el de “*asegurado*” y el de “*beneficiario*”.

³³⁸ Exposición de motivos RDL 16/2012, de 20 de abril.

Los *asegurados* son todas aquellas personas que trabajan o se encuentran en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social, los pensionistas, los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social o los que hayan agotado la prestación o subsidio por desempleo. Los *beneficiarios* se enmarcan en otro *numerus clausus* que recoge la norma, siendo estos el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, el excónyuge a cargo del asegurado, los descendientes menores de 26 años o mayores de dicha edad, siempre y cuando tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%.

El reconocimiento como *asegurado* o *beneficiario* se exige a todos los interesados en acceder al Sistema Público de Salud, sean o no nacionales españoles. No obstante, la imposibilidad de cumplir con los supuestos establecidos para ser *asegurado* o *beneficiario* no excluye la protección del sistema sanitario español.

El legislador recoge una excepción en el apartado 3 el art. 3 de la LCCSNS, en la cual reconoce la condición de “*asegurado residente*” para todo español o extranjero en situación administrativa regular que resida en territorio nacional que no cumpla con los requisitos exigidos por la ley y no pueda ser clasificado como *asegurado* o *beneficiario*. Al *asegurado residente* se le impone el requisito de no haber superado un límite determinado de ingresos (fijado posteriormente por el RD 1192/2012 en 100.000 euros³³⁹).

La excepción del art. 3.3 incluye indistintamente a españoles y extranjeros, lo que puede interpretarse como una extensión del derecho a la asistencia sanitaria a todo extranjero que resida legalmente en España. Se trata de una interpretación *universalista* que debemos descartar teniendo en cuenta los requisitos exigidos por la legislación de extranjería en cuanto a las autorizaciones de entrada en territorio español.

Tanto el RD 240/2007 en el caso de los nacionales comunitarios, como la LOEX y el RLOEX en el caso de terceros países, recogen la obligación de aseguramiento sanitario en la estancia y en la residencia no lucrativa de los extranjeros, así como el mantenimiento de los ingresos necesarios para su supervivencia en nuestro territorio.

³³⁹ El RD 1192/2012 deroga el RD 1088/1989. Por ello, la intención del legislador de imponer un límite cuantitativo en el acceso al Sistema Público de Salud a aquellas personas que no tuvieran condición de asegurado o beneficiario.

Como hemos analizado en los puntos anteriores de este Capítulo, en determinados casos de residencia legal, la legislación autoriza la permanencia de los extranjeros siempre que no supongan una “*carga para el Estado*”. Al ser necesario contar con un seguro privado antes de obtener la autorización de residencia, no es coherente que, con posterioridad a la obtención de dicha autorización, se permita el acceso a la asistencia sanitaria pública a través de la situación de *asegurado residente*. Por ello, la inclusión de un extranjero en el Sistema Público de Salud como *asegurado residente* solo es aplicable en el caso de los extranjeros cuando estos, tras haber accedido previamente a la sanidad pública como *asegurado*, pierdan dicha condición y no puedan volver a acceder a la misma, ni como asegurado ni como beneficiario.

El legislador fue consciente de las lagunas prácticas que dejó el RDL 16/2012 con su entrada en vigor. Sobre todo, a la hora de matizar el contexto de los extranjeros que podrían estar en situación de *asegurado residente*. Por ello, se aprueba el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. En el art. 1.b) se añade al requisito de no superar una renta anual de 100.000 euros, el de “*no tener obligación de mantener una cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía*”³⁴⁰. Por tanto, todos los extranjeros que deban contar con un seguro privado de asistencia sanitaria para obtener su autorización por residencia deben mantenerlo tras la obtención de dicha autorización, ya que el Sistema Público de Salud no sufragará los gastos sanitarios ocasionados por los mismos.

Resuelta las incongruencias en cuanto a los extranjeros en situación regular en España, la reforma del RDL 16/2012 se ocupa de los extranjeros en situación administrativa irregular. Con el nuevo artículo, el 3 ter la LCCSNS excluye a los extranjeros en situación administrativa irregular de la protección generalizada del Sistema Público de Salud. Se les deja una pequeña parcela de derechos que incluyen el acceso a la asistencia sanitaria pública en caso de urgencia por enfermedad grave o accidente, la asistencia al embarazo, parto y postparto. Los menores de edad tienen protección sanitaria en las mismas condiciones que un español.

³⁴⁰ Esta restricción afecta también a los españoles, sobre todo en el caso de los funcionarios y sus Mutualidades, ya que el serlo excluye la posibilidad de mantener a la vez la situación de asegurado o beneficiario del sistema, salvo exceptuadas ocasiones.

De forma transitoria, el RD 1192/2012 extiende la protección de la asistencia sanitaria gratuita a todos aquellos interesados a los que no se les pueda reconocer la condición de asegurado o beneficiario. Para ello, la Disposición Transitoria Única permite que la atención sanitaria se mantenga hasta el 31 de agosto de 2012.

A. La creación del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria: el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio

Tal como hemos analizado, el acceso a la asistencia sanitaria pública se recoge en la LCCSNS a partir de las modificaciones introducidas por el RDL 16/2012, garantizando los servicios sanitarios a todas las personas que ostenten la condición de *asegurados o beneficiarios* del sistema, dentro de los términos desarrollados por el RD 1192/2012. Aquellas personas que no gocen de la condición de aseguradas o de beneficiarias no tienen acceso gratuito al Servicio Público de Salud, salvo que, como exige el art. 3.5 de la LCCSNS, se haya suscripto a un *convenio especial*. A través de la satisfacción de una cuota mensual, los interesados que suscriban dicho convenio pueden acceder a la asistencia sanitaria pública.

El Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, regula el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria. En él se establecen los requisitos de acceso y el contenido de su acción protectora (art. 3 del RD 576/2013). Los requisitos son los siguientes:

- a) Acreditar la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial.
- b) Estar empadronado, en el momento de presentar la solicitud de suscripción del convenio especial, en algún municipio perteneciente al ámbito territorial al que extienda sus competencias la administración pública competente para su suscripción.
- c) No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título, ya sea por aplicación de la normativa nacional, de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que en dicha materia hayan sido suscritos por España con otros países.

La suscripción del convenio permite disfrutar de los servicios asistenciales incluidos en la cartera común³⁴¹ de los servicios del Sistema Nacional de Salud. Es posible la incorporación de otras prestaciones complementarias según así lo decida la Comunidad Autónoma que ofrezca el servicio sanitario.

El órgano gestor del convenio especial es la Comunidad Autónoma, o en el caso de Ceuta y Melilla, el INGESA (art. 2 RD 576/2013) donde esté empadronado el interesado, siendo además responsable de la gestión de la prestación de su servicio sanitario. Aunque el convenio especial tenga un ámbito de aplicación territorial concreto, el RD 576/2013 extiende su protección durante los desplazamientos temporales que realice el interesado en territorio nacional (Disp. Ad. Primera RD 576/2013). El gasto que se pueda ocasionar en una Comunidad Autónoma que no sea la gestora del convenio será asumido por el Fondo de Garantía Asistencial, contemplado en el art. 3 del RDL 16/2012.

El coste mensual del mantenimiento del convenio especial es de 60 euros para menores de 65 años y de 157 euros para los que tengan 65 o más años. En el caso de que el suscriptor del convenio cumpla la edad de 65 años durante la vigencia del convenio la cuota se actualiza automáticamente, surtiendo efectos desde el primer día del mes siguiente al mes de cumpleaños del interesado³⁴².

B. La reacción normativa de las Comunidades Autónomas

La entrada en vigor del RDL 16/2012 supuso un cambio sustancial en los procedimientos de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, sobre todo en cuanto a los derechos de los extranjeros. De forma expresa, se utiliza la fórmula normativa del Real Decreto-Ley para excluir a parte de la población migrante del acceso gratuito a los servicios sanitarios de las Comunidades Autónomas que estaban recibiendo hasta el momento. Esto implicaba la repentina paralización de todos los tratamientos médicos que se estaban realizando, con las consecuencias que podrían traer no solo a nivel individual, sino también colectivo, al romper con las políticas de salud

³⁴¹ La cartera común básica se recoge en el art. 8 bis de la LCCSNS, y “comprende todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente, cubiertos de forma completa por financiación pública”. Se excluye, por tanto, el acceso a las carteras suplementaria y de servicios accesorios, recogidas en los arts. 8 ter y 8 quáter de la LCCSNS.

³⁴² Art. 4.2 de la Orden SSI/1475/2014, de 29 de julio, por la que se regula, en el ámbito del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, el contenido y procedimiento de suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria, previsto en el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio.

pública de cada territorio. El rechazo a la reforma fue sonoro al no tenerse en cuenta a los actores sociales y a los Organismos responsables de los servicios.

Muchas Comunidades Autónomas decidieron no aplicar algunos preceptos del texto normativo, llegando en determinados casos, a elaborar una legislación alternativa para su territorio. Las discrepancias en la ejecución de la norma también fueron fomentadas por el trasfondo social y económico del momento de la aprobación de la norma, ya que el país a travesaba una grave crisis económica. Romper con las políticas sociales existentes hasta el momento dejaban a los extranjeros en una situación de mayor vulnerabilidad.

La recepción del RDL 16/2012 por parte de las Comunidades Autónomas fue dispar³⁴³ al considerar una invasión de las competencias en materia de sanidad que habían asumido durante años. Algunas Comunidades Autónomas optaron por desacatar el mandato de la ley, elaborando una normativa interna más amplia que la nacional que incluía a los colectivos de inmigrantes excluidos. Estas Autonomías decidieron elaborar instrucciones o circulares internas que permitían seguir prestando los servicios sanitarios a todos los ciudadanos residentes en sus territorios.

Algunas como País Vasco, Asturias, Cataluña o Andalucía toleraron durante un periodo de tiempo transitorio el acceso a la sanidad pública con el empadronamiento; otras, como Castilla La Mancha, Comunidad Valenciana, Galicia y Navarra abogaron por desarrollar herramientas administrativas para atender a los inmigrantes irregulares más allá de los límites estipulados por el RDL³⁴⁴. Los demás gobiernos autonómicos aplicaron la norma estatal sin ninguna medida excepcional.

Las Comunidades Autónomas que aplicaron el texto del RDL 16/2012 en su integridad, decidieron retirar las tarjetas sanitarias a los inmigrantes irregulares a partir de la fecha de entrada en vigor del RDL³⁴⁵, a la vez que empezaron a emitir facturas por los servicios sanitarios prestados. Al ser un colectivo vulnerable y sin recursos económicos suficientes para hacer frente a los gastos ocasionados, algunas Comunidades Autónomas adoptaron la solución de clasificar las facturas como

³⁴³ DELGADO DEL RINCÓN, L. E., 2019. *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*. 1 ed. Tirant lo Blanch, pp. 151-161.

³⁴⁴ ORDÓÑEZ PASCUA, N., 2016. *La asistencia sanitaria del extranjero irregular: avances y retrocesos*. 1 ed., Laborum, p. 268.

³⁴⁵ Las Comunidades Autónomas de Castilla y León, Madrid, Islas Baleares y Murcia.

“*contablemente impagadas*”. Como ejemplo de las instrucciones adoptadas por los Servicios Públicos de Salud de estas Comunidades Autónomas, podemos citar a la Instrucción Interna de la Gerencia Regional de Salud de la Consejería de Sanidad de la junta de Castilla y León de octubre de 2012 y los Criterios generales de aplicación a la asistencia sanitaria que el Servicio de Salud de las Islas Baleares presta a todas las personas que tengan la condición de asegurado o beneficiario, de 30 de agosto de 2012.

En cuanto a los casos en los que el RDL permitía el acceso a la asistencia sanitaria gratuita, algunas Comunidades, como la Región de Murcia³⁴⁶, mantuvieron la atención sanitaria a los pacientes diagnosticados con anterioridad con una enfermedad crónica, al declararles afectos a una “*enfermedad grave*”, susceptible de protección sanitaria según el art. 3 ter de la LCCSNS.

Otras Comunidades Autónomas adoptaron una posición intermedia, acatando la exclusión de los extranjeros irregulares de su Sistema Público de Salud, pero facilitando una protección social en el marco de programas de asistencia y servicios sociales. La Comunidad Autónoma de Aragón, a través de la Instrucción de 19 de abril de 2013, de la Dirección General de Calidad y atención al Usuario, promocionó su Programa de Protección Social de la Salud Pública, reconociendo una protección de un año, renovable anualmente, a todos los inmigrantes que no contasen con protección del Servicio Público de Salud y que cumplieran con algunos requisitos impuestos, como el empadronamiento mínimo de seis meses en algún ayuntamiento de la Comunidad Autónoma, o no tener derecho a exportar el derecho a la asistencia sanitaria desde otro país con acuerdo internacional con España. Cantabria, siguiendo los pasos de Aragón, impulsó a través de la Orden SAN/20/2013, de 25 de noviembre, de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, un Programa de Protección Social de la Salud Pública propio, con los mismos requisitos y finalidad de protección a los inmigrantes irregulares.

Para poder actuar, se publicaron diversas instrucciones relativas a la responsabilidad de pago de los productos farmacéuticos, imponiendo porcentajes de pago parecidos a los asegurados y beneficiarios del sistema. De esta forma, los inmigrantes excluidos de la asistencia sanitaria no tuvieron que asumir el coste total de

³⁴⁶ Instrucción 7/2012 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud sobre la prestación de asistencia sanitaria en los Centros de Servicio Murciano de Salud.

la aportación farmacéutica, pudiendo aprovechar la financiación pública de parte del precio.

La Instrucción conjunta núm. 1 de 15 de julio de 2013, de la Dirección Gerencia del Servicio Extremeño de Salud y de la Dirección General de Planificación, Calidad y Consumo de la Consejería de Salud y Política Social fijó una aportación farmacéutica del 50% para todos los inmigrantes incluidos en el Programa de Atención Sanitaria de Seguimiento en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

En el caso de Aragón, la aportación dependía de la edad. Los menores de 65 años asumían el 40% del coste de los medicamentos, y los mayores de 65 años, el 10% (Instrucción de 7 de agosto de 2015).

Las Comunidades Autónomas que se negaron a aplicar el RDL 16/2012 en su territorio provocaron un choque competencial entre su gestión administrativa y la norma estatal. La inaplicación de las restricciones en el ámbito de la asistencia sanitaria se llevó a cabo en dos formatos:

- a) Utilizando instrucciones internas que no tenían rango normativo, o
- b) Aprobando diferentes normas autonómicas a través de las Consejerías de Sanidad competentes.

En ambos casos, se mantuvo el acceso del Sistema Sanitario Público de la Comunidad Autónoma correspondiente. Eso sí, retirando las tarjetas sanitarias nacionales y sustituyéndolas por la inscripción en un registro autonómico propio. El Principado de Asturias mantuvo el acceso a la asistencia sanitaria a los extranjeros irregulares sin recursos. Alguna Comunidad Autónoma como la catalana, introdujo distintos niveles de servicios sanitarios según el período que el inmigrante llevase empadronado en su territorio³⁴⁷.

La diferencia en la forma de inaplicar el RDL 16/2012 fue crucial, ya que las Comunidades Autónomas con normativa sanitaria propia se vieron inmersas en procedimientos de inconstitucionalidad frente al Tribunal Constitucional, impulsados por el Gobierno central. Las dos Comunidades Autónomas que inicialmente tomaron la

³⁴⁷ Instrucción 10/2012, de 30 de agosto, sobre el acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública del Servicio Catalán de Salud a los ciudadanos extranjeros empadronados en Cataluña que no tienen la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud.

decisión de promover sus propios Decretos de asistencia sanitaria universal en 2012 fueron las Comunidades Autónomas del País Vasco y Navarra. Posteriormente, motivado por el cambio político de las elecciones de 2015, la Comunidad Valenciana aprobó el Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana.

El Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre el régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi fue la primera norma que ampliaba la cobertura sanitaria a los colectivos excluidos por el RDL 16/2012. Así, se consideraron como titulares del derecho a la asistencia sanitaria en el País Vasco no solo a los asegurados y beneficiarios, sino también a toda persona que estuviese en posesión de una Tarjeta Individual Sanitaria emitida por la Comunidad Autónoma.

De esta forma, se mantenía el acceso al Sistema Vasco de Salud a todos los inmigrantes irregulares que ya venían utilizando los servicios sanitarios hasta el momento. Para los nuevos posibles preceptores de la asistencia sanitaria gratuita, el Decreto 114/2012 recogía en el art. 2.3 los requisitos necesarios para recibir las prestaciones de la cartera del Sistema Vasco de Salud:

- a) Estar empadronado por un periodo mínimo de un año en el territorio de la Comunidad Autónoma,
- b) Ser perceptor de las prestaciones económicas del Sistema Vasco de Garantía de Ingresos o tener ingresos inferiores a la cuantía correspondiente a la Renta Básica Vasca, y
- c) No gozar de ningún otro título para tener derecho a la protección sanitaria pública.

El 20 de julio de 2012, el Gobierno de España presenta un conflicto positivo de competencia ante el Tribunal Constitucional. Se impugna la norma vasca al considerar que la misma infringía las competencias otorgadas al Estado por el art. 149.1.16 de la CE (legislación básica de la asistencia sanitaria interior). El TC a la vez que admite el recurso, acuerda la suspensión cautelar de la norma en Providencia de 24 de julio de

2012. Frente a dicha suspensión, el Gobierno Vasco presenta alegaciones, las cuales se resuelven en el Auto del Tribunal Constitucional núm. 239/2012, de 12 de diciembre³⁴⁸.

En este Auto, el Alto Tribunal pondera los principios y derechos afectados por el recurso planteado; la protección a la salud que ampara la norma vasca frente el ahorro económico que se justifica a través del RDL 16/2012. El Tribunal Constitucional, tras analizar los argumentos de la Comunidad Autónoma sobre el riesgo y la desprotección a la salud a que se somete a la colectividad total, decide acordar el levantamiento de la suspensión del Decreto, permitiendo el acceso universal al Sistema Sanitario Vasco. Se entiende que el aspecto económico no es motivo suficiente para el mantenimiento de la suspensión de la norma, ya que un pronunciamiento tardío y favorable a la norma vasca podría ocasionar unos efectos nocivos a la población.

El Auto mantiene la suspensión relativa a los artículos que regulan un sistema distinto de copago farmacéutico. En el fundamento jurídico 6, el Tribunal Constitucional reconoce que las exenciones incluidas en la norma vasca generarán una carga económica excesiva para el Gobierno Vasco, ocasionando un aumento en el gasto público, pero, en todo caso, no justifica para levantar la suspensión de la norma.

“Ponen de manifiesto las Letradas del Gobierno Vasco que esos colectivos, en particular los inmigrantes sin permiso de residencia verán notablemente afectada su salud si se les impide el acceso a los servicios sanitarios públicos de forma gratuita, lo que repercutiría, no sólo en su estado de salud individual, sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infectocontagiosas, afectando directamente a la salud de toda la sociedad. Por su parte, al valorar el interés vinculado al control del déficit público, y analizarlo respecto de los perjuicios económicos que se podrían asociar al levantamiento de la suspensión, es preciso destacar que la Abogacía del Estado no concreta esos perjuicios, seguramente porque ello no sea posible, entre otras razones, al poder darse la eventualidad de que se produzca sencillamente una transferencia de gasto desde la atención primaria a la atención de urgencias”³⁴⁹.

Al País Vasco le siguieron el Reino de Navarra, con su Decreto 117/2012, de 31 de octubre, y la Comunidad Valenciana, con su Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, en su posición política, retomando todas ellas la universalización de sus sistemas sanitarios, ampliando el ámbito subjetivo establecido por el RDL 16/2012 e incluyendo

³⁴⁸ ATC (Pleno) núm. 239/2012, de 12 de diciembre. Conflicto positivo de competencia 4540/2012.

³⁴⁹ Fundamento jurídico 5, ATC núm. 239/2012, de 12 de diciembre.

a los inmigrantes irregulares. Como en el caso vasco, ambas normas fueron objeto de impugnación por parte del Gobierno ante el Tribunal Constitucional, y el proceso también se reprodujo. Primero se suspendieron cautelarmente y luego se liberó su aplicación a través de los Autos núm. 87/2013, de 23 de abril³⁵⁰ y núm. 54/2016, de 1 de marzo³⁵¹.

C. La respuesta del Tribunal Constitucional a los conflictos de competencia

La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 134/2017, de 16 de noviembre³⁵² resuelve el recurso de inconstitucionalidad sobre la posible nulidad del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi en un conflicto positivo de competencia. En la sentencia se debate la extensión de la protección sanitaria a los inmigrantes irregulares residentes en España y la posible vulneración del art. 149.1 en sus apartados 1 (la igualdad en el ejercicio de derechos constitucionales), 2 (inmigración y extranjería), 16 (sanidad exterior y bases de coordinación de sanidad) y 17 (legislación básica de la Seguridad Social) de la CE.

El Pleno de la Sala del TC decide centrar el debate exclusivamente en la vulneración del art. 149.1.16. Se excluyen a los demás apartados enunciados por la demanda del Gobierno. El Tribunal acuerda que el apartado 16º es el que prevalece sobre los demás frente a la discusión sobre la nulidad o no de la norma vasca porque el título competencial específico sobre sanidad recogido en el art. 149.1.16 CE prevalece sobre el referido a la materia de Seguridad Social previsto en el art. 149.1.17 CE.

“Asimismo, ha de descartarse la concurrencia de la competencia estatal del art. 149.1.1 CE, que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, queda absorbida por la que le corresponde al Estado en la regulación de las bases de la sanidad ex art. 149.1.16 CE, más específica y que puede dotarse de un mayor contenido. (...) Finalmente, cabe descartar también que concurra en el presente caso la competencia recogida en el art. 149.1.2 CE sobre inmigración y extranjería. (...) De acuerdo con esta visión, el ‘estatuto del extranjero’, como parte integrante del título competencial estatal del art. 149.1.2 CE, no incluye la fijación de unas condiciones básicas de igualdad entre todos los extranjeros radicados en el territorio del Estado, sino que tiene, más bien, el objetivo

³⁵⁰ ATC (Pleno) núm. 87/2013, de 23 de abril. Conflicto positivo de competencia 136/2013.

³⁵¹ ATC (Pleno) núm. 54/2016, de 1 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad 6022/2015.

³⁵² STC (Pleno) núm. 134/2017, de 16 de noviembre. Conflicto positivo de competencia 4540/2012. BOE núm. 308, de 20 de diciembre de 2017.

de fijar las condiciones de igualdad entre extranjeros y españoles en la titularidad de los derechos constitucionales”³⁵³.

La cuestión de inconstitucionalidad nace de la dificultad de acomodar las competencias de las Comunidades Autónomas en materia sanitaria frente a las competencias estatales y exclusivamente en lo que se refiere la normativa básica sobre el aspecto subjetivo del derecho (exclusión de los inmigrantes irregulares de la acción protectora). Se discute si la cobertura subjetiva del derecho puede ser modificada o no por una normativa autonómica o, de lo contrario, al ser parte del núcleo del derecho, debe sujetarse a lo establecido por la norma estatal.

El TC entiende que esta última interpretación es la correcta y que el cambio legislativo impuesto por el RDL 16/2012 vincula al derecho a la asistencia sanitaria al delimitar el sujeto que la pueda disfrutar. Delimitación que se lleva a cabo como reiteradamente se ha indicado en torno a los conceptos de *asegurado* o *beneficiario* del Sistema Público de Salud, no pudiéndose permitir dentro del territorio español un trato diferente según el lugar donde uno resida.

El preámbulo del RDL justifica la necesidad de imponer “*una clarificación armonizada de la condición de asegurado, a efectos de la prestación de los servicios sanitarios y sociosanitarios*” financiada con fondos públicos. Esto es lo que determina que, a la hora de delimitar, conforme al mencionado sistema de bases, quién tiene derecho a la prestación sanitaria. Las diferentes Comunidades Autónomas, en cuanto administraciones sanitarias que tienen a su cargo el desarrollo normativo y la función ejecutiva de la prestación sanitaria, deben adecuar necesariamente sus regulaciones a los conceptos de *asegurado* y de *beneficiario* en la forma y con los límites configuradores que establece la normativa estatal básica, de tal manera que no puedan extender el ámbito subjetivo de la relación prestacional más allá de los límites que configura el art. 3 de la Ley 16/2003, en la redacción operada por el art. 1.1 del Real Decreto-ley 16/2012³⁵⁴.

No obstante, la armonización en cuanto a los *asegurados* y *beneficiarios* del Sistema no implica un acceso igualitario a los servicios públicos de salud. Al contrario

³⁵³ Fundamento Jurídico 3º. STC 134/2017, de 16 de noviembre. BOE núm. 308, de 20 de diciembre de 2017.

³⁵⁴ Fundamento Jurídico 5º. STC 134/2017, de 16 de noviembre. BOE núm. 308, de 20 de diciembre de 2017.

del aspecto subjetivo, el contenido objetivo del derecho varía según la Comunidad Autónoma, ya que la LCCSNS permite la ampliación del catálogo de los servicios sanitarios prestados por las mismas más allá de la cartera básica. Esto significa que, según el lugar de residencia en España, uno tiene acceso o no a determinadas prestaciones sanitarias gratuitas. Por ello, no es contradictorio plantearse que las Comunidades Autónomas puedan reconocer el acceso a la asistencia sanitaria dentro de su territorio a otros asegurados y beneficiarios, expandiendo los límites impuestos por el RDL 16/2012.

La interpretación de que el RDL es una norma básica que establece unos mínimos, tanto a nivel objetivo como subjetivo, es defendida por los Magistrados que firman el voto particular elaborado por Valdés Dal-Ré. Para los firmantes del voto particular, este nuevo escenario de reducción de la cobertura de la asistencia sanitaria garantizada por la legislación básica estatal constituye el nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, cuya fijación compete al Estado (art. 149.1.16 CE), que es susceptible de mejora si así lo deciden las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos territoriales. Acción que pueden llevar a cabo dentro del ámbito propio de su competencia autonómica de desarrollo legislativo en materia de sanidad.

Los firmantes de este voto discrepante recuerdan que el art. 18 del Estatuto de Autonomía del País Vasco permite configurar políticas propias dentro de la coordinación marcada por la norma básica estatal, como por ejemplo mejorar las condiciones de cofinanciación o copago de la prestación farmacéutica ambulatoria. En conclusión, es correcto afirmar que el legislador vasco al incluir el acceso a la asistencia sanitaria a los extranjeros irregulares actúa dentro de sus competencias autonómicas, ampliando los mínimos impuestos por el RDL 16/2012.

La STC núm. 134/2017, constituyó el precedente jurisprudencial para los demás conflictos de constitucionalidad vigentes. Se emitieron dos sentencias más del Pleno, la núm. 145/2017, de 14 de diciembre³⁵⁵, frente al Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell de la Generalitat Valenciana; y la núm. 18/2018, de 22 de febrero³⁵⁶, frente

³⁵⁵ STC (Pleno) núm. 145/2017, de 14 de diciembre. Recurso de inconstitucionalidad 6022/2015. BOE núm. 15, de 17 de enero de 2018.

³⁵⁶ STC (Pleno) núm. 18/2018, de 22 de febrero. Conflicto positivo de competencia 136/2013. BOE núm. 72, de 23 de marzo de 2018.

Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, de la Comunidad Foral de Navarra. En ambos casos, se declararon nulas las normas, impidiendo, por tanto, el acceso a los extranjeros irregulares residentes en España al acceso al Servicio Público de Salud. En ambos casos, el razonamiento llevado a cabo por los Magistrados es idéntico, incluido el voto particular de Valdés Dal-Ré.

D. El recurso de inconstitucionalidad frente el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril: la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 139/2016, de 21 de julio

Ya se ha indicado que la aprobación del RDL 16/2012, de 20 de abril, representó un cambio brusco en la evolución del derecho a la asistencia sanitaria en nuestro país, sobre todo en su aspecto subjetivo. Seis Comunidades Autónomas presentaron recursos de inconstitucionalidad, siendo el primero resuelto el del Parlamento Navarro en la Sentencia núm. 139/2016, de 21 de julio³⁵⁷.

El recurso del Parlamento de Navarra cuestiona la forma y el fondo del RDL 16/2012. Específicamente el uso del recurso normativo del Real Decreto-Ley, recogido en el art. 86.1 de la CE, así como la posible vulneración del derecho a la salud recogido en el art. 43 de la CE.

Vulneración del art. 86.1 CE

El recurso de inconstitucionalidad pone de relieve la falta de “*extraordinaria y urgente necesidad*” exigida a los Reales Decretos-Ley para su aprobación. Entiende el Parlamento de Navarra que no se dan dichas circunstancias para que se evite el debate parlamentario del proceso legislativo, y que el Gobierno no ha presentado de forma explícita y razonada, cómo la medida adoptada sirve para afrontar la supuesta situación de urgencia en la que se encuentra el país.

El Alto Tribunal analiza la Exposición de Motivos del RDL, en la que se destaca la situación de alta morosidad e insostenibilidad del déficit de las cuentas públicas sanitarias, aún más acentuada debido a la crisis económica en la que se encontraba sumergido el país. La finalidad del RDL 16/2012 es la de afrontar una reforma

³⁵⁷ Las demás sentencias dictadas a continuación, seguirán la estela del marco jurídico establecido en esta primera sentencia. STCs núm. 183/2016, de 3 de noviembre; núm. 33/2017, de 1 de marzo; 63/2017, de 25 de mayo; 64/2017, de 25 de mayo; y 98/2017, de 20 de julio. Estas sentencias resolvieron los recursos planteados por el Principado de Asturias y las Comunidades de Andalucía, Cataluña, País Vasco y Canarias, respectivamente.

estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo. Y para ello, el legislador considera que una buena medida a realizar es la de dotar de una respuesta, sin demora, a las demandas internas de mejora de la equidad que exige la ciudadanía³⁵⁸.

Como señala el Tribunal Constitucional, el Gobierno hace suyas las recomendaciones establecidas por la Comisión Europea, en su Dictamen motivado núm. 2009/2341 y; posteriormente, por el Tribunal de Cuentas, en su Informe de 29 de marzo de 2012. Ambas Instituciones ponen de relieve la necesidad de aclarar los requisitos necesarios para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria gratuita, así como las vías de acceso al mismo. El mandato plasmado en el RDL 16/2012 es aceptado por el Alto Tribunal que entiende justificado suficientemente la utilización del recurso jurídico del Real Decreto-ley para aprobar esta modificación normativa.

El Tribunal Constitucional olvida que ambos informes no apuntan como principal responsable de la crisis del Sistema Público de Salud a los inmigrantes irregulares, que es el colectivo excluido del disfrute del derecho. En realidad, ambas Instituciones coinciden que el principal problema del sistema de asistencia sanitaria español es la incorrecta aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Bilaterales en materia de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria pública y la falta de armonización con la normativa de extranjería. Debido a ello, el Estado español acaba asumiendo como suyos un coste imputable a otros países o al propio extranjero.

El legislador español busca justificar la utilización de la fórmula del Real Decreto-ley como medio necesario para la elaboración de un procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria pública. De esta forma, se armonizarían las normas de extranjería y Seguridad Social con la normativa comunitaria.

No obstante, para dar respuesta a los problemas apuntados por los informes de la Comisión europea y del Tribunal de Cuentas, el legislador utiliza una única disposición normativa en todo Real Decreto-ley. Realmente no existe una voluntad real por parte del legislador en solucionar las incongruencias en la aplicación de la legislación sanitaria

³⁵⁸ Fundamento jurídico 4º, STC núm. 139/2016, de 21 de julio. BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016.

con la normativa de extranjería. Más bien, se utiliza una situación económica coyuntural para introducir cambios legislativos en cuanto al derecho a la asistencia sanitaria sin un debate parlamentario previo.

A este respecto, el voto particular del Magistrado Valdés Dal-Ré (al que se adhiere la Magistrada Asua Batarrita) cuestiona la utilización del Real Decreto-ley para realizar esta reforma legislativa. El legislador no ha hecho esfuerzo alguno para elaborar la relación de congruencia entre las medidas adoptadas y las finalidades que las mismas han de cumplir. La ausencia de justificación sobre la adecuación entre la situación de extraordinaria necesidad y la regulación establecida es especialmente censurable si se valora la naturaleza de la norma impugnada.

Vulneración del derecho a la salud (art. 43 de la CE)

La STC núm. 139/2016, de 21 de julio, previamente al análisis de la vulneración del derecho a la salud recogido en el art. 43 de la CE, realiza un extenso relato sobre la evolución normativa del derecho a la asistencia sanitaria en nuestro ordenamiento jurídico. La evolución del derecho ha sido pautada por las reformas introducidas según la voluntad del legislador en coherencia con los avances sociales. Esta adaptabilidad fue posible gracias a la configuración legal del art. 43 CE que permite al legislador establecer los límites del derecho.

La Constitución no ha prefigurado un contenido prestacional que el legislador deba reconocer necesariamente a cualquier persona, sino que el art. 43.2 CE impone un mandato a los poderes públicos y, en particular al legislador, para establecer los derechos derivados del apartado 1 de ese mismo precepto. Se trata de un derecho de configuración legal y que, por tanto, permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo³⁵⁹.

El recurso de inconstitucionalidad cuestiona la exclusión de dos colectivos del derecho a la asistencia sanitaria: los españoles con rentas superiores a 100.000 euros y los inmigrantes en situación irregular en España. El Parlamento navarro entiende que la denegación del acceso a la asistencia sanitaria a los españoles con rentas superiores a 100.000 euros vulnera la reserva de ley estipulada por el art. 43.2 de la CE, al remitirse el RDL a una norma reglamentaria para su desarrollo, mientras que, en el caso de los

³⁵⁹ Fundamento jurídico 8º, STC núm. 139/2016, de 21 de julio. BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016.

inmigrantes irregulares, la vulneración sería al derecho a la salud universal protegido por nuestra Constitución en su art. 43.

En ambos casos, se cuestiona la ruptura con la progresión legislativa hacia la universalidad del derecho. El RDL 16/2012 impone como acceso a la asistencia sanitaria el título jurídico de *asegurado* o *beneficiario*, excluyendo a determinados colectivos de la protección del Servicio Público de Salud. Sobre este aspecto, el Tribunal Constitucional justifica las reformas impuestas por el legislador al entender que el principio de universalidad se preserva en el RDL 16/2012. El acceso universal a la asistencia sanitaria debe ser interpretado como la obligación de los poderes públicos a garantizar los servicios públicos necesarios para la población, pero no la cobertura gratuita a todo aquel que resida en territorio nacional.

La pretensión de universalidad acogida por el art. 43 CE se ha articulado de acuerdo con las previsiones legales existentes en cada momento, sin que haya significado el derecho incondicionado de toda persona residente o transeúnte que se halle en España a obtener gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias. La universalidad, en lo que significa como derecho de acceso y la correlativa obligación de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud de atender a los usuarios que reclaman atención sanitaria, no puede, en suma, confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios. El que los poderes públicos deban organizar las prestaciones y servicios necesarios para garantizar la protección de la salud, no significa que estas prestaciones hayan de ser necesariamente gratuitas para todos sus potenciales destinatarios. Será la legislación la que en cada momento determine el alcance y la graduación de esa gratuidad, así como de las bonificaciones económicas en las prestaciones sanitarias de acuerdo con las exigencias derivadas de las circunstancias cambiantes, respetando los límites constitucionales³⁶⁰.

Es relevante resaltar que la asistencia sanitaria nunca ha sido gratuita en su totalidad, siendo la única excepción los colectivos protegidos por el RD 1088/1989, de 8 de septiembre. Con anterioridad al RDL 16/2012 se ha disfrutado de una asistencia sanitaria universal, pero no completamente gratuita. Claro que el coste al que han tenido que hacer frente los usuarios del Servicio Público de Salud siempre se ha restringido a los productos farmacéuticos, no a los servicios sanitarios prestados. En el momento en

³⁶⁰ Fundamento jurídico 8º, STC núm. 139/2016, de 21 de julio. BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016.

el que se excluye a determinados colectivos del acceso a la asistencia sanitaria, se les hace responsables de todo el coste de los servicios que disfruten. Aunque la sentencia no lo reconozca, existe un claro retroceso en la universalidad del derecho, ya que se restringe el acceso a los servicios sanitarios con la imposición del coste al usuario que no puede ser clasificado como *asegurado* o *beneficiario*.

La alternativa es clara. El TC debe pronunciarse sobre, si una vez previsto un sistema universal y gratuito (sea la gratuidad absoluta o relativa) o de altas bonificaciones públicas de acceso a las prestaciones sanitarias destinadas a asegurar un adecuado derecho a la salud, puede excluirse de ese modelo a determinado colectivo cuyos integrantes deben pagar por los servicios públicos disfrutados, como si de una prestación de asistencia sanitaria privada se tratase, o deberán dirigirse directamente a un servicio privado de salud³⁶¹.

Por un lado, tenemos a la exclusión del derecho a la asistencia sanitaria de los españoles con rentas anuales superiores a 100.000 euros. El TC declara nula esta disposición por una cuestión más formal que de fondo. Entiende el Tribunal Constitucional que el nivel de ingresos es parte fundamental del desarrollo del derecho, ya que la superación del umbral estipulado impide el acceso a la asistencia sanitaria. El RDL 16/2012, no puede remitirse a una norma reglamentaria para constituir los requisitos básicos del reconocimiento de un derecho que constitucionalmente debe ser desarrollado por una ley, habida cuenta que su contenido esencial se ve afectado.

Dicha remisión en blanco hace imposible determinar quiénes superan ese límite de ingresos exigible. La ausencia de criterio deja la decisión exclusivamente a disposición de la determinación reglamentaria del Gobierno. La concreción o la fijación cuantitativa del umbral económico hasta el que se garantiza la cobertura de la gratuidad o la bonificación de las prestaciones sanitarias, sin que se incluya ninguna regla que permita identificar quiénes podrían ostentar la condición de asegurados, lo que a su vez produce una insuficiencia manifiesta en el contenido mínimo exigible a la configuración legal del art. 43 CE³⁶².

³⁶¹ Punto III.2 del Voto Particular del Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré en la STC núm. 139/2016, de 21 de julio. BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016.

³⁶² Fundamento jurídico 9º, STC núm. 139/2016, de 21 de julio. BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016.

En cuanto a la situación de los extranjeros en situación administrativa irregular, el Tribunal Constitucional se remite a su jurisprudencia consolidada en cuanto al trato desigual entre españoles y extranjeros frente al desarrollo de determinados derechos. El derecho a la salud, al no ser parte de los derechos fundamentales de la CE, sino un derecho de configuración legal, está sujeto a condiciones diferentes, siendo susceptible de ser modulado por el legislador en su aplicación a los extranjeros (STC 236/2007, FJ 4, con cita de otras). El legislador puede tomar en consideración el dato de la situación legal y administrativa en España, y, por ello, exigirles la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales³⁶³.

