

# AVANCES Y RETROCESOS EN LA UNIVERSALIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE ASISTENCIA SANITARIA. ESPECIAL ATENCIÓN A LAS PERSONAS EXTRANJERAS<sup>1</sup>

M<sup>a</sup> BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Murcia*

Fecha de recepción: 7/11/2018

Fecha de aceptación: 16/11/2018

**SUMARIO:** 1. LA EVOLUCIÓN -A GRANDES RASGOS- DE LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA EN ESPAÑA. 1.1. De la pretendida universalización propugnada constitucionalmente hasta su mayor materialización en 2011. 1.2. La reforma de 2012. 1.3. La contrarreforma de 2018. 2. EL CASO ESPECÍFICO DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS. 2.1. Delimitación conceptual del objeto de estudio. 2.2. El punto de partida: de la Ley de 1985 a la versión originaria de la LO 4/2000. 2.3. La práctica universalización a través de la LO 4/2000. 2.4. La reforma de 2012. 2.5. La contrarreforma de 2018. 3. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** Desde que se proclamara la Constitución del 78 el Sistema Nacional de Salud ha aspirado a alcanzar la universalización de sus prestaciones. Para tal fin, es imprescindible la ruptura entre el Sistema Nacional de Salud y la Seguridad Social a través de su desvinculación financiera, así como el reconocimiento del derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria a todos los ciudadanos, incluidos los extranjeros con independencia

.....

1 Este trabajo de investigación ha de insertarse en el Proyecto de investigación del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad: “El futuro del sistema español de protección social. Análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad (V). Salud, familia y bienestar” DER2016-76557-R.

de su situación administrativa en España. En este trabajo de investigación se analiza críticamente el camino trazado a este respecto a través de la normativa, haciendo especial hincapié en el caso específico de las personas extranjeras y en la situación anterior a la reforma de 2012, en contraposición con la misma y con la posterior contrarreforma de 2018.

**ABSTRACT:** Since the Constitution of 1978 was proclaimed, the National Health System has aspired to achieve the universalization of its benefits. For this purpose, the break between the National Health System and Social Security through its financial untying, as well as the recognition of the right to health care benefits to all citizens, including foreigners regardless of their situation, is essential. administrative in Spain. In this research work, the path traced in this respect is critically analyzed through legislation, with special emphasis on the specific case of foreigners and in the situation prior to the 2012 reform, as opposed to the same and with the Subsequent counter reform of 2018.

**PALABRAS CLAVE:** Asistencia sanitaria, extranjero, universalización, seguridad social.

**KEYWORDS:** Healthcare, foreigner, universalization, social security.

# 1. LA EVOLUCIÓN -A GRANDES RASGOS- DE LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA EN ESPAÑA

## 1.1. De la pretendida universalización propugnada constitucionalmente hasta su mayor materialización en 2011

Tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre dos modelos de protección social: “*bismarckiano*” y “*beveridgeano*”, contributivo y asistencial. En España, aunque se parte de un sistema claramente contributivo, a raíz de la implantación de los Seguros Sociales<sup>2</sup>, la promulgación de la Constitución del 78 supone el inicio de un largo camino hacia la universalización del sistema, una paulatina progresión hacia el modelo “*beveridgeano*”, que ha sufrido un importante revés con la entrada en vigor del 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 (RDL 16/2012), enmendado con el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud (RDL 7/2018).

El reconocido sentir universalista del art. 43 de la Constitución española del 78<sup>3</sup>, que entre los principios rectores de la política social y económica proclama el derecho a la asistencia sanitaria, con un mandato a los poderes públicos para que instauren un servicio público de asistencia sanitaria sin exclusiones<sup>4</sup>, ha tenido una larga y lenta evolución desde que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS, en adelante) diera un primer paso hacia su consecución, pues “el cordón umbilical con la estructura del Sistema de Seguridad Social -donde la asistencia sanitaria forma parte de su acción protectora con su propia ordenación jurídica-, nunca se rompió”<sup>5</sup>.