No obstante, el Alto Tribunal considera que la posibilidad de “*modular determinados derechos de los extranjeros*”, ha de ser proporcional al fin que se persiga. En este caso, concluye que la restricción del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros irregulares se justifica debido a la crisis económica por la que atravesaba el país en el momento de la reforma, y la necesidad de garantizar la sostenibilidad del Sistema Público de Salud.

En ningún momento la Exposición de Motivos del RDL 16/2012 ni las intervenciones parlamentarias realizadas para defender la entrada en vigor de la reforma legislativa se ha justificado con memorias o estudios económicos cómo esta medida tendría un impacto positivo en la sostenibilidad del sistema. Como bien razona el voto particular, falta la mínima coherencia con la finalidad pretendida al no haber tenido en cuenta la capacidad económica de aquellos a quienes se excluye. Está claro que quien carece de medios económicos para subvenir a sus necesidades sanitarias ni va a pagar la asistencia en el servicio público, ni va a derivar a un servicio privado, terminando en numerosas ocasiones por hacer uso del servicio público de urgencias, que sí les prestarán la asistencia sanitaria que necesiten independientemente de la situación económica y de la condición administrativa del usuario.

Aunque siga extendiendo el acceso a los servicios públicos sanitarios en los casos de urgencia, y para los menores de edad y las embarazadas, se expone a un colectivo en situación económica precaria, como son los extranjeros en situación irregular, a otro riesgo más a nivel social. La exclusión de este colectivo sin ningún control sanitario

³⁶³ Fundamento jurídico 10º, STC núm. 139/2016, de 21 de julio. BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016.

previo puede suponer la exposición del resto de la población a un riesgo de salud pública, al no ser posible contener y controlar las enfermedades que puedan ser transmitidas por estos inmigrantes en situación administrativa irregular que no tienen acceso a los servicios de atención primaria.

En fin, de la misma forma que el legislador afirma con rotundidad que la restricción al derecho es necesaria para el control financiero del Sistema Nacional de Salud sin ningún estudio que lo ampare, consideramos que también sería oportuno pensar y justificar lo contrario, basándonos en el riesgo sanitario y el posible coste generado al sistema por la inacción de los servicios públicos frente a los contagios que se puedan producir a gran escala.

4. Análisis de las consecuencias del Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud

Con el cambio de mayoría en el Parlamento, se promulga el Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, por el que se aprueba y se restaura la situación anterior existente a la entrada en vigor del RDL 16/2012 y, a la vez, se acaba con los conflictos jurídicos ocasionados por la prolífera elaboración normativa de las Comunidades Autónomas en materia de acceso a la asistencia sanitaria en sus territorios. Se busca, como adelanta la Exposición de Motivos, “*garantizar la universalidad de la asistencia*”, recuperando la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria con fondos públicos para todos los residentes en territorio español, sin distinciones a su nacionalidad o estatus administrativo.

El RDL 7/2018 reforma la LCCSNS, y dota de nuevo contenido al art. 3 que pasa a reconocer como titulares del derecho a la asistencia sanitaria “*todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español*”. Frente a la anterior regulación que diferenciaba entre *asegurados* y *beneficiarios* del sistema, el RDL elimina las delimitaciones de los colectivos protegidos y aboga por el reconocimiento del derecho a todos los españoles y extranjeros que residan en España. Entre los extranjeros la normativa reconoce un trato diferenciado según su situación administrativa.

Como anteriormente se ha indicado, la Disposición Adicional Única mantiene los conceptos de *asegurado* y *beneficiario* a efectos de la aplicación de la normativa

nacional y de la aportación farmacéutica. Esto implica el mantenimiento implícito de los colectivos establecidos por el RDL 16/2012 en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en España.

4.1. El derecho a la asistencia sanitaria según la situación administrativa del extranjero

El art. 3.2 del RDL 7/2018 recoge los mismos requisitos de acceso al derecho tanto para españoles como para extranjeros en situación administrativa regular en España. Así pues, los extranjeros que residan legalmente en España pueden acceder a la asistencia sanitaria siempre y cuando mantengan su residencia habitual en España y no exista la obligación de acreditar una cobertura sanitaria privada. Esta salvedad busca armonizar el acceso gratis al Servicio Público de Salud con la normativa de extranjería.

Nuestra legislación de extranjería recoge las diversas formas de entrada y permanencia en territorio español. En todas ellas, el requisito fundamental es que la estancia del inmigrante no ocasione “*una carga para la asistencia social*” en nuestro país.

Por ello, a los extranjeros comunitarios que no trabajen en España para poder acceder a la sanidad pública gratuita se les exige un seguro médico privado o, en su caso, la posibilidad de exportar el derecho desde su país de origen (art. 7 del RD 240/2007).

En el caso de los nacionales de terceros países, tanto la LOEX como el RLOEX aplican las mismas exigencias que a los nacionales europeos. Es necesario contar con un seguro médico privado cuando no se desarrolle ninguna actividad laboral en España o exportar el derecho desde su país de origen aplicando los convenios bilaterales que pudieran existir.

A diferencia de los extranjeros con residencia legal, aquellos cuya situación administrativa es irregular tienen derecho a la asistencia sanitaria en “*las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española*”. Contrasta el trato diferenciado otorgado a los extranjeros irregulares frente a los regulares. Mientras que a los extranjeros irregulares se les reconocen el acceso a la asistencia sanitaria con la mera residencia habitual, a los extranjeros en situación administrativa regular no. Si los

extranjeros regulares no pueden acceder a la prestación sanitaria por no cumplir con los requisitos de *asegurados* o *beneficiarios*, mantener un seguro sanitario privado.

El derecho a la asistencia sanitaria gratuita se restringe al territorio español, no siendo posible que los inmigrantes irregulares *exporten* dicho derecho, lo que parece lógico. Si abandona el territorio del Estado español la irregularidad de su residencia en este desaparece, y ese estatus pasa a tenerlo en un tercer Estado que no le reconoce derecho alguno en España.

Como podemos observar, la voluntad del legislador de volver a la situación legislativa anterior al RDL 16/2012 se enfrenta a la necesidad de armonizar la normativa existente de asistencia sanitaria con la legislación de extranjería. Con las dificultades que entraña esta armonización, el resultado es, como vemos, el mantenimiento fáctico de la legislación derogada por el RDL 7/2018.

4.2. La perene protección de los ascendientes

La distorsión que genera la reforma operada por el RDL 7/2018 con la LOEX se hace más evidente en el caso de las reagrupaciones familiares. Como hemos expuesto en puntos anteriores, se permite la reagrupación familiar para los extranjeros o españoles residentes en España con familiares nacionales de terceros países. El art. 16 de la LOEX y el art. 54 del RLOEX, recogen la autorización por residencia a los ascendientes extranjeros de un español o extranjero residente en España, siempre que cuenten con los medios económicos suficientes para subsistir, así como un seguro sanitario privado cuando no sea posible exportar el derecho desde su país de origen.

No obstante, al obtener la autorización para residir legalmente en España, los ascendientes pueden acceder a la asistencia sanitaria pública gratuita si forman parte del sistema de la Seguridad Social o si tienen a un asegurado del que depender como beneficiario. Ambas posibilidades son difíciles ya que, por un lado, al ser personas mayores es improbable que accedan al mercado laboral y de la misma manera, habiendo sido reagrupados por sus hijos, es improbable que cuenten con otro familiar distinto a estos que les permita el acceso a la asistencia sanitaria como beneficiarios.

Además, con la reforma del RDL 7/2018 se excluyen los conceptos de “*asegurado*” y “*beneficiario*”, aunque los mantiene de forma fáctica. Por tanto, aun sin utilizarlos, el reenvío a la legislación anterior excluye a los ascendientes del listado de

posibles beneficiarios del sistema. De esta forma, la legislación les aboca a mantener un seguro privado sanitario, con el alto coste que esto significa debido a su edad y la preexistencia de enfermedades.

La desprotección de los ascendientes ya fue motivo de desacuerdo jurisprudencial antes del RDL 7/2018. La entrada en vigor del RDL 16/2012 produjo una discusión en torno a la inclusión de los ascendientes como *beneficiarios* de la asistencia sanitaria, recayendo sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia con fallos contradictorios.

Por un lado, nos encontrábamos con sentencias que no reconocían el derecho del ascendiente al acceso a la asistencia sanitaria gratuita ya que el art. 2.1.b) del RD 1192/2012 excluía de la protección del sistema sanitario a los extranjeros obligados a mantener una cobertura privada. Por otro lado, algunos Tribunales de Justicia reconocieron el derecho a la asistencia sanitaria a los ascendientes extranjeros residentes regularmente en España. En este último caso, los Magistrados interpretaban a la legislación de extranjería de forma amplia, entendiendo que los familiares no tenían obligación de mantener un seguro de asistencia sanitaria privado, lo que les permitiría acceder a la asistencia sanitaria gratuita a través del art. 2.1.b) del RD 1192/2012, esto es, como titular de una autorización vigente para residir en territorio español.

Tras varias sentencias dispares, el conflicto se elevó al Tribunal Supremo y en su Sentencia núm. 364/2019, de 13 de mayo de 2019³⁶⁴, se contrasta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 21 de diciembre de 2017³⁶⁵, con la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 2 de marzo de 2017³⁶⁶.

En ambos casos, el relato de hechos recoge la reagrupación de un familiar extranjero de un tercer país que solicita el acceso al Sistema Público de Salud como asegurado residente en España. La sentencia del Tribunal gallego falla a favor de la pretensión del interesado, mientras que el catalán la deniega. El Tribunal Supremo de

³⁶⁴ STS (Sala de lo Social) núm. 364/2019, de 13 de mayo. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1068/2018. Ponente: Ilmo. D. Jesús Gullón Rodríguez. ARANZADI RJ 2019\2190.

³⁶⁵ STSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 21 de diciembre de 2017. Recurso de Suplicación 3170/2017. Ponente: Ilma. Dª. Raquel María Naveiro Santos. ARANZADI ref. JUR\2018\35247.

³⁶⁶ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1535/2017, de 2 de marzo. Recurso de Suplicación núm. 7175/2016. Ponente: Ilma. Dª. Ascensión Sole Puig. ARANZADI ref. JUR 2017\121971.

forma unánime acepta entrar a valorar la cuestión por entender que se tratan de fallos opuestos para una misma situación jurídica.

En la indicada sentencia, el Tribunal Supremo acoge la doctrina de la sentencia catalana, entendiendo que los ascendientes extranjeros residentes en España no tienen derecho a la asistencia sanitaria pública por existir una obligación legal de mantener un seguro de enfermedad privado. El derecho a la reagrupación familiar depende de unas condiciones legales que incluyen la necesidad de una protección sanitaria previa que, en los casos de los ascendientes, debe ser realizada a través del aseguramiento sanitario privado ya que los mismos no pueden ser beneficiarios de sus hijos.

Si hay un tercero obligado a cubrir dicha protección o existe una norma que así lo imponga, ya no es posible acceder al Sistema Público de Salud. Esto es lo que sucede en los supuestos en que un familiar a cargo de un reagrupante. Dicho familiar tiene cubierta la asistencia sanitaria a través de un seguro privado que debe mantener durante todo el tiempo de residencia legal como dinámica propia e inescindible del derecho.

El fallo no es unánime. Se formula un voto particular por parte del Magistrado Salinas Molina que se opone a la interpretación de la mayoría. El Magistrado asume la doctrina establecida por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia y va más allá. Excluye de la interpretación del derecho al acceso a la asistencia sanitaria pública a la legislación de extranjería por no considerar la materia propia del orden jurisdiccional social. El voto particular no entra a valorar la obligación del aseguramiento privado ya que entiende que es algo que la Sala debe asumir como un requisito cumplido por parte del extranjero para acceder a la autorización por residencia y que no tiene efectos en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria.

“En definitiva, el demandante como extranjero titular de una autorización para residir en territorio español y mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica, cabe entender que mantiene los presupuestos para su concesión (...), ostenta la condición de asegurado con derecho a asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.”

En nuestra opinión, el Magistrado olvida que la propia LCCSNS, así como el RD 1192/2012 recogen normas en blanco que necesitan de la legislación supletoria de extranjería para su completa interpretación. Al establecer la “*necesidad de aseguramiento por otra vía*”, el RD 1192/2012 hace referencia a la legislación de

extranjería y demás normas que obligan a un interesado a asegurarse por cuenta propia y a excluirle del acceso gratuito al Servicio Público de Salud. No es posible interpretar a la legislación que recoge el derecho a la asistencia sanitaria y, especialmente de los familiares reagrupados, de manera aislada y sin tener en cuenta la normativa de extranjería.

La sentencia se publica con posterioridad a la entrada en vigor del RDL 7/2018 y no deja indiferente la comparación entre la protección reconocida a los inmigrantes residentes irregulares y a los regulares en España. Tal como se adelantó, es absurdo que mientras se obliga al pago de un seguro privado para el reconocimiento de la autorización por residencia, se permite el acceso a la sanidad pública a aquellos extranjeros que residen irregularmente en España.

5. Los refugiados y los apátridas: las situaciones especiales reconocidas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social

El régimen jurídico de extranjería se ve directamente afectado por la normativa internacional de los Derechos Humanos. En ella, los desplazamientos forzados originados por la represión por raza, religión o nacionalidad están especialmente protegidos por Convenios y Convenciones internacionales. Se busca dar amparo jurídico a los extranjeros que deben abandonar el Estado de residencia por estar perseguidos.

En nuestro ordenamiento jurídico interno, para estas situaciones se reconoce la residencia, y la autorización para trabajar a los extranjeros para los que exista necesidad de protección internacional, así como para todas las situaciones excepcionales, en las que la integridad física y psíquica del inmigrante pueda verse afectada. Y la asistencia sanitaria por su condición de residente se reconoce en las siguientes situaciones:

La condición de refugiado

Tras la Segunda Guerra Mundial se impulsaron varios acuerdos internacionales motivados por la necesidad de proteger a las personas que se vieran forzadas a abandonar sus países de origen debido a persecuciones motivadas por la discriminación racial, religiosa, política, entre otras. Los más importantes, la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, adheridos por España en 1978, reconocen el derecho de estas

personas al refugio, siempre que las mismas acrediten los temores fundados que les impide retornar a sus países de origen. El refugio es el estatus que uno se encuentra cuando realiza la solicitud de protección de asilo al Estado al que se haya desplazado. Se les brinda el reconocimiento jurídico de asilado, hasta que el Estado al que hayan solicitado protección internacional valore su petición, y les reconozca la condición firme de refugiado.

En nuestro ordenamiento interno, además de la LOEX y el RLOEX, la regulación jurídica de los asilados y refugiados se complementa con la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. En dicha ley, se reconoce el derecho al refugio a los extranjeros perseguidos por raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas; así como a aquellas personas que hayan sufrido persecución por motivo de género u orientación sexual (arts. 3 y 7.1 de la Ley 12/2009). Para la aplicación del Estatuto del Refugiado, es necesario que el interesado pruebe la existencia de actos de persecución graves y reiterados, que puedan constituir la violación grave de sus derechos fundamentales (art. 6 de la Ley 12/2009).

La protección subsidiaria

La residencia por protección subsidiaria se reconoce en España a todo nacional de terceros países o apátridas que no reúnan los requisitos para obtener la condición de refugiado, pero a los que les suceden una serie de motivos fundados que no recomiendan el regreso a su país de origen. Entre estos motivos fundados (art. 10 Ley 12/2009) nos encontramos con “*la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; la tortura y los tratos inhumanos o degradantes; o las amenazas graves contra su vida o la integridad de los civiles motivada por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno*”.

Los apátridas

Los apátridas son ciudadanos de un Estado que carecen de vínculo jurídico con éste, de tal forma que no cuentan con ninguna nacionalidad reconocida. Esta situación anómala tiene como principal desencadenante: los conflictos bélicos y la utilización espuria de los Estados de su capacidad de reconocer o repudiar a un ciudadano como nacional propio.

El hecho de despojar a una persona de su nacionalidad le envía directamente a un limbo jurídico en el cual no puede disfrutar de derechos y obligaciones ni como nacional ni como extranjero. Por este motivo, se aprobó el Convenio sobre el Estatuto de los Apátridas en Nueva York, el 28 de septiembre de 1954 (adherido por España el 4 de julio de 1997), el cual busca, además de proteger a los apátridas, evitar que se generen más, introduciendo una serie de imposiciones en materia de adquisición y pérdida de nacionalidad.

En España, los apátridas tienen derecho a la autorización por residencia de larga duración en los términos recogidos por el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida. De esta forma, es posible reconocer protección jurídica a los mismos en las mismas condiciones que los españoles, proporcionándoles no solo un documento de identificación, sino también derechos y deberes como ciudadanos.

5.1. Extranjeros sujetos a protección internacional

Los colectivos sujetos a protección internacional disfrutan de un régimen jurídico particular que repercute tanto en la autorización de residencia en España como en la autorización para trabajar en territorio nacional. Se trata obligatoriamente de nacionales de terceros países o apátridas que acceden a nuestro país en búsqueda de amparo jurídico y social. A diferencia de los casos generales de extranjería, que deben solicitar su correspondiente visado con anterioridad a la entrada en territorio español, los interesados sujetos a protección internacional pueden solicitar su autorización de residencia en los mismos puestos fronterizos de entrada al territorio español, así como en oficinas Consulares, oficinas de Extranjeros, Comisarías y en la Oficina de Asilo y Refugio³⁶⁷.

A partir del momento en el que se presenta solicitud de residencia en España por motivos de protección internacional, el interesado cuenta con acceso a derechos y prestaciones sociales³⁶⁸, así como una situación jurídica que impide su deportación a su país de origen. Además, una vez transcurridos seis meses desde la presentación de la

³⁶⁷ Art. 4.1 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

³⁶⁸ Art. 30 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

solicitud y su admisión a trámite, los extranjeros en esta situación cuentan con una autorización para trabajar en España en las mismas condiciones que cualquier nacional (Disposición Adicional Vigésimoprimer RLOEX). Su alta en el sistema de la Seguridad Social es obligatoria, dándoles acceso a las prestaciones del sistema.

Tras el reconocimiento de la situación que motiva la protección internacional, se emite autorización de residencia de larga duración, permitiendo una permanencia indefinida en España (Arts. 32 de la LOEX, 148 del RLOEX y 36 de la Ley 12/2009). Una vez autorizada la residencia por motivos de protección internacional, el interesado puede solicitar aseguramiento sanitario ante el INSS como *asegurado*.

El art. 3.2.c) de la LCCSNS reconoce el acceso a la asistencia sanitaria pública a “*todo extranjero con residencia legal que no tenga obligación de acreditar cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía*”. Al no ser necesaria la comprobación de un aseguramiento sanitario previo, los residentes por protección internacional tienen acceso directo e incondicionado al Servicio Público de Salud como asegurados del sistema.

5.2. Extranjeros con autorización de residencia por circunstancias excepcionales

La LOEX señala en su art. 31.3 la posibilidad de la concesión de autorizaciones de residencia temporal a extranjeros que se encuentren previamente en nuestro país de forma irregular. Son situaciones que se desarrollan por el RLOEX y, que, a diferencia de la protección internacional, implican el reconocimiento de una permanencia temporal en territorio español antecedida por un periodo de permanencia irregular.

Los extranjeros en situación administrativa irregular que pasan a residir de forma legal en España tras recibir la autorización de residencia por circunstancias excepcionales tendrán acceso a la asistencia sanitaria en España en la condición de asegurado del sistema. El reconocimiento como asegurados del Sistema Público de Salud se realizará en las mismas condiciones que a los extranjeros sujetos a protección internacional. Los supuestos son los siguientes.

Residencia por razones humanitarias

La autorización de residencia por razones humanitarias se reconoce en el art. 126 del RLOEX a los extranjeros víctimas de delitos tipificados en los arts. 311 a 315³⁶⁹, 511.1 y 512³⁷⁰ del Código Penal, así como los delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar. Igualmente se reconocerá el derecho a residir en España de forma temporal a los extranjeros que hayan sido víctimas en España de delitos en los que concurra la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación.

Los apartados 2 y 3 del indicado art. 126 también incluyen los supuestos de protección por residencia por razones humanitaria al extranjero que:

- a) Sufra una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, no accesible en su país de origen y que,
- b) acredite que su traslado a su país de origen para solicitar el procedente visado pueda implicar un peligro para su seguridad o la de su familia.

Residencia debido a colaboración con autoridades públicas

El art. 127 del RLOEX reconoce la concesión de una autorización para residir en España a todo inmigrante que colabore con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales en cuestiones que no incluya la lucha contra redes organizadas, o debido a razones de interés público o seguridad nacional. La autorización por residencia en estos casos es de competencia del Secretario de Estado de Seguridad o de Inmigración y Emigración, según las autoridades administrativas implicadas.

Residencia por ser víctima de violencia de género

En los casos de violencia de género contra una mujer extranjera en situación administrativa irregular en España, se suspende de forma inmediata cualquier expediente sancionador que se hubiese incoado, hasta que finalice el procedimiento penal. Durante la existencia del procedimiento penal, se concede una autorización provisional de residencia y trabajo que, en consecuencia, permite la permanencia de la interesada en el territorio nacional, junto a sus hijos menores de edad o con discapacidad (arts. 131 y ss. RLOEX).

³⁶⁹ Delitos contra los derechos de los trabajadores.

³⁷⁰ Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución.

Una vez recaída sentencia condenatoria se reconoce una nueva autorización por residencia temporal con una duración de cinco años. Caso contrario, si la sentencia es denegatoria, se perderá de forma automática la eficacia de la autorización provisional concedida tanto para la interesada como para sus hijos.

Residencia debido a colaboración contra redes organizadas

El extranjero residente de forma irregular en España que haya sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral, tráfico ilícito de mano de obra o explotación para la prostitución, puede solicitar una autorización por residencia temporal siempre que colabore con las autoridades públicas españolas contra las redes organizadas que hayan cometido el delito (arts. 135 y ss. RLOEX). Para ello, se debe declarar exento de responsabilidad al inmigrante que decida colaborar.

Una vez establecida la exención de responsabilidad, el extranjero puede solicitar la autorización por residencia por circunstancias especiales. Primero, se reconoce una autorización provisional que, una vez finalizada la tramitación del permiso se convertirá en una autorización de residencia temporal.

Residencia por ser víctima de trata de seres humanos

Cuando hay indicios de la existencia de la comisión de un delito de trata de seres humanos, se debe identificar a las posibles víctimas, concediéndoles una autorización provisional por un periodo de treinta días denominado “*periodo de restablecimiento y reflexión*” (arts. 140 y ss. RLOEX). Durante este periodo de tiempo la víctima goza de una estancia autorizada en territorio español mientras decide si desea o no cooperar con las autoridades en la investigación del delito.

Si la víctima decide cooperar en las investigaciones del delito, el órgano competente valorará la exención de responsabilidad, la cual suspende el procedimiento sancionador por residir irregularmente en España. Una vez reconocida la exención de responsabilidad, el interesado puede solicitar una autorización para residir y trabajar en territorio nacional. Mientras tanto, se concede una autorización de residencia provisional que permite al extranjero acceder al mercado laboral hasta la entrega de la documentación definitiva. La residencia temporal será de cinco años e irá acompañada de la autorización para trabajar.

Desplazados

Aquellos extranjeros que accedan masivamente al territorio nacional por haber sido evacuados de sus países de origen o por verse forzados a abandonar los mismos cuentan con una protección singular de nuestro ordenamiento jurídico. La motivación de los desplazamientos se debe a que los países de origen constituyen una zona de conflicto armado o de violencia permanente, sometiendo a sus nacionales a un peligro grave contra los derechos humanos (art. 1 del Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas).

Para considerar que un grupo de extranjeros desplazados pueda ser sujeto al régimen de protección temporal, es necesaria una declaración por parte del Consejo de la Unión Europea o del Gobierno español, mediante acuerdo del Consejo de ministros (art. 4 del Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre). Se reconoce la protección a estos colectivos de desplazados durante un año, prorrogable por otro periodo anual.

Los beneficiarios de esta protección temporal disponen de un permiso de residencia y autorización para trabajar en España cuyas renovaciones serán anuales, así como las ayudas sociales y sanitarias (arts. 16, 19 y 20 del Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre).

5.3. Menores extranjeros en estancias temporales en España en el marco del programa “Vacaciones en Paz”

Los menores extranjeros (saharauis o ucranianos) que participen en el programa de acogida temporal “Vacaciones en Paz”, tendrán acceso al derecho a la asistencia sanitaria como beneficiarios del asegurado español que les acoja. Para el reconocimiento del derecho, es necesario aportar el documento acreditativo del acogimiento temporal acordado por la autoridad competente y el de la estancia temporal en España. Además, se comprueba la identidad del menor a través de los listados de control enviados por las Comunidades Autónomas al INSS.

En el caso de que finalizada la vigencia de la autorización de residencia temporal el menor necesitase permanecer en España para recibir asistencia sanitaria

especializada, se podrá solicitar una prórroga excepcional hasta que finalice su tratamiento médico³⁷¹.

6. Extranjeros en otras situaciones especiales reconocidas por el Servicio Público de Salud

El Servicio Público de Salud, tras la reforma operada por el RDL 7/2018, en el art. 3 bis de la LCCSNS se constituye como organismo competente para el reconocimiento y control del derecho a la asistencia sanitaria. Para ello, el artículo indica que el nuevo procedimiento a seguir se implantará a través de una nueva norma reglamentaria. Mientras no se desarrolle dicho reglamento, las competencias se mantienen en el INSS (Disp. Trans. segunda del RDL 7/2018). No obstante, el Servicio Público de Salud es el competente para reconocer el derecho a la asistencia sanitaria a determinados colectivos. Veámoslos:

6.1. Extranjeros en situación administrativa irregular

En la reforma introducida por el RDL 16/2012 se mantuvo una cláusula de protección para los inmigrantes residentes irregularmente en España. En su art. 1, se incluyó el nuevo art. 3 ter a la LCCSNS, por el que se reconoce a los extranjeros irregulares la asistencia sanitaria en situaciones especiales.

Con la entrada en vigor del RDL 7/2018, los extranjeros en situación irregular vuelven a disfrutar de una protección amplia de asistencia sanitaria gratuita. La competencia en cuanto al reconocimiento de la cobertura de la asistencia sanitaria se mantiene con las Comunidades Autónomas que serán las responsables de establecer el procedimiento para la solicitud y expedición del documento certificativo (art. 3 ter de la LCCSNS).

6.2. Solicitantes de protección internacional

Las solicitudes de protección internacional que hayan sido admitidas a trámite permiten a los interesados permanecer en España hasta que se autorice o no su residencia. Mientras tanto, tienen derecho a la cobertura sanitaria con la extensión

³⁷¹ Art. 3.7 de la Resolución de 19 de junio de 2018, de la Dirección General de Migraciones, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de junio de 2018, por el que se aprueban las instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la residencia temporal de menores y la estancia de los monitores, de origen saharauí, en España en el marco del Programa "Vacaciones en Paz 2018".

prevista en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud (art. 8 bis de la LCCSNS), conforme lo ya establecido en la Disp. Ad. 4ª del RD 1192/2012. En el caso específico de los solicitantes de asilo, la propia Ley 12/2009 reconoce en su art. 16 el derecho a la asistencia sanitaria para todo aquel que solicite el estatus de refugiado.

El reconocimiento del derecho se hace fuera del cauce procedimental habitual. Mientras que los casos ya analizados es el INSS el responsable del reconocimiento del derecho, en este caso, la Administración Pública competente es la propia Comunidad Autónoma a través de su Sistema Público de Salud.

6.3. Víctimas de trata de seres humanos: el período de restablecimiento y reflexión

Los extranjeros víctimas de trata de seres humanos que se encuentren en el período de restablecimiento y reflexión tendrán derecho a la asistencia sanitaria con la extensión prevista en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud. La protección ofrecida por la Disp. Ad. 5ª del RD 1192/2012 incluye atención necesaria, tanto médica como de otro tipo a las víctimas con necesidades especiales.

El reconocimiento del derecho y los servicios sanitarios recaen en el Servicio Público de Salud de la Comunidad Autónoma donde resida el interesado.

6.4. Los menores extranjeros no acompañados

La Directiva 2001/55/CE, de 20 de julio considera como extranjero menor de edad no acompañado al nacional de tercer país o al apátrida que no haya cumplido los 18 años y que llega a territorio español sin la compañía de un adulto responsable (debe interpretarse según el art. 189 del RLOEX no solo como el adulto responsable legalmente del cuidado del menor, sino también el que lo es por sus costumbres nacionales, por ejemplo, la *kafala* marroquí³⁷²).

Según la Resolución de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaría de la Presidencia, también tendrán esta consideración los menores extranjeros que se encuentren en situación de riesgo por haber entrado clandestinamente en territorio

³⁷² Acogimiento de un menor por una persona distinta a sus progenitores.

nacional, los menores víctima de redes de trata de seres humanos y los menores extranjeros que se hallen como polizones a bordo de un buque.

Tanto la Directiva Europea como nuestra normativa interna establecen la mayoría de edad a los 18 años, algo que no es común en todos los países, incluido los países de la UE. Nuestro Código Civil reconoce dentro de sus normas de derecho internacional privado que la capacidad de obrar de un extranjero se determina por su ley personal y no por la normativa española. No obstante, el legislador establece en todo caso como límite legal para la mayoría de edad los 18 años³⁷³.

Acreditada a su situación de vulnerabilidad, el Estado les reconoce la autorización para residir en España hasta el cumplimiento de la mayoría de edad. Además de gozar de la protección de la Comunidad Autónoma donde residan, tienen acceso a la asistencia social y sanitaria.

La determinación de la edad del extranjero es un factor fundamental a la hora de reconocer la protección legal. Por ello, el RLOEX en su art. 190 diferencia a los menores extranjeros con documentación o cuya apariencia física no deje duda sobre su minoría de edad, y los que no cuentan con ninguna documentación y/o cuya apariencia física no aclare la determinación de su edad. En el primer caso, se pone a disposición de los servicios de protección de menores, y sus datos se inscribirán en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. En el segundo caso, se da traslado al extranjero a instituciones sanitarias para que las mismas realicen las pruebas necesarias para la determinación de la edad del menor. Una vez fijada la edad, si esta fuera inferior a los 18 años, se realizan las mismas actuaciones que en el caso anteriormente mencionado.

Nuestra normativa reconoce en este caso dos posibilidades: autorizar la residencia del menor en territorio español, o la de repatriar al menor a su país de origen. Si se decide por la repatriación del menor si se considera que “*el interés del menor se satisface con la reagrupación con su familia o con su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen*” (art. 192 y ss. del RLOEX). Caso contrario, si queda acreditada la imposibilidad de repatriación del menor y, en todo

³⁷³ En este sentido, TREJO CHACÓN, M. F., 2011, *Residencia temporal por circunstancias excepcionales y menores extranjeros*, p. 175 y ss. En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir), 2011. *El novísimo reglamento de extranjería: Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. 1 ed. Murcia: Laborum.

caso, transcurridos nueve meses desde que el menor estuviese bajo los servicios competentes de protección de menores, corresponde otorgarle la autorización de residencia correspondiente. El periodo de permanencia reconocido es de un año, renovable hasta que alcance la mayoría de edad.

Los menores extranjeros no acompañados tienen derecho a la asistencia sanitaria debido a la protección que reconoce nuestro ordenamiento jurídico a los menores de edad. La asistencia sanitaria se prestará directamente a través del Servicio Público de Salud de la Comunidad Autónoma donde resida el menor sin la participación del INSS en su reconocimiento.

CAPÍTULO V

**EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO
A LA ASISTENCIA SANITARIA
PÚBLICA DEL ESPAÑOL DESPLAZADO
EN LA UNIÓN EUROPEA**

CAPÍTULO V. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA DEL ESPAÑOL DESPLAZADO EN LA UNIÓN EUROPEA

1. Introducción

La normativa comunitaria ha evolucionado a lo largo de su historia, acompañando los cambios en la constitución de las Instituciones Europeas. El estrechamiento de los vínculos mercantiles entre países europeos ha permitido que de forma escalonada se amplíe el objeto de los Tratados Internacionales, llegando a incluir las relaciones laborales como parte importante del mantenimiento de la economía de mercado. El libre comercio entre países incluye la libre circulación de trabajadores, lo que acarrea consigo la extensión de la protección social de los mismos, así como la protección de sus familiares.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero

La primera aproximación impulsada por países europeos consistió en la creación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (en adelante TCECA) en 1951. En su art. 69 se recoge la obligación de los Estados de retirar cualquier restricción a los nacionales y extranjeros residentes en los demás países firmantes del acuerdo, permitiendo de esta forma, su contratación en las industrias del carbón y acero. Se incluye en el apartado 4 a los trabajadores fronterizos, teniéndoles en cuenta como un colectivo especialmente protegido. Junto a la no discriminación en el ámbito laboral, el artículo instruye a los países firmantes a la elaboración de tratados con el fin de armonizar los sistemas de Seguridad Social, de tal forma que no constituyan ningún obstáculo para la libre circulación de trabajadores³⁷⁴. No obstante, con este artículo, se terminan las referencias en todo TCECA a la Seguridad Social y sus posibles prestaciones, incluida la asistencia sanitaria.

El derecho a la asistencia sanitaria, así como la protección a la salud pública y la Seguridad Social no estaban entre las inquietudes de los países miembros de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero. Se intuía en el Tratado que podría haber problemas interpretativos en la aplicación de las legislaciones nacionales, pero mientras

³⁷⁴ Con detalle, HIERRO HIERRO, F.J., 2009. *Problemas de coordinación de la asistencia sanitaria en el derecho europeo*. 1 ed., Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, p. 47.

no generase ninguna resistencia a la libre circulación de mano de obra, no se propondrían cambios normativos. Esta situación se mantiene inmutable hasta que la Comunidad Europea decide ampliar sus objetivos, y se procede a la fundación de la Comunidad Económica Europea. Con más miembros y más intereses económicos en juego, las cuestiones relativas a la protección social y la salud cobran relevancia, aunque sin constituir una política autónoma propia³⁷⁵.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea

El 25 de marzo de 1957, se firma el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en adelante TCEE), el cual recoge los primeros principios para la armonización de los sistemas de Seguridad Social. El art. 51 recoge el derecho a la totalización de periodos de cotización para los trabajadores que hayan realizado sus labores en los países miembros, así como la garantía de pago de dichas prestaciones a los interesados con independencia de su país de residencia.

Sin embargo, el Tratado no recoge un desarrollo normativo de la prestación por asistencia sanitaria. La única referencia que obtenemos se encuentra recogida en el art. 36, el cual, permite restringir las importaciones, exportaciones o tránsito entre países de mercancías y/o personas por razones sanitarias. Aunque el desarrollo normativo fue escaso, el TCEE establece como compromiso de la Comunidad Económica Europea “*promover la cooperación y colaboración de los Estados miembros en materias de empleo, derecho laboral y Seguridad Social*” (art. 118).

El 25 de septiembre de 1958 se aprueba el Reglamento 3º relativo a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes (norma desarrollada por el Reglamento 4º, de 3 de diciembre de 1958), el cual buscaba avanzar en la armonización de los sistemas de Seguridad Social de los países firmantes del TCEE y del TCECA (arts. 51 del TCEE y 69.4 del TCECA). Se extiende la protección de los sistemas de forma transfronteriza, pero respetando la normativa interna de cada Estado Miembro. Se armonizan los periodos de cotización bajo los preceptos de ambos Reglamentos, en aplicación del principio de totalización. No obstante, los requisitos de carencia y cálculos serán de aplicación según la normativa interna de cada país.

³⁷⁵ VIÑUELAS FERRERIRO, S. *Títulos competenciales de intervención de la Unión Europea en materia de salud pública y asistencia sanitaria*. En CANTERO MARTÍNEZ, J. (dir.), 2017. *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa: Retos y desafíos para el Sistema Nacional de Salud*. 1 ed., Aranzadi Thomson Reuters, pp. 76-77.

El art. 2 del Reglamento 3º recoge como objeto de este, la aplicación de las prestaciones de la Seguridad Social, tanto contributivas como no contributivas, excluyendo de forma explícita a la asistencia social y la asistencia médica. No obstante, el art. 2 recoge en el listado de prestaciones a la prestación en especie por enfermedad, tanto para el trabajador como para sus familiares (arts. 16 a 23 del Reglamento 3º).

Esta dicotomía es posible debido a la interpretación del derecho a la salud como algo restringido al ámbito laboral y de la Seguridad Social. Mientras que la asistencia sanitaria tiene un ámbito de aplicación muy extenso que incluye la protección en casos que trascienden los límites del aseguramiento de la Seguridad Social, el Reglamento 3º restringe sus efectos, solo siendo posible su protección cuando haya relación con el sistema de Seguridad Social. Por ello, el reconocimiento del derecho depende de requisitos propios de las prestaciones, como, por ejemplo, la comprobación de cotización previa.

La adhesión de nuevos países en la Comunidad Económica Europea, sumado a los acuerdos aprobados con los países que pasaron a conformar el Espacio Económico Europeo, obligaron al legislador comunitario a avanzar en acuerdos que posibilitaran el cumplimiento del principio básico de libre circulación de trabajadores. Por ello, se aprueban los Reglamentos (CEE) 1408/71, de 14 de junio de 1971; y (CEE) 574/72, de 21 de marzo de 1972.

El Reglamento 1408/71 buscaba neutralizar los obstáculos³⁷⁶ ocasionados por la existencia de varias legislaciones nacionales antagónicas, evitando que se perdieran derechos en vía de adquisición. Se trataba de armonizar las legislaciones nacionales, sin alterarlas, pero imponiendo reglas que decidieran sobre la legislación aplicable y la imposición de la totalización de periodos cotizados. En resumen, el legislador comunitario sigue una línea continuista, pero a su vez expandiendo el desarrollo de nuevos principios para la armonización normativa.

Tratado de la Comunidad Europea (Tratado de Maastricht)

El Tratado Constitutivo de la CEE se reforma en el año 1992 a través del Tratado de Maastricht, más conocido como el Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) y, por primera vez, se dota de base jurídica a la protección de la salud y

³⁷⁶ HIERRO HIERRO, F.J., *op. cit.*, pp. 115-116.

se identifican acciones para la prevención de enfermedades (art. 129 TCE). Se establecen como objetivos la investigación, la información y la educación sanitaria; siendo la competencia de la CE coordinar y apoyar a los Estados miembros en la consecución de los mismos³⁷⁷. Por tanto, su capacidad legislativa sigue siendo restrictiva, recayendo en los Estados la competencia jurídica para llevar a cabo los desarrollos jurídicos necesarios.

Antes de finalizar el siglo, se firma el Tratado de Ámsterdam, el cual reforma el art. 129 del TCE³⁷⁸, ampliando las funciones de la Comunidad Europea en materia de salud pública. Con el nuevo texto, se incluye la mejora de la salud reconociendo la importancia de la prevención y de la eliminación de las fuentes de peligro. El Tratado de Ámsterdam trae consigo un avance más que, aun no siendo estrictamente una política sanitaria, influye directamente sobre la misma: la creación del Espacio Schengen y el reconocimiento de la ciudadanía europea. Según el art. 8, “*será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional*”.

La eliminación de las fronteras internas entre Estados de la CE fortalece el mercado interno, además de favorecer y potenciar la libertad de circulación de los nacionales europeos. Todo esto conlleva cambios en las legislaciones de extranjería de cada Estado miembro, así como los procedimientos administrativos de exportación y conservación de derechos de la Seguridad Social, incluida la asistencia sanitaria.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

En 2001 se firma el Tratado de Niza, introduciendo en su texto la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, Carta Europea) la Comunidad Europea pasa a denominarse Unión Europea (en adelante, UE). El art. 35 de la Carta Europea reconoce el derecho a la protección a la salud en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantiza un alto nivel de protección de la salud humana”.

³⁷⁷ VIÑUALES FERRERIO, S., *op. cit.*, p. 81.

³⁷⁸ Pasa a denominarse art. 152 TCE.

Así pues, la asistencia sanitaria se reconoce como derecho fundamental y como elemento esencial de la dignidad humana³⁷⁹ de *toda persona*, independientemente a su nacionalidad o su situación administrativa. La UE ampara una interpretación del derecho a la asistencia sanitaria como derecho universal. No obstante, esta defensa no vincula jurídicamente a los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado miembro. El art. 51 de la Carta Europea establece que los derechos reconocidos en su texto respetan el *principio de subsidiariedad*, no existiendo competencia por parte de la Unión Europea para exigir su aplicación interna en cada país en los términos invocados por la Carta Europea.

En la Carta Europea se reconoce a la prestación de la asistencia sanitaria como una prestación de contingencia común y laboral, lo que permite un tratamiento jurídico distinto según la procedencia del derecho. Se mantiene en el art. 34 la protección en casos de enfermedad y accidentes laborales, excluyendo del objeto del derecho a la asistencia sanitaria por contingencias común, más asistencialista y sin vinculación con el sistema de Seguridad Social.

Tratado de la Unión Europea y Tratado de funcionamiento de la Unión Europea

El Tratado de Lisboa es el último de los grandes Tratados de la Unión Europea. En la reforma del TCE separa en dos su articulado: por un lado, el Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) y, por otro lado, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). Ambos Tratados que conforman el derecho originario de la Unión Europea, reconocen los derechos y principios básicos que deben ser respetados tanto por la normativa comunitaria como por la normativa nacional de los Estados miembros. Se mantiene su competencia sobre acciones y políticas en al ámbito de la salud pública, promoviendo la prevención de enfermedades y actuando frente a las fuentes de peligro para la salud física y psíquica.

El apartado segundo del art. 168 recoge que la Unión “*fomentará la cooperación entre los Estados miembros (...) para mejorar la complementariedad de sus servicios de salud*”. Esto se traduce en la aprobación de dos Reglamentos; el Reglamento 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la

³⁷⁹ BELTRÁN AGUIRRE, J. L. *La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud del art. 35 de la carta de Derechos Fundamentales*. En PÉREZ GALVEZ, J. F. y BARRANCO VELA, R. (dirs.), 2013, *Derecho y salud en la Unión Europea*. 1 ed. Comares.

coordinación de los sistemas de Seguridad Social³⁸⁰ y, el Reglamento 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004 (ambos en sustitución de los Reglamentos 1408/71 y el 574/72).

A partir de su entrada en vigor, el Reglamento 883/04 deroga en su totalidad al Reglamento 1408/71, pasando a ser la norma de coordinación comunitaria de Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Al igual que su predecesor, el Reglamento 883/04 introduce una serie de principios a ser respetados tanto por la normativa comunitaria como la nacional de cada Estado miembro.

2. La armonización del derecho a la asistencia sanitaria en la UE: los Reglamentos Comunitarios (CEE) 1408/71 y 574/72 y los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009

La aprobación de los Reglamentos 1408/71 y 574/72 fue fundamental para la armonización de los sistemas de Seguridad Social comunitarios. Se recogían los principios unificadores que permitían el reconocimiento de derechos generados en más de un Estado miembro, evitando la pérdida de elementos de la acción protectora. Con la entrada en vigor de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 estos principios siguen formando parte de la aplicación del derecho comunitario, siendo perfilados tras los pronunciamientos del TJUE.

2.1. Ámbitos de aplicación de los Reglamentos comunitarios

A. Ámbito de aplicación temporal

El Reglamento 1408/71 entró en vigor el 1 de octubre de 1972, sustituyendo a los Reglamentos 3º y 4º que estuvieron vigentes desde el 1 de enero de 1959. Con su entrada en vigor, se sustituyó cualquier convenio de Seguridad Social que vinculaban a dos o varios Estados miembros de la Comunidad Económica Europea (art. 6). No se vieron afectados los Tratados y Convenios mencionados en el art. 7 del Reglamento, los cuales siguieron estando en vigor:

- a) las disposiciones del Acuerdo de 27 de julio de 1950, relativo a la seguridad social de los bateleros del Rin, revisado el 13 de febrero de 1961;

³⁸⁰ Es modificado por el Reglamento 988/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009.

- b) las disposiciones del Convenio europeo de 9 de julio de 1956, relativo a la seguridad social de los trabajadores de los transportes internacionales;
- c) las disposiciones de convenios de seguridad social mencionados en el Anexo II.

Por otra parte, su entrada en vigor tampoco afectó a las obligaciones derivadas:

- a) De los convenios adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo ratificados por uno o varios Estados miembros;
- b) De los Acuerdos provisionales europeos de 11 de diciembre de 1953 relativos a la seguridad social, concluidos entre los Estados miembros del Consejo de Europa.

El Reglamento 883/2004 entró en vigor el 1 de mayo de 2010, sustituyendo al Reglamento 1408/71. A partir de esta fecha, el Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro (art. 91). No obstante, el Reglamento 1408/71 se mantiene parcialmente en vigor y se preservan sus efectos jurídicos a los efectos:

- a) Del Reglamento (CE) 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/71 y del Reglamento (CEE) 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, en tanto que no se derogue o modifique dicho Reglamento;
- b) Del Reglamento (CEE) 1661/85 del Consejo, 13 de junio de 1985, por el que se establecen las adaptaciones técnicas de la normativa comunitaria en materia de seguridad social de los trabajadores migrantes en lo que se refiere a Groenlandia, en tanto no se derogue o modifique dicho Reglamento;
- c) Del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y el Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros por una parte y la Confederación Suiza por otra, y otros acuerdos que contengan una referencia al Reglamento (CEE) 1408/71, en tanto que dichos Acuerdos no se modifiquen a la luz del presente Reglamento.

El Reglamento (CE) 883/2004 entra en vigor acompañado de varias Decisiones con efectos transitorios para acomodar el cambio legislativo. En el caso de la asistencia sanitaria, se estará a lo dispuesto en la Decisión S10 de 19 de diciembre de 2013. Esta

Decisión se aprueba con la finalidad de determinar el Estado miembro responsable de costear el tratamiento programado y los cuidados necesarios, atendiendo al cambio de competencias con arreglo al Reglamento (CE) 883/2004.

B. Ámbito de aplicación territorial

El Reglamento 1408/71 estableció como ámbito territorial de aplicación del Reglamento los países que componen la Comunidad Económica Europea, los países que conforman el Espacio Económico Europeo y Suiza.

La capacidad de desplazamiento que existe en el mercado laboral, cada vez más dinámico y global, permite a los ciudadanos comunitarios realizar sus labores en terceros países manteniendo su afiliación a un sistema de Seguridad Social de los Estados miembros. Por ello, es lógico pensar que el derecho comunitario acompaña a los trabajadores comunitarios en todos los territorios que desarrollen su actividad laboral, debido a su vinculación con algún sistema de Seguridad Social europeo.

En este sentido la STJCE (Sala Quinta) de 29 de junio de 1994, en el caso *Aldewereld contra Países Bajos* (Asunto C-60/93), reconoció la aplicación territorial del Reglamento en el territorio de un tercer país. En este caso, un trabajador neerlandés por cuenta propia realiza trabajos a una empresa alemana en territorio tailandés. Durante el año en el que estuvo desplazado, el trabajador abonó las cuotas de cotización a la Seguridad Social alemana. Al finalizar el año fiscal, la Seguridad Social neerlandesa le requirió el abono de las cuotas por el mismo periodo de tiempo, forzándole a una doble cotización. El Tribunal de Justicia, en aplicación de los principios recogidos en el Reglamento 1408/71, corrige a la Seguridad Social neerlandesa, impidiendo la doble cotización en ambos países miembros.

Por su parte, el ámbito territorial del Reglamento 883/2004 es más amplio. Se extiende a todos los países que componen la Unión Europea, además de Suiza y los países del Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein) y también a los territorios fuera del contingente europeo, como en el caso de Francia, con sus Departamentos de Ultramar (Guayana, Reunión y Mayotte) y las Antillas Francesas (Guadalupe y Martinica).

C. **Ámbito de aplicación personal**

El art. 2 del Reglamento 1408/71 delimitaba su campo de aplicación personal a “*los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y a los estudiantes, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros y que sean nacionales de uno de los Estados miembros, o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, así como a los miembros de su familia y a sus supervivientes*”. En el caso de los supervivientes, el “*Reglamento se aplicará a los supervivientes de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y de los estudiantes que hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de tales personas, cuando sus supervivientes sean nacionales de uno de los Estados miembros o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros*”.

Como hemos podido observar, se trataba de un artículo bastante restrictivo. Las personas que podían ejercer sus derechos en base a esta norma estaban muy limitadas. El legislador no utilizó los conceptos de *asegurado* o *beneficiario* del sistema de la Seguridad Social, sino que prefirió referirse a *trabajador* o *estudiante*. Esto aleja a todos los demás interesados que pudieran estar sujetos a sus sistemas de Seguridad Social nacionales por otros motivos, por ejemplo, los pensionistas o trabajadores en paro.

Aunque en otros preceptos del Reglamento se observaban otros colectivos según la regulación de cada prestación, llama la atención la elección de la terminología a la hora de establecer el marco subjetivo del Reglamento. Su restricción ha llevado al TJCE a definir el ámbito subjetivo del Reglamento desde una perspectiva más amplia, apostando por una relación más estrecha con el sistema de Seguridad Social de cada país y no tanto con la situación laboral del interesado.

En el caso PIERIK I³⁸¹, el TJCE reconoce que la definición de *trabajador* utilizada en el Reglamento 1408/71 tiene un alcance general, por lo que abarca a cualquier persona que esté asegurada en virtud de la legislación de la Seguridad Social de uno o de varios Estados miembros con independencia de que ejerza o no una actividad profesional. Para el TJUE el Reglamento 1408/71 no pretendía limitar el ámbito de aplicación a los trabajadores activos frente a los trabajadores inactivos.

³⁸¹ STJCE de 31 de mayo de 1979. Bestuur van het Algemeen Ziekenfonds Drenthe-Platteland contra G. Pierik (Asunto 182/78).

El Reglamento 1408/71 fue de aplicación exclusiva a los nacionales de Estados miembros, apátridas y refugiados. Se excluían a los nacionales de terceros países que residían legalmente en territorio europeo y sometidos a la legislación de Seguridad Social. Esta situación se corrigió a través del Reglamento (CE) 859/2003, de 14 de mayo, que amplió la aplicación de los Reglamentos 1408/71 y 574/72 a “*los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas*”. El Reglamento 859/2003 no se aplica a Dinamarca, Suiza y los países del Espacio Económico Europeo.

A diferencia del Reglamento 1408/71 que delimitaba el campo de aplicación personal en “*trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, y estudiantes nacionales de uno de los Estados miembros*”, el Reglamento 883/2004 recoge la expresión “*personas nacionales*”.

El art. 2.1 del Reglamento 883/2004 establece que este se aplicará a “*las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes*”. El punto 2 añade que, en el caso de los supervivientes, es de aplicación el Reglamento 883/2004 cuando estos sean nacionales de un Estado miembro o refugiados y/o apátridas residentes en territorio de la Unión Europea, con independencia de la nacionalidad del causante, siempre y cuando este haya estado sujeto a la legislación de uno o de varios Estados miembros.

La sustitución de los términos permite una interpretación más amplia y acorde con la doctrina sentada con el caso PIERIK I, en el que se extiende el concepto de trabajador a toda persona que “*esté asegurada*”. No obstante, se mantiene la restricción en cuanto a la nacionalidad (países que conforman la Unión Europea, Suiza y el Espacio Económico Europeo) y la inclusión de los apátridas y refugiados. Se excluye de esta forma a todos los nacionales de terceros países que residan legalmente dentro del territorio de la Unión Europea.

Esta exclusión se resuelve con la entrada en vigor del Reglamento (UE) 1231/2010, de 24 de noviembre, que extiende la aplicación tanto del Reglamento 883/2004 a los “*nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén aún cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus*

familias y a sus supervivientes, siempre que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro y siempre que su situación no esté circunscrita, en todos sus aspectos, al interior de un solo Estado miembro". El Reglamento 1231/2010 deroga el Reglamento 859/2003 y no es de aplicación en Dinamarca, Suiza y los países del Espacio Económico Europeo.

D. Ámbito de aplicación material

El art. 4 del Reglamento 1408/71, fijó el ámbito objetivo de la norma a través de una doble perspectiva: positiva y negativa³⁸².

En su aspecto positivo, el Reglamento 1408/71 enumeraba a todas las prestaciones de los sistemas de Seguridad Social comunitarios que se podrían ver afectadas por la normativa comunitaria. La asistencia sanitaria se incluyó en el apartado 1.a), dentro de las prestaciones de enfermedad en su modalidad de pago en especie³⁸³. Se vinculaba la misma como prestación intrínsecamente relacionada al sistema de Seguridad Social, siendo requisito indispensable para su cobertura, el mantenimiento de una relación de afiliación. En su apartado 2, se señalaba, además, que la aplicación de las normas de coordinación afectaba a todos los regímenes de la Seguridad Social, tanto generales como especiales, contributivos y no contributivos³⁸⁴.

El aspecto negativo del ámbito material del citado art. 4 del Reglamento se recogía en su apartado 4, el cual excluía de su ámbito de aplicación a la "*asistencia social y médica, así como las prestaciones a favor de las víctimas de la guerra o sus consecuencias*". Aunque la definición de asistencia sanitaria resultaba clara en el art. 4.1, la exclusión de la asistencia médica en su apartado 4 por formar parte de la asistencia social hacía difícil una delimitación objetiva.

Con la intención de delimitar el ámbito objetivo del Reglamento 1408/71, la jurisprudencia europea ha discutido sobre qué prestaciones pueden incluirse dentro de la

³⁸² CARRASCOSA BERMEJO, M.D., *op. cit.*, p. 47.

³⁸³ "Las prestaciones en especie del seguro de enfermedad-maternidad que hay que tener en cuenta para el cálculo de los reembolsos mencionados en los arts. 93, 94 y 95 del Reglamento (CEE) n° 574/72 serán aquéllas consideradas como tales en virtud de la legislación nacional aplicada por la institución que haya garantizado el servicio — de dichas prestaciones siempre que éstas puedan ser adquiridas según las disposiciones de los apartados 1, 2 de los arts. 19, 22 y 25, apartados 1, 3 y 4 de los arts. 26 y 28, apartado 1 de los arts., 28, 28 bis y 31 del Reglamento (CEE) n° 1408/71". DECISIÓN 109, de 18 de noviembre de 1977.

³⁸⁴ QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., 2017. *Ciudadanía de la Unión Europea y prestaciones sociales no contributivas*. En VALDÉS DAL-RÉ, F., *El futuro del trabajo: análisis jurídico y socioeconómico*. 1ªed., Madrid, Alderabán, pp. 389-393.

asistencia sanitaria protegida por el Reglamento y cuáles están fuera de su ámbito material por ser considerados en exclusiva parte de la asistencia social. La dificultad que entrañaba esta diferencia residía sobre todo en aquellos puntos tangenciales que podemos encontrar entre el derecho a la asistencia sanitaria y las prestaciones de cuidado por dependencia.

En efecto, las leyes de ayuda a la dependencia en los Estados miembros buscan sufragar los costes originados por las enfermedades acaecidas por el interesado que le limitan en su vida diaria. Esto incluye una amplia gama de tratamientos y de cuidados médicos³⁸⁵ que pueden ser considerados parte de la asistencia sanitaria a la que tiene derecho este colectivo. La cuestión por delimitar es si las prestaciones sanitarias reconocidas dentro del marco de la dependencia lo son también dentro de la prestación por enfermedad. Si se cumple esto último, el interesado puede exportar este derecho en otro Estado miembro y solicitar el reembolso de los costes ocasionados a su Estado de origen.

En el caso *Molenaar*³⁸⁶, el TJUE realizó una primera aproximación al problema. Aunque no se trataba de la cuestión prejudicial principal, sí se analizó de manera accesoria si el Seguro Social de dependencia alemán estaba incluido, o no, en el campo de aplicación del Reglamento 1408/71.

El principal problema se centraba en la protección por dependencia reconocida en Alemania a todos los residentes en su territorio. En el supuesto de hecho, nos encontramos con una pareja que realizaba una actividad por cuenta ajena en Alemania, pero que residía en Francia. La cuestión de fondo consistía en la posibilidad, o no, de acceder a las prestaciones por dependencia de la ley alemana en territorio de otro Estado miembro, entendiendo que la naturaleza de estas prestaciones correspondía con la protección por enfermedad recogida en el Reglamento 1408/71. Si la calificación se

³⁸⁵ La ayuda a la dependencia normalmente incluye prestaciones destinadas a cubrir los gastos ocasionados por los cuidados prestados por terceros a domicilio, así como la asunción de los gastos ocasionados por los cuidados dispensados al asegurado en centros y establecimientos de asistencia. En algunos países, se incluye en el seguro de asistencia de la dependencia el aseguramiento y el pago de las cotizaciones del tercero que asiste a la persona asegurada (en España algunas comunidades autónomas asumen este coste, como es el caso de la Comunidad autónoma de Madrid). HIERRO HIERRO, F.J., 2009. *Problemas de coordinación de la asistencia sanitaria en el derecho europeo*. 1 ed., Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, p. 96.

³⁸⁶ STJCE de 5 de marzo de 1998, Manfred Molenaar y Barbara Fath-Molenaar contra Alemania (Asunto C-160/96).

integraba dentro de las prestaciones de asistencia social no sería de aplicación el Reglamento y, como consecuencia, no sería posible su *exportación* a otro Estado miembro.

El Tribunal interpretó la ley alemana teniendo en cuenta elementos de derecho comunitario, de tal forma que más allá de la denominación de los derechos recogidos en la legislación alemana, lo verdaderamente importante eran los elementos constitutivos de la prestación a la que se pretendía tener acceso. Aunque la prestación se recogía en una legislación de ayuda a la dependencia, su naturaleza jurídica coincidía con una prestación por enfermedad. A este respecto procede recordar que la distinción entre prestaciones excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 y prestaciones incluidas en él se basaba esencialmente en los elementos constitutivos de cada prestación, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla, y no en el hecho de que una prestación fuera o no calificada como prestación de Seguridad Social por una legislación nacional.

En este caso, una de las prestaciones del seguro alemán de asistencia a la dependencia era la asunción de determinados gastos, tales como los cuidados prestados a domicilio o la compra de equipamiento necesario para las actividades diarias del dependiente. El Tribunal entendió que las prestaciones por dependencia complementaban las prestaciones ya reconocidas por el seguro de enfermedades del Servicio Público de Salud alemán, de tal forma que se encontraban vinculadas con este y debían ser consideradas gastos médicos esenciales para el desarrollo normal de la vida. Por tanto, eran susceptibles de amparo por el Reglamento 1408/71.

“Consiguientemente, el subsidio por cuidados se presenta como una ayuda económica que permite mejorar, en conjunto, el nivel de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales, de forma que se compense el incremento de los gastos ocasionado por el estado en que se encuentran. Por consiguiente, debe considerarse que una prestación como el subsidio por cuidados está incluida entre las «prestaciones en metálico» del seguro de enfermedad a que se refieren la letra b) del apartado 1 del art. 19, la letra b) del apartado 1 del art. 25 y la letra b) del apartado 1 del art. 28 del Reglamento 1408/71”.

Aunque la interpretación del art. 4 del Reglamento 1408/71 fue tratada de forma accidental, el caso Molenaar impulsó una nueva Decisión sobre la interpretación del

concepto de prestaciones de enfermedad en especie. En la Decisión 175, de 23 de junio de 1999³⁸⁷, se incluye dentro del ámbito material del Reglamento 1408/71 las prestaciones en especie del seguro de dependencia que den derecho al pago directo de determinados gastos. La inclusión o no de las prestaciones por dependencia fue un tema recurrente en sucesivas sentencias (Asuntos C-215/99, C-502/01, C-31/02 y C-286/03), siendo la más relevante el Asunto C-286/03 (STJCE – Gran Sala – de 21 de febrero de 2006 – Silvia Hosse contra Land Salzburg), el cual permitió por primera vez reconocer como derecho sujeto a la exportación del art. 19 del Reglamento 1408/71, la asignación en metálico para un cuidador de una persona dependiente.

Nos encontramos pues, con una problemática característica de la naturaleza jurídica de la prestación por asistencia sanitaria. De la misma forma que en nuestra normativa nacional existen incongruencias por el carácter mixto de esta prestación, las normas de coordinación comunitarias también muestran la dificultad de reconocer los límites del derecho a la asistencia sanitaria.

El art. 3 del Reglamento 883/2004 sustituye lo dispuesto en el art. 4 del Reglamento 1408/71 y, al igual que el art. 3 establece como objeto de la norma las *prestaciones de enfermedad*, a la vez que excluye a la *asistencia social y sanitaria*. No obstante, aunque se excluyan expresamente las prestaciones sanitarias derivadas de los seguros de dependencia, según la Decisión S5 de 2 de octubre de 2009, en aplicación de los arts. 62 al 64 del Reglamento 987/2009, se consideran objeto de reembolso de gastos.

En fin, consideran prestaciones en especie por enfermedad las derivadas del seguro de dependencia que dan derecho al pago directo completo o parcial de determinados gastos derivados de la situación de dependencia del asegurado y en los que se hubiera incurrido para su beneficio directo, y las prestaciones en especie no derivadas de un seguro de dependencia, pero que presenten las mismas características y persigan los mismos objetivos.

2.2. Principios generales de ordenación y coordinación de las prestaciones

El Reglamento 1408/71 se aprobó con la finalidad de coordinar las legislaciones nacionales de los Estados miembros, incluyendo una serie de preceptos con los que se

³⁸⁷ Los reembolsos se harán según las instrucciones de la Decisión.

debe actuar para el reconocimiento de las prestaciones de los sistemas de Seguridad Social comunitarios. De la misma forma que el TCEE recogía una serie de principios gestores, el Reglamento 1408/71 hacía suyos los mismos principios, ampliándolos en las nuevas necesidades del mercado común.

Los principios venían recogidos en la primera parte del articulado del Reglamento y han servido como base para todas las prestaciones recogidas en este texto legal. Se trata, sobre todo, de establecer una aplicación homogénea de la norma comunitaria, permitiendo la conservación de derechos entre territorios.

Con posterioridad, el Reglamento 1408/71 es derogado por el Reglamento 883/2004, el cual mantiene la estructura vigente, recogiendo en su texto los matices desarrollados por la jurisprudencia del TJUE.

A. Principio de igualdad de trato o no discriminación

El art. 3 del Reglamento 1408/71 recogía el principio de *igualdad de trato o no discriminación* de todos los ciudadanos comunitarios. Se pretendía que todos los ciudadanos europeos tuviesen los mismos derechos y fueran tratados en las mismas condiciones en todo el territorio comunitario con independencia de su nacionalidad. Este principio, heredado del art. 7 del TCEE, constituyó uno de los pilares fundamentales para la coordinación y buena convivencia entre los ciudadanos comunitarios.

La aplicación de este principio en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria se vio reflejada en el acceso por parte de los ciudadanos europeos a los servicios sanitarios en cualquier Estado miembro en las mismas condiciones de un nacional.

Como así recoge el caso Vanbraekel³⁸⁸, el beneficiario de la asistencia sanitaria tiene derecho a las prestaciones en especie efectuadas por la institución del lugar de estancia a cuenta de la institución competente, según las disposiciones de la legislación del Estado en que se realicen las prestaciones, como si estuviera afiliado a la misma. De este modo, se facilita la libre circulación de los beneficiarios de la seguridad social, por cuanto les garantiza, en la medida en que estén sujetos a la legislación de un Estado

³⁸⁸ STJCE de 12 de julio de 2001. Abdon Vanbraekel y otros contra Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC) (Asunto 368/98).

miembro y cuenten con una autorización, el acceso a la asistencia en los demás Estados miembros en condiciones tan favorables como aquellas de que disfrutaban los beneficiarios a quienes se aplica la legislación de estos últimos.

La igualdad de trato se recoge en la actualidad en el Reglamento 883/2004 en su art. 4 en los mismos términos que el art. 3 del Reglamento 1408/71. El ámbito subjetivo se amplía con el Reglamento (UE) 1231/2010, el cual permite la aplicación de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 a nacionales de terceros países que residan legalmente en territorio de un Estado miembro y no estén cubiertos por su Estado nacional, con la excepción de Dinamarca, Estado que no ha firmado el Reglamento 1231/10.

B. Principio de territorialidad: la determinación de la ley aplicable

Los arts. 13 a 17 del Reglamento 1408/71 establecían los criterios de determinación de la ley aplicable ante los conflictos que surgieran entre normas de distintos ordenamientos jurídicos. El Reglamento permite pues, encontrar soluciones coordinadas en el reconocimiento de prestaciones entre países comunitarios.

El principio que articulaba el Reglamento 1408/71 para la determinación de la ley aplicable era el de territorialidad o *lex loci laboris*. Como es sabido, su aplicación tiene como consecuencia que las personas se encuentren sometidas a la legislación de un único Estado miembro y que, dicha legislación, coincida con del territorio del Estado en el que trabaje o desarrollo su actividad laboral. Esta regla general, permite excepciones según la actividad se ejerza por un trabajador del mar o por una persona en pluriactividad o pluriempleo en varios territorios comunitarios. En estos casos, estaremos a las excepciones que recoge el Reglamento en sus arts. 14 al 14 *septies*

El principio de territorialidad no es absoluto y puede entrar en conflicto cuando existe un desplazamiento temporal hacia el territorio de otro Estado miembro o de un tercer Estado para el desarrollo de una actividad laboral. La relación con el sistema de Seguridad Social del Estado miembro de origen se mantiene, así como la aplicación de su normativa nacional. No se cumple pues, con el principio de *lex loci laboris*.

En el caso Aldewereld³⁸⁹, el TJUE declara que la mera circunstancia de que las actividades de un trabajador se ejerzan fuera del territorio de la Comunidad no basta para excluir la aplicación de las normas comunitarias sobre la libre circulación de los trabajadores por cuanto la relación laboral conserva una vinculación suficientemente estrecha con el territorio de la Comunidad.

El principio de *lex loci laboris* no se aplica a todas las prestaciones. En el caso específico de la asistencia sanitaria se exceptúa el principio de territorialidad por el del lugar de residencia (*lex loci domicilii*) o estancia³⁹⁰. La prestación sanitaria se reconoce según la normativa del Estado en el que se presten los servicios sanitarios requeridos. Por tanto, se administrará la prestación en especie según los límites establecidos por la legislación nacional del país en el que se encuentre el interesado.

El principio de determinación de la ley aplicable es imperativo. No es posible optar por la legislación que uno considere más beneficiosa. No obstante, existe un colectivo en particular al que se le permite decidir sobre la legislación aplicable: el personal de servicio de las misiones diplomáticas y de las oficinas consulares (art. 16). Estos trabajadores optan entre la aplicación de la legislación de su Estado de origen o del Estado miembro de envío, conforme los requisitos para el ejercicio del derecho de opción por parte de este colectivo establecidos en el art. 13 del Reglamento 574/72.

El Reglamento 883/2004 recoge este mismo principio en sus arts. 11 a 16, manteniendo el principio de territorialidad *lex loci laboris*. El reconocimiento de prestaciones de la Seguridad Social se limita a una única legislación aplicable, la cual debe coincidir con el Estado miembro en el que se realice la actividad laboral. Se busca evitar así, la doble cotización y la complejidad administrativa que conlleva la afiliación a más de un Estado miembro³⁹¹.

Este principio, al igual que ocurría en el Reglamento 1408/71, no es absoluto, habiendo excepciones que se recogen en los arts. 12 y 13 del Reglamento. En cuanto al derecho de opción del personal de servicio de las misiones diplomáticas y de las

³⁸⁹ STJCE (Sala Quinta) de 29 de junio de 1994. Aldewereld contra Staatssecretaris van Financiën (Asunto C-60/93).

³⁹⁰ HIERRO HIERRO, F.J., *op. cit.*, p. 121.

³⁹¹ RODRIGUEZ CARDÓ, I. A. *Problemas de aplicación de la Seguridad Social en el espacio: el conflicto de leyes en el Reglamento 883/2004*. En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir.), 2010. *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social: Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*. Murcia, Laborum, p. 41.

oficinas consulares se excluye el contenido antes recogido en el art. 16, creando un nuevo derecho de opción a los *agentes contractuales*³⁹² de las Comunidades Europeas (art. 15).

C. Principio de conservación de derechos adquiridos

El art. 10 del Reglamento 1408/71 prohibía “*la reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación*” de las prestaciones generadas por un beneficiario cuando este residía en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en que se encontrara la institución responsable del abono de la prestación. Este principio permitía el desplazamiento geográfico de todo ciudadano comunitario perceptor de una prestación de la Seguridad Social a cualquier territorio de la Comunidad Europea, sin interrupción del cobro de su prestación.

Ahora bien, el principio de conservación de derechos adquiridos se aplicaba en exclusiva a las prestaciones en metálico, no a la asistencia sanitaria. Para esta prestación el Reglamento 1408/71 recogía una especie de “*conservación del derecho*” cuando el interesado se trasladaba de un Estado a otro (el art. 22). Para ello, el apartado 1.b) establecía la necesidad de una autorización previa de la institución competente para que fuera posible el traslado del interesado. La autorización previa podría ser denegada cuando hubiese “*constancia de que el desplazamiento del interesado puede comprometer su estado de salud o la aplicación del tratamiento médico*”.

El art. 7 del Reglamento 883/2004 mantiene el principio de conservación de derechos adquiridos del art. 10 del Reglamento 1408/71.

D. Principio de totalización de periodos cotizados

La totalización de periodos de seguro es un principio básico ya indicado en el art. 51 del TCEE. La libre circulación de trabajadores solo es posible si los derechos laborales se protegen y se exportan entre los Estados comunitarios. Lo contrario, genera trabas inconciliables que impiden el funcionamiento del libre mercado comunitario. El derecho a la conservación y totalización de los periodos cotizados permite a los trabajadores comunitarios realizar traslados y cambios de residencia entre los Estados miembros y conservar sus derechos de la Seguridad Social devengados.

³⁹² Trabajador temporal empleado por la Comisión Europea

Esto permite que las prestaciones se devenguen teniendo en cuenta los periodos de cotización en distintos Estados. Periodos con los que se cumplen con la carencia exigida por la legislación del Estado de residencia.

El art. 18 del Reglamento 1408/71 estableció para la prestación de asistencia sanitaria el mismo tratamiento sobre los periodos de cotización realizados en cualquier país que conforme el territorio comunitario. Los Estados a su vez, debían certificar a través del Formulario E104³⁹³ los periodos de seguro existentes para que las instituciones competentes los tuvieran en cuenta en el reconocimiento de la prestación³⁹⁴.

El Reglamento 883/2004 mantiene en su art. 6 el derecho a la totalización de periodos cotizados. Para acceder a la asistencia sanitaria, los periodos de cotización pasan de estar certificados a través del Formulario E104 a los Formularios S040 y S041. Con el cambio en la emisión del certificado, se limita el acceso a esta información a las Instituciones que tramitan la asistencia sanitaria. De este modo, se evita que el interesado tenga que presentar un documento que es obligación de los Estados emitir para el reconocimiento del derecho.

El Estado competente para reconocer el derecho a la asistencia sanitaria solicita a través del Formulario S040 al Estado de origen o demás Estados donde haya trabajado el interesado para conocer los periodos que éste tiene cotizados. La respuesta de los periodos cotizados viene a través de la emisión del Formulario S041.

3. El reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en aplicación de los Reglamentos comunitarios

La normativa comunitaria basa su regulación en los traslados de los trabajadores³⁹⁵ entre países miembros y el reconocimiento de sus derechos en estos traslados. El Título IV del TFUE recoge el derecho a la libre circulación de personas, servicios y capitales. Esta libertad permite a los ciudadanos de la UE trasladarse a

³⁹³ DECISIÓN 202 de 17 de marzo de 2005 relativa a los modelos de formularios necesarios para la aplicación de los Reglamentos (CEE) nº 1408/71 y (CEE) no 574/72 del Consejo (E 001, E 101, E 102, E 103, E 104, E 106, E 107, E 108, E 109, E 112, E 115, E 116, E 117, E 118, E 120, E 121, E 123, E 124, E 125, E 126 y E 127). Texto pertinente a efectos del EEE y del Acuerdo UE-Suiza.

³⁹⁴ Art. 16 Reglamento 574/72.

³⁹⁵ La STJCE de 29 de septiembre de 1976. M. L. E. Brack (viuda de R. J. Brack) contra Insurance Officer (Asunto C-17/76) incluye en el concepto de trabajador el que sea por cuenta ajena y/o cuenta propia.

cualquier Estado miembro sin ninguna frontera interna. De esta forma se posibilita que trabajadores realicen sus oficios en otros Estados miembros, que empresas trasladen su personal de un país a otro, que pensionistas y otros preceptores de prestaciones puedan cambiar su residencia sin ninguna restricción, etc. No obstante, la libre circulación solo es efectiva en el momento en el que sea factible el traslado de recursos humanos con la salvaguarda de sus derechos laborales y sociales.

El Reglamento 1408/71 recogía en su articulado la acción protectora que acompaña a los trabajadores durante sus estancias en otro Estado miembro, tanto de forma temporal como en los casos de traslados de residencia. Esta acción protectora se extendía más allá de lo estrictamente profesional, incluyendo también las estancias sin motivación laboral que puedan generar situaciones de infortunio protegidas por el derecho comunitario, como es el caso de la asistencia sanitaria.

La prestación por asistencia sanitaria se recogía en los arts. 18 y siguientes del Reglamento 1408/71, siendo derogada y sustituida por el Capítulo I del Título III del Reglamento 883/2004. En ambos textos legales se establecen los requisitos necesarios para el reconocimiento del derecho y el reintegro de los gastos sanitarios ocasionados. El asegurado accederá a las prestaciones sanitarias en especie siempre que se encuentre cubierto por el sistema de Seguridad Social de un Estado miembro como trabajador por cuenta propia o ajena³⁹⁶. Este Estado, denominado de *origen*, es el que asume los gastos sanitarios ocasionados fuera de su territorio. La posibilidad de acceder a la asistencia sanitaria pública en otro Estado miembro con cargo al país de origen se denomina “*exportación/importación de derecho sanitario*”.

El derecho comunitario reconoce la posibilidad de exportar la prestación de asistencia sanitaria y acceder a los servicios sanitarios en estancias de corta o larga duración fuera del Estado miembro competente. Los desplazamientos que se realicen por parte de asegurados y beneficiarios de los distintos sistemas europeos de la Seguridad Social conllevan el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria pública según la normativa interna del país dónde se acceda al servicio sanitario.

Para el correcto reconocimiento del derecho, el art. 4 del Reglamento 987/2009 establece la obligación del envío y recepción de los datos en las Instituciones y

³⁹⁶ Se aplicarán de forma analógica las disposiciones establecidas en el Capítulo 1 a los estudiantes y sus familiares (art. 34 bis).

Organismos de enlace por vía electrónica. Los documentos electrónicos estructurados (en su sigla en inglés SED) sustituyen las versiones impresas de los Formularios E de los Reglamentos 1408/71 y 574/72. Se distinguen dos tipos de documentos:

- a) Los que se presentan directamente a los servicios sanitarios de la red pública del lugar de estancia (documentos S2, S3 y DA1) y,
- b) Los que deben ser *repcionados* por el organismo competente (documento S1), en el caso de España las direcciones provinciales del INSS.

La Institución competente, esto es, la del Estado de origen debe emitir un documento SED por cada asegurado que se desplace temporalmente o traslade su residencia habitual a otro Estado miembro distinto al competente.

En España, los nuevos documentos entraron en vigor en junio de 2021, tras un largo proceso de adaptación que superó el periodo transitorio establecido por el art. 95 del Reglamento 987/2009³⁹⁷. Antes de esta fecha, se ha convivido en España con ambos sistemas de formularios. Mientras se *repcionaban* documentos SED con Formularios E³⁹⁸, el INSS emitía Formularios E que se *repcionaban* en los demás Estados miembros como documentos SED. Una vez superado el periodo transitorio todas las comunicaciones e informaciones utilizadas por los Estados miembros se efectúan a través de los sistemas electrónicos.

3.1. La estancia temporal en otro Estado miembro

El Reglamento 1408/71 establecía el derecho a la asistencia sanitaria en otro Estado miembro en aquellos casos en los que el interesado realizaba un traslado por un periodo corto de tiempo y sin motivación laboral. La *estancia*, a diferencia de la *residencia*, permitía el acceso a las prestaciones sanitarias de “*necesidad inmediata*”. Se trataba de un derecho restrictivo, acorde con la finalidad de la permanencia en el otro país, buscando asegurar la estancia en otro país, sin la necesidad de un regreso inminente al país de origen.

³⁹⁷ Actualizado posteriormente por la Decisión E4, de 13 de marzo de 2014.

³⁹⁸ Siguiendo los principios rectores de la Decisión E5, de 16 de marzo de 2017.

A diferencia de su predecesor, el Reglamento 883/2004 sí define en su art. 1 los conceptos de *residencia* y *estancia*. La *residencia*³⁹⁹ se entiende como el lugar en que una persona reside habitualmente, mientras que, por *estancia*, se considera una residencia temporal. Por tanto, la diferencia no se basa en un plazo concreto, sino en la intencionalidad de la permanencia en otro Estado miembro. Se trata, pues, de una norma en blanco que debe ser interpretada junto a la Directiva 2004/38⁴⁰⁰, la cual reconoce, como regla general, la residencia como la permanencia por un tiempo superior a tres meses en un Estado miembro. Este plazo se puede ver alterado según determinadas circunstancias recogidas en la normativa comunitaria, como es el caso de la estancia por estudios o la estancia para recibir un tratamiento médico programado.

El derecho a la asistencia sanitaria acompaña a los interesados en sus desplazamientos dentro del territorio de la Unión Europea, aunque los mismos sean por un escaso periodo de tiempo. Se tiene derecho a *exportar* la asistencia sanitaria tanto para estancias por motivos médicos como por motivos distintos, sean estos por trabajo, estudios u ocio.

A. La estancia por motivos distintos a los médicos: la Tarjeta Sanitaria Europea

El art. 22 del Reglamento 1408/71 preveía el derecho del interesado de acceder a las prestaciones sanitarias del Estado donde realizase su estancia, pero solo en los supuestos en los que la necesidad médica fuera urgente e inmediata.

Por tanto, el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria se limitaba a casos urgentes y que no requerían tratamiento prolongado⁴⁰¹. En los supuestos en los que fuera necesario el cuidado médico extensivo en el tiempo, el art. 22.bis del Reglamento 1408/71 recogía la posibilidad de acceso a determinadas prestaciones que, por razones prácticas, requirieran acuerdo previo entre el paciente y la institución sanitaria competente. Se trataban sobre todo de enfermedades crónicas y tratamientos de apoyo que permitieran al interesado realizar estancias en otros Estados miembros. La

³⁹⁹ “The concept of 'residence' should be extended and interpreted as meaning the place where the migrant worker has, or retains, the centre of his interests and of his affairs while he works in another State”. STJCE 17 de febrero de 1977. *Silvani Di Paolo contra Oficina nacional de empleo (Asunto C-76/76)*.

⁴⁰⁰ Directiva traspuesta en nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto 240/2007.

⁴⁰¹ HIERRO HIERRO, F.J., 2007. Reflexiones sobre la coordinación de la asistencia sanitaria: un paso hacia la armonización de derechos. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 14, p. 5.

Decisión 196 de 23 de marzo de 2004, incluía únicamente a las prestaciones de diálisis renal y oxigenoterapia.

Para acceder a los servicios sanitarios de otro Estado miembro distinto al del lugar de residencia, el interesado debía presentar el Formulario E111 expedido por la Institución competente del Estado de origen, según lo establecido en el art. 21 del Reglamento 574/72 y Decisión 202. Si no fuera posible presentar el formulario en el momento en el que se demandara la prestación del servicio, la Institución del lugar de estancia estaba obligada a solicitar a la Institución competente el certificado correspondiente.

En el Reglamento 883/04 sustituye el Reglamento 1408/71, reconociendo en su art. 19 el derecho a la asistencia sanitaria durante la estancia en otro Estado miembro de la UE. De la misma forma que el art. 22.1.a) del Reglamento 1408/71, el art. 19 dispone que el asegurado y los miembros de su familia, tienen acceso a las prestaciones sanitaria en especie, siempre y cuando las mismas fuesen necesarias desde un punto de vista médico, evitando así el regreso anticipado a su país de residencia (art. 25.3 del Reglamento 987/09).

El art. 19.2 también recoge la excepción ya existente en el art. 22.bis del Reglamento 1408/71: los enfermos crónicos o con enfermedades preexistentes o en relación con el alumbramiento. En estos casos, el interesado necesita un acuerdo previo con la Institución competente del país al que se traslada para que se le facilite la prestación sanitaria durante la estancia. Los tratamientos catalogados como crónicos deben ser autorizados antes del traslado del paciente. En la Decisión S3 de 12 de junio de 2009 se amplían los tratamientos de la Decisión 196: diálisis renal, oxigenoterapia, tratamiento especial para el asma, ecocardiografía en caso de enfermedades crónicas autoinmunes y quimioterapia.

Frente al Formulario E111 que se emitía en aplicación de los Reglamentos 1408/71 y 574/72, los certificados de reconocimiento del derecho se han modernizado y han sido sustituidos por la TSE y el CPS en la Decisión 191 de 18 de junio de 2003. La finalidad de su uso (exclusivo para estancias temporales por motivos distintos a los médicos), así como su formato, han sido recogidos en las Decisiones S1 de 12 de junio de 2009 y S2 de 12 de junio de 2009.

La emisión de la TSE se realiza en España para los trabajadores por cuenta ajena o propia y los pensionistas contributivos, así como para sus beneficiarios, por un plazo de validez de dos años (renovables) desde su emisión para el caso de los trabajadores, y cinco años para los pensionistas contributivos (se incluyen a las pensiones por actos terroristas). La validez de la TSE se determina por parte de su Estado emisor (Decisión S1). En España el plazo de validez se reduce a seis meses renovables en determinados contratos. Son ellos:

- Contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo o a tiempo parcial (se podrá emitir TSE por un periodo superior a seis meses siempre que la fecha de solicitud de la TSE no supere en más de dos años la fecha de inicio del contrato, en cuyo caso, se emitirá una TSE por seis meses renovables mientras dure el derecho a la exportación).
- Contrato de formación en alternancia.
- Contrato formativo para la obtención de la práctica profesional.

Existen casos especiales en cuanto a la validez de la TSE:

- Funcionarios de la extinta MUNPAL, la TSE se emite por el tiempo que certifique la corporación, hasta un máximo de dos años. Sus beneficiarios solo tendrán derecho a un CPS manual por un periodo de noventa días renovables.
- Suscriptores de Convenio Especial voluntario o para emigrantes de cuenta propia. Cuentan con el derecho de una TSE por dos años renovables.
- Menores con discapacidad igual o superior al 33% tienen derecho a la TSE por un plazo de dos años renovables.

Los demás asegurados (incluidos los catalogados como “*residentes en España*”) y sus correspondientes beneficiarios, obtendrán una protección más restringida con una validez de 90 días naturales renovables o noventa días por año natural. El periodo de estancia fuera del Estado miembros se recogerá en el CPS, no siendo utilizable la TSE en estos casos.

Se emitirá el CPS, por un plazo de noventa días naturales renovables, de forma obligatoria en los siguientes casos:

- Vacaciones retribuidas y no disfrutadas, y sus beneficiarios.

- Titulares del Sistema Especial Agrario (SEA) que se encuentren de alta en el censo agrario, pero en periodo de inactividad, o con contrato parcial, y sus beneficiarios.
- Asegurados de alta en el censo de toreros y artistas y sus beneficiarios.
- Reclusos con actividad laboral (presentarán certificado de la autoridad Penitenciaria en el que consta la duración del viaje), sus beneficiarios tendrán derecho a la TSE por un periodo de hasta dos años.
- Suscriptores de Convenio Especial de programas de formación.
- Afectados por el Síndrome Tóxico y sus beneficiarios.
- Perceptor incapacidad temporal en pago directo.

Se emitirá el CPS, por un plazo de máximo de noventa días por año natural, de forma obligatoria en los siguientes casos:

- Pensionistas no contributivos. Sus beneficiarios tendrán derecho a CPS por noventa días renovables.
- Perceptores de las prestaciones por la LISMI. Sus beneficiarios tendrán derecho a CPS por noventa días renovables.
- Perceptores de Prestaciones Familiares y sus beneficiarios (incluida Prestación Familiar por menor a cargo).
- Perceptores del Ingreso Mínimo Vital y sus beneficiarios. Los primeros quince días no hará falta justificar previamente el motivo del desplazamiento una vez superados los quince días se debe comunicar y justificar el desplazamiento ante el INSS. Solo se tendrá derecho a la TSE por motivos de estudios.
- Residentes en España. Sus beneficiarios podrán disponer de una autorización por noventa días renovables si disponen del Formulario S1.
- Menores sujetos a tutela administrativa.
- Menores en situación especial.

Cuando el titular de la Tarjeta Europea o del Certificado Provisional necesite acudir a los servicios sanitarios de otro Estado miembro debe presentarlo junto a su documento de identificación nacional o pasaporte. En el caso de no disponer de esta documentación en el momento, el Reglamento 987/09 en su art. 25.1 insta a la Institución del lugar de estancia a dirigirse al Estado competente para obtener el certificado del derecho. El interesado tendrá acceso a las prestaciones en especie

consideradas necesarias de conformidad con a la legislación nacional del país de estancia.

En cuanto a las prestaciones sanitarias abonadas por el interesado y su posible reembolso, el art. 25.4 insta a la persona asegurada a solicitarlo en la propia Institución del lugar de estancia. Serán reembolsados los gastos sanitarios que así lo prevea la legislación del país, siendo excluidos los gastos sanitarios que sean de participación obligatoria (copago). Si el interesado no solicita el reembolso, el Reglamento 987/09 permite la presentación de su solicitud en el país de residencia ante la Institución competente (en España el INSS o ISM).

La Institución competente transmitirá el Formulario S067 (antigua cara A del Formulario E126) con la información y documentación aportada. El Estado que ha prestado sus servicios sanitarios devolverá la propuesta de reintegro de gastos indicando el valor a ser devuelto al interesado a través del Formulario S068 (antigua cara B del Formulario E126).

No existe ningún plazo establecido para la solicitud del reintegro una vez retornado al país de origen. Como regla general, se aplica el art. 53 de LGSS que estipula el plazo genérico de cinco años.

B. La estancia por estudios: la protección del Seguro Escolar

Los desplazamientos para la realización de estudios fuera del Estado competente no es una causa específica de protección comunitaria del Reglamento 884/2003. En el Reglamento 1408/71 sí se recogía expresamente la protección sanitaria de los estudiantes, gracias a la modificación realizada por el Reglamento (CE) 307/1999 del Consejo, de 8 de febrero de 1999. Con esta modificación, se incluyó en el Anexo VI la mención al Seguro Escolar español y su protección.

Con el Reglamento 884/2003, al igual que los asegurados y beneficiarios que se trasladan temporalmente a otro Estado miembro y exportan el derecho a través de la TSE, los interesados que se trasladen para la realización de estudios oficiales en otro Estado tienen el mismo acceso a la asistencia sanitaria. El art. 19 del Reglamento 883/04 no especifica los motivos por el cual un interesado se traslada a otro Estado de la UE. Siempre y cuando sea por un periodo limitado en el tiempo, y no implique el cambio de residencia permanente a otro Estado miembro, el asegurado o beneficiario

que realice una estancia fuera de su Estado de origen por motivos de estudios puede acceder a la asistencia sanitaria a través de la TSE. El tratamiento sanitario al que tiene derecho será el estrictamente necesario para que el interesado no se vea obligado a regresar a su país de origen.

En España, existe una especialidad en cuanto a la asistencia sanitaria por motivos de estudios: el Seguro Escolar. La Circular 3/2022 del INSS establece el ámbito territorial de la aplicación del Seguro Escolar es el territorio nacional, pero con la posibilidad de extenderse a la UE en caso de desplazamientos temporales para la realización de actividades de estudios en otro Estado miembro, siempre que dichos estudios sean para la obtención de una cualificación oficial. Por tanto, nuestra legislación interna establece una protección adicional a los estudiantes que sean titulares del Seguro Escolar.

La titularidad del Seguro Escolar puede coexistir con el estatus de asegurado o beneficiario del Sistema Público de Salud. Esto implica poder exportar el derecho a través de la TSE de forma indistinta, tanto como titular del Seguro Escolar o como dependiente del Sistema Público de Salud. Para evitar la duplicidad de aseguramiento, la situación como asegurado o beneficiario del Sistema Público de Salud siempre prevalece. Solo se permite la exportación del derecho a través del Seguro Escolar cuando el interesado es en exclusiva titular del Seguro o, cuando el derecho a exportar la asistencia sanitaria como asegurado o beneficiario del Sistema Público de Salud sea limitado y no cubra el periodo de estudios a realizar.

Los titulares del Seguro Escolar que exporten el derecho a la asistencia sanitaria en territorio comunitario tendrán derecho a las prestaciones sanitarias necesarias en el sentido que recoge el art. 19 Reglamento 883/04 y podrán obtener el reembolso de los gastos en metálico según el procedimiento del art. 25 del Reglamento 987/09.

Titulares exclusivos del Seguro Escolar

Los titulares exclusivos del Seguro Escolar pueden obtener la TSE o el CPS (en los casos de traslados inferiores a 90 días) siempre que los estudios a realizar generen obligatoriedad del pago del Seguro Escolar en España y que se justifique el abono de las cuotas del seguro escolar del curso anterior y del curso para el que solicita la exportación. Se emite la TSE o el CPS para la cobertura exclusiva del periodo de

desplazamiento, por ello, es necesario que el interesado aporte igualmente el certificado del centro educativo en el que se indique la fecha de inicio y fin de la realización del curso. De forma excepcional, si fuera necesario acreditar documentalmente la TSE para la formalización de la matrícula, se podrá emitirla con hasta quince días de antelación. En ningún caso, la validez de la TSE podrá superar un año y quince días.

Asegurados o beneficiarios con limitaciones a la exportación de la asistencia sanitaria con derecho al Seguro Escolar

Los asegurados y beneficiarios que tengan un derecho limitado a la asistencia sanitaria internacional deben utilizar este derecho siempre y cuando cubra el periodo de estudios a realizar. Si su derecho propio no cubre el periodo de estudios, los interesados podrán solicitar la exportación del derecho a través del Seguro Escolar, cumpliendo con los requisitos exigidos por la ley. La validez de la TSE no podrá superar el año y quince días.

Asegurados o beneficiarios con limitaciones a la exportación de la asistencia sanitaria sin derecho al Seguro Escolar

Los asegurados y beneficiarios que tengan un derecho limitado a la asistencia sanitaria internacional y no sean titulares del Seguro Escolar tienen derecho a la emisión de una TSE o de un CPS para el periodo de duración del curso. Para ello, deben acreditar documentalmente que realizarán un curso oficial que no conlleva cobertura sanitaria del Estado de estancia. La validez de la TSE no podrá superar el año y 15 días.

Esta misma protección se aplica en concesiones de becas, prácticas en empresas no remuneradas, ayudas, etc. En el caso de que el desplazamiento sea para la realización de prácticas en empresas (por ejemplo, ERASMUS+), el interesado debe acreditar documentalmente que dichas prácticas no constituyen relación o actividad que pueda dar lugar a su inclusión en algún otro Régimen del Sistema de Seguridad Social, con independencia de la obligatoriedad o no de las mismas para la obtención del título, o sean asignaturas optativas del programa académico.

C. La estancia en otro Estado miembro para recibir un tratamiento programado

El apartado c) del art. 22 del Reglamento 1408/71 recogía la posibilidad de desplazarse a otro Estado miembro con la finalidad de obtener un tratamiento médico

específico. Para ello, el Reglamento exigía una autorización previa del Estado competente antes del traslado (Formulario E112⁴⁰²). Se permitía a cualquier ciudadano el acceso a prestaciones sanitarias sin ninguna restricción dentro del territorio comunitario. En cuanto al concepto “*ciudadano*”, la Decisión 174, de 20 de abril de 1999, definía como tal todo trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia y sus beneficiarios, y los nacionales de uno de los Estados miembros que fueran asegurados de conformidad con su legislación.

La autorización para el acceso a la asistencia sanitaria en el Estado de la UE distinto al de su residencia se justifica ante la imposibilidad de dispensar el tratamiento médico en éste o, bien porque se estimase una mejor eficacia en el tratamiento ofrecido en otro Estado⁴⁰³. Las prestaciones en especie para las que se otorgaba la autorización de desplazarse a otro Estado miembro “*abarcaban toda asistencia susceptible de asegurar un tratamiento eficaz de la enfermedad o de la afección padecida por el interesado*”.

Poco importa saber si la prestación en especie que necesita el trabajador puede ser dispensada en el territorio del Estado miembro de residencia, dado que el único hecho determinante a efectos del otorgamiento de la autorización prevista en el art. 22.c), es que esta prestación corresponde a una asistencia más apropiada al estado de salud del interesado. Desde el momento que la institución competente a autorizar el tratamiento médico reconozca que la asistencia es eficaz para la enfermedad o para la afección padecida por el interesado, su facultad de decisión estará, por tanto, vinculada a la obligación que le impone el art. 22.c).⁴⁰⁴

En este sentido, la jurisprudencia del TJCE, bajo el paraguas de la libertad de circulación de servicios y la oportunidad de obtener la prestación sanitaria sin ningún retraso, devalúa la autorización previa para el reconocimiento del derecho del art. 22.1.c), cuestionando su necesidad.

⁴⁰² Art. 22 del Reglamento 574/72.

⁴⁰³ STJCE (Gran Sala) de 16 mayo 2006. Watts y otros contra Bedford Primary Care Trust y otros (Asunto C-372/04). STJCE (Sala Quinta) de 23 octubre 2003. Patricia Inizan contra de-Seine (Asunto C-56/2001).

⁴⁰⁴ STJCE de 31 de mayo de 1979. Bestuur van het Algemeen Ziekenfonds Drenthe-Platteland contra G. Pierik (Asunto 182/78).

La sentencia más representativa es la del caso Vanbraekel⁴⁰⁵, en el cual el interesado solicita el reembolso de gastos a la institución de su país de origen (Bélgica) de una hospitalización a raíz de una intervención quirúrgica realizada en un hospital situado en Francia. Previamente, la institución belga había denegado la autorización necesaria para la realización del tratamiento en Francia, al no considerarla suficientemente motivada.

En este caso, el TJCE entiende que el interesado debía obtener directamente de la institución competente el reembolso del importe equivalente a aquel que habría asumido la institución del lugar de estancia si se hubiera concedido debidamente la autorización desde el principio. La intervención quirúrgica se podría haber realizado en Bélgica, pero las condiciones sanitarias eran más favorables en Francia. Por tanto, la denegación de la autorización era infundada.

El derecho a obtener una prestación sanitaria en un “*tiempo oportuno*” pasa a ser unos de los elementos a valorarse ante cualquier denegación que pueda ser considerada infundada. En el caso Müller-Fauré⁴⁰⁶, se expone que no se puede denegar el tratamiento en otro Estado miembro basándose en la existencia de listas de espera en territorio nacional, cuando dicha situación es inexistente en otros territorios. No obstante, como se autolimita años más tarde en el caso Watts⁴⁰⁷, el *tiempo oportuno*, o, en otras palabras, “*el acceso a un tratamiento médico dentro de un plazo aceptable*”, no es el único aspecto que se debe tener en cuenta. El tiempo de espera debe afectar a la utilidad o la eficacia del tratamiento. La autorización del traslado deberá valorar el grado de dolor o la naturaleza de la discapacidad del interesado, así como sus antecedentes médicos⁴⁰⁸.

Con la entrada en vigor del Reglamento 883/04, el derecho a recibir tratamiento médico programado se recoge en el art. 20. Al igual que el anterior Reglamento, para poder percibir las prestaciones sanitarias en otro Estado miembro el interesado debe contar con la autorización previa de la institución competente, que en el caso español es

⁴⁰⁵ STJCE de 12 de julio de 2001. Abdon Vanbraekel y otros contra Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC) (Asunto 368/98).

⁴⁰⁶ STJCE de 13 de mayo de 2003. Caso V.G. Müller-Fauré contra Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA y E.E.M. van Riet contra Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen (Asunto C-385/99).

⁴⁰⁷ STJCE (Gran Sala) de 16 mayo 2006. Watts y otros contra Bedford Primary Care Trust y otros (Asunto C-372/04).

⁴⁰⁸ HIERRO HIERRO, F.J., *op. cit.*, p. 234.

el Servicio Público de Salud de cada Comunidad Autónoma. El facultativo de la red sanitaria pública emite un informe detallado en el que se motiva la necesidad⁴⁰⁹ de recibir asistencia médica fuera del territorio español.

“La autorización deberá ser concedida cuando el tratamiento de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en que resida el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad, dicho tratamiento no pueda serle dispensado en un plazo justificable desde el punto de vista médico”.

Una vez obtenido el informe, éste se analiza por parte de la Dirección Provincial del Servicio Público de Salud, siendo autorizado el traslado por parte de la Inspección médica del Área de Salud competente.

La autorización del Servicio Público de Salud debe presentarse ante el INSS, el cual emitirá el Formulario S2 (antiguo E112), el cual permite al interesado percibir el tratamiento sanitario solicitado. En la solicitud del formulario, el interesado o el Servicio Público de Salud, deben informar de la fecha de ingreso prevista y la duración aproximada del tratamiento, así como el centro sanitario donde se prestará la asistencia sanitaria.

Con anterioridad al traslado, el Servicio Público de Salud debe efectuar la reserva de plaza en el establecimiento hospitalario del estado extranjero que realizará el tratamiento. Ante su pasividad, debe ser el propio interesado el que compruebe y realice la reserva. El interesado debe igualmente cerciorarse que el tratamiento que recibirá pertenece o está vinculado a la Seguridad Social. Esto incluye los honorarios del facultativo que preste sus servicios, ya que éste debe actuar dentro de la red pública sanitaria del Estado de estancia. Si los honorarios son privados, serán asumidos por el propio interesado, no siendo posible su reintegro por el INSS. Una vez verificado estos requisitos, el interesado debe presentar el Formulario S2 para que este sea *repcionado* por la institución competente y así iniciar su tratamiento.

En relación con el procedimiento de autorización, debemos señalar que puede haber disparidades según el lugar de residencia del paciente.

Asegurados y sus beneficiarios

409

Los asegurados y sus beneficiarios que residan en el territorio del Estado competente podrán solicitar la autorización a través de la Institución competente, como así indica el art. 20 del Reglamento 883/04.

En el caso de residir fuera del Estado competente (derecho exportado a través de un Formulario S1), la autorización del tratamiento programado se realizará por la Institución de su lugar de residencia, que remitirá la información a la Institución competente (art. 26.2 Reglamento 987/09). La institución del lugar de residencia es la encargada de certificar el cumplimiento de los requisitos del art. 20 del Reglamento 883/04 al Estado competente, indicando la necesidad de la realización de un tratamiento médico fuera de su territorio. El Estado competente puede denegar la emisión del Formulario S2 si fuera posible dispensar el tratamiento médico referido a través de su propio Sistema Público de Salud. En ningún caso, es necesaria la autorización previa cuando el traslado se realice con la finalidad de regresar al Estado competente (art. 18.1 Reglamento 883/04).

El reembolso de los gastos sanitarios se solicitará a la institución del lugar de estancia, que procederá al reintegro directamente al interesado aplicando su normativa nacional (art. 26.6 Reglamento 987/09). Si la solicitud de reembolso no se presenta ante la institución del lugar de estancia, el interesado podrá dirigir su solicitud a la institución competente. En el caso español, el interesado debe presentar su solicitud ante la Dirección Provincial del INSS de su residencia. No se admiten a trámite ninguna solicitud de reembolso de gastos a la que no se adjunte la autorización del desplazamiento del Servicio de Salud correspondiente. A partir de esta información, el asegurado presentará o no su Formulario S2.

Si lo hace, el INSS dispone tanto de la valoración realizada por la institución del lugar de estancia (Formulario S068) como del importe facturado por dicha institución (Formulario E125). La suma de ambos conceptos constituye el *coste real* del tratamiento cubierto por el Estado miembro que lo ha dispensado. La resolución aprobatoria definitiva se dictará comparando el *coste real* con el *coste teórico* comunicado por el Servicio Público de Salud español. Si el coste real es inferior al coste teórico, el art. 26.7 del Reglamento 987/09 establece que el valor reembolsable será lo equivalente a la diferencia entre ambos costes, siempre que no sea superior al

efectivamente abonado por el asegurado. Si el coste real resulta superior al teórico, se abona al interesado el coste estipulado en el Formulario S068.

Si no se presenta el Formulario S2, el INSS solo dispondrá de la valoración realizada por la institución del lugar de estancia (Formulario S068). En este caso, esta valoración constituye el coste real del tratamiento, no procediendo el reembolso interestatal (Formulario E125). En este último caso, la resolución sobre el reintegro considerará el valor recogido en el Formulario S068 como el *coste real*.

El INSS solo denegará una solicitud de reintegro cuando, aun habiéndose emitido el Formulario S2, la institución del lugar de estancia indique a través del Formulario S068 que no procede el reembolso del coste soportado y, además, se conozca que no procede reembolso interestatal (Formulario E125).

Familiares que residan en un Estado miembro distinto al de residencia del asegurado (art. 20.4 Reglamento 883/04)

Si el paciente es familiar de una persona asegurada y reside en un Estado miembro distinto al del asegurado, el proceso para la obtención de la autorización del tratamiento en otro país es distinto. El procedimiento dependerá del tipo de Estado miembro en el que resida.

El art. 20.4 del Reglamento 883/04 recoge dos posibilidades: residir en un Estado que factura a *gasto real* o a *cuota global*. Los Estados que facturan por cuota global figuran en el Anexo 3 del Reglamento 987/09 (Irlanda, España, Chipre, Portugal, Suecia y Reino Unido).

Si el paciente reside en un Estado del Anexo 3, la Institución del Estado de residencia es la encargada de valorar la necesidad del tratamiento médico, certificando los datos pertinentes para la emisión del Formulario S2 por parte de la institución del Estado competente.

Ejemplo: El familiar de un asegurado francés reside en España con su Formulario S1 y decide solicitar un tratamiento médico fuera de España. Para la emisión del S2, la institución competente en España (Servicio Público de Salud de la Comunidad Autónoma donde el interesado resida) emitirá un informe médico detallado en el que recomiende el tratamiento en otro Estado miembro.

El certificado se enviará a Francia y será Francia la que deba emitir el Formulario S2.

En el caso de que el Estado de residencia no figure en el Anexo 3, será directamente la Institución del Estado competente la que emita la certificación médica para el tratamiento y la que autorice el desplazamiento. En este último caso, la Institución del Estado de residencia no realiza ninguna valoración ni emite ningún informe médico sobre el caso.

Ejemplo: El familiar de un asegurado francés reside en Portugal con su Formulario S1 y decide solicitar un tratamiento médico fuera de Portugal. La institución competente para realizar la valoración médica y decidir sobre la necesidad del tratamiento será la francesa, la cual también se encargará de emitir el Formulario S2. Ninguna institución portuguesa participará en el procedimiento.

En ambas situaciones no es necesaria ninguna autorización cuando el paciente se desplace a su Estado competente para obtener tratamiento médico.

Pensionistas y sus beneficiarios que residan en Estado distinto del competente (art. 27.2 y 5 Reglamento 883/04)

El Reglamento 883/04 en el art. 27.2 recoge el procedimiento de autorización para pensionistas y sus familiares que residen en un Estado distinto del competente.

Los pensionistas y sus familiares que residan en un Estado miembro que no es el competente obtienen el acceso a la asistencia sanitaria a través del Formulario S1. Si desean solicitar un tratamiento fuera del Estado en el que residen, deben utilizar el procedimiento del art. 27.2. Este establece qué país es el responsable de realizar el procedimiento de valoración médica y la emisión de la autorización del traslado.

Si el pensionista o sus familiares residen en un Estado que no figura en el Anexo 3, la institución responsable para autorizar el tratamiento será la del Estado competente.

Ejemplo: Un pensionista español que reside en Portugal. La institución responsable de emitir la autorización del traslado será la española, así como la emisión del Formulario S2.

En el caso de residir en un Estado recogido en el Anexo 3 y el tratamiento médico se realice en un tercer país que se encuentre recogido en el Anexo IV (Bélgica, Bulgaria, República Checa, Alemania, Grecia, España, Francia, Chipre, Luxemburgo, Hungría, Países Bajos, Austria, Polonia, Eslovenia y Suecia), la autorización debe emitirse por la institución del Estado de residencia cuando.

Ejemplo: Un pensionista francés que reside en España. Si el tratamiento médico es en Grecia, el Servicio Público de Salud español será el competente de emitir la autorización y Francia, el país responsable en emitir el Formulario S2.

Si el traslado se realiza al Estado competente y este coincide con los países recogidos en el Anexo IV, no será necesaria autorización de la Institución del estado de residencia.

Ejemplo: Un pensionista francés que reside en España y decide trasladarse a Francia para obtención de tratamiento médico. Al estar Francia incluida en el Anexo IV, el Servicio Público de Salud español no será competente para emitir ninguna autorización.

Si el traslado se realiza a un país que no se encuentra recogido en el listado del Anexo IV, el apartado 5 del art. 27 del Reglamento 833/04 establece que la autorización previa del país de residencia será preceptiva, incluido los traslados al Estado competente. Además de autorizar la realización del traslado, el Estado de residencia es el competente para emitir el Formulario S2, asumiendo los gastos del tratamiento médico como propios.

Ejemplo: Un pensionista danés residente en España que debe recibir tratamiento médico en Dinamarca. La autorización médica y la emisión del Formulario S2 será competencia de España.

Si el país de residencia no está incluido en el Anexo 3 y el país de traslado tampoco forma parte del listado del Anexo IV, el país de residencia únicamente es responsable de emitir el certificado médico, remitiéndolo al país competente para la emisión del Formulario S2.

Ejemplo: Un pensionista español que reside en Italia que debe trasladarse a Croacia para recibir tratamiento médico. Al residir en un país que no está

incluido en el Anexo 3 y al trasladarse a un país que no está recogido en el Anexo IV; la institución Italia emitirá la autorización para el tratamiento, siendo España, el país competente para emitir el Formulario S2.0

D. Estancia de beneficiarios de la prestación por desempleo contributivo: la búsqueda activa de empleo

Además del reconocimiento del derecho a prestaciones sanitarias para ciudadanos en activo, el Reglamento 1408/71 también extendía su protección a aquellas personas que percibieran la prestación contributiva por desempleo o que fueran pensionistas. Frente a los trabajadores que mantienen una relación activa con su sistema de Seguridad Social a través de sus cotizaciones, a partir del art. 25 del Reglamento, se ofrecía protección sanitaria a los interesados que cobraban alguna prestación, sea por la pérdida de su trabajo o por el reconocimiento de una pensión.

El art. 25 reconocía el derecho a la prestación por asistencia sanitaria al trabajador en paro, así como a los miembros de su familia. La finalidad del traslado a otro Estado comunitario debía ser exclusivamente para *“la búsqueda de empleo activo”*. Para la conservación del derecho a percibir las prestaciones sanitarias en el Estado en el que se encuentre trasladado, el art. 69.1 exigía al interesado haberse inscrito como solicitante de empleo en el Estado competente durante al menos cuatro semanas con anterioridad a su desplazamiento (la documentación necesaria se recoge en el art. 26 del Reglamento 574/72).

Una vez realizado el traslado, el interesado disponía de un plazo máximo de siete días desde la fecha de su llegada para inscribirse como demandante de empleo en su nuevo país de residencia. Se podría disfrutar de las prestaciones sanitarias durante un máximo de tres meses (art. 69.1.c) contando a partir de la fecha de inscripción como demandante de empleo en el nuevo Estado. Es posible solicitar una prórroga de tres meses, siendo el periodo máximo para disfrutar de la asistencia sanitaria el total de seis meses, salvo que la suspensión del reconocimiento del derecho le pudiera ocasionar unos sacrificios excesivos, poniendo en peligro sus posibilidades de curación.⁴¹⁰

Los beneficiarios de la prestación por desempleo cuentan con la misma protección en el art. 64 del Reglamento 883/04 y art. 55 del Reglamento 987/09. De

⁴¹⁰ STJCE de 13 de julio de 1995. Umberto Perrotta contra Allgemeine Ortskrankenkasse Muenchen (Asunto C-391/93).

forma novedosa, se extiende el concepto a otras prestaciones: subsidio por desempleo, PAE (Programa de Activación de Empleo), RAI (Renta Activa de Inserción) y Prestación por cese legal de la actividad (autónomos).

El derecho a la asistencia sanitaria se sigue manteniendo por un periodo máximo de tres meses por año natural. Los primeros quince días naturales no serán objeto de control por parte del Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante SEPE), siendo posible solicitar el CPS al INSS para realizar la estancia en otro Estado miembro por el periodo de quince días completos o periodos inferiores fraccionados.

Si la estancia es superior a quince días, o si el interesado ya ha disfrutado de los quince primeros días sin autorización del SEPE, el desempleado debe acudir al SEPE a solicitar la autorización correspondiente para estar asegurado en el Estado miembro al que se desplaza (Formulario U2). El SEPE verifica los requisitos recogidos en el art. 64, siendo el INSS el responsable de emitir un CPS por el periodo autorizado en el Formulario U2. Si hubiese opción a prórroga, el SEPE debe emitir autorización a través del Formulario U015.

Igualmente, se permiten desplazamientos por motivos personales sin intención de realizar una búsqueda de empleo activa. En este caso, cuando el traslado sea superior a quince días, el SEPE es la entidad competente para autorizar el traslado. El INSS es el competente para la emisión del CPS por el periodo de estancia autorizado.

Para las situaciones similares al desempleo contributivo, los periodos de autorización de asistencia sanitaria serán:

- Perceptores de Rentas de Inserción Social de las CCAA y sus beneficiarios: autorización de un periodo máximo de noventa días por año natural.
- Interesados que han agotado la prestación o subsidio por desempleo: autorización de un periodo máximo de noventa días por año natural.
- Beneficiarios de interesados que han agotado la prestación o subsidio por desempleo: autorización por noventa días renovables si disponen del Formulario S1.

3.2. La residencia en otro Estado miembro. Especialidades aplicables a los trabajadores fronterizos

Debido al libre mercado de mercancías y servicios que caracteriza la UE, los trabajadores tienen el derecho de realizar su actividad laboral en cualquier Estado que conforme el territorio comunitario. El hecho de mantener su vinculación al sistema de Seguridad Social de su Estado de origen afecta en el reconocimiento de las prestaciones que nazcan durante su permanencia en otro Estado miembro.

El Reglamento 1408/71 no recogía una definición del concepto *residencia*, de tal forma que era complejo establecer la diferencia con la *estancia*. El Reglamento 883/04 sí introduce en sus definiciones el concepto de *residencia* y *estancia*, siendo *residencia* el lugar en que una persona reside habitualmente, y *estancia* una residencia temporal.

Como elemento interpretativo, en nuestra legislación nacional, se entiende por residencia la permanencia en territorio nacional siempre y cuando no se realicen estancias superiores a noventa días en el extranjero (art. 51.3 LGSS de 2015). Hay que destacar que puesto que el concepto de residencia habitual del Reglamento 883/2004 no coincide con el de la Disp. Ad. 65.^a TRLGSS, no se puede categóricamente afirmarse que una persona que ejerce su derecho a la libre circulación al amparo del TFUE pueda ser privada de su derecho a la asistencia sanitaria con cargo al Estado competente por así establecerlo unilateralmente la legislación española⁴¹¹.

La falta de esa definición clara se suple por el art. 11 del Reglamento 987/09, el cual recoge los elementos necesarios para la determinación de la residencia en un Estado miembro. Se observará la duración y la continuidad de la permanencia en el territorio, así como la situación personal del interesado (su situación familiar, la naturaleza y condiciones de la actividad laboral ejercida, el alojamiento...). Cuando no fuera posible determinar el lugar de residencia, se estará a la voluntad de la persona, así como las razones de su traslado.

En caso de cambio de residencia, se remitirá el Formulario S016/S018 (dependiendo de si el país que envía es el competente o el de residencia) y se recibirá la información a través del canal del Formulario S017/S019 (antiguo Formulario E108).

⁴¹¹ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., 2014. Pérdida de residencia habitual en España y prestaciones de Seguridad Social: comentario a la Disp. Adic. 65^a - LGSS. *Actualidad laboral*, p. 2.

De la misma forma que durante una estancia limitada en otro Estado miembro el interesado tiene acceso a la asistencia sanitaria a cargo de su Estado de origen, la residencia en un Estado distinto al competente permite el reconocimiento de prestaciones sanitarias a cargo de este. No obstante, a diferencia de la protección obtenida por la TSE o el CPS, en el caso de un cambio de residencia, el aseguramiento solo se mantiene cuando el interesado realiza su desplazamiento en la condición de trabajador o pensionista, siendo posible, además, extenderse a sus beneficiarios.

Con relación a los servicios sanitarios a los que se tiene derecho, existen cambios significativos. Frente a la asistencia sanitaria durante una estancia breve, en la que únicamente se tiene derecho a los tratamientos necesarios para evitar la marcha anticipada del interesado, en el caso de la residencia, se reconoce el acceso completo a las prestaciones recogidas en la legislación nacional del país de residencia. Los interesados recibirán las prestaciones que sirva el Estado de residencia a sus propios asegurados.

El art. 19 del Reglamento 1408/71 recogía el derecho a disfrutar de la asistencia sanitaria cuando el trabajador asegurado de un Estado miembro (Estado de origen) residiera en otro Estado miembro (Estado receptor). El acceso a la asistencia sanitaria del país receptor era en las mismas condiciones que cualquier asegurado de este sistema de Seguridad Social.

Los familiares del trabajador que estuviesen desplazados con él tendrían la misma protección sanitaria de la que dispone el asegurado del que dependen, salvo que gozasen de un derecho propio que les reconociera el país de residencia. En este momento, pasarían de ser beneficiarios a asegurados del sistema del país de residencia (art. 19.2). Para hacer efectivo la *exportación* del derecho, el interesado debería solicitar la emisión del Formulario E106, tanto para sí como para sus beneficiarios (Decisión 202 de 17 de marzo de 2005).

El mismo derecho pasa a ser reconocido por el art. 12 del Reglamento 883/04, permitiendo a los empleadores, el envío de trabajadores para la realización de un trabajo por cuenta ajena en cualquier Estado miembro. Durante su permanencia en el otro Estado, el trabajador seguirá sujeto a la legislación de su Estado de origen ya que permanecerá afiliado al mismo.

En España, las empresas y empleadores deben remitir a TGSS el Formulario A1, el cual indica el desplazamiento que realizará el trabajador, el Estado al que se dirige y el periodo de tiempo que permanecerá fuera de su Estado de origen.

Los trabajadores por cuenta propia también permanecen sujetos a la legislación de su país de origen, y de igual manera, deben informar a su institución competente sobre su traslado.

Cuando la actividad se realiza en dos o más Estados miembros, la legislación aplicable será la del Estado de residencia si se ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado. De lo contrario, el art. 13 establece las normas de conflicto para el establecimiento de la ley aplicable.

En el caso de los trabajadores por cuenta ajena, se estará:

- a) a la legislación del Estado miembro en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador, cuando la persona solo esté contratada por una empresa o empleador, o
- b) a la legislación del Estado miembro en el que tengan sus sedes o domicilios la empresa o los empleadores cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores que tengan sus sedes o domicilios en un solo Estado miembro, o
- c) a la legislación del Estado miembro, distinto del Estado miembro de residencia, en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador, cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores que tengan su sedes o domicilios en dos Estados miembros, siendo uno de ellos el Estado miembro de residencia, o
- d) a la legislación del Estado miembro de residencia, cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores, y al menos dos de ellos tengan su sede o domicilio en Estados miembros diferentes distintos del Estado miembro de residencia.

En el caso de los trabajadores por cuenta propia, la legislación aplicable cuando no haya un Estado donde desarrolle la parte sustancial de su actividad laboral será la legislación del Estado miembro en el que se encuentra el centro de interés de sus

actividades, si no reside en uno de los Estados miembros en los que ejerce una parte sustancial de su actividad.

El art. 17 del Reglamento 883/04 les reconoce el derecho a disfrutar en el Estado miembro de residencia de las prestaciones sanitarias según la ley nacional vigente. El coste de los servicios sanitarios prestados corre a cargo del Estado competente y al que está afiliado el trabajador.

El interesado debe acudir a la institución competente (en el caso de España, en el INSS) con el Formulario A1 para realizar la tramitación del Formulario S1 (antiguo Formulario E106), que es el certificado a presentar en el Estado de residencia para el reconocimiento del derecho. A efectos de la aplicación del art. 17 del Reglamento 883/2004, el art. 24 del Reglamento 987/2009 recoge la necesidad de que los interesados se inscriban en la institución del lugar de residencia (en el caso de España, en el sistema de Seguridad Social a través del INSS). La inscripción con arreglo al art. 24 del Reglamento 987/2009 es necesaria para hacer efectivo el reembolso del coste de las prestaciones en especie según lo dispuesto en la Decisión S6 de 22 de diciembre de 2009.

El Estado miembro de residencia debe acreditar mediante certificación al Estado miembro competente la residencia y variaciones que pudieran ocurrir.

Una vez fijada su residencia fuera del Estado competente, el interesado puede realizar estancias temporales en otro Estado miembro e igualmente tener acceso a la asistencia sanitaria a cargo de su Estado de origen. El Estado competente lo será no solo para asumir el gasto, sino también para la emisión de la TSE o del CPS, siendo necesario que acuda a la Institución encargada de su emisión en su país de origen.

Ejemplo: Si un trabajador español se desplaza con un S1 a Francia y decide marcharse quince días de vacaciones a Italia podrá exportar su derecho a la asistencia sanitaria a través de la TSE. El interesado debe solicitarla a España y no a Francia, ya que el responsable del aseguramiento sigue siendo España.

Si la estancia temporal se realiza en el Estado competente, no es necesaria la emisión de certificado alguno y el interesado tiene derecho a una cobertura sanitaria completa.

Ejemplo: El trabajador español desplazado en Francia que vuelve de vacaciones y necesita acudir al Servicio Público de Salud, lo podrá hacer sin ninguna autorización previa y sin la necesidad de presentar TSE o CPS.

Los familiares del trabajador desplazado tienen igualmente su cobertura sanitaria asegurada. No obstante, existen diferencias en función si residen o no en el mismo país que el trabajador.

Si familiar y asegurado residen en el mismo Estado, a este primero se le emite un Formulario S1 en el país competente siempre y cuando no tuviera cobertura por derecho propio (art. 32 del Reglamento 883/04). Por ejemplo, que el familiar además de beneficiario del asegurado sea también pensionista del país competente. Una vez emitido el Formulario S1 para un beneficiario, el reconocimiento del derecho en el país de residencia depende de si su legislación nacional reconoce el aseguramiento para su parentesco (art. 24 del Reglamento 987/09).

La falta de armonización en cuanto a los beneficiarios ocasiona problemas prácticos que desembocan en un *no aseguramiento* de miembros de la familia del trabajador.

Así que, por ejemplo, el matrimonio homosexual que está reconocido en España y surte plenos efectos en nuestro territorio y, por tanto, uno puede ser beneficiario del otro en nuestro Sistema Público de Salud, pero que si uno de los cónyuges es trasladado a otro Estado miembro que no reconoce el matrimonio homosexual, aunque se pueda emitir el Formulario S1 en España, este no será *repcionado* en el país de residencia⁴¹². En consecuencia, el beneficiario no tendrá acceso a la sanidad pública en el otro país. Lo mismo pasa en nuestro país con los hijos mayores de 26 años. Si un trabajador francés se desplaza con su familia a España y trae consigo a su hijo mayor de 26 años, éste no tendrá derecho como beneficiario de su padre a la asistencia sanitaria en España. En este sentido, lo mismo puede ocurrir con la protección a los ascendientes, la cual puede existir en algunos países de Europa, pero que en España es inexistente en la actualidad.

⁴¹² “Aunque el estado civil es una cuestión que permanece bajo el ámbito de competencias exclusivas de los Estados, lo cierto es que a los efectos del Derecho comunitario la existencia, o no, de un vínculo matrimonial, puede incidir en el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos tanto por el Derecho originario como derivado”. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., 2010. *Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de coordinación de regímenes de Seguridad Social*. 1ª ed., Murcia, Laborum, pp. 29-30.

Así pues, en última instancia, depende de la legislación interna del país de residencia para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, es posible que un Estado no reconozca la protección sanitaria a un determinado familiar, aunque no sea el responsable del pago del gasto ocasionado.

Si el familiar beneficiario no reside en el mismo Estado que el trabajador asegurado, el beneficiario tiene derecho a la asistencia sanitaria completa a través de la emisión del Formulario S1 (antiguo Formulario E109).

La institución competente del Estado de origen (en España el INSS) verificará la vinculación familiar entre asegurado y beneficiario, reconociendo el derecho a ser exportado. Una vez en el país de residencia, el interesado debe acudir a la institución correspondiente para realizar la *recepción* del formulario y el reconocimiento del derecho. En ningún caso el Formulario S1 se debe emitir por un traslado cuya finalidad sea en exclusiva la realización de estudios. En la práctica, esta prohibición es inconsistente con el traslado de los menores de edad en educación obligatoria. Al final, su traslado a otro país con otros familiares puede darse por una serie de motivos personales que no interesan a la aplicación del Reglamento. Una posible denegación por ser un traslado motivado por estudios cuando el desplazado es un menor en edad escolar y está obligado a acudir a la escuela es, como mínimo, contradictoria.

Frente a los dos años de duración de la protección sanitaria que reciben los familiares que residen con el trabajador, el familiar que reside en otro Estado miembro tiene su derecho reconocido por el Estado de origen durante un periodo indefinido de tiempo. Durante la permanencia en el Estado de residencia, el interesado puede realizar estancias temporales en otros Estados, teniendo también acceso a la asistencia sanitaria necesaria a través de la TSE o del CPS. La emisión de estos certificados de derecho es de competencia del Estado de origen. Si la estancia se realiza en el Estado competente, el acceso a la asistencia sanitaria es completo y sin necesidad de autorización previa.

A. Especialidades aplicables a los trabajadores fronterizos

Los trabajadores fronterizos son aquellos interesados que, residiendo en el territorio de su país de origen, realizan traslados frecuentes al territorio del Estado

fronterizo para realizar sus actividades laborales⁴¹³ para disfrutar de sus prestaciones sanitarias atendiendo a su lugar de residencia. El art. 20 del Reglamento 1408/71, recogía algunas normas particulares en el caso de los trabajadores fronterizos y miembros de sus familias. El legislador consideraba que, al realizar traslados diarios, el interesado debía contar con un acceso a la asistencia sanitaria específico. El trabajador fronterizo podría disfrutar de sus prestaciones sanitarias:

- Teniendo acceso a la asistencia completa en su Estado de residencia en las mismas condiciones que estableciera la legislación nacional a sus asegurados (a través del Formulario E106),
- Teniendo acceso a la asistencia sanitaria en el territorio competente sin ninguna certificación o autorización necesaria para ello.

El trabajador fronterizo podría disfrutar del derecho a obtener prestaciones sanitarias en especie en el territorio del Estado donde trabajaba (aun no residiendo en él) así como en el Estado competente. En el caso de sus familiares, el disfrute de las prestaciones sanitarias se realizaría en las mismas condiciones que el titular del derecho. No obstante, la asistencia sanitaria en el Estado competente quedaba subordinada a un acuerdo entre los Estados interesados o, en su defecto, a una autorización previa del Estado competente⁴¹⁴. Si no fuera posible llegar a un acuerdo u obtener una autorización previa, el interesado únicamente tendría derecho a la prestación sanitaria en caso de urgencia.

Con el nuevo Reglamento 883/04, esta diferencia desaparece, estando los trabajadores fronterizos y sus familiares a lo expuesto en los arts. 17 y 18, pudiendo exportar el derecho a través del Formulario S1. No obstante, algunas diferencias se mantienen para las estancias en el Estado miembro competente.

En este sentido, el art. 18.2 del Reglamento 883/04 establece que los miembros de la familia de un trabajador fronterizo tienen derecho a la asistencia sanitaria en su totalidad cuando realicen una estancia en el Estado competente. Esto, siempre y cuando, el Estado miembro competente no figure en el Anexo III (Dinamarca, Irlanda, Croacia,

⁴¹³ “El trabajador fronterizo que esté destacado por una empresa de la que dependa normalmente sus servicios mantendrá su condición de fronterizo por cuatro meses, aun cuando no regrese todos los días a su estado de residencia”. HIERRO HIERRO, F.J., *op. cit.*, p. 139.

⁴¹⁴ El reconocimiento efectivo del derecho también se realiza a través del Formulario E106.

Finlandia, Suecia y Reino Unido)⁴¹⁵ del Reglamento 883/04. Los interesados que retornen a los Estados incluidos en el Anexo III solo tendrán acceso a las prestaciones sanitarias necesarias durante su estancia, en las condiciones establecidas en el art. 19.1 del Reglamento 883/04, es decir, tendrán derecho a las prestaciones en especie necesarias, desde un punto de vista médico, durante su estancia, tomando en consideración la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia. La institución del lugar de estancia facilitará las prestaciones por cuenta de la institución competente, según las disposiciones de la legislación del lugar de estancia, como si los interesados estuvieran asegurados en virtud de dicha legislación.

B. Especialidades del trabajador fronterizo jubilado o incapacitado y sus familiares

Los pensionistas que anteriormente hayan sido trabajadores fronterizos tienen el derecho a continuar su tratamiento médico⁴¹⁶ en el Estado miembro en el que, anteriormente, hubiesen realizado su última actividad laboral. El derecho se reconocerá a través del Formulario S3 (art. 29 del Reglamento 987/09), que debe ser presentado ante el organismo competente del país donde trabajaba. Este derecho se extiende a los familiares del interesado, salvo que el Estado coincida con los que figuran en el Anexo III del Reglamento 883/04.

Esta cobertura sanitaria será completa cuando el pensionista regrese al Estado miembro donde realizaba su actividad como trabajador fronterizo, y que este país esté incluido en el Anexo V⁴¹⁷ del Reglamento 883/04. Además, se deben cumplir con los requisitos que este Reglamento establece en el art. 28.2:

- Que el pensionista haya ejercido una actividad profesional como trabajador fronterizo en uno de estos países del Anexo V al menos dos años dentro de los cinco anteriores a la fecha de efectos de su pensión y,
- Que el Estado competente, es decir, el responsable del coste de las prestaciones en especie que dispensen los servicios públicos de salud del Estado donde reside el pensionista figure también en el Anexo V.

⁴¹⁵ En aplicación del art. 87.10 bis, ya no se encuentran en el Anexo III, ESPAÑA, ESTONIA, ITALIA, LITUANIA, HUNGRÍA y PAÍSES BAJOS.

⁴¹⁶ El art. 28.1 del Reglamento 883/04 define como “continuación del tratamiento”, pruebas, diagnóstico y tratamiento médico hasta que se finalice.

⁴¹⁷ BÉLGICA, ALEMANIA, ESPAÑA, FRANCIA, LUXEMBURGO, AUSTRIA y PORTUGAL.

Ejemplo: Un pensionista español que ha sido trabajador fronterizo en Francia dos años (dentro de los últimos cinco antes de reconocer su pensión) y que regresa a Francia para una estancia de tres semanas. Su país de residencia y responsable del pago de la asistencia sanitaria es España (Anexo V). El país en el que realiza su estancia es Francia (Anexo V). Por tanto, España debe emitir el Formulario S3.

Se trata de un derecho adicional que se reconoce al pensionista fronterizo. Si no cumple con estos requisitos, la estancia que realice solo le da acceso a la asistencia sanitaria necesaria (Formulario S1), mientras que el art. 28.2 prevé una ampliación del derecho en toda su totalidad (Formulario S3). Los beneficiarios tendrán el mismo derecho que el pensionista.

Los familiares del trabajador fronterizo también pueden acceder al derecho aunque éste hubiese fallecido antes de comenzar a percibir la pensión, si cumplen con estos dos requisitos:

- Que el pensionista hubiese ejercido una actividad laboral como fronterizo al menos dos años dentro de los cinco anteriores a la fecha de su muerte y,
- Que los miembros de la familia hubiesen tenido derecho a las prestaciones sanitarias en aplicación del art. 18.2 del Reglamento 883/04.

Ejemplo: El cónyuge superviviente del trabajador fronterizo que causa pensión en España y decide realizar estancia en Portugal, país en el que ha trabajado el causante y que no está incluido en el Anexo III. España es el competente para la emisión del Formulario S3.

3.3. La movilidad de los pensionistas

Según lo dispuesto en los arts. 27 y ss. del Reglamento 1408/71, los titulares de pensiones de países comunitarios tenían derecho a la asistencia sanitaria fuera de su territorio. El Reglamento distinguía a los pensionistas entre:

- a) Los que cobraban una pensión reconocida a través de la legislación de varios países comunitarios y con varios responsables de pago,
- b) Los pensionistas con una pensión reconocida por una única legislación y, por tanto, con un único pagador.

El art. 27 del Reglamento 1408/71 establecía que el Estado competente para reconocer el derecho a la asistencia sanitaria era el Estado miembro en el que residiera el pensionista. Si el pensionista percibía una pensión reconocida por el mismo Estado donde residía y por otro Estado miembro, las prestaciones sanitarias reconocidas para sí y/o para sus familiares eran a cargo del Estado de residencia. El acceso a la asistencia sanitaria era en las mismas condiciones de un titular de una pensión íntegramente reconocida por el país competente.

Cuando el país de residencia no fuera el Estado responsable del pago de la pensión, tanto el pensionista como sus familiares tendrían derecho a percibir la asistencia sanitaria a cargo del Estado responsable de su pensión.

El art. 28 del Reglamento recogía que el Estado competente para asumir el coste de la asistencia sanitaria era el mismo que es responsable del pago de la pensión. Cuando la pensión fuera el resultado de la aplicación de varios ordenamientos jurídicos, la responsabilidad del pago se determinaría según los principios recogidos en el artículo:

- Si el titular tiene derecho a las mencionadas prestaciones en virtud de las legislaciones de dos o de varios Estados miembros, la obligación de sufragarlas recae en la institución competente del Estado miembro a cuya legislación haya estado sometido el titular durante el mayor período de tiempo; cuando según esta norma proceda atribuir a varias instituciones la obligación de sufragar las prestaciones, dicha obligación recae en la institución que aplique la legislación a la que el titular haya estado sujeto en último lugar.

En cuanto a los familiares y beneficiarios del pensionista, si estos residían en un país distinto al del titular de la pensión, tendrían el derecho a la asistencia sanitaria a cargo del país competente establecido según las normas de los arts. 27 a 29.

De la misma forma que los trabajadores y sus familiares realizaban estancias fuera de su Estado de residencia con derecho a la asistencia sanitaria, los pensionistas, según el art. 31 del Reglamento, podrían *exportar*⁴¹⁸ el derecho al país al que se trasladan a través de un formulario propio, el E121. A diferencia del art. 22, no se especificaban los límites de la protección sanitaria. Sobre todo, en el caso de los

⁴¹⁸ Los certificados para acceder al derecho vienen recogidos en los arts. 28-31 del Reglamento 574/72.

pensionistas, por lo general personas mayores (jubilación) o con enfermedades previas (incapacidad permanente), en los que es más común la preexistencia de dolencias crónicas.

En este sentido, el TJCE en el caso PIERIK II⁴¹⁹ estableció que el art. 31 del Reglamento 1408/71 no podría interpretarse en el sentido de que el derecho a las prestaciones en especie se limitaba únicamente a la asistencia médica inmediata. En particular, la circunstancia de que la asistencia requerida por la evolución del estado de salud del asegurado durante su estancia temporal en otro Estado miembro estuviera eventualmente relacionada con una patología preexistente y conocida por el asegurado, como una enfermedad crónica, no bastaba para impedirle al interesado el derecho reconocido en el art. 31.

El matiz introducido por la interpretación del TJCE se incluye en el art. 7 del Reglamento 631/2004 (CEE), de 31 de marzo de 2004. En él, el art. 31 recibe un nuevo texto en el que se acomoda la jurisprudencia emanada del caso PIERIK II.

En el reglamento 883/04, los pensionistas mantienen su derecho a exportar la prestación de asistencia sanitaria cuando establecen su residencia en un Estado miembro distinto al Estado responsable del pago de su pensión. Esto, siempre y cuando, no tenga derecho a la cobertura sanitaria por tener actividad por cuenta ajena o propia en el Estado de residencia (art. 31 del Reglamento 883/04). De igual manera, sus beneficiarios también permanecen protegidos tanto si residen con el pensionista como si residen en otro país comunitario (art. 26 del Reglamento 883/04). Para el reconocimiento del derecho, el interesado debe solicitar la emisión del Formulario S1 (antiguo Formulario E121), el cual debe ser *recepionado* en el país de residencia. La duración del certificado es indefinida, siendo revocable cuando el interesado o sus beneficiarios cambien de residencia.

La emisión del Formulario S1 es responsabilidad del Estado responsable de la pensión. No obstante, cuando el interesado sea titular de dos o más pensiones de múltiples Estados, tendremos que aplicar las reglas de competencia del art. 24 del Reglamento 883/04.

⁴¹⁹ STJCE de 25 de febrero de 2003. Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA) contra Vasileios Ioannidis (Asunto C-326/00).

El pensionista y sus beneficiarios gozan de protección a la asistencia sanitaria en sus estancias fuera del Estado en el que residen. Si la estancia se realiza en un Estado miembro del cual no perciben ninguna pensión, podrán utilizar la TSE o el CPS, que se emite por el Estado competente (el mismo que ha emitido el Formulario S1). Si la estancia es en un Estado competente, el pensionista y sus beneficiarios pueden disfrutar de la asistencia sanitaria completa según la legislación nacional, no siendo necesaria la emisión previa de un certificado de exportación del derecho, siempre y cuando dicho Estado miembro haya optado por esta posibilidad y aparezca en el Anexo IV (Bélgica, Bulgaria, República Checa, Alemania, Grecia, España, Francia, Chipre, Luxemburgo, Hungría, Países Bajos, Austria, Polonia, Eslovenia y Suecia) del Reglamento 883/04 (art. 27.2 del Reglamento 883/04).

En España, el conflicto más recurrente en cuanto a la competencia entre Estados lo podemos encontrar en los pensionistas que lo son tanto por legislación española como alemana. Ya que, aplicando el art. 23 del Reglamento 883/04, al ser pensionista por ambos Estados, si el interesado decide residir en Alemania no procede la emisión del Formulario S1, ya que Alemania debe asumir el coste sanitario de su pensionista.

No obstante, se puede dar el caso que el pensionista no tenga acceso al Sistema Público de Salud alemán por no cumplir con un período mínimo de cotización exigido por la legislación alemana o por no haberse afiliado a la Caja de enfermedad que correspondiera. Si el motivo de la denegación del derecho se debe a la no afiliación a una Caja de enfermedad, España no asumirá el coste de la cobertura sanitaria en Alemania, ya que ha sido decisión del propio interesado renunciar a esta cobertura. Si la denegación al derecho se basa en el incumplimiento del período mínimo de cotización, sí procedería la emisión del Formulario S1 y la asunción del gasto por parte de España. La comprobación de los periodos cotizados se hará entre Instituciones a través de los Formularios S040 y S041 (antiguo Formulario E104).

4. El reembolso de gastos entre instituciones y la problemática del copago sanitario

La asistencia sanitaria gratuita en los traslados que uno realiza dentro del territorio comunitario genera a su vez un gasto para la institución del Estado miembro que presta esos servicios sanitarios. Este coste generado es objeto de reembolso por parte del Estado competente, que debe asumir el coste íntegro de la asistencia sanitaria disfrutada.

El reintegro se realiza a través de las propias instituciones implicadas siguiendo lo estipulado en la norma comunitaria. En los anteriores Reglamentos, el reintegro se recogía en el art. 36 del Reglamento 1408/71, y los arts. 93 a 95 del Reglamento 574/72. En estas normas se establecían las reglas de cuantificación efectiva de las prestaciones en especie. A diferencia de las prestaciones en metálico de fácil cálculo, las prestaciones en especie acarrear consigo una dificultad extra al legislador comunitario ya que el mismo debe establecer el cálculo de las prestaciones sanitarias para su reembolso.

El art. 93 establecía la norma de reembolso de todos los gastos sanitarios ocasionados por trabajadores y sus familiares, donde se indicaba la cuantía efectiva. Ésta, se obtendría con arreglo a los costes reflejados en la contabilidad de la institución que hubiese servido las prestaciones sanitarias. Si la institución en cuestión no hubiese reflejado la cuantía efectiva de las prestaciones servidas, la cuantía de reembolso “*se determinará sobre la base de un tanto alzado establecido a partir de las referencias pertinentes obtenidas de los datos disponibles*”. En ningún caso, se pueden utilizar tarifas superiores a las que sean aplicables por la legislación de la institución que haya servido las prestaciones.

El cálculo de la cuantía difiere cuando el beneficiario es un miembro de la familia del trabajador que no reside en el mismo Estado miembro que él o un pensionista. En estos casos, tanto el art. 94 como el 95 establecían que el reembolso se realizará teniendo como base un tanto alzado cercano al importe de los gastos sanitarios reales. Para la obtención del tanto alzado, ambos artículos establecen elementos para su cálculo.

Tanto el Reglamento 1408/71 como el Reglamento 574/72 entendían como reembolsables dentro de las prestaciones sanitarias, todos los gastos causados en el reconocimiento de prestaciones en especie. No obstante, no estaba claro en el caso de los gastos en metálico realizados por los interesados.

El reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria está sujeto a la normativa nacional de la institución que presta el servicio sanitario. Con cada normativa, encontraremos una variedad amplia de carteras de servicio, que pueden incluir o no, copagos por los tratamientos recibidos. Frente a un país como España, cuyas prestaciones sanitarias casi en su totalidad son gratuitas, nos podemos encontrar con

otros países en los que se requiere la asunción de parte del coste de los servicios prestados.

Pues bien, ante tal diversidad de posibilidades de prestaciones de asistencia sanitaria, el Reglamento 1408/71 reconocía dos formas de prestación de la asistencia sanitaria: las en metálico y las en especie.

En un primer momento, el derecho a la prestación por enfermedad se integraba de prestaciones en metálico compensadoras de la pérdida del salario del trabajador enfermo, mientras que las prestaciones en especie equivaldrían al tratamiento médico del trabajador. De esta forma, los gastos soportados por el interesado al percibir atención médica no estarían protegidos ni serían objeto de reembolso por parte del Reglamento. Sin embargo, esta interpretación ha sido matizada por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia⁴²⁰ reconoció el derecho al reembolso de los gastos asumidos por el interesado cuando la normativa del Estado miembro incluyera copagos. Por tanto, correspondería el reintegro de los copagos ocasionados por gastos médicos ocurridos en el territorio de otro Estado miembro.

El interesado debería solicitar el reembolso de los gastos realizados una vez retornara al Estado competente. Para poder obtener la devolución de los gastos, el traslado realizado debe haber sido autorizado previamente a través de los certificados expedidos por la institución competente del Estado de origen. Sea por motivo de breve estancia o un traslado motivado para el acceso a un tratamiento médico específico en el territorio de otro Estado miembro, el derecho a la asistencia sanitaria solo se podría exportar si se reconociera el derecho antes de realizarse el traslado.

Esta interpretación de la normativa comunitaria chocaba con lo dispuesto en el caso concreto del art. 22.1.c) del Reglamento 1408/71, ya que el reintegro del gasto realizado por los interesados por los servicios médicos podría resultar más complejo debido a las dificultades por parte de algunos Estado en emitir las autorizaciones de tratamientos. Sobre todo, en aquellos casos en los que no es sencillo establecer la

⁴²⁰ STJCE de 30 de junio de 1966. Viuda de G. Vaassen-Gobbels contra la Dirección del Beambtenfonds voor het Mijbedrijf (Asunto C-61/65).

necesidad del tratamiento, sea porque se puede acceder al mismo dentro del territorio de origen, o por el carácter experimental que puedan tener determinadas técnicas médicas.

Al final, nos encontramos con la disponibilidad que ofrece el sistema nacional público de un país, con su propia cartera de servicios, frente a la libre elección de servicios que ofrece el mercado. Un mercado comunitario que, por cierto, al estar bajo el paraguas del art. 60⁴²¹ del TCEE permite el libre acceso a cualquier profesional liberal europeo a sus servicios, incluidos los sanitarios.

Llegados a este punto, es difícil diferenciar entre el derecho a la asistencia sanitaria pública subvencionada, exportable a cualquier país comunitario, y el derecho al libre acceso a los servicios sanitarios privados recogido en el art. 60 y ss. del TCEE. De la misma forma que un interesado puede acceder a los servicios privados de un médico dentro su país de origen, la libre circulación dentro de la Comunidad Económica Europea permite la contratación de los servicios de profesionales liberales en cualquier Estado miembro. ¿Cómo reconocer cuándo es de aplicación cada caso y en qué casos el gasto es susceptible de reintegro por parte del Estado competente?

En el caso *PIERIK I*⁴²², el TJCE señala la obligación del Estado competente de asegurar un tratamiento médico eficaz a sus asegurados, debiendo reembolsar el coste de las prestaciones sanitarias en especie disfrutadas por estos. El art. 22.1.c) supedita el acceso a los servicios sanitarios a una valoración subjetiva del Estado competente. Entonces, la cuestión que surge es, una vez denegado el derecho, el gasto que asume el interesado de forma personal en otro Estado miembro debe o no ser reembolsable, teniendo en cuenta que se haya realizado de forma ajena a los cauces enmarcados por el Reglamento 1408/71. Muchos Estados miembros entienden que, al no autorizar previamente el traslado, no existe derecho a reembolso, ya que el interesado tendría sus necesidades sanitarias cubiertas por su sistema público de salud y aun así decide acceder libremente a los servicios sanitarios en otro Estado bajo el precepto del art. 60 del TCEE.

⁴²¹ La numeración hace referencia al Tratado de Roma (TCEE). Con las modificaciones introducidas en los siguientes años, el art. 60 pasaría a ser nombrado como 50 en el último tratado de la Comunidad Europea antes de la creación de la Unión Europea, el Tratado de Niza.

⁴²² STJCE de 31 de mayo de 1979. *Bestuur van het Algemeen Ziekenfonds Drenthe-Platteland contra G. Pierik* (Asunto C-182/78).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE entiende que, pese a la denegación previa del Estado competente, se puede obtener el reembolso de los gastos sanitarios incurridos si la decisión no cumple con los requisitos del art. 22.1.c). La asistencia sanitaria forma parte de los servicios recogidos en los arts. 59 y 60 del TCEE, pero la posibilidad o no de reembolso depende de si la denegación del derecho se debe realizar dentro de los requisitos establecidos por la jurisprudencia⁴²³.

“Las prestaciones médicas dispensadas a cambio de una remuneración están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios, incluida la asistencia dispensada en un marco hospitalario. Por lo demás, una prestación médica no pierde su calificación de prestación de servicios a efectos del art. 49 CE⁴²⁴ porque el paciente solicite a un servicio nacional de salud que se haga cargo de los gastos después de que él haya pagado el tratamiento recibido al prestador de servicios extranjero”⁴²⁵.

El Alto Tribunal también incide en la doble relación entre los artículos 59 y 60 del TCEE y del Reglamento 1408/71 en cuanto a que cualquier denegación de reembolso por parte del Estado competente que sea injustificada es una oposición al derecho comunitario de libre prestación de servicios, pues supone un obstáculo en el acceso a la asistencia sanitaria dentro de la Comunidad Europea.

“El Derecho de la Unión no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y que, a falta de una armonización a escala de la Unión Europea, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones en materia de seguridad social. Sin embargo, en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión, en especial las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios. (...) En este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el hecho de que una normativa nacional no garantice al asegurado que ha sido autorizado a seguir un tratamiento hospitalario en otro Estado miembro con arreglo al art. 22, apartado 1, letra c), del Reglamento 1408/71, un nivel de cobertura tan

⁴²³ “Sólo pueda denegarse la autorización debido a una ausencia de necesidad médica cuando un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia para el paciente pueda conseguirse en tiempo oportuno en un establecimiento que haya celebrado un concierto con la caja de enfermedad de la que depende el asegurado”. STJCE de 12 de julio de 2001. B.S.M. Smits, esposa de Geraets, contra Stichting Ziekenfonds VGZ y H.T.M. Peerbooms contra Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen (Asunto C-157/99).

⁴²⁴ Art. 59 del TCEE.

⁴²⁵ STJUE (Gran Sala) de 15 de junio de 2010. Comisión Europea contra el Reino de España (Asunto C-211/08).

ventajoso como el que habría recibido si hubiera sido hospitalizado en el Estado miembro de afiliación constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios, en el sentido del art. 49 CE⁴²⁶, ya que puede disuadir a dicho asegurado de dirigirse a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros, e incluso impedirselo”⁴²⁷.

La falta de autorización previa no debe impedir que el interesado perciba el reintegro de los gastos sanitarios ocasionados durante su permanencia en otro Estado miembro. Con independencia de que pueda tratarse de un caso contemplado en el art. 22.1.c), el Reglamento 574/72 establecía en su art. 34 el procedimiento de reintegro cuando no se hubiese cumplido con las formalidades previstas en el Reglamento 1408/71 para exportar el derecho a la asistencia sanitaria. El Reglamento instaba a la colaboración entre instituciones (para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria) y la obligación del reembolso según las tarifas establecidas.

Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 mantienen el reembolso de los gastos sanitarios ocasionados por los ciudadanos comunitarios en los Estados miembros (art. 35 del Reglamento 883/04). Se consideran objeto de reembolso las prestaciones reconocidas por la institución sanitaria competente en aplicación de su legislación nacional y las expresamente reconocidas por la Decisión S5 de 02 de octubre de 2009. Se excluyen los gastos relacionados con la administración del régimen del seguro de enfermedad (por ejemplo, los costes derivados del trámite y tramitación de reembolsos a particulares y entre instituciones), y con el pago de las prestaciones (como los honorarios médicos por la emisión de los certificados médicos necesarios para evaluar el grado de invalidez o de capacidad para trabajar de un solicitante), así como, los relativos a investigación médica y las subvenciones a instituciones de medicina preventiva y los copagos efectuados por particulares.

El procedimiento para hacer efectivo el reembolso se desarrolla en los arts. 62 y siguientes del Reglamento 987/2009 y en la Decisión S11 de 9 de diciembre de 2020, siendo fundamental la determinación del valor a reembolsar. Para obtener el importe de reembolso, se recogen dos métodos:

- Uno basado en los *gastos reales* efectivamente realizados (art. 62) y otro,

⁴²⁶ Art. 59 TCEE.

⁴²⁷ STJUE (Gran Sala) de 15 de junio de 2010. Comisión Europea contra el Reino de España (Asunto C-211/08).

- Consistente en determinar una cantidad *al tanto alzado* (arts. 63 y 64).

En ambos casos, el pago se realiza con arreglo al art. 68 del Reglamento 987/2009, separando los conceptos de *gasto real* e importe *al tanto alzado*. El pago que se realice de conformidad al reembolso reclamado deberá representar al menos el 90% de la cantidad total de la solicitud realizada por el Estado acreedor. El Estado deudor cuenta con un plazo de seis meses para aceptar las propuestas de reembolso. A falta de una respuesta en el plazo fijado, se considerará aceptado y se podrá ejecutar el pago solicitado.

Procedimiento de reembolso basado en los gastos efectivos

El Estado competente tiene la obligación de reembolsar el importe de los gastos sanitarios realizados en favor de sus asegurados al otro Estado miembro. Para ello, la institución que realice el gasto sanitario a reclamar presentará una solicitud basada en los datos obtenidos de su contabilidad, en un plazo máximo de doce meses siguientes al fin del medio año civil (art. 67.1 del Reglamento 987/2009). La institución del Estado competente que recibe la solicitud garantizará su pago en un plazo máximo de dieciocho meses contado a partir del fin del mes en el que se presentó la solicitud al organismo de enlace del Estado miembro deudor (art. 67.5 del Reglamento 987/2009).

El Estado competente puede rechazar la solicitud de reembolso cuando esté incompleta o cumplimentada incorrectamente y cuando el documento acreditativo del derecho (TSE, CPS y los Formularios S) a la asistencia sanitaria internacional esté caducado (art. 2 de la Decisión S11 de 09 de diciembre de 2020). No se permite el rechazo de una solicitud de reembolso por el mero hecho de que el interesado haya dejado de estar asegurado por el Estado competente, siempre y cuando las prestaciones sanitarias hayan sido servidas dentro del periodo de validez del documento utilizado (art. 2.2 de la Decisión S11 de 09 de diciembre de 2020).

Las impugnaciones de las solicitudes se pueden realizar por parte del Estado deudor en un plazo máximo de 18 meses a contar desde el mes de presentación de dicha solicitud (art. 67.5 del Reglamento 987/2009).

La Decisión S11 permite el rechazo de aquellas solicitudes en las que existan sospechas de abuso por parte del interesado. No obstante, en el caso de estancia temporal (arts. 19 y 27 del Reglamento 883/2004), la institución deudora no puede

realizar comprobaciones sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios para el reconocimiento del derecho. Esta prohibición se basa en la doctrina del STJUE de 12 de abril de 2005 del caso Herederos de Annette Keller contra INSS e INGESA⁴²⁸.

“La Institución competente que consintió, mediante la expedición de un formulario E 111 o de un formulario E 112, (...) está vinculada por los diagnósticos relativos a la necesidad de asistencia urgente de carácter vital, efectuados durante el período de validez del formulario por médicos autorizados por la institución del Estado miembro de estancia, así como por la decisión de tales médicos adoptada, durante ese mismo período, basándose en dichos diagnósticos y en los conocimientos médicos del momento, de trasladar al interesado a un establecimiento hospitalario situado en otro Estado, aun en el caso de que éste sea un Estado tercero. En tales circunstancias, la Institución competente no tiene derecho ni a exigir el regreso del interesado al Estado miembro competente para someterle en él a un control médico, ni a hacer que se le examine en el Estado miembro de estancia, ni a supeditar los diagnósticos y las decisiones anteriormente mencionadas a una aprobación por su parte”.

Cuando la cuantía real de los gastos no esté reflejada, en parte o en su totalidad, en la contabilidad de la institución que ha provisto los servicios sanitarios, se determinará la cuantía a reembolsarse sobre la base de “*un tanto alzado establecido a partir de las referencias pertinentes obtenidas de los datos disponibles*” (art. 62.2 del Reglamento 987/2009). En ningún caso, se pueden utilizar tarifas superiores a las que sean aplicables a la legislación nacional de la Institución proveedora del servicio.

Procedimiento de reembolso de las prestaciones sobre la base de importes a tanto alzado

Cuando el Estado miembro deudor no cuente con estructuras jurídicas o administrativas adecuadas para la práctica del reembolso por gasto real, podrá utilizar el método de importes calculados a tanto alzado. Para ello, el Estado debe estar incluido en la lista del Anexo 3 del Reglamento 987/2009 (Irlanda, España, Chipre, Portugal, Suecia y Reino Unido -tras el BREXIT se debe tener en cuenta igualmente el Acuerdo de 18 de junio de 1999-).

⁴²⁸ STJCE (Gran Sala) de 12 de abril de 2005. Herederos de Annette Keller contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) (Asunto C-145/03).

El importe de las prestaciones en especie será reembolsado con arreglo a un tanto alzado establecido para cada año civil, siendo dicha cuantía la más próxima posible a los gastos reales. Las prestaciones en especie serán aquellas servidas a:

- Los miembros de la familia que no residen en el mismo Estado miembro que la persona asegurada, como se contempla en el art. 17 del Reglamento de base, y
- Los pensionistas y los miembros de sus familias, en virtud del art. 24, apartado 1, y de los arts. 25 y 26 del Reglamento de base.

También se incluyen según la Decisión S5 de 02 de octubre de 2009:

- El importe de las prestaciones en especie concedidas sobre la base del tratamiento programado fuera del Estado miembro de residencia, de conformidad con el art. 20 y el art. 27, apartados 3 y 5, del Reglamento de base,
- El coste de las prestaciones en especie concedidas de las que el asegurado se benefició durante su estancia temporal fuera del Estado de residencia, en la medida en que los costes de tales prestaciones deben ser asumidos de acuerdo con la legislación nacional.

El cálculo para obtener el importe a reembolsar viene recogido en el art. 64 del Reglamento 987/2009, el cual establece un desglose en tres categorías según la edad (menores de 20 años, personas comprendidas entre 20 y 64 años y mayores de 64 años)⁴²⁹. El valor que se pretende obtener es el coste medio anual por persona según cada categoría de edad y por el periodo de tiempo que haya permanecido en territorio del Estado acreedor. El tanto alzado que se solicite al Estado deudor será el resultado de sumar estos costes medios durante el año civil.

La solicitud de reembolso de los gastos calculados al tanto alzado se realiza a través de un inventario previsto en el art. 64.4 del Reglamento 987/2009, el cual debe ser presentado al organismo de enlace del Estado miembro deudor al término del año siguiente al de referencia. Las solicitudes de reembolso se agruparán según el año civil en el que se haya producido el gasto.

La institución del Estado deudor debe garantizar el pago del reembolso en un plazo de dieciocho meses, efectuando el pago tan pronto tenga disposición de hacerlo.

⁴²⁹ TRILLO GARCÍA, A. R., 2010. *La coordinación de las prestaciones sanitarias en los Reglamentos Comunitarios 883/2004 y 987/2009*. En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir.), 2010. *op. cit.*, p. 145.

Se podrá rechazar y devolver a la Institución de origen las solicitudes que estén incompletas o cumplimentadas incorrectamente, así como aquellas que hagan referencia a un periodo de tiempo que no quede cubierto por el documento acreditativo válido.

Las dudas generadas por una solicitud de reembolso deben ser resueltas por el Estado acreedor, reconsiderando la emisión de la factura y si procediera, retirar la solicitud o volver a calcular el importe solicitado. Las impugnaciones de las solicitudes se podrán realizar por parte del Estado deudor en un plazo máximo de dieciocho meses a contar desde el mes de presentación de dicha solicitud.

5. La liberalización del derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza a través de la Directiva 2011/24/UE y su aplicación en España

El 9 de marzo de 2011 se aprueba la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. La finalidad de esta norma es garantizar a los nacionales europeos el acceso a la asistencia sanitaria fuera del Estado miembro de afiliación. Se establece así, un sistema complementario al ya existente de los Reglamentos Comunitarios, con el objetivo de reconocer la aplicación directa del principio de libre prestación de servicios y la libre circulación transfronteriza de productos sanitarios y de pacientes⁴³⁰.

Frente al sistema de Reglamentos Comunitarios que garantiza el acceso gratuito a la asistencia sanitaria pública en otros Estados miembros de la UE en las mismas condiciones que los nacionales del Estado receptor, el sistema que propone la Directiva se apoya en la libre elección por parte del interesado de los servicios sanitarios público o privados y el posterior reembolso del Estado competente. Mientras en el sistema de la Seguridad Social comunitaria el interesado tiene derecho a exportar su asistencia sanitaria en sus estancias y permanencias en otros Estados miembros, la Directiva facilita el acceso a la asistencia sanitaria programada, reconociendo a los interesados el derecho a obtener el reembolso del gasto médico suportado fuera del Estado competente⁴³¹.

⁴³⁰ CANTERO MARTÍNEZ, J. (dir.), 2017. *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa: Retos y desafíos para el Sistema Nacional de Salud*. 1 ed., Navarra, Aranzadi Thomson Reuters.

⁴³¹ GARCIA MURCIA, J. y RODRIGUEZ CARO, I. A., (2014). Asistencia sanitaria transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea: de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes a una regulación específica. *Foro Nueva época*, vol. 17, núm. 1, pp. 312-313.

La Directiva despliega en tu texto normativo la doctrina del TJUE sobre los requisitos necesarios para el reconocimiento de la asistencia sanitaria programada y los obstáculos que generaba la autorización previa a la libre circulación de pacientes en el territorio de la UE. Los primeros casos que trataron el problema fueron Kohll⁴³² y Decker⁴³³, y en estos se permitió por primera vez que los tratamientos ambulatorios estuvieran exentos de autorización previa.

En ambos casos se suscita la cuestión prejudicial debido a la denegación por parte de la institución luxemburguesa de reembolsar los gastos soportados por sus ciudadanos en la realización de tratamientos fuera de su territorio sin la previa autorización correspondiente. En el caso Decker, el interesado plantea el reembolso de un par de gafas con lentes correctoras compradas en Bélgica, mientras que en el caso Kohll se trata de un tratamiento ortodoncista realizado en Alemania. Ambos casos hubiesen sido reembolsados si hubiesen sido realizados en territorio de Luxemburgo. En las dos sentencias el TJUE reconoce el derecho al reintegro del gasto realizado.

Con los años, los casos analizados por el TJUE se ampliaron a la posibilidad de reembolso tras un gasto sanitario realizado sin previa autorización, o cuya autorización hubiese sido previamente denegada. Ejemplo de ello, el caso Peerboms y Watts⁴³⁴, donde las listas de espera y la dificultad del paciente de conseguir su tratamiento en un tiempo oportuno justificaron el derecho a la asistencia sanitaria en otro Estado y, con ello, el reembolso del gasto ocasionado. En ambos casos, la denegación inicial de las instituciones a la realización del tratamiento fuera del territorio nacional no se consideró justificada y, por lo tanto, innecesaria para el reconocimiento del reembolso.

La Directiva se transpone a nuestro ordenamiento jurídico interno a través del Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza. De esta forma, los asegurados al Sistema Público de Salud español tienen derecho a optar entre dos vías para el disfrute de la asistencia sanitaria en la UE:

- a) El acceso a los servicios sanitarios públicos protegidos por los Reglamentos Comunitarios o,

⁴³² STJCE de 28 de abril de 1998. Kohll contra Union des Caisses de Maladie (Asunto C-158/96).

⁴³³ STJCE de 28 de abril de 1998. Decker vs. Caisse de Maladie des Employés Privés (Asunto C-120/95).

⁴³⁴ Casos C-157/99 y C-372/04 previamente analizado en este Capítulo.

- b) El acceso a servicios sanitarios públicos o privados incluidos en el RD 81/2014.

El art. 2 del RD 81/2014 excluye de su ámbito de aplicación a “*los servicios en el ámbito de los cuidados de larga duración, cuya finalidad sea ayudar a quienes requieran asistencia a la hora de realizar tareas rutinarias y diarias; la asignación de órganos y el acceso a éstos con fines de trasplante; y los programas de vacunación pública contra las enfermedades infecciosas, que tengan por finalidad exclusiva la protección de la salud de la población en el territorio español*”.

El RD 81/2014 garantiza a los asegurados españoles el reembolso de los gastos realizados por los servicios sanitarios disfrutados en otro Estado miembro sin la necesidad de autorización previa. Para poder hacerlo, el art. 5.1 establece que no se debe aplicar al caso los Reglamentos Comunitarios, ya que el uso del RD 81/2014 excluye su utilización. No obstante, cuando en un determinado caso fuera posible la aplicación de ambas normativas, se dará preferencia a los Reglamentos Comunitarios, salvo que el interesado solicite de forma expresa la aplicación del RD 81/2014. Los gastos reembolsables se limitarán a la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y, en su caso, la cartera complementaria de la Comunidad Autónoma competente del pago⁴³⁵.

Pese a que la Directiva recoge el derecho al libre acceso a la asistencia sanitaria sin previa autorización por parte del Estado competente, en su art. 8 se exige autorización previa para determinadas situaciones que debido a necesidades de planificación (como la pernoctación en hospital o la exigencia de uso de infraestructuras especializadas) o el riesgo particular que puedan ocasionar al paciente. En el RD 81/2014 se detallan cuáles son estas prestaciones sanitarias en el Anexo II:

- a) Tomografía por emisión de positrones (PET), y combinada con el TC (PET-TC) y SPECT.
- b) Reproducción humana asistida.
- c) Diálisis.
- d) Cirugía mayor ambulatoria que requiera la utilización de un implante quirúrgico.
- e) Tratamientos con radioterapia.

⁴³⁵ ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *op. cit.*, p. 367.

- f) Tratamientos farmacológicos o con productos biológicos, cuyo importe mensual sea superior a 1.500 €.
- g) Radiocirugía.
- h) Análisis genéticos orientados a diagnósticos de casos complejos, incluidos el diagnóstico prenatal y el preimplantacional, análisis genéticos presintomáticos y de portadores y análisis de farmacogenética y farmacogenómica.
- i) Tratamientos de discapacidades que requieran para su corrección o mejoría: Sillas de ruedas eléctricas, prótesis de miembro superior excepto las prótesis parciales de mano, prótesis de miembro inferior excepto las prótesis parciales de pie, audífonos y bitutores.
- j) Tratamientos con fórmulas completas para nutrición enteral domiciliaria y con fórmulas y módulos nutricionales para trastornos congénitos del metabolismo de los hidratos de carbono, aminoácidos y lípidos.
- k) Atención a patologías y realización de procedimientos para los cuales se han designado servicios de referencia, de acuerdo con el Real Decreto 1302/2006, de 10 de noviembre.

El derecho de opción que se reconoce en el RD 81/2014 es en exclusiva para la asistencia sanitaria transfronteriza en territorio comunitario. Nuestro sistema sanitario nacional no permite la utilización de servicios privados a cargo del Estado, salvo en situaciones de urgencia vital.

En el art. 2.3 del RD 81/2014 se establece que ninguna disposición recogida en su articulado *“obligará a reembolsar a los pacientes los gastos derivados de la asistencia sanitaria que les sea prestada por proveedores sanitarios establecidos en el territorio nacional que se encuentren fuera del marco normativo de planificación y de derechos del Sistema Nacional de Salud”*.

6. Cuestiones específicas y particularidades en la aplicación del derecho comunitario

6.1. La relación especial entre España y Suiza: el reconocimiento del derecho a pensionistas suizos residentes en España y a sus familiares

De los acuerdos internacionales sobre asistencia sanitaria en los que es parte España, el Convenio hispano-suizo⁴³⁶ es de los que más controversias ha generado en su aplicación, siendo objeto de estudio por la doctrina.

Su aplicación se da en aquellos casos en los que el Convenio sea más favorable que el acuerdo entre Suiza y la Unión Europea o cuando no exista derecho a la prestación de asistencia sanitaria según los Reglamentos comunitarios⁴³⁷. Por tanto, su aplicación es residual, siendo preferente la aplicación del derecho comunitario

La legislación helvética recoge la opción de estar afiliado a una Caja de seguros suiza para el reconocimiento de la asistencia sanitaria tanto dentro como fuera de su territorio. Esta imposición se extiende a todos los ciudadanos suizos, incluido los pensionistas. A diferencia del caso español, en el que un pensionista por la legislación española tiene acceso a la asistencia sanitaria pública en España y derecho a exportarla en sus estancias en la Unión Europea, en Suiza la afiliación a una Caja de seguros es obligada para tener derecho a la asistencia sanitaria.

La protección por parte de una Caja de seguros suiza se extiende más allá de la asistencia sanitaria dentro del territorio del país, siendo posible exportar este derecho (a través de los Formularios S1, S2 y TSE/CPS) a los países de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo en aplicación de los arts. 24 o 25 del Reglamento 883/2004.

El Convenio hispano-suizo se aplica a los nacionales españoles y suizos que hayan estado sujetos a alguna de las legislaciones de los países contratantes del Tratado. Nuestro estudio se centra en el supuesto en el que los nacionales de España o Suiza, son pensionistas de la legislación suiza y residentes en España.

⁴³⁶ Convenio y Protocolo Final entre el Gobierno español y el Gobierno del Consejo Federal Suizo sobre Seguridad Social, firmado en Berna el día 13 de octubre de 1969. BOE núm. 209, de 01/09/1970.

⁴³⁷ Decisión núm. 1/2012 del Comité Mixto establecido en virtud del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y la Confederación Suiza, vigente desde el 1 de abril de 2012. En el Anexo II (España-Suiza) se reserva la aplicación del punto 17 del Protocolo Final del Convenio Bilateral hispano-suizo de Seguridad Social de 13 de octubre de 1969. En el Anexo XI.3 se regula la obligatoriedad de afiliación en Suiza y posibilidades de exención.

Como hemos visto, según el derecho suizo, el acceso a la asistencia sanitaria depende de la afiliación del interesado a una Caja de seguros suiza. Pues bien, si el pensionista cumple con este requisito, tiene derecho a la asistencia sanitaria en España a través del Formulario S1. Si el pensionista no cumple con este requisito, debemos estar a lo dispuesto en el punto 17 del Protocolo Final del Convenio hispano-suizo: *“a petición suya y mediante el pago de las cotizaciones fijadas cada año por la autoridad española competente, los beneficiarios que residan en España de las diferentes categorías de pensiones de seguridad social previstas por la legislación federal suiza de seguridad social, así como las personal a su cargo que convivan con ellos, tendrán derecho a las prestaciones en especie de asistencia sanitaria previstas por la legislación española, en las mismas condiciones que los beneficiarios de pensiones españoles”*.

Para los pensionistas de legislación suiza que no se hayan afiliado a una Caja de seguros suiza y decidan fijar su residencia habitual en España, el Convenio Bilateral habilita la posibilidad de suscribirse a un Convenio Especial de asistencia sanitaria con la TGSS (art. 16 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, que se aplicará a los nacionales españoles pensionistas de legislación suiza). A los nacionales suizos, se les permite acceder al mismo Convenio Especial a través de la Disposición Adicional 3ª de la Orden TAS/2865/2003. A través de este Convenio se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria tanto a nacionales suizos como españoles.

La misma regla se aplica a los familiares, los cuales, si no cuentan con derecho propio a la asistencia sanitaria española, deben estar afiliados a una Caja de seguros suiza como beneficiarios del pensionista o depender de su Convenio Especial español.

A. El conflicto jurídico entre el Convenio Bilateral y la norma española

El Convenio hispano-suizo reduce drásticamente las posibilidades de acceso gratuito a la asistencia sanitaria de los españoles retornados, pues éstos deben asegurarse a una Caja de seguros suiza o un Convenio Especial en España. Por tanto, para este colectivo de españoles no hay reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria de forma gratuita.

Uno de los problemas que surgen a la hora de aplicar una normativa tan restrictiva, es que la misma colisiona con nuestro ordenamiento interno, constituido por normas mucho más protectoras en cuanto al reconocimiento de la asistencia sanitaria pública. Para evitar las restricciones del Convenio hispano-suizo y de los Reglamentos Comunitarios, es suficiente con reconocer al pensionista como beneficiario de un asegurado de la asistencia sanitaria española.

No obstante, el INSS responde al planteamiento realizado en su Criterio 8-2013, denegando la posibilidad de que un pensionista suizo sea a la vez beneficiario del Sistema Público de Salud por la condición de asegurado de su cónyuge. El INSS se basa en que para ser beneficiario de un asegurado del Sistema Público de Salud el interesado debes estar *a cargo* de este. El requisito de estar *a cargo* se recogía en el Decreto 2766/1967 como necesario para el reconocimiento de un cónyuge como beneficiario de un asegurado. Ahora bien, con las sucesivas reformas, este elemento solo es de obligado cumplimiento para excónyuges, los cuales pueden acceder al sistema de asistencia sanitaria como beneficiarios siempre y cuando, perciban una pensión compensatoria tras la separación o el divorcio. Nuestra legislación ya no requiere a los cónyuges y parejas de hecho el “*estar a cargo*”, siendo posible que los mismos cobren pensiones de países con los cuales España no tenga ningún acuerdo bilateral y aun así obtener los beneficios del Servicio Público de Salud como dependiente de un asegurado.

Los pensionistas suizos, con independencia de su nacionalidad, no pueden ser clasificados como beneficiarios del Sistema Público de Salud español porque son titulares de una pensión extranjera que permite el acceso a la asistencia sanitaria en España a través de la exportación del derecho vía Formulario S1. Al poder acceder a la condición de asegurado y a su vez como beneficiario del Sistema Público de Salud, se le debe denegar el derecho a la asistencia sanitaria como beneficiario, por tener preferencia el título de asegurado frente al de beneficiario.

Cuestión distinta es la situación de los pensionistas suizos que son nacionales españoles. Nuestra legislación nacional protege a todos los españoles residentes en España. Aun sin detener ningún título jurídico que le permita el reconocimiento como asegurado. La normativa recoge el acceso a la asistencia sanitaria gratuita como asegurado *por residencia*. Este aspecto también es abordado por el Criterio 8-2013, el

cual resuelve la cuestión aplicando lo dispuesto en la norma: el interesado tiene derecho a la asistencia sanitaria como residente en España siempre que *no tenga la obligación de mantener una cobertura sanitaria por otra vía*. Al igual que los extranjeros, los nacionales españoles que perciban una pensión suiza no pueden acceder al Sistema de Salud Público como residentes en España al tener una obligación legal de aseguramiento.

En este caso, la obligación viene establecida por el punto 17 del Protocolo Final del Convenio Bilateral entre España y Suiza. Si el pensionista no está afiliado a ninguna Caja de seguros suiza, debe obligatoriamente darse de alta en un Convenio Especial con la TGSS, no siendo posible reconocerle el derecho *por residencia*. El Criterio mantiene el derecho a la asistencia sanitaria reconocido a través del RD 1088/1989 a aquellos pensionistas con rentas inferiores al límite establecido por el art. 1. Aunque la normativa ya se encuentre derogada, aquellos pensionistas a los que se ha reconocido el derecho por esta vía podrán seguir disfrutando de la asistencia sanitaria en tanto no varíen las circunstancias determinantes del derecho.

B. La respuesta de la jurisprudencia española a la aplicación del Protocolo Final del Convenio Bilateral entre España y Suiza

La jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia es bastante prolija en cuanto al reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria de los pensionistas suizos nacionales españoles. En una primera etapa, los Tribunales españoles defendían la obligación de la suscripción a una Caja de seguros suiza, o de lo contrario, al Convenio Especial de la TGSS. No cabía otra interpretación que no fuera la recogida en el Convenio hispano-suizo y la que se aplicaba por parte del INSS.

No le asiste al interesado el derecho a la asistencia sanitaria solicitada dada su condición de pensionista de la seguridad social suiza y ni siquiera por aplicación recíproca del convenio suscrito entre España y Suiza puesto que en el mismo no se contempla la cobertura de la asistencia sanitaria salvo para accidente de trabajo o enfermedad profesional. Por tanto, no reúne el requisito de ser pensionista de la Seguridad Social española al no haber cotizado nunca en España, percibiendo la pensión con cargo exclusivo a la seguridad social suiza. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad

de suscribir un convenio para acceder a las prestaciones de asistencia sanitaria para emigrantes retornados⁴³⁸.

No obstante, a partir de la sentencia del TSJ de Castilla y León núm. 2334/2006, de 23 de enero⁴³⁹, hay un vuelco en la doctrina. Los argumentos utilizados por los Magistrados en la mencionada sentencia se repetirán en muchas otras⁴⁴⁰, pasando a ser doctrina dominante la que reconoce el derecho a la asistencia sanitaria gratuita a los pensionistas suizos nacionales españoles.

Entiende el Tribunal que la afiliación a las Cajas de seguros suizas no es obligatoria por no ser de aplicación el derecho suizo. Optar por aplicar la normativa interna española, la más favorable, y para reconocer el derecho, tanto como beneficiario de un asegurado del sistema o, como asegurado *por residencia*.

El requisito de afiliación a una Caja de seguros suiza se recoge en el Acuerdo sobre libre circulación de personas entre Suiza y la Unión Europea, y se aplica en conjunto con los Reglamentos Comunitarios, sean estos los actuales 883/2004 y el 987/2009 o sus antecesores, el 1408/71 y el 574/72. La afiliación a una Caja de seguros suiza permite al interesado exportar su derecho a la asistencia sanitaria a otros países de la Unión Europea, tanto para su estancia como para el establecimiento de su residencia. El no estar afiliado a una Caja de seguros suiza supone la aplicación subsidiaria Convenio Bilateral entre España y Suiza, el cual requiere al interesado el alta en un Convenio Especial con la TGSS.

Según el TSJ si no se acredita “*la posibilidad de tener derecho a las prestaciones de enfermedad en virtud de la legislación de la Confederación Suiza*”. Todo lo anterior es irrelevante, ya que no es de aplicación al caso el derecho suizo. Por tanto, se aplicaría el derecho español, reconociéndole la asistencia sanitaria como beneficiario o asegurado por residencia, según el caso.

⁴³⁸ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 25 de mayo de 2002. Recurso de Suplicación 188/1999. Ponente: Ilmo. D. Julio César Cibeira Yebra-Pimentel. ARANZADI ref. JUR\2002\215804.

⁴³⁹ STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 2334/2006, de 23 de enero. Recurso de Suplicación 2334/2005. Ponente: Ilma. Dª. M. Luisa Segoviano Astaburuaga. ARANZADI ref. AS\2006\366.

⁴⁴⁰ Como ejemplo se puede citar las sentencias del TSJ de Galicia núm. 984/2016, de 18 de febrero de 2016 (Recurso de Suplicación 4734/2015); TSJ de Asturias núm. 1145/2013, de 24 de mayo de 2013 (Recurso de Suplicación 662/2013); TSJ de Aragón núm. 260/2015, de 29 de abril de 2015 (Recurso de Suplicación 206/2015).

El argumento utilizado por el TSJ de Castilla y León y luego seguido por tantos otros Tribunales españoles es desconcertante, por lo pronto que rompe frontalmente con el principio de ley aplicable de los Reglamentos Comunitarios. Uno no puede decidir qué legislación aplica al caso según reporte más o menos beneficios. Uno debe atenerse a lo que indique la normativa comunitaria. En el caso de la asistencia sanitaria de los pensionistas, se debe estar a la legislación del país que reconoce el derecho a la pensión. En este caso, al ser pensionista en exclusiva de Suiza, la legislación que debemos respetar para la exportación del derecho a España es la de Suiza. Una vez cumplido los requisitos de la legislación helvética, se *exporta* el derecho a través del Formulario S1, el cual será *repcionado* por España, siempre y cuando se cumplan con los requisitos propios de nuestra legislación nacional.

El Tribunal reconoce como el hecho de ser pensionista de Suiza no vincula al interesado en cuanto a sus prestaciones sanitarias. Con este mismo razonamiento, se puede reconocer el derecho a la asistencia sanitaria a los nacionales españoles pensionistas por legislación alemana. Alemania tiene una legislación similar a la suiza, siendo obligatorio pertenecer a una Caja de seguros para acceder a la asistencia sanitaria. Si aplicáramos la interpretación del TSJ, estos interesados podrían acceder a la asistencia sanitaria española por la misma vía. El problema reside en que la inaplicación de la normativa comunitaria convierte a España en el país competente para asumir el gasto sanitario, tanto dentro del territorio como en los demás Estados miembros. En el caso que nos ocupa, la interesada podría disfrutar de una estancia corta en Suiza con los gastos sanitarios pagados por España, en una actitud un fraude de ley con la legislación suiza.

6.2. El BREXIT y sus consecuencias inmediatas: primeros apuntes y experiencias

La retirada de Reino Unido de la Unión Europea planteó muchos interrogantes sobre las consecuencias jurídicas que podría ocasionar a sus nacionales y a todos los nacionales europeos que tuvieran derechos pendientes por reconocer en el ámbito de la Seguridad Social. Para facilitar una transición segura, se firmó el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 30 de enero de 2020. El Acuerdo entró en vigor el 01 de enero de 2021 y busca dar solución a todas aquellas personas que se encuentren en una situación transfronteriza Reino Unido–UE, manteniendo la

aplicación de los Reglamentos Comunitarios 883/2004 y 987/2009 para el reconocimiento de las prestaciones de la Seguridad Social.

El Acuerdo recoge en su Título III aquellas situaciones transitorias en las que los interesados están cubiertos por los Reglamentos Comunitarios.

Nacionales de una Parte⁴⁴¹ sujetos a la legislación de la otra a 31 de diciembre de 2020, así como los miembros de sus familias y sus supérstites.

En este caso, los ciudadanos de Reino Unido que a 31 de diciembre de 2020 se encuentren trabajando en España mantendrán sus derechos ante nuestro sistema de Seguridad Social, incluido el acceso a la asistencia sanitaria y el derecho a exportar la prestación.

Nacionales de una Parte residentes en la otra (sujetos a la legislación de su Parte) a 31 de diciembre de 2020, así como los miembros de sus familias y sus supérstites.

Los pensionistas británicos residentes en España a 31 de diciembre de 2020 (por tanto, sujetos a la legislación británica) seguirán con acceso a la asistencia sanitaria a cargo del Estado británico, según lo dispuesto en el Reglamento 883/04 (art. 24).

Nacionales de una Parte que realicen una actividad en el territorio de la otra sin estar sujetos a la legislación ni residir en la otra Parte a 31 de diciembre de 2020, así como los miembros de sus familias y sus supérstites.

Los españoles residentes en España que realicen una actividad simultánea en España y Reino Unido (por ejemplo, Gibraltar), siendo la actividad sustancial en España. Para los conflictos jurídicos, se aplicará la normativa española bajo el principio de ley aplicable del art. 13 del Reglamento 883/2004.

Para aquellas personas y situaciones no cubiertas por el Acuerdo de Retirada a fecha del 31 de diciembre de 2020, se ha establecido un Protocolo especial relativo a la Coordinación de la Seguridad Social. El Protocolo también será aplicable a las personas

⁴⁴¹ Se incluyen también los nacionales de terceros países, refugiados y apátridas, así como los miembros de su familia siempre que cumplan las condiciones del Reglamento 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento 1408/71 y del Reglamento 574/72 a los nacionales de terceros países que debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas.

que, habiéndose encontrado en las situaciones protegidas por el Acuerdo de Retirada, dejen de estarlo con posterioridad.

En cuanto al derecho a la asistencia sanitaria, tanto en estancia temporal como por residencia, el Protocolo establece que los formularios de exportación del derecho se mantendrán igual. En el caso de las tarjetas sanitarias europeas, se reconoce validez a las tarjetas sanitarias creadas por las autoridades británicas (un total de cuatro modelos diferentes). Los interesados asegurados en España que se desplacen al Reino Unido seguirán teniendo derecho a la asistencia sanitaria tanto en estancias temporales por vacaciones, estudios o motivos personales, así como para tratamientos médicos programados. En el caso de residencia habitual, los pensionistas y trabajadores desplazados conservarán su derecho a la asistencia sanitaria.

Los gastos sanitarios ocasionados se reintegran a España a través del procedimiento recogido en el Acuerdo de 18 de junio de 1999, lo que implica la obligación por parte de Reino Unido de realizar anticipos del 90% sobre la facturación presentada por España, tanto por gastos reales, como por cuota global, en un plazo máximo de 6 meses.

CAPÍTULO VI

**EL DERECHO DEL ESPAÑOL A LA
ASISTENCIA SANITARIA EN LOS
ESTADOS EXTRACOMUNITARIOS: LOS
CONVENIOS BILATERALES**

CAPÍTULO VI. EL DERECHO DEL ESPAÑOL A LA ASISTENCIA SANITARIA EN LOS ESTADOS EXTRACOMUNITARIOS: LOS CONVENIOS BILATERALES

1. Introducción

Los Convenios Bilaterales de Seguridad Social son una herramienta muy útil para el mantenimiento de relaciones mercantiles entre los países firmantes. Las relaciones de intercambio internacional también incluyen a los trabajadores que, según las oportunidades ofrecidas, realicen desplazamientos por trabajo u ocio. Durante estos traslados, los Convenios protegen a los interesados, reconociéndoles derechos y prestaciones, incluida la asistencia sanitaria.

La firma de los Convenios no genera un reconocimiento automático de la protección del Sistema de Seguridad Social de los países firmantes, siendo necesario que se recojan las prestaciones incluidas en su ámbito material de aplicación.

En el caso de la asistencia sanitaria, España ha decidido restringir el derecho a su acceso y a su exportación en los Convenios Bilaterales que mantiene o firma⁴⁴². En la actualidad, los Convenios que permanecen en vigor son: España-Andorra, España-Chile, España-Marruecos, España-Perú y España-Túnez. Los cinco Convenios coinciden en la exclusión de los siguientes colectivos en la exportación del derecho a la asistencia sanitaria:

- Titulares de pensión no contributiva
- Trabajadores que han agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de análoga naturaleza, como por ejemplo la RAI.
- Perceptores de la prestación familiar.
- Asegurados en situación de “residentes en España”.
- Afectados por el Síndrome Tóxico.
- Perceptores de las prestaciones LISMI.
- Pensionistas retornados a los que son de aplicación el RD 8/2008, de 11 de enero.
- Titulares del Seguro Escolar.

⁴⁴² Ejemplo de ello son los Convenios entre España-Brasil y España-Ecuador. Desde el 01/01/2010 no se incluye la asistencia sanitaria en el Convenio Bilateral con Ecuador y, desde el 01/03/2018 no se incluye la asistencia sanitaria en el Convenio Bilateral con Brasil.

2. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra de 9 de noviembre de 2001

El Convenio hispano-andorrano se firmó por ambos países el 9 de noviembre de 2001 (BOE el 4 de diciembre de 2002) cuya entrada en vigor fue el 01 de enero de 2003.

Ámbito de aplicación material

El art. 2 del Convenio reconoce la aplicación de las prestaciones por enfermedad común y profesional, así como las derivadas de accidente de trabajo o no laboral, correspondientes a los regímenes de la Seguridad Social, tanto general como los especiales.

Ámbito de aplicación subjetivo

El art. 3 del Convenio reconoce el derecho a *“los trabajadores que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de una o ambas Partes Contratantes, así como a los miembros de sus familias y supervivientes”*. Colectivos asimilados al concepto de *“trabajador”*:

- Suscriptores de Convenios Especiales con al TGSS.
- Excedencias por cuidado de hijos y por cuidado de familiares.
- Suspensión del contrato de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.
- Excedencia por razón de violencia de género o de violencia terrorista.

Aunque solo se menciona a los trabajadores, el derecho se extiende a los pensionistas de una o ambas partes contratantes y a sus familiares. Según el Criterio 2009/14 del INSS, el concepto de trabajador también incluye al perceptor de prestaciones o subsidios por desempleo, siempre que continúe residiendo en España. En el caso del Convenio con Andorra se reconoce el derecho a exportar el derecho durante la estancia temporal en el otro Estado, siendo necesaria la autorización previa del SEPE. Este derecho se amplía a los familiares beneficiarios del interesado, siempre y cuando este no tenga derecho a prestaciones sanitarias derivadas de un derecho propio derivado de su actividad profesional en el otro Estado.

Este Convenio no restringe por nacionalidad, siendo posible el reconocimiento del derecho a los nacionales de cualquier país que cumplan con el requisito del art. 3. Se excluyen de la aplicación de este Convenio los colectivos indicados en el apartado introductorio.

2.1. Situaciones que originan derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados en España en estancias temporales en Andorra

El art. 1 del Convenio define la residencia como “*la estancia habitual y legal de una persona que permanece más de seis meses en el territorio de la parte donde se encuentre el centro de sus intereses*”. Frente a los noventa días que regula nuestra LGSS de 2015, el Convenio establece un límite diferente y más amplio entre *estancia* y *residencia*: ciento ochenta días.

En el caso de las estancias temporales, la norma permite exportar el derecho por motivos particulares, laborales o médicos.

La estancia por motivos particulares se recoge en los arts. 9 y 12.3 del Convenio. Se permite tanto a trabajadores como pensionistas (y sus familiares) exportar el derecho a la asistencia sanitaria en estancias inferiores a 180 días por año natural. Los desplazados temporalmente acceden a su derecho a través del Formulario E-AND11 por el periodo que dure la estancia, siendo posible renovarlo cada tres meses y con el límite de ciento ochenta días.

No obstante, este límite temporal se puede ampliar cuando la estancia es por motivo de estudios, siempre y cuando se acredite que se cursarán durante el periodo solicitado. En ningún caso se emitirá el Formulario para aquellos estudiantes que solo sean titulares en exclusiva del Seguro Escolar, ya que este colectivo está excluido de la aplicación del Convenio Bilateral.

Ahora bien, el Formulario E-AND11 reconoce el derecho a las prestaciones sanitarias necesarias ante una situación médica inmediata, siendo dispensados los servicios sanitarios en las mismas condiciones que a los propios asegurados del sistema andorrano, con los gastos cubiertos por España.

El art. 7 del Convenio hispano-andorrano recoge el derecho a la asistencia sanitaria durante estancias por motivos laborales. Los trabajadores y los familiares que

se trasladen con el asegurado tendrán derecho a la asistencia sanitaria por un máximo de veinticuatro meses consecutivos. El personal itinerante de empresas de transportes terrestres y aéreo con sede en España, que realiza su actividad laboral en ambas partes contratantes tendrán reconocido el derecho por tres meses renovables (art. 7.1.e del Convenio hispano-andorrano).

Para el reconocimiento de este derecho se emite el Formulario E-AND28⁴⁴³, previa autorización de la TGSS.

En cuanto al personal administrativo y técnico que no sea funcionario y los miembros del personal de servicio de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas acreditadas en Andorra, el art. 7.1.h) reconoce el derecho de opción, entre la aplicación de la legislación del Estado acreditante o la de la otra parte. Este colectivo tiene el derecho a la asistencia sanitaria reconocido por el indicado Formulario E-AND28 con una duración indefinida. Su derecho a la cobertura sanitaria es completo, y será dispensada por la Institución andorrana en igualdad de condiciones con sus propios asegurados, siendo el coste asumido por España.

En el caso de los desplazamientos por motivos médicos, el art. 15 permite la autorización a continuar tratamiento en Andorra a los trabajadores por cuenta ajena o propia que estén percibiendo prestaciones sanitarias en España al amparo de una situación de incapacidad temporal. El Formulario E-AND12 se emite por parte del INSS una vez el trabajador haya obtenido la autorización previa del Servicio Público de Salud, siendo válido por el periodo indicado por la autoridad médica⁴⁴⁴.

2.2. Situaciones que originan derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados en España residentes en Andorra

El art. 1 del Convenio determina que la residencia se reconoce como la permanencia por más de seis meses en el territorio de uno de los Estados. El Convenio reconoce el derecho a exportar el derecho a la asistencia sanitaria cuando el trabajador o el pensionista, así como sus familiares, trasladan su residencia de un país al otro.

⁴⁴³ Art. 4 del Acuerdo Administrativo de 9 de noviembre de 2001, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra (BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 2002).

⁴⁴⁴ Art. 6.2 del Acuerdo Administrativo de 9 de noviembre de 2001.

En el caso de los trabajadores que realizan sus labores en España y residen en Andorra, el art. 14 del Convenio reconoce el derecho a percibir prestaciones sanitarias en Andorra, sin límite de cobertura y con cargo a España. El derecho se exportará a través del certificado E-AND06⁴⁴⁵, que debe ser recepcionado en Andorra para hacerse efectivo.

Los familiares tienen el mismo derecho, salvo que cuenten con una cobertura por derecho propio de la legislación andorrana. Cuando realicen traslados a España, los trabajadores tendrán acceso a la asistencia sanitaria completa, mientras que en el caso de los familiares esta cobertura se restringe a las actuaciones sanitarias de inmediata necesidad.

Los familiares de un trabajador asegurado a la Seguridad Social española pueden residir en Andorra y obtener acceso a la asistencia sanitaria andorrana sin límite de cobertura y con cargo a España⁴⁴⁶. Igualmente, tendrán derecho a la asistencia sanitaria los familiares de un perceptor de prestación o subsidio por desempleo, siempre y cuando el perceptor mantenga su residencia en España (Criterio 2009/14 INSS).

Se reconoce el derecho a través del Formulario E-AND09 siempre y cuando los interesados no tengan derecho propio en Andorra. Si retornan a España en estancias temporales, el acceso a la asistencia sanitaria será en los casos de inmediata necesidad.

Los pensionistas españoles y sus familiares gozan del derecho a recibir prestaciones sanitarias en Andorra sin límite de cobertura y a cargo de España, a través del Formulario E-AND21⁴⁴⁷.

En el caso de los pensionistas por legislación mixta (española y andorrana) que residan en Andorra, el art. 12.1 del Convenio establece que el derecho a la asistencia sanitaria se reconocerá según la legislación andorrana y se asumirá el gasto por este mismo país. Los familiares del pensionista estarán sujetos a las mismas reglas, siempre y cuando residan con el pensionista. Si el pensionista residiera en país distinto al de sus familiares, éstos recibirán las prestaciones sanitarias por la Institución del país en el que residan.

⁴⁴⁵ Art. 6.1 del Acuerdo Administrativo de 9 de noviembre de 2001.

⁴⁴⁶ Art. 11 del Convenio hispano-andorrano y art. 7 del Acuerdo Administrativo de 9 de noviembre de 2001.

⁴⁴⁷ Art. 12.2 del Convenio hispano-andorrano y art. 8 del Acuerdo Administrativo de 9 de noviembre de 2001.

2.3. El reintegro de gastos

El reintegro de gastos viene desarrollado en el Título II en su Capítulo 2 del Acuerdo Administrativo de 9 de noviembre de 2001, estipulando la liquidación de gastos a realizar, así como su procedimiento. En el caso del reintegro de gastos sanitarios producidos durante una estancia temporal en Andorra, debemos señalar que, en los accidentes de esquí, no se reintegrará el coste de la atención sanitaria recibida en la pista. Por ello, cuando se solicite el reintegro de una atención médica tras la práctica del deporte, además del Formulario E-AND11, el interesado debe presentar la confirmación o no, del pago del seguro de esquí.

3. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile, de 28 de enero de 1997

El Convenio hispano-chileno se firmó por ambos países el 28 de enero de 1997, se publicó en el BOE el 25 de marzo de 1998 y entró en vigor el 13 de marzo de 1998. No obstante, el 1 de septiembre de 2011 entró en vigor para Chile el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, derogando el Convenio Bilateral España-Chile, salvo en aquellas disposiciones que sean más favorables, el Convenio seguirá en vigor, como es el caso de la prestación por asistencia sanitaria.

Ámbito de aplicación material

Su art. 2 reconoce la aplicación a las prestaciones por enfermedad común y profesional, así como las derivadas de accidente de trabajo o no laboral, correspondientes a los regímenes de la Seguridad Social, tanto general como los especiales.

Ámbito de aplicación subjetivo

El art. 3 del Convenio restringe su ámbito subjetivo exclusivamente a nacionales españoles y chilenos. No se aplica a cualquier otro nacional de otro Estado, aunque esté afiliado al sistema de Seguridad Social de Chile o España. Entre los nacionales de ambos Estados, los colectivos protegidos son:

- a) Los trabajadores (y sus familiares) por cuenta ajena o propia que realicen o hayan realizado alguna actividad laboral en los territorios de España o Chile y,
- b) Los pensionistas (y sus familiares) de uno o ambos países.

Se consideran colectivos asimilados al concepto de “trabajador”:

- Suscriptores de Convenios Especiales con al TGSS.
- Excedencias por cuidado de hijos y por cuidado de familiares.
- Suspensión del contrato de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.
- Excedencia por razón de violencia de género o de violencia terrorista.

Según el Criterio 2009/14 del INSS, el concepto de trabajador también incluye al perceptor de prestaciones o subsidios por desempleo, siempre que continúe residiendo en España. En el caso del Convenio con Chile se reconoce el derecho a exportar el derecho durante la estancia temporal en el otro Estado, siendo necesaria la autorización previa del SEPE. Los familiares beneficiarios del interesado también tendrán derecho a exportar la asistencia sanitaria, siempre y cuando no tengan derecho a prestaciones sanitarias derivadas de un derecho propio derivado de su actividad profesional en el otro Estado.

Se excluyen de la aplicación de este Convenio los colectivos indicados en el apartado introductorio.

3.1. Situaciones que originan derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados en España en estancias temporales en Chile

La estancia no está definida en el Convenio Bilateral. Los periodos de estancia dependen de los motivos del traslado que realice el interesado.

Cuando se trate de un traslado por motivos particulares, los arts. 9 y 12.4 reconocen a los interesados el acceso a toda la cartera de servicios sanitarios de Chile, en igualdad de condiciones con sus propios asegurados y a cargo de España. El Formulario utilizado será el E/CHL-11 (art. 5 del Acuerdo Administrativo de 28 de enero de 1997, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile), el cual lo emitirá el INSS previamente al traslado con un ámbito temporal de aplicación por un periodo de noventa días renovables.

La estancia por motivos laborales también permite el acceso a la asistencia sanitaria de los interesados trasladados, los cuales, además de cumplir con el requisito de la nacionalidad, deben estar relacionados en los colectivos reflejados en el Art. 7 del

Convenio Bilateral. Según el colectivo, el periodo de autorización para exportar el derecho a la asistencia sanitaria será más o menos amplio.

Los trabajadores por cuenta ajena o propia, asegurados en España y desplazados a Chile para realizar un trabajo determinado de carácter temporal o para formar parte de una misión de cooperación tendrán derecho a exportar la asistencia sanitaria por un periodo máximo de tres años consecutivos que debe ser autorizado previamente por TGSS (art. 10 del Convenio).

Los trabajadores, así como sus familiares tienen cobertura sanitaria completa que se dispensará por los servicios sanitarios chilenos en igualdad de condiciones con sus propios asegurados.

En el caso del personal itinerante perteneciente a empresas de transporte marítimo y aéreo con sede en España la duración de la asistencia será la que se indique en el formulario y se renovará cada tres meses. Los funcionarios de misiones diplomáticas tendrán el derecho a optar entre la aplicación de la legislación del estado acreditante o la del otro Estado, teniendo acceso a la asistencia sanitaria durante periodo indeterminado.

3.2. Situaciones que originan derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados en España residentes en Chile

El Convenio hispano-chileno no establece ninguna protección por asistencia sanitaria a los trabajadores que decidan trasladar su residencia habitual de un país a otro. El convenio solo reconoce protección en caso de residencia a los familiares que no residan con el trabajador y a los pensionistas junto a sus familiares.

Los familiares de un trabajador asegurado en España que residan en Chile tendrán derecho a percibir las prestaciones sanitarias en Chile sin límite de cobertura y con cargo a España (art. 11 del Convenio). El derecho se exporta a través del certificado E/CHL-9, siempre que no tengan derecho propio a prestaciones sanitarias por la legislación chilena, en cuyo caso, su cobertura sanitaria estará a cargo de Chile (art. 6 del Acuerdo Administrativo).

Los pensionistas tienen derecho a la asistencia sanitaria en caso de traslado de residencia de uno a otro de los Estados que conforman el Convenio, siempre que, como

indicamos, el responsable de la pensión sea Chile o España. En el caso de los pensionistas españoles que residan en Chile, estos pueden acceder a la asistencia sanitaria junto a sus familiares (Formulario E/CHL-9) sin límite de cobertura y con cargo a la Seguridad Social española (art.12.3 del Convenio y art. 7 del Acuerdo Administrativo). En el caso de que el pensionista perciba la pensión por parte de España y Chile, tanto él como sus familiares, recibirán las prestaciones sanitarias a cargo de Chile y según su legislación nacional (arts. 12.1 y 12.2 del Convenio).

3.3. El reintegro de gastos

Los arts. 13 del Convenio y 9 del Acuerdo Administrativo de 28 de enero de 1997 regulan el reintegro de gastos de asistencia sanitaria. Se recoge el procedimiento a seguir, según las prestaciones reflejadas en la contabilidad de las Instituciones competentes, estableciendo que el valor reclamado por Chile no puede sobrepasar lo estipulado por la normativa interna chilena.

Las prestaciones en metálico asumidas por los propios interesados durante una estancia temporal en Chile no son objeto de reintegro, al no estar regulado en el Convenio.

4. Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, de 8 de noviembre de 1979

El Convenio hispano-marroquí se firmó por ambos países el 8 de noviembre de 1979 y se publicó en el BOE el 13 de octubre de 1982. Entró en vigor a partir del 01 de octubre de 1982.

Ámbito de aplicación material

El art. 2 del Convenio reconoce la aplicación de las prestaciones por enfermedad común y profesional, así como las derivadas de accidente de trabajo o no laboral, correspondientes a los regímenes de la Seguridad Social, tanto general como los especiales.

Ámbito de aplicación subjetivo

En cuanto al ámbito subjetivo, igual que ocurre en el Convenio con Chile, el art. 3 del Convenio restringe su aplicación a nacionales españoles y marroquíes, no siendo posible su aplicación a cualquier otro nacional de otro Estado, aunque esté afiliado al

sistema de Seguridad Social de Marruecos o España. Entre los nacionales, los colectivos protegidos son los trabajadores por cuenta ajena o propia que realicen o hayan realizado alguna actividad laboral en los territorios de España o Marruecos y los pensionistas de uno o ambos países. También se incluyen a los familiares beneficiarios de ambos colectivos.

La interpretación sobre el concepto “*trabajador*” en el caso del Convenio hispano-marroquí es distinta a los demás Convenios Bilaterales, ya que en esta norma se restringe de forma específica su aplicación a personas que ejerzan la actividad laboral (de hecho, se restringe en algunos casos a trabajadores por cuenta ajena, excluyendo a los trabajadores por cuenta propia). No se extiende la protección a las situaciones de no alta (el art. 12 del Convenio recoge la expresión “*trabajadores ocupados*”).

Según el Criterio 2009/14 del INSS, el concepto de trabajador también incluye al perceptor de prestaciones o subsidios por desempleo, siempre que continúe residiendo en España. En el caso del Convenio con Marruecos se reconoce el derecho a exportar el derecho durante la estancia temporal en el otro Estado, siendo necesaria la autorización previa del SEPE. Los familiares beneficiarios del interesado también tendrán derecho a exportar la asistencia sanitaria, siempre y cuando no tengan derecho a prestaciones sanitarias derivadas de un derecho propio derivado de su actividad profesional en el otro Estado.

4.1. Situaciones que originan derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados en España en estancias temporales en Marruecos

El Convenio hispano-marroquí presenta una particularidad en cuanto a la protección de la asistencia sanitaria durante estancias temporales: se reconoce el derecho a los españoles trabajadores en Marruecos cuando se desplazan a España y a los trabajadores marroquíes en España cuando se trasladan a Marruecos. Por tanto, la protección depende de la nacionalidad y de que el interesado retorne al país de su nacionalidad.

El art. 12 del Convenio Bilateral recoge el derecho a la exportación de la asistencia sanitaria en los traslados a Marruecos para estancia temporal a los trabajadores marroquíes por cuenta ajena en España. Se emite el Formulario EM-4 al ciudadano marroquí, así como a sus familiares (sólo cónyuge e hijos), reconociendo el

acceso a la asistencia sanitaria en caso de urgencia médica en Marruecos, a cargo de la Seguridad Social Española (art. 7 del Acuerdo Administrativo de 8 de febrero de 1984, para la aplicación del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos).

En el caso de los españoles, se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los trabajadores por cuenta ajena afiliados al sistema de Seguridad Social marroquí que realicen estancias en España por motivos particulares. La protección que se confiere a los interesados es únicamente en los traslados para estancias por razones particulares. El Convenio no reconoce el derecho a la asistencia sanitaria por estancias por motivos laborales.

Para las estancias por motivos médicos, el art. 13 del Convenio Bilateral reconoce el derecho a la asistencia sanitaria en Marruecos a cargo de España a los trabajadores de nacionalidad, española o marroquí, que estén percibiendo la prestación por incapacidad temporal. El certificado de derecho EM-4 se emite por parte del INSS tras autorización previa y preceptiva del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma.

4.2. Situaciones que originan derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados en España residentes en Marruecos

El traslado de residencia a Marruecos permite el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria a los pensionistas (marroquíes o españoles) y a los familiares que no residan con el trabajador. En ambos casos, solo tienen derecho los nacionales españoles o marroquíes que tengan derecho a la asistencia sanitaria en España y que no pertenezcan a un colectivo excluido para la exportación. El derecho se exporta a través del Formulario EM-6, permitiendo el acceso a los servicios sanitarios en Marruecos sin límite de cobertura y con cargo a España (arts. 8 y 9 del Acuerdo Administrativo).

En el caso de los pensionistas, la asistencia sanitaria depende de si la prestación se ha reconocido por legislación española o mixta. El art. 16.1 del Convenio Bilateral permite recibir prestaciones sanitarias en Marruecos a cargo de España cuando el pensionista lo sea exclusivamente por legislación española. Si el pensionista lo es por ambas legislaciones, Marruecos es el Estado competente para reconocer la prestación y asumirá el coste de los servicios sanitarios utilizados (art. 16.2 del Convenio). Los

familiares del pensionista tienen derecho a la asistencia sanitaria siempre que residan junto al pensionista.

En cuanto a los familiares del trabajador que residen en Marruecos, el art. 15 del Convenio sí recoge la posibilidad de que accedan a la asistencia sanitaria aun sin residir junto al asegurado. A través del Formulario EM-6 se le reconoce el derecho a la asistencia sanitaria sin límite a cargo de España. Si el miembro de la familia tiene derecho a las prestaciones sanitarias por título propio por la legislación marroquí, su cobertura sanitaria corre a cargo de Marruecos.

4.3. Reintegro de gastos

El reintegro de gastos sanitarios se realizará en base a los gastos reales según el procedimiento establecido en el art. 13 del Acuerdo Administrativo de 8 de febrero de 1984. No se recoge la posibilidad de reintegro por gastos realizados por el propio interesado en estancias temporales.

5. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Perú, de 16 de junio de 2003

El Convenio hispano-peruano se firmó por ambos países el 16 de junio de 2003, y se publicó en el BOE el 5 de febrero de 2005. Entró en vigor a partir del 01 de febrero de 2005. Desde el 20 de octubre de 2016 entró en vigor para Perú el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, por tanto, derogando el Convenio Bilateral España-Perú. No obstante, en aquellas disposiciones que sean más favorables, el Convenio seguirá en vigor, como es el caso de la prestación por asistencia sanitaria.

Ámbito de aplicación material

El art. 2 del Convenio reconoce la aplicación de las prestaciones por enfermedad común y profesional, así como las derivadas de accidente de trabajo o no laboral, correspondientes a los regímenes de la Seguridad Social, tanto general como los especiales.

Ámbito de aplicación subjetivo

En cuanto al ámbito subjetivo, el art. 3 del Convenio restringe su aplicación a nacionales españoles y peruanos, no siendo posible su aplicación a cualquier otro nacional de otro Estado, aunque esté afiliado al sistema de Seguridad Social de Perú o

España. Entre los nacionales, los colectivos protegidos son los trabajadores por cuenta ajena o propia, que realicen o hayan realizado alguna actividad laboral en los territorios de España o Perú y los pensionistas de uno o ambos países. También se incluyen a los familiares beneficiarios de ambos colectivos.

Los colectivos asimilados al concepto de “*trabajador*” son:

- Suscriptores de Convenios Especiales con el TGSS.
- Excedencias por cuidado de hijos y por cuidado de familiares.
- Suspensión del contrato de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.
- Excedencia por razón de violencia de género o de violencia terrorista.

Según el Criterio 2009/14 del INSS, el concepto de trabajador también incluye al perceptor de prestaciones o subsidios por desempleo, siempre que continúe residiendo en España. En el caso del Convenio con Perú se reconoce el derecho a exportar el derecho durante la estancia temporal en el otro Estado, siendo necesaria la autorización previa del SEPE. Los familiares beneficiarios del interesado también tendrán derecho a exportar la asistencia sanitaria, siempre y cuando no tengan derecho a prestaciones sanitarias derivadas de un derecho propio derivado de su actividad profesional en el otro Estado.

Los asegurados que dispongan de doble nacionalidad española y peruana serán tratados de forma especial en el Convenio hispano-peruano, ya que no pueden estar sometidos de forma simultánea a las legislaciones de ambos países. Esto se debe al art. 3 del Convenio de doble nacionalidad España-Perú⁴⁴⁸ que prohíbe la aplicación de ambas legislaciones en cuestiones de otorgamiento del pasaporte, protección diplomática, ejercicio de derechos civiles y políticos, derechos de trabajo y seguridad social, así como las obligaciones militares con cada país. Por ello, el Convenio de doble nacionalidad toma el domicilio como punto de referencia, de tal manera que los ciudadanos nacionales de ambos países estarán sujetos a la legislación del país en el que tengan fijado su domicilio.

⁴⁴⁸ Instrumento de Ratificación del Convenio sobre Doble Nacionalidad entre España y Perú. BOE núm. 94, de 19 de abril de 1960.

En el caso del Convenio hispano-peruano de Seguridad Social, los peruanos con doble nacionalidad española-peruana asegurados en España y que residen en España no tienen derecho a exportar la asistencia sanitaria en sus estancias temporales en Perú. En el caso de los españoles con doble nacionalidad española-peruana asegurados en Perú y que residen en Perú, tampoco podrán exportar el derecho a la asistencia sanitaria en sus estancias temporales en España en aplicación del art. 9 del Convenio hispano-peruano. En este último caso, el derecho a la asistencia sanitaria en España estará protegido a través del RD 8/2008, siempre que cumplan con los requisitos exigidos por la norma.

Se excluyen de la aplicación de este Convenio los colectivos indicados en el apartado introductorio.

5.1. Situaciones que originan derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados españoles y peruanos

El Convenio hispano-peruano solo contempla la posibilidad de exportación del derecho en el caso de las estancias temporales en España o Perú cuando éstas sean por motivos particulares (art. 9 del Convenio). Por tanto, no existe derecho a exportar la asistencia sanitaria por motivos médicos, laborales o de residencia.

El Convenio Bilateral es bastante restrictivo en cuanto al reconocimiento del derecho, dejando un margen reducido a la aplicación de la asistencia sanitaria. Solo es posible la exportación en el caso de estancias temporales cuando las mismas se realizan por nacionales peruanos asegurados en España que se desplazan a Perú o, cuando nacionales españoles asegurados en Perú se desplazan a España. En ambos casos, la nacionalidad del interesado debe coincidir con el país donde se realizará la estancia, siendo responsable del gasto médico ocasionado el país de aseguramiento. El reconocimiento del derecho se realizará a través de un certificado emitido por las instituciones competentes de cada país según lo dispuesto en los arts. 9 del Convenio hispano-peruano y 7 del Acuerdo Administrativo de 18 de abril de 2007, ya que no existe formulario estándar aprobado.

El art. 9.2 del Convenio extiende el derecho a los miembros de la familia que sean beneficiarios del asegurado y que le acompañen durante la estancia temporal.

5.2. Reintegro de gastos

El reintegro de gastos sanitarios se realizará en base a los gastos reales según el procedimiento establecido en el art. 8 del Acuerdo Administrativo de 18 de abril de 2007. No se recoge la posibilidad de reintegro por gastos realizados por el propio interesado en sus estancias temporales.

6. Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001

El Convenio hispano-tunecino se firmó por ambos países el 26 de febrero de 2001 y se publicó en el BOE el 26 de diciembre de 2001. Entró en vigor a partir del 01 de enero de 2002.

Ámbito de aplicación material

El art. 2 del Convenio reconoce la aplicación de las prestaciones por enfermedad común y profesional, así como las derivadas de accidente de trabajo o no laboral, correspondientes a los regímenes de la Seguridad Social, tanto general como los especiales.

Ámbito de aplicación subjetivo

En cuanto al ámbito subjetivo, el art. 3 del Convenio restringe su aplicación a nacionales españoles y tunecinos, no siendo posible su aplicación a cualquier otro nacional de otro Estado, aunque esté afiliado al sistema de Seguridad Social de Túnez o España. Entre los nacionales, los colectivos protegidos son los trabajadores por cuenta ajena o propia que realizan o hayan realizado alguna actividad laboral en los territorios de España o Túnez y los pensionistas de uno o ambos países. También se incluyen a los familiares beneficiarios de ambos colectivos, así como a los apátridas y refugiados que residen habitualmente en el territorio de uno de los Estados.

La interpretación sobre el concepto “*trabajador*” en el caso del Convenio hispano-tunecino es distinta a los demás Convenios Bilaterales, ya que en esta norma se restringe de forma específica su aplicación a personas que ejerzan la actividad laboral (de hecho, se restringe en algunos casos a trabajadores por cuenta ajena, excluyendo a los trabajadores por cuenta propia). No se extiende la protección a las situaciones de no alta (el art. 9 del Convenio).

Según el Criterio 2009/14 del INSS, el concepto de trabajador también incluye al perceptor de prestaciones o subsidios por desempleo, siempre que continúe residiendo en España. En el caso del Convenio con Túnez se reconoce el derecho a exportar el derecho durante la estancia temporal en el otro Estado, siendo necesaria la autorización previa del SEPE. Los familiares beneficiarios del interesado también tendrán derecho a exportar la asistencia sanitaria, siempre y cuando no tengan derecho a prestaciones sanitarias derivadas de un derecho propio derivado de su actividad profesional en el otro Estado.

6.1. Situaciones que originan derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados en España en estancias temporales en Túnez

El Convenio hispano-tunecino presenta la misma particularidad que el Convenio hispano-marroquí en cuanto a la protección de la asistencia sanitaria durante estancias temporales: se reconoce el derecho a los españoles trabajadores en Túnez cuando se desplazan a España y a los trabajadores tunecinos en España cuando se trasladan a Túnez. Por tanto, la protección dependerá de la nacionalidad y de que el interesado retorne al país de su nacionalidad.

El art. 9 del Convenio Bilateral recoge el derecho a la exportación de la asistencia sanitaria en los traslados a Túnez para estancia temporal a los trabajadores tunecinos por cuenta ajena en España. Se emitirá el Formulario ES/TUN-11 al ciudadano tunecino, así como a sus familiares, por un periodo máximo de tres meses (prorrogables por otros tres meses), reconociendo el acceso a la asistencia sanitaria en caso de urgencia médica en Túnez, a cargo de la Seguridad Social Española (art. 6 del Acuerdo Administrativo de 9 de septiembre de 2004, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez).

En el caso de los españoles, se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los trabajadores por cuenta ajena afiliados al sistema de Seguridad Social tunecino que realicen estancias en España por motivos particulares. La protección que se confiere a los interesados es únicamente en los traslados para estancias por razones particulares. El Convenio no reconoce el derecho a la asistencia sanitaria por estancias por motivos laborales.

Para las estancias por motivos médicos, el art. 11 del Convenio Bilateral reconoce el derecho a la asistencia sanitaria en Túnez a cargo de España a los trabajadores de nacionalidad, española o tunecina, que estén percibiendo la prestación por incapacidad temporal. El certificado de derecho ES/TUN-12 se emite por parte del INSS tras autorización previa y preceptiva del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma.

6.2. Situaciones que originan derecho a la asistencia sanitaria a los asegurados en España residentes en Túnez

El traslado de residencia a Túnez permite el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria a los pensionistas (tunecinos o españoles) y a los familiares que no residan con el trabajador. En ambos casos, solo tienen derecho los nacionales españoles o tunecinos que tengan derecho a la asistencia sanitaria en España y que no pertenezcan a un colectivo excluido para la exportación. El derecho se exporta a través del Formulario ES/TUN-09, permitiendo el acceso a los servicios sanitarios en Túnez sin límite de cobertura y con cargo a España.

En el caso de los pensionistas, la asistencia sanitaria depende de si la prestación se ha reconocido por legislación española o mixta. El art. 12.3 del Convenio Bilateral permite recibir prestaciones sanitarias en Túnez a cargo de España cuando el pensionista lo sea exclusivamente por legislación española. Si el pensionista lo es por ambas legislaciones, Túnez es el competente para reconocer la prestación y asume el coste de los servicios sanitarios utilizados (art. 12.1 y 2 del Convenio). Los familiares del pensionista tienen derecho a la asistencia sanitaria siempre que residan junto al pensionista. El certificado del derecho es el Formulario ES/TUN-21, que será emitido por el INSS a los pensionistas españoles que decidan cambiar su residencia a Túnez (art. 8 del Acuerdo Administrativo).

En cuanto a los familiares del trabajador que residan en Túnez, el art. 10 del Convenio sí recoge la posibilidad de que accedan a la asistencia sanitaria aun sin residir junto al asegurado. A través del Formulario ES/TUN-09 se le reconoce el derecho a la asistencia sanitaria sin límite a cargo de España (art. 7 del Acuerdo Administrativo). Si el miembro de la familia tiene derecho a las prestaciones sanitarias por título propio por la legislación tunecina, su cobertura sanitaria estará a cargo de Túnez.

6.3. Reintegro de gastos

El reintegro de gastos sanitarios se realiza en base a los gastos reales según el procedimiento establecido en el art. 11 del Acuerdo Administrativo de 9 de septiembre de 2004 y el Acuerdo particular relativo al reembolso de los gastos de asistencia sanitaria entre el Reino de España y la República de Túnez⁴⁴⁹. No se recoge la posibilidad de reintegro por gastos realizados por el propio interesado en estancias temporales.

⁴⁴⁹ Anexo al acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez. BOE de 28 de enero de 2005.

VII. CONCLUSIONES

VII. CONCLUSIONES

I

El derecho a la asistencia sanitaria pública nace de la necesidad de políticas sociales a la población más desfavorecida.

II

El derecho a la asistencia sanitaria es el resultado de un proceso de evolución que tiene su inicio en la beneficencia privada que se limitaba al cuidado de las necesidades básicas y se financiaba por la caridad tradicional y la buena voluntad de sus benefactores, siendo totalmente discrecional.

III

La asistencia sanitaria como derecho público solo se desarrollará en España tras finalizar el Antiguo Régimen, utilizando como base la estructura insuficiente pero existente de la beneficencia privada.

IV

La asistencia sanitaria pública se concibe como una composición de elementos que van más allá del derecho individual de cada uno a gozar de unos servicios sanitarios dignos, incluyendo también políticas públicas de salubridad e higiene.

V

La confluencia entre las insuficientes políticas sociales por parte del Estado y el inicio de los movimientos mutualistas de ahorro voluntario fue el caldo de cultivo para el surgimiento de los primeros sistemas de previsión social. Ante este reclamo social, los Estados europeos se vieron obligados a reaccionar dentro de sus ordenamientos jurídicos para ofrecer una alternativa pública más fiable, y contener así, el malestar entre la clase obrera.

VI

La Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 reconoce por primera vez la protección ante riesgos profesionales, incluyendo en su acción protectora una asistencia sanitaria médica y una prestación farmacéutica exclusivamente para el

trabajador lesionado. Aun siendo avanzada para la época, la norma no reconoció la obligatoriedad del aseguramiento de los trabajadores.

VII

La primera expresión de aseguramiento obligatorio ante situaciones de enfermedad se encuentra en el Seguro Obligatorio de Enfermedad (SOE) de 1942, el cual representó un avance en cuanto a la concepción de riesgo, ya que protegía frente a enfermedades comunes y accidentes no laborales.

VIII

El SOE nace de una necesidad de *publicación* del derecho ante la carencia de protección ofrecida por los seguros privados. El carácter contributivo del seguro supuso un avance en el sistema sanitario español, ya que estableció la vinculación directa de la condición de trabajador con el derecho a la asistencia sanitaria y, la obligación del empleador de mantener el coste de las prestaciones sanitarias a través de sus aportaciones. Sin embargo, al no incluir a todos los trabajadores, limitaba el acceso al seguro a otros sectores igualmente desprotegidos.

IX

La creación del sistema de Seguridad Social en España es consecuencia directa de la evolución normativa en torno al derecho a la asistencia sanitaria.

X

La necesidad de unificar y coordinar los múltiples sistemas de seguros sociales y de seguros de enfermedad impulsó la elaboración de un marco normativo singular en España, permitiendo así la creación de la Seguridad Social en nuestro país. Durante la década de los años 60 se promulgaron las normas fundadoras del sistema: la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social y el Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

XI

La Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social incluye como parte de la acción protectora del sistema de Seguridad Social a la

asistencia sanitaria derivada de contingencias profesiones y comunes, unificando en un único texto normativo la protección de la Ley de Accidentes de Trabajo y el SOE.

XII

Con la aprobación de la Constitución Española de 1978, el derecho a la protección de la salud cobra relevancia constitucional, pero sin el reconocimiento como derecho fundamental.

XIII

La asistencia sanitaria se enmarca tanto en las competencias del Estado como en las de las Comunidades Autónomas.

XIV

El art. 43 de la Constitución Española recoge el derecho a la protección de la salud como un concepto amplio, que abarca tanto el contenido del derecho a la asistencia sanitaria individual, como las medidas públicas sanitarias. La inclusión del derecho a la protección de la salud dentro de la Constitución se debe a la importancia dada por el legislador a la salud como elemento de *necesidad básica* del ser humano, puesto que el individuo solo puede ser libre y llevar una vida digna si se suplen sus necesidades más básicas. El desarrollo normativo del derecho a la salud enunciado en el art. 43 de la Constitución se realiza a través de la Ley General de Sanidad y de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

XV

La Ley General de Sanidad tiene como objetivo la promoción de la salud, garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de salud, y una percepción más social del derecho a través de medidas de rehabilitación funcional y de reinserción social del paciente tanto en la atención primaria como en la especializada.

XVI

La Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud tiene por finalidad dar coherencia a las competencias en materia de sanidad pública de las comunidades autónomas.

XVII

El derecho a la asistencia sanitaria pública tiene vocación de *universal*.

XVIII

La asistencia sanitaria ha sido objeto de sucesivas ampliaciones en su cobertura, pasando por un proceso que le ha permitido ampliar su contenido subjetivo. Frente a las primeras normas reguladoras que establecían un sistema financiado por las contribuciones de los trabajadores y empresarios, el ordenamiento jurídico se ha alejado del encorsetamiento contributivo para acercarse cada vez más a un modelo más social. No obstante, en la última década, las reformas impulsadas que han sido regresivas, reduciendo los colectivos con derecho a la asistencia sanitaria pública.

XIX

Los conceptos de “*asegurado*” y “*beneficiario*” se recogen por primera vez en el RDL 16/2012, de 20 de abril. En estos dos grandes grupos, se encuadrarán a los titulares del derecho a efectos no solo del acceso a la asistencia sanitaria, sino también para el copago farmacéutico y la asistencia sanitaria internacional.

XX

La condición de *asegurado* es el título jurídico que determina la vinculación del interesado con el Sistema Público de Salud.

Se consideran asegurados del sistema los trabajadores, pensionistas, perceptores de prestaciones periódicas de la Seguridad Social (incluido el subsidio por desempleo) o que hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo. De forma residual, se reconoce como asegurado a todo interesado que no se encuentre en los supuestos enmarcados por la ley, pero que mantiene su residencia en España.

XXI

La condición de *beneficiario* es el título jurídico que determina la vinculación del interesado con un *asegurado* del Sistema Público de Salud.

Los beneficiarios son sujetos que no tienen por sí mismos, el derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita, sino que disfrutan de la asistencia sanitaria

como un derecho derivado. La relación entre asegurado y beneficiario se basa en una situación de dependencia familiar y económica. Los beneficiarios son los miembros de la familia del asegurado establecidos por ley, que dependen económicamente del mismo.

XXII

La nacionalidad es un elemento distintivo en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria.

XXIII

El reconocimiento de derechos y deberes a los extranjeros gravita entorno a su situación administrativa en territorio español. En España, los requisitos de entrada varían según la nacionalidad del extranjero, existiendo, por tanto, un régimen específico para los nacionales europeos y otro genérico de extranjería, en el cual se encuentran los nacionales de terceros países que no forman parte de régimen europeo. En ambos casos, nuestra legislación de extranjería requiere al extranjero que su permanencia en territorio español no ocasione ningún coste al Sistema Público de Salud.

XXIV

La relación de dependencia entre las autorizaciones para residir en España y el derecho a la asistencia sanitaria ocasionan situación de conflicto interno, excluyendo a colectivos vulnerables en el caso de la reagrupación familiar de los ascendientes.

XXV

El libre acceso a la asistencia sanitaria por parte de los extranjeros en situación irregular, genera una distorsión en el reconocimiento del derecho frente a los inmigrantes en situación regular.

XXVI

A diferencia de los residentes legales, aquellos cuya situación administrativa es irregular tendrán derecho a la asistencia sanitaria en *“las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española”*.

XXVII

La asistencia sanitaria de los funcionarios públicos se difiere de la reconocida a los demás ciudadanos en sus aspectos objetivo, subjetivo y de gestión. Los funcionarios públicos pueden disfrutar de la asistencia sanitaria con el Sistema Público de Salud o a través de los conciertos firmados entre sus Mutualidades y aseguradoras privadas.

XXVIII

No se justifica el mantenimiento del Seguro Escolar como un régimen propio del sistema de Seguridad Social, siendo razonable la asunción de sus competencias por parte de algunas Comunidades Autónomas.

XXIX

En materia de derecho comunitario, la asistencia sanitaria se delimita como una prestación que no debe incluir prestaciones sociales.

XXX

El acceso a la asistencia sanitaria en otro Estado miembro puede generar dudas en cuanto a la idoneidad del reintegro de gastos en los casos en que la estancia sea para recibir un tratamiento médico programado. El acceso a la asistencia sanitaria en distinto Estado miembro se justifica ante la imposibilidad de dispensar el tratamiento médico en el Estado de residencia del paciente o una mejor eficacia en el tratamiento ofrecido en otro Estado.

XXXI

El reintegro del gasto realizado por los interesados en cuanto a servicios médicos obtenidos por la vía del art. 20 del Reglamento 883/04 solo es posible cuando el Estado competente autorice el traslado.

XXXII

La aprobación de la Directiva 2011/24/UE consiste en la liberalización del derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza. Se establece un sistema complementario al ya existente de los Reglamentos Comunitarios, con el objetivo de reconocer la aplicación directa del principio de libre prestación de servicios y la libre circulación transfronteriza de productos sanitarios y de pacientes.

XXXIII

El sistema que propone la Directiva se apoya en la libre elección de servicios sanitarios público o privados y el posterior reembolso del Estado competente. Mientras en el sistema de la Seguridad Social comunitaria el interesado tiene derecho a exportar su asistencia sanitaria en sus estancias y permanencias en otros Estados miembros, la Directiva facilita el acceso a la asistencia sanitaria programada, reconociendo a los interesados el derecho a obtener reembolso del gasto médico suportado fuera del Estado competente.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAM ROMERO, M. y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., 2009. *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*. 1ª ed., Murcia, Laborum.
- AGUADO I CUDOLÀ, V., 2014. Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, vol. 99, pp. 87-110.
- AGUADO I CUDOLÀ, V., 2003. La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (II). *Cuadernos de derecho local*, vol. 1, pp. 58-88.
- AGUELO NAVARRO, P., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., MONEREO PÉREZ, J.L., y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., 2012. *Comentario a la Ley y al reglamento de extranjería, inmigración e integración social: (LO 4/2000 y RD 557/2011)*. 2ª ed. Granada, Comares.
- ALONSO GARCÍA, N., 2017. La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular a la luz de la STC 139/2016, de 21 de julio de 2016: universalidad vs. gratuidad. *Unión Europea Aranzadi*, vol. 2, pp. 41-57.
- ALONSO OLEA, M., 1994. *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*. 1ª ed. Madrid, Cívitas.
- ALONSO-OLEA GARCÍA, B., 2016. *Derecho de la protección social: derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales*. 3ª ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- ÁLVAREZ ALONSO, D., 2021. *Accidente de trabajo*. En GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M. A., *Contingencias y prestaciones de seguridad social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. 1ª ed., Madrid, Editorial Reus, pp. 41-80.
- AMAADACHOU KADDUR, F., 2011. Tratamiento de la inmigración ilegal en España. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 4, pp. 175-2000.

- ANGUITA OSUNA, J. E., 2019. Análisis histórico-jurídico de la beneficencia española de mediados del siglo XIX: la “Ley de Beneficencia” de 1849 y su Reglamento de ejecución de 1852. *Aportes*, núm. 99, pp. 89-121.
- APARICIO TOVAR, J., 2016. Derecho a la asistencia sanitaria. *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. 1ª ed., Murcia, Laborum, pp. 31-56.
- ARANCIBIA RAGGIO, P., 2011. Pacientes y sistemas sanitarios en el punto de mira de la UE: antecedentes y contexto de la nueva Directiva sobre derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. *Revista española de derecho europeo*, vol. 39, pp. 337-371.
- ARETA MARTÍNEZ, M., 2015. La integración en el Sistema Nacional de Salud del personal de los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra. STSJ Navarra 28 octubre 2014 (AS 2015, 549). *Nueva revista española de derecho del trabajo*, vol. 178, pp. 367-391.
- ARIAS DOMINGUEZ A., 2013 *Cuestiones laborales de actualidad: estudios jurídicos en homenaje al profesor Dr. Feliciano González Pérez*. 1ª ed., Madrid, Dykinson.
- ARRESE IRIONDO, M.N., 2012. *La ciudadanía de la Unión Europea y la libertad de circulación de los familiares extranjeros*. 1ª ed., Bilbao, Lete.
- ARZOLA ASTACIO, H.L., 2017. Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, vol. 11, pp. 97-145.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, 2011. *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías: XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., ARANA GARCÍA, E., BARRANCO VELA, R., ALBIEZ, J., ARANA GARCÍA, E., BALAGUER CALLEJÓN, F., BALAGUER, F., OLLERO, I. y PASQUAU, M., 2014. *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*. 1ª ed., Navarra, Thomson Reuters-Civitas.

- BARRIOS FLORES, L.F., 2013. *Régimen jurídico de la sanidad penitenciaria*. 1ª ed., Navarra, Aranzadi.
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L., 2014. Varapalo del Tribunal Constitucional a los recortes en el acceso a la asistencia sanitaria pública. *Revista Aranzadi Doctrinal*, vol. 5, pp. 123-131.
- BENLLOCH SANZ, P., 2016. La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular: situación actual y perspectivas. *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. 1 ed., Murcia, Laborum, pp. 161-168.
- BLASCO LAHOZ, J.F., 2006. *Los regímenes especiales de funcionarios públicos: una protección mutualista*. 1ª ed., Albacete, Bomarzo.
- BONACHE BERMEJO, F., 2008. Seguro escolar. *Foro de Seguridad Social*, vol. 20, pp. 149-153.
- BONDIA GARCÍA, D., 2010. El Convenio Europeo de derechos humanos y los derechos sociolaborales. *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. 1 ed., Barcelona, Huygens, pp. 225-242.
- CALLAU DALMAU, P., 2018. La Seguridad Social: un elemento fundamental del mandato de la OIT desde su creación en 1919. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, vol. 39, pp. 26-50.
- CALVO RAMÍREZ, C., 1997. *Clases pasivas del Estado: prestaciones derivadas de la Guerra Civil, 1936-1939*. 1ª ed., Madrid, Boletín Oficial del Estado (BOE).
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (dir.) y PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), 2013. *Tratado de derecho sanitario (vol. I)*. 1ª ed., Navarra, Aranzadi.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (dir.), 2017. *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa: Retos y desafíos para el Sistema Nacional de Salud*. 1ª ed., Navarra, Aranzadi Thomson Reuters.
- CARMONA BAYONA, E.F., 2019. Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad 1969 (núm. 130). *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, pp. 1018-1032.

- CARRASCOSA BERMEJO, M.D., 2004. La coordinación comunitaria de la Seguridad Social: ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71. 1ª ed., Madrid, Consejo Económico y Social de España.
- CARRASCOSA BERMEJO, M.D., 2010. Libre prestación de servicios y reembolso de gastos de hospitalización no programada durante estancia temporal en otro Estado miembro: ¿procede abonar el "complemento diferencial Vanbraekell"? Comentario a la STJ (Gran Sala) 15-6-2010. Asunto Comisión Europea contra el Reino de España C-211/08, TJCE 2010, 175). *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 11, pp. 45-60.
- CASTILLO, S. y RUZAFÁ ORTEGA, R. (coords.), 2009. *La previsión social en la historia: actas del VI Congreso de Historia Social de España, Vitoria, 3-5 de julio de 2008*. 1ª ed., Madrid, Siglo XXI.
- CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ BLANCO, M., 2004. Seguridad Social de ministros de culto y religiosos. *Ius canonicum*, Vol. 44, núm. 87, pp. 153-196.
- CAYO PÉREZ BUENO, L. (coord.) y DE LORENZO GARCÍA, R., 2016. *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. 1ª ed., Murcia, Laborum.
- COLSA SALIETO, J. y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., 2010. *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social: Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*. 1ª ed., Murcia, Laborum.
- COMÍN, F., 2010. *Los seguros sociales y el estado de bienestar en el siglo XX*. 1ª ed., Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza (Universidad de Zaragoza).
- CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE DIPLOMADOS EN TRABAJO Y ASISTENTES SOCIALES, 1988. *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*. 2ª ed., Madrid, Siglo XXI de España.
- CORREAS SOSA, I., 2012. Apuntes sobre la importancia de una necesaria coordinación administrativa de las prestaciones sanitarias. *Revista Derecho y Salud*, vol. 22 (Congreso Extraordinario XXI), pp. 158-170.

- CRISTÓBAL RONCERO, R., 2000. Alcance de la asistencia sanitaria en otro Estado miembro de la Unión Europea: STSJ País Vasco 30 mayo 2000 (AS 2000, 1748). *Aranzadi social*, vol. 2, pp. 3088-3095.
- DELGADO DEL RINCÓN, L.E., 2014. El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. *Revista de estudios políticos*, vol. 163, pp. 189-231.
- DELGADO DEL RINCÓN, L.E., 2019. *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*. 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- DE LA LAMA RIVERA, L.J., 1955. El accidente por el estudio en el Seguro Escolar. *Revista de Política Social (ed. Centro de Estudios Políticos Constitucionales)*, núm. 28 (octubre – diciembre de 1955), pp. 35-83.
- DOLZ LAGO, M., 2004. *El régimen especial de seguridad social de los funcionarios de la administración civil del Estado*. 1ªed., Valencia, Tirant Lo Blanch.
- ESPINAR VICENTE, J.M. y GUZMÁN PECES, M., 2017. *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*. 1ªed., Madrid, Dykinson.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. y GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., 2016. El derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria. *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. 1ª ed., Murcia, Laborum, pp. 203-212.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., 2001. La protección social de los extranjeros en España. *Aranzadi social*, vol. 5, pp. 1279-1298.
- FERRANDO GARCÍA, F.M., 2008. Singularidades del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. *Foro de Seguridad Social*, vol. 20, pp. 133-148.
- GARCÍA MURCIA, J., 2009. Organización por el Estado de un Instituto Nacional de Previsión. *Legislación Histórica de Previsión Social*. 1ª ed., Murcia, Thomson Reuters Aranzadi.

- GARCÍA MURCIA, J. (dir.), CASTRO ARGUELLES, M. A. (dir) y RODRIGUEZ CARDO, I. A. (doc.), 2009. *Legislación Histórica de Previsión Social*. 1ª ed., Murcia, Thomson Reuters Aranzadi.
- GARCIA MURCIA, J. y RODRIGUEZ CARO, I. A., (2014). Asistencia sanitaria transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea: de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes a una regulación específica. *Foro Nueva época*, vol. 17, núm. 1, pp. 309-329.
- GARCÍA PIÑEIRO, N.P., 2007. *Sobre la responsabilidad de las Mutuas en la prestación de asistencia sanitaria derivada de accidente de trabajo: la condición de pensionista. Comentario a la sentencia del TSJ de Castilla y León/Burgos de 25 de enero de 2002*. En DOMBLÁS, M. A. (coord.) y FERNANDEZ BARAIBAR, M. (coord.), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*. 1ª ed., Navarra, Aranzadi, pp. 387-394.
- GARCÍA ROMERO, B., 2016. El derecho a la prestación farmacéutica para personas con discapacidad y el dispar régimen de participación. *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. 1ª ed., Murcia, Laborum, pp. 751-760.
- GARCÍA ROMERO, B. (coord..) y DE LA PEÑA AMORÓS, M. M. (coord.), 2017. *Cuestiones actuales de la prestación farmacéutica y los medicamentos*. 1ª ed. Madrid, Dykinson.
- GARCÍA ROMERO, B., 2017. Capítulo II. Ámbito subjetivo de la prestación farmacéutica. *Cuestiones actuales de la prestación farmacéutica y los medicamentos*. 1ª ed. Madrid, Dykinson, pp. 33-58.
- GARRIDO Y COMAS, J. J., 1960. *Ensayo para una Teoría de la Mutualidad*. 1ª ed., Barcelona, Bosch.
- GEREMEK, B., 1998. *La piedad y la horca: historia de la miseria y de la caridad en Europa*. 1ª ed., Madrid, Alianza
- GÓMEZ, T., MATARÍN, M., y MONTES, J., 2020. *Historia del seguro de enfermedad en España: desde finales del XIX a la actualidad*. 1ª ed., Madrid, Catarata.

- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., 2009. *El cambio en la gestión institucional de la previsión social*. 1ª ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- GONZALO GONZÁLEZ, B., 1995. *Introducción al derecho internacional español de seguridad social*. 1ª ed., Madrid, Consejo Económico y Social de España.
- GRAU PINEDA, M.C., 2006. De nuevo sobre el reintegro de gastos médicos ocasionados en otro Estado miembro de la Unión Europea: el derecho a recibir tratamiento médico en un plazo razonable de tiempo y las listas de espera. Comentario a la STJCE de 16 de mayo de 2006 (TJCE 2006, 141). *Aranzadi social*, vol. 2, pp. 2927-2935.
- GUERRA MUÑOYERRO, C., 1995. *La protección social de los afectados por el síndrome tóxico*. 1ª ed. Madrid, Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, D.L.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J., 2009. Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900. *Legislación Histórica de Previsión Social*. 1ª ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, G. y MARTÍNEZ PÉREZ, J., 2011. Cambio político, enfermedad y reforma sanitaria: la respuesta asistencial al Síndrome del Aceite Tóxico (España 1981-1998). *Asclepio: Revista de historia de la medicina y de la ciencia*, Vol. 63, Fasc. 2, pp. 521-526.
- HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., 2004. *La ordenación sanitaria en España*. 1ª ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., 2015. El conflicto en la determinación de la condición de acceso al Sistema Nacional de Salud de los funcionarios adscritos a los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra: STSJ Navarra 29 octubre 2014. *Nueva revista española de derecho del trabajo*, vol. 177, pp. 319-328.
- HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., 2017. *La protección sanitaria en los Regímenes Especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos*. 1ª ed., Albacete, Bomarzo.

- HERRANZ LONCÁN, A., 2010. *La difusión internacional de los seguros sociales antes de 1945*. 1ª ed., Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza (Universidad de Zaragoza).
- HIERRO HIERRO, F.J., 2007. Reflexiones sobre la coordinación de la asistencia sanitaria: un paso hacia la armonización de derechos. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 14.
- HIERRO HIERRO, F.J., 2009. *Problemas de coordinación de la asistencia sanitaria en el derecho europeo*. 1ª ed., Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
- HIERRO HIERRO, F.J., 2012. La prestación por asistencia sanitaria: cuestiones sobre su encuadramiento. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 31.
- IGARTUA MIRÓ, M.T., 2001. Gastos de hospitalización realizados en Estados Miembros de la UE: STJCE 12 julio 2001 (TJCE 2001, 196) asunto C-157/99, Smits y otros y STJCE 12 julio 2001 (TJCE 2001, 199), asunto C-368/98, Vanbraekel y otros. *Aranzadi social*, vol. 3, pp. 3156-3165.
- KAHALE CARRILLO, D.T., 2007. La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España. *DS: Derecho y salud*, vol. 15, pp. 99-116.
- KAHALE CARRILLO, D.T. y SEMPERE NAVARRO, A.V., 2012. *Reforma de la salud pública y la asistencia sanitaria: estudio de la ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública y del RD-L 16/2012, de 20 de abril, sobre sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud*. 1ª ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- KING, S. (ed.) y JONES, P. (ed.), 2015. *Obligation, entitlement and dispute under the English poor laws*. 1ª ed., Newcastle, Cambridge Scholars Publishing.
- LÓPEZ GÓMEZ, J.M., 1991. Las pensiones SOVI: problemas jurídicos actuales. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol. 21, pp. 71-107.
- LÓPEZ INSUA, B.M., 2015. *La renta activa de inserción como instrumento de lucha contra la exclusión social*. 1ª ed. Murcia, Laborum.

- LOPEZ LORENZO, A., 2007, *La protección social de los funcionarios públicos*. 1ª ed., Granada, Editorial de la Universidad de Granada.
- MALDONADO MOLINA, J.A., 2009. Las raíces históricas de la asistencia social. *Legislación Histórica de Previsión Social*. 1ª ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- MARCOS DEL CANO, A., 2018. *El derecho a una asistencia sanitaria para todos*. 1ª ed., Madrid, Dykinson.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.M., 2006. El derecho a la salud: un derecho social esencial. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 14, pp. 129-150.
- MARTÍNEZ MORENO, C., 2009. El Seguro de Maternidad. *Legislación Histórica de Previsión Social*. 1ª ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., 2017. *Los derechos humanos ante la esclavitud en la globalización: la inmigración irregular*. 1ª ed., Barcelona, J. M. Bosch.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., 2022. Prestaciones por incapacidad permanente y compatibilidad con el trabajo: ¿Es precisa una reformulación legal en el marco de la sostenibilidad del sistema de pensiones? *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, pp. 116-158.
- MENÉNDEZ REXACH, A., 2003. El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas. *DS: Derecho y salud (Ejemplar dedicado a: XI Congreso de Derecho y Salud: "Nuevos retos del Sistema Nacional de Salud")*, vol. 11, núm. Extra-1, pp. 15-36.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., 2009. Seguro de Enfermedad (y enfermedades profesionales). *Legislación Histórica de Previsión Social*. 1ª ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. COMISARÍA GENERAL DE PROTECCIÓN ESCOLAR Y ASISTENCIA SOCIAL, 1959. *El seguro escolar: legislación, orientaciones, servicios directivos y asesores, listas de beneficiarios de sus prestaciones*. 1ª ed., Madrid, Ministerio de Educación Nacional.

- MINISTERIO DE TRABAJO. SUBSECRETARÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, 1977. *Libro blanco de la Seguridad Social*. 1ª ed., Madrid, El Ministerio de Trabajo.
- MIRANDA BOTO, J. M., 2009. Mutualidades y montepíos en la historia de la previsión social. *Legislación Histórica de Previsión Social*. 1ª ed., Murcia, Thomson Reuters Aranzadi.
- MOLINA NAVARRETE, C. (coord.); MONEREO PÉREZ, J. L. (coord.); y MORENO VIDA, M. N. (coord.), 2002. *Comentario a la constitución socio-económica de España*, 1ª ed., Granada, Comares.
- MONEREO PÉREZ, J.L. and FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., 2019. El Convenio OIT núm. 102 (1952) sobre norma mínima de Seguridad Social como delimitador del estándar mundial y sus límites actuales. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, pp. 90-123.
- MONEREO PÉREZ, J.L., 2017. Refugiados y derechos humanos: el Estatuto de los refugiados y el asilo como derecho humano. *Nueva revista española de derecho del trabajo*, vol. 194, pp. 55-116.
- MONEREO PÉREZ, J.L., 2016. Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, vol. 41, pp. 235-289.
- MONEREO PÉREZ, J.L., 2010. La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria (I). *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 3, pp. 69-94.
- MONTOYA MELGAR, A., 2004. Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al sistema nacional de salud. *Aranzadi social*, vol. 5, pp. 689-698.
- MOTILLA DE LA CALLE, A., 2000. *Derecho laboral y Seguridad Social de los miembros de órdenes y congregaciones religiosas*. 1ª ed. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá (Servicio de Publicaciones).
- MUTUALIDAD DEL SEGURO ESCOLAR. INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN, 1959. *Prestaciones sanitarias establecidas por la Mutualidad del Seguro Escolar*. 1ª ed., Madrid, Mutualidad del Seguro Escolar.

- ORDÓÑEZ PASCUA, N., 2016. *La asistencia sanitaria del extranjero irregular: avances y retrocesos*. 1ª ed., Murcia, Laborum.
- ORTIZ CASTILLO, F., 2016. *La Seguridad Social de los ministros de culto, religiosos y secularizados*. 1ª ed., Murcia, Laborum.
- ORTIZ VIDAL, M.D., 2016. El derecho de los pacientes de la UE a recibir asistencia sanitaria transfronteriza y la responsabilidad civil del personal médico. *Revista de información laboral*, vol. 9, pp. 69-93.
- PALAO MORENO, G. y FERNÁNDEZ MASIÁ, E., 2018. *Nacionalidad y extranjería*. 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- PALOMAR OLMEDA, A. (dir.), CANTERO MARTÍNEZ, J. (dir.) y PEMÁN GAVÍN, J. M. (pr.), 2013. *Tratado de derecho sanitario. Volumen I*. 1ª ed., Navarra, Aranzadi.
- PAREJO ALFONSO, L.J. (coord.), VAQUER CABALLERÍA, M. (coord.) y ALBERTO PALOMAR, O. (coord.), 2004. *La reforma del Sistema Nacional de Salud: cohesión, calidad y estatutos profesionales*. 1ª ed., Madrid, Marcial Pons.
- PÉREZ GALVEZ, J.F. y BARRANCO VELA, R. (dirs.), 2013, *Derecho y salud en la Unión Europea*. 1ª ed., Granada, Comares.
- PEMÁN GAVÍN, J.M., 2005. *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud: estudios jurídicos*. 1ª ed., Granada, Comares.
- PÉREZ ALONSO, M.A., 2016. Los asegurados y beneficiarios de la asistencia sanitaria. *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. 1ª ed., Murcia, Laborum, pp. 279-288.
- PIÑAR MAÑAS, J.L. y REAL PÉREZ, A., 1987. *Legislación sobre Instituciones de Beneficencia particular: Fundaciones benéfico-asistenciales puras y mixtas*. 1ª ed., Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- PONS PONS, J., 2010. *Los inicios del seguro de enfermedad en España, 1923-1945*. 1ª ed., Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza (Universidad de Zaragoza).
- PRESNO LINERA, M.A. (ed.), SARLET, I.W. (ed.) y MARTIN, N. (coord.), 2010. *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*. 1ª ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.

- QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., 2017. *Ciudadanía de la Unión Europea y prestaciones sociales no contributivas*. En VALDÉS DAL-RÉ, F., *El futuro del trabajo: análisis jurídico y socioeconómico*. 1ªed., Madrid, Alderabán, pp. 389-397.
- REGA RODRÍGUEZ, A.L., 2009. La Ley de Accidentes de Trabajo de 8 de octubre de 1932. *Legislación Histórica de Previsión Social*. 1ª ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A., 2010. El reembolso de gastos sanitarios en el derecho de la Unión Europea: el peligro de fomentar el turismo sanitario. *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*. 1ª ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 233-253.
- RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á, 2017. *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*. 1ª ed., Navarra, Aranzadi Thomson Reuters.
- RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V., 2015. Todos los caminos llevan a Roma, pero las rutas difieren en gran medida: los sistemas paralelos de acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, vol. 38, pp. 289-316.
- RON LATAS, R.P., 2005. ¿Existe un turismo sanitario "a la carta"? *Aranzadi social*, vol. 5, pp. 1639-1648.
- RUBIO VELASCO, M.F., 2016. El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. 1ª ed., Murcia, Laborum, pp. 309-316.
- SALVADOR PÉREZ, F., 2009. El régimen de retiro obrero. *Legislación Histórica de Previsión Social*. 1ª ed., Murcia, Thomson Reuters Aranzadi.
- SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, M.A., 2004. Problemática actual de la colaboración voluntaria de las empresas en la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria: Especial referencia al ámbito de la Administración de la Comunidad de Madrid. *Aranzadi social*, vol. 5, pp. 535-560.

- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, J., 2018. *Título I. De los derechos y deberes fundamentales*. 1ª ed., Madrid, Dykinson.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., 2010. *Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de coordinación de regímenes de Seguridad Social*. 1ª ed., Murcia, Laborum.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (coord.), 2011. *El novísimo reglamento de extranjería: Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. 1ª ed., Murcia, Laborum.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., 2014. Pérdida de residencia habitual en España y prestaciones de Seguridad Social: comentario a la Disp. Adic. 65ª LGSS. *Actualidad laboral*, núm. 10, p. 2.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., 1995. *Seguridad Social y Constitución*. 1ª ed., Madrid, Estudios de Derecho Laboral (Civitas).
- SAURA ESTAPÀ, J., 2010. La Organización Internacional del Trabajo (OIT): organización y mandato. *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. 1ª ed., Barcelona, Huygens, pp. 137-148.
- SEGURA GARCÍA, B., 2013. Asistencia sanitaria por contingencias profesionales: colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. *Tratado de derecho sanitario. Volumen I*. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, pp. 169-192.
- SEGURA GRAIÑO, C., 2009. *¿Previsión Social en la Edad Media?* En CASTILLO, S. y RUZAFÁ ORTEGA, R. (coords.), 2009. *La previsión social en la historia: actas del VI Congreso de Historia Social de España, Vitoria, 3-5 de julio de 2008*. 1ª ed., Madrid, Siglo XXI, pp. 21-34.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. (dir.) y KAHALE CARRILO, D.T. (coord.), 2014. *Reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo: estudio de la normativa básica estatal y autonómica*. 1ª ed., Madrid, Eolas.
- SENAC AZANZA, J., 1993. *La integración de la MUNPAL en el régimen general de la seguridad social*. 1ª ed., Madrid, Banco de Crédito Local de España.

- SILVESTRE RODRÍGUEZ, J. y PONS PONS, J., 2010. *El seguro de accidentes del trabajo, 1900-1935. El alcance de las indemnizaciones, la asistencia sanitaria y la prevención*. 1ª ed., Zaragoza, Universidad de Zaragoza (Prensas Universitarias de Zaragoza).
- SOBRINO GUIJARRO, I., 2011. La construcción "social" de la Unión: el caso de la movilidad transfronteriza de pacientes en la Unión Europea. *Revista española de derecho europeo*, vol. 39, pp. 307-335.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., 1999. Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. *Ayer (Ejemplar dedicado a: Derechos y constitución)*, vol. 34, pp. 217-241.
- TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., 1999. Aproximación a la eficacia de la asistencia sanitaria pública y a su valoración. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social en homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, vol. II, pp. 165-196.
- TORTUERO PLAZA, J.L., 2016. El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios. *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. 1ª ed., Murcia, Laborum, pp. 57-72.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D., 2016. Los requisitos exigidos para ser asegurado o beneficiario. *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. 1ª ed., Murcia, Laborum, pp. 73-90.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., 2012. Art. 12. Derecho a la asistencia sanitaria. *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social: (LO 4/2000 y RD 557/2011)*. 1ª ed., Granada, Comares, pp. 231-242.
- TRILLO GARCÍA, A.R., 2009. El derecho a la asistencia sanitaria de los deportistas. *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, vol. 27, pp. 107-130.
- TRILLO GARCÍA, A.R., 2012. ¿Un nuevo modelo de protección y gestión de la asistencia sanitaria para los deportistas? *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, vol. 36, pp. 253-280.

- TRILLO GARCÍA, A.R., 2015. *La seguridad social de los deportistas: régimen jurídico y doctrina jurisprudencial*. 1ª ed., Navarra, Lex Nova.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., 2003. La Constitución de 1978 en la historia constitucional española. *Revista española de derecho constitucional (Ejemplar dedicado a: XXV Aniversario de la Constitución (I))*, vol. 69, pp. 31-67.
- VELASCO RETAMOSA, J.M., CUARTERO RUBIO, M.V. (dir.) y PÉREZ VERA, E. (pr.), 2019. *Inmigración: Retos para el Derecho en el siglo XXI*. 1ª ed., Navarra, Aranzadi Thomson Reuters.
- VILAR RODRÍGUEZ, M., 2010. *La cobertura social a través de los socorros mutuos obreros, 1839-1935. ¿Una alternativa al Estado para afrontar los fallos del mercado?* 1ª ed., Zaragoza, Universidad de Zaragoza (Prensas Universitarias de Zaragoza).
- VIÑUELAS FERRERIRO, S., 2017. Títulos competenciales de intervención de la Unión Europea en materia de salud pública y asistencia sanitaria. *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa: Retos y desafíos para el Sistema Nacional de Salud*. 1ª ed., Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 75-101.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1.1. Decisiones

Decisión de Inadmisibilidad de 30 de noviembre de 2000. Caso La Parola y otros contra Italia.

Decisión de Inadmisibilidad de 21 de marzo de 2001. Caso de Nitecki contra Polonia.

1.2. Sentencias

STEDH de 13 de junio de 2018. Caso Ebedin Abi contra Turquía.

STEDH de 16 de noviembre de 2017. Caso Boukrourou contra Francia.

STEDH de 05 de junio de 2015. Lambert contra Francia.

STEDH de 27 de enero de 2015. Asiye Genç contra Turquía.

2. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

STJCE de 30 de junio de 1966. Viuda de G. Vaassen-Gobbels contra la Dirección del Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf (Asunto C-61/65).

STJCE de 29 de septiembre de 1976. M. L. E. Brack (viuda de R. J. Brack) contra Insurance Officer (Asunto C-17/76).

STJCE de 17 de febrero de 1977. Silvani Di Paolo contra Oficina nationale de l'emploi (Asunto C-76/76).

STJCE de 31 de mayo de 1979. Bestuur van het Algemeen Ziekenfonds Drenthe-Platteland contra G. Pierik (Asunto C-182/78).

STJCE (Sala Quinta) de 29 de junio de 1994. Aldewereld contra Staatssecretaris van Financiën (Asunto C-60/93).

STJCE de 13 de julio de 1995. Umberto Perrotta contra Allgemeine Ortskrankenkasse Muenchen (Asunto C-391/93).

STJCE de 5 de marzo de 1998. Manfred Molenaar y Barbara Fath-Molenaar contra Alemania (Asunto C-160/96).

STJCE de 8 de marzo de 2001. Friedrich Jauch contra Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter (Asunto C-215/99).

STJCE de 28 de abril de 1998. Decker vs. Caisse de Maladie des Employés Privés (Asunto C-120/95).

STJCE de 28 de abril de 1998. Kohll contra Union des Caisses de Maladie (Asunto C-158/96).

STJCE de 12 de julio de 2001. B.S.M. Smits, esposa de Geraets, contra Stichting Ziekenfonds VGZ y H.T.M. Peerbooms contra Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen (Asunto C-157/99).

STJCE de 12 de julio de 2001. Abdou Vanbraekel y otros contra Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC) (Asunto 368/98).

STJCE de 25 de febrero de 2003. Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA) contra Vasileios Ioannidis (Asunto C-326/00).

STJCE de 13 de mayo de 2003. Caso V.G. Müller-Fauré contra Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA y E.E.M. van Riet contra Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen (Asunto C-385/99).

STJCE (Sala Quinta) de 23 octubre 2003. Patricia Inizan contra de-Seine (Asunto C-56/01).

STJCE (Sala Segunda) de 8 de julio de 2004. Silke Gaumain-Cerri contra Kaufmännische Krankenkasse (Asunto C-502/01).

STJCE (Sala Segunda) de 8 de julio de 2004. Maria Barth contra Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz (Asunto C-31/02).

STJCE (Gran Sala) de 12 de abril de 2005. Herederos de Annette Keller contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) (Asunto C-145/03).

STJCE (Gran Sala) de 21 de febrero de 2006. Silvia Hosse contra Land Salzburg (Asunto C- 286/03).

STJCE (Gran Sala) de 16 mayo 2006. Watts y otros contra Bedford Primary Care Trust y otros (Asunto C-372/04).

3. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE (Gran Sala) de 15 de junio de 2010. Comisión Europea contra el Reino de España (Asunto C-211/08).

STJUE (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2011. Murat Dereci y otros contra Bundesministerium für Inneres (Asunto C-256/11).

STJUE (Gran Sala) de 8 de marzo de 2011. Gerardo Ruiz Zambrano contra Office nationale de l'emploi (Asunto C-34/09).

4. Tribunal Constitucional

4.1. Autos

ATC (Sala Segunda) núm. 1084/1986, de 12 de diciembre. Recurso de amparo 784/1986.

ATC (Pleno) núm. 239/2012, de 12 de diciembre. Conflicto positivo de competencia 4540/2012.

ATC (Pleno) núm. 239/2012, de 12 de diciembre. Conflicto positivo de competencia 4540/2012.

ATC (Pleno) núm. 87/2013, de 23 de abril. Conflicto positivo de competencia 136/2013.

ATC (Pleno) núm. 54/2016, de 1 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad 6022/2015.

4.2. Sentencias

STC (Pleno) núm. 32/1981, de 28 de julio. Recurso de inconstitucionalidad 40/1981. BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981.

STC (Pleno) núm. 71/1982, de 30 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad 86/1982. BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1982.

STC (Sala Segunda) núm. 80/1982, de 20 de diciembre. Recurso de amparo 160/1982. BOE núm. 13, de 15 de enero de 1983.

STC (Pleno) núm. 32/1983, de 28 de abril. Conflictos positivos de competencia 94/1982 y 95/1982 (acumulados). BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1983.

STC (Sala Segunda) núm. 107/1984, de 23 de noviembre. Recurso de amparo 576/1983. BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984.

STC (Pleno) núm. 91/1985, de 23 de julio. Conflictos positivos de competencia 505/1983, 742/1983 y 79/1984 (acumulados). BOE núm. 194, de 14 de agosto de 1985.

STC (Pleno) núm. 102/1985, de 4 de octubre. Conflicto positivo de competencia 842/1984. BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 1985.

STC (Pleno) núm. 36/1991 de 14 febrero. Cuestiones de inconstitucionalidad 1001/1988, 291/1990, 669/1990, 1629/1990 y 2151/1991 (acumuladas). BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991.

STC (Pleno) núm. 329/1994, de 15 de diciembre. Conflicto positivo de competencia 1218/1986. BOE núm. 15, de 18 de enero de 1995.

STC (Pleno) núm. 61/1997, de 20 de marzo. Recursos de inconstitucionalidad 2477/1990, 2479/1990, 2481/1990, 2486/1990, 2487/1990 y 2488/1990 (acumulados). BOE núm. 99, de 25 de abril de 1997.

STC (Pleno) núm. 206/1997, de 27 de noviembre. Recursos de inconstitucionalidad 1181/1987 y 1190/1987. BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1997.

STC (Pleno) núm. 173/1998, de 23 de julio. Recurso de inconstitucionalidad 1014/1988. BOE núm. 197, de 18 de agosto.

STC (Sala Primera) núm. 95/2000, de 10 de abril. Recurso de amparo 3477/1996. BOE núm. 119, de 18 de mayo de 2000.

STC (Pleno) núm. 188/2001, de 20 de septiembre. Conflicto positivo de competencia 3386/94 y 4710/97 (acumulados). BOE núm. 251, de 19 de octubre de 2001.

STC (Sala Primera) núm. 5/2002, de 14 de enero. Recurso de amparo 5341/98. BOE núm. 34, de 08 de febrero de 2002.

STC (Sala Segunda) núm. 7/2002, de 14 de enero. Recurso de amparo 4338/199. BOE núm. 34, de 08 de febrero de 2002.

STC (Pleno) núm. 152/2003, de 17 de julio. Recurso de inconstitucionalidad 3537/99. BOE núm. 193, de 13 de agosto de 2003.

STC (Pleno) núm. 98/2004, de 25 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad 1297/1997. BOE núm. 140, de 10 de junio de 2004.

STC (Sala Primera) 220/2005, de 12 de septiembre. Recurso de amparo 1221/2002. BOE núm. 26, de 14 de octubre de 2005.

STC (Pleno) núm. 139/2016, de 21 de julio. Recurso de inconstitucionalidad 4123/2012. BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016.

STC (Pleno) núm. 183/2016, de 3 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad 4530/2012. BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2016.

STC (Pleno) núm. 33/2017, de 1 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad 4585/2012. BOE núm. 83, de 7 de abril de 2017.

STC (Pleno) núm. 63/2017, de 25 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad 414/2013. BOE núm. 156, de 1 de julio de 2017.

STC (Pleno) núm. 64/2017, de 25 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad 419/2013. BOE núm. 156, de 1 de julio de 2017.

STC (Pleno) núm. 98/2017, de 20 de julio. Recurso de inconstitucionalidad 433/2013. BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2017.

STC (Pleno) núm. 134/2017, de 16 de noviembre. Conflicto positivo de competencia 4540/2012. BOE núm. 308, de 20 de diciembre de 2017.

STC (Pleno) núm. 145/2017, de 14 de diciembre. Recurso de inconstitucionalidad 6022/2015. BOE núm. 15, de 17 de enero de 2018.

STC (Pleno) núm. 18/2018, de 22 de febrero. Conflicto positivo de competencia 136/2013. BOE núm. 72, de 23 de marzo de 2018.

5. Tribunal Supremo

STS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª), de 15 de marzo de 2004. Recurso de Casación 10980/1998. Ponente: Ilmo. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva. ARANZADI ref. RJ\2005\3040.

STS (Sala de lo Social), de 11 de abril de 2000. Recurso de casación para la unificación de doctrina 1772/1999. Ponente: Ilmo. D. Aurelio Desdentado Bonete, ARANZADI ref. RJ\2000\2767.

STS (Sala de lo Social), de 26 de junio de 2001. Recurso de casación para la unificación de doctrina 3165/2000. Ponente: Ilmo. D. Luis Ramón Martínez Garrido. ARANZADI ref. RJ\2001\6837.

STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 17 de mayo de 2011. Recurso de casación para la unificación de doctrina 147/2010. Ponente: Ilmo. D. José Luis Gilolmo López. ARANZADI ref. RJ\2011\4983.

STS (Sala del Contencioso-administrativo, Sección 2ª) núm. 222/2019, de 21 de febrero. Recurso de casación 4544/2017. Ponente: Ilmo. D. Jesús Cudero Blas. ARANZADI ref. RJ 2019\616.

STS (Sala de lo Social) núm. 364/2019, de 13 de mayo. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1068/2018. Ponente: Ilmo. D. Jesús Gullón Rodríguez. ARANZADI ref. RJ 2019\2190.

6. Tribunal Superior de Justicia

STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª) núm. 1445/2001, de 8 de noviembre. Recurso de Suplicación núm. 1140/2001. Ponente: Ilmo. D. Manuel Ávila Romero. ARANZADI ref. AS 2002\587.

STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 25 de mayo de 2002. Recurso de Suplicación 188/1999. Ponente: Ilmo. D. Julio César Cibeira Yebra-Pimentel. ARANZADI ref. JUR\2002\215804.

STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 2334/2006, de 23 de enero. Recurso de Suplicación 2334/2005. Ponente: Ilma. Dª. M. Luisa Segoviano Astaburuaga. ARANZADI ref. AS\2006\366.

STSJ de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1145/2013, de 24 de mayo.
Recurso de Suplicación 662/2013. Ponente: Ilma. Dª Paloma Gutiérrez Campos.
ARANZADI ref. JUR 2013\216740.

STSJ de Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 302/2014, de 28 de octubre.
Recurso de Suplicación 204/2014. Ponente: Ilma. Dª. Carmen Arnedo Díez.
ARANZADI ref. AS\2015\549.

STSJ de Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 340/2014, de 29 de octubre.
Recurso de Suplicación 260/2014. Ponente: Ilma. Dª. Carmen Arnedo Díez.
ARANZADI ref. AS\2015\283.

STSJ de Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 404/2014, de 5 de noviembre.
Recurso de suplicación 352/2014. Ponente: Ilmo. D. José Antonio Álvarez
Caperochipi. ARANZADI ref. AS\2015\578.

STSJ de Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 70/2015, de 12 de febrero. Recurso
de suplicación 53/2015. Ponente: Ilma. Dª. Carmen Arnedo Díez. ARANZADI
ref. AS\2015\522.

STSJ de Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 107/2015, de 26 de febrero.
Recurso de Suplicación 91/2015. Ponente: Ilma. Dª. Carmen Arnedo Díez.
ARANZADI ref. JUR\2015\128254.

STSJ de Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 260/2015, de 29 de abril. Recurso
de Suplicación 206/2015. Ponente: Ilmo. D. Juan Molins Garcia-Atance.
ARANZADI ref. JUR 2015\130680.

STSJ de Galicia (Sala de lo Social) núm. 984/2016, de 18 de febrero. Recurso de
Suplicación 4734/2015. Ponente: Ilmo. D. José Elías López Paz. ARANZADI
ref. JUR 2016\55434.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1535/2017, de 2 de marzo.
Recurso de Suplicación núm. 7175/2016. Ponente: Ilma. Dª. Ascensión Sole
Puig. ARANZADI ref. JUR 2017\121971.

STSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 21 de diciembre de 2017. Recurso de Suplicación 3170/2017. Ponente: Ilma. Dª. Raquel María Naveiro Santos. ARANZADI ref. JUR\2018\35247.

ANEXO NORMATIVO

1822 _____

Ley General de Beneficencia de 1822, de 23 de febrero.

1849 _____

Ley General de Beneficencia de 1849, de 20 de junio.

1852 _____

Reglamento de aplicación de la Ley General de Beneficencia de 1852, de 14 de mayo.

1855 _____

Ley de Sanidad de 1855, de 28 de noviembre.

1900 _____

Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, de 30 de enero.

1908 _____

Ley relativa a la inscripción en el Registro que al efecto se establece de las Compañías, Sociedades, Asociaciones, y en general, todas las entidades que tengan por fin realizar operaciones de seguro de 1908, de 14 de mayo.

1918 _____

Ley de Bases de los Funcionarios Públicos de 1918, de 22 de julio.

Real Decreto de 7 de septiembre de 1918 aprobando el Reglamento para la aplicación de la Ley de Bases de 22 de Julio último, a los Cuerpos Generales de la Administración civil de Estado y al personal subalterno de la misma.

1919 _____

Real Decreto de 11 de marzo de 1919, del Reglamento General del Régimen Obligatorio de Retiro Obrero.

1926 _____

Estatuto de Clases Pasivas de 22 de octubre de 1926.

1929 _____

Real Decreto-ley de 22 de marzo de 1929, del Seguro Obligatorio de Maternidad.

1930 _____

Real Decreto de 29 de enero de 1930, del Reglamento General del Seguro Obligatorio de Maternidad.

1931 _____

Decreto de 12 de junio de 1931 que extiende la protección de la ley de accidentes de trabajo a los trabajadores rurales.

1932 _____

Ley de Accidentes de Trabajo de 1932, de 8 de octubre de 1932.

1939 _____

Ley de 1 de septiembre de 1939, del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.

1941 _____

Ley de Mutualidades de 1941, de 6 de diciembre.

1942 _____

Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 1942, de 16 de octubre.

Ley General del Mutualismo de 1942, de 6 de diciembre.

Ley de 14 de diciembre de 1942, del Seguro Obligatorio de Enfermedad.

1943 _____

Reglamento de aplicación de la Ley de Mutualidades de 1943, de 26 de mayo.

Decreto de 11 de noviembre de 1943, del Reglamento del Seguro Obligatorio de Enfermedad.

1944 _____

Ley de Protección Escolar de 1944, de 1 de julio.

1946_____

Orden de 24 de octubre de 1946, de constitución del Servicio de Mutualidades y Montepíos Laborales.

1947_____

Decreto de 18 de abril de 1947, Reglamento Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.

1951_____

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero.

1952_____

Convenio núm. 102 OIT de 1952 sobre la Seguridad Social

1953_____

Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Ley de 17 de julio de 1953, sobre establecimiento del Seguro Escolar en España.

Orden de 11 de agosto de 1953, conjunta de ambos Departamentos, por la que se aprueban los Estatutos de la Mutualidad del Seguro Escolar.

1954_____

Orden de 10 de septiembre de 1954, del Reglamento General del Mutualismo Laboral.

1957_____

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

1958_____

Reglamento 3º relativo a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes.

1960_____

Ley 11/1960, de 12 de mayo, sobre creación de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local.

Ley 45/1960, de 21 de julio, el Fondo Nacional de Asistencia Social.

1961

Carta Social Europea.

1963

Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

1966

Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

Decreto 3157/1966, de 23 de diciembre, por el que se regula la dispensación de especialidades farmacéuticas en el Régimen General de la Seguridad Social.

1967

Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social.

Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social.

1969

Convenio y Protocolo Final entre el Gobierno español y el Gobierno del Consejo Federal Suizo sobre Seguridad Social, de 13 de octubre de 1969.

Convenio núm. 130 OIT de 1969 sobre la asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad.

1970

Orden de 31 de enero de 1970, por la que se extienden los beneficios de la asistencia sanitaria a los pensionistas receptores de otras prestaciones periódicas del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

Decreto 1075/1970, de 9 de abril, sobre asistencia sanitaria a los trabajadores españoles emigrantes y a los familiares de los mismos residentes en territorio nacional.

Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

1971_____

Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad.

1972_____

Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad.

Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social.

1974_____

Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

1975_____

Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

Ley 29/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

1976_____

Decreto 670/1976, de 5 de marzo, por el que se regulan pensiones a favor de los españoles que habiendo sufrido mutilación a causa de la pasada contienda no puedan integrarse en el Cuerpo de Caballeros Mutilados de Guerra por la Patria.

1977_____

Real Decreto 383/1977, de 18 de febrero, sobre reestructuración de la prestación farmacéutica de la Seguridad Social.

Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto, por el que se regula la Seguridad Social del Clero.

1978

Real Decreto 945/1978, de 14 de abril, por el que se da nueva regulación a la aportación del beneficiario de la Seguridad Social en la dispensación de las especialidades farmacéuticas.

Real Decreto-ley 16/1978 de 7 de junio, por el que se regula la Seguridad Social de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo.

Constitución Española.

1979

Real Decreto 1854/1979, de 30 de julio, por el que se regula la estructura y competencias del Instituto Nacional de la Seguridad Social

Ley 5/1979, de 18 de septiembre, sobre reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social en favor de las viudas, hijos y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada guerra civil.

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

Acuerdo Administrativo y Protocolo Adicional al Convenio sobre Seguridad Social hispano-marroquí, de 8 de noviembre de 1979.

1980

Ley 35/1980, de 26 de junio, sobre pensiones a los mutilados excombatientes de la zona republicana.

1981

Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, por el que se regula la concesión de ayudas del Fondo Nacional de Asistencia Social a ancianos y a enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo.

Orden de 7 de septiembre de 1981 por la que se regula, con carácter provisional, la concesión de ayudas urgentes con motivo del síndrome tóxico.

Real Decreto 2448/1981, de 19 de octubre, sobre protección a los afectados por el síndrome tóxico.

Orden de 23 de noviembre de 1981 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 2448/1981, de 19 de octubre, sobre protección a los afectados por el síndrome tóxico.

Real Decreto 3325/1981, de 29 de diciembre, por el que se incorpora al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta propia o Autónomos a los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica.

1982

Ley 6/1982, de 29 de marzo, de pensiones a los mutilados civiles de guerra.

Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo.

1983

Real Decreto 3241/1983, de 14 de diciembre, por el que se regula la prestación de la asistencia sanitaria para el personal protegido por la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local.

1984

Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

Acuerdo Administrativo de 8 de febrero de 1984, para la aplicación del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos.

Ley 37/1984, de 22 de octubre, de reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la guerra civil formaron parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República.

1985

Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.

1986

Ley 14/1986, de 15 de abril, General de Sanidad.

1989

Real Decreto-ley 3/1989, de 31 de marzo, de Medidas Adicionales de Carácter Social.

Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes.

1990

Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

1991

Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de pensiones no contributivas, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

1992

Ley Foral 9/1992, de 23 de junio, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio 1992.

Real Decreto 851/1992, de 10 de julio, por el que se regulan determinadas pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo.

1993

Real Decreto 849/1993, de 4 de junio, por el que se determina las prestaciones mínimas del Seguro Obligatorio Deportivo.

Ley Foral 13/1993, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio de 1994.

1995

Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.

1996

Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985.

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

1997

Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile de 28 de enero de 1997.

Acuerdo Administrativo de 28 de enero de 1997, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile.

1998

Real Decreto 1658/1998, de 24 de julio, por el que se regula el convenio especial en materia de asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social en favor de los españoles residentes en territorio nacional que ostenten la condición de funcionarios o empleados de Organizaciones internacionales intergubernamentales.

1999

Real Decreto 258/1999, de 12 de febrero, por el que se establecen condiciones mínimas sobre la protección de la salud y la asistencia médica de los trabajadores del mar.

2000

Tratado de Niza.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia.

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.

2001

Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001.

Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, hecho en Andorra el 9 de noviembre de 2001.

Acuerdo Administrativo de 9 de noviembre de 2001, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra.

2003

Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.

Ley Foral 10/2003 de 5 de marzo, sobre régimen transitorio de los derechos pasivos del personal funcionario de los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra.

Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo.

Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Perú, de 16 de junio de 2003.

Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social.

2004

Reglamento 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

Acuerdo Administrativo de 9 de septiembre de 2004, para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez.

2005

Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

2006

Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior.

2007

Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Acuerdo Administrativo de 18 de abril de 2007, ya que no existe formulario estándar aprobado.

Real Decreto 1613/2007, de 7 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto, por el que se regula la Seguridad Social del Clero.

Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

2008

Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados.

2009

Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado.

Reglamento 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004.

2010

Tratado de la Unión Europea.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Reglamento (UE) nº 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004 y el Reglamento (CE) nº 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos.

Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.

2011

Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

Real Decreto 504/2011, de 8 de abril, de estructura orgánica y funciones del Instituto Social de la Marina.

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Mutualismo Judicial.

Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

2012

Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto se aprueba pocos meses después, con el objetivo de regular la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria pública en España.

2013

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores de terceros países ajenos a la UE y a su internacionalización.

2014

Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza.

2015

Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

2016

Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair.

2018

Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

2021

Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

2022

Circular INSS 3/2022, de 4 de abril.