La universalización de la asistencia sanitaria, por un lado, está íntimamente ligada a la escisión entre Sistema Nacional de Salud (SNS) y Seguridad Social, y con ello a su desvinculación financiera, y, por otro lado, al reconocimiento del derecho a las prestaciones de

.....

2 El denominado Seguro Obligatorio por Enfermedad se reguló en la Ley de 14 de diciembre de 1942, desarrollada por el Reglamento de 11 de noviembre de 1943 y numerosas Órdenes Ministeriales.

3 MONTTOYA MELGAR, A.: “Equidad y universalidad en la sanidad pública”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 174, 2015, (BIB 2015\1041).

4 BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: “La universalización de la asistencia sanitaria operada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de salud pública: tardío e insuficiente cumplimiento del mandato ínsito en el artículo 43 de la Constitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2012, (BIB 2012\67).

5 TORTUERO PLAZA, J.L.: “El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios” en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, 2016, p. 57.

asistencia sanitaria “a todos los ciudadanos” sin condicionantes de aseguramiento, residencia, nacionalidad... Es por ello, que, sin un ánimo especialmente exhaustivo, conviene recordar los hitos normativos que han ido fraguando dicha evolución entorno a ambos aspectos fundamentales.

La LGS crea el SNS, basado en los Servicios de las CC.AA. y coordinado por el Estado, pero no hace efectivo un claro deslinde de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social<sup>6</sup>. De hecho, el tenor literal del art. 1.2.a) del Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre, de estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS, en adelante), en su versión originaria, atribuía al INSS competencias sobre: “el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria”. Y aunque la Ley 24/1997, de 17 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, en atención a la recomendación del Pacto de Toledo, procede a la separación financiera de la Seguridad Social, configurando la asistencia sanitaria como una prestación no contributiva, no sería hasta la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999, cuando se prevé la asunción por el Estado de la totalidad de la financiación de la asistencia sanitaria, a través del Presupuesto del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), suprimiéndose la referencia a la aportación procedente de cotizaciones sociales. Una situación que ratifica 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 y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS en adelante), con lo que parece quedar zanjada, al menos teóricamente<sup>7</sup>, la vinculación de la financiación de la asistencia sanitaria al trabajo y a la cotización a la Seguridad Social.

Pero la desvinculación financiera no ha significado que el SNS sustituya a la Seguridad Social como nueva forma de organizar y prestar la asistencia sanitaria, simplemente se han superpuesto ambos sistemas<sup>8</sup>, distinguiéndose entre las prestaciones sanitarias otorgadas como prestación contributiva y como prestación no contributiva. A este respecto, el Tribunal Constitucional en STC 98/2004, de 25 de mayo (RTC 2004, 98), ha afirmado que la asistencia sanitaria ha de ubicarse en el ámbito material correspondiente a la sanidad (art. 149.1.16 CE) y no a la seguridad social (art. 149.1.17 CE) (FJ 5). Y ha sido apoyándose

.....

6 Cfr. APARICIO TOVAR, J.: “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria” en MOLINA NAVARRETE, C., MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N. (Coord.) VV.AA.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, 2002, pág. 1563 y MONTOYA MELGAR, A.: “Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al sistema nacional de salud (Apunte para un estudio)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, 2004 (BIB 2004\542), entre otros.

7 Cfr. DE LA VILLA GIL, L.E.: “El derecho a la asistencia sanitaria” en CASAS BAAMONTE, M.E, DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J.: *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2004, p.

8 SEVILLA, F.: *La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social*. Fundación Alternativa. Documento de Trabajo 86/2006, p. 16.

en esta demarcación competencial como las CC.AA. han contribuido en gran medida a la universalización del sistema<sup>9</sup>, cuestión que merecería ser tratada monográficamente y excede los límites de esta investigación.

En referencia al reconocimiento de la prestación de asistencia sanitaria a todos los ciudadanos, sin más condicionante, el camino es aún más largo. La propia exposición de motivos de la LGS narra las dificultades que históricamente ha encontrado la configuración del sistema sanitario español, y pone de manifiesto su clara intención de extender la titularidad del derecho a la protección de la salud a “todos los ciudadanos y a los extranjeros residentes en España”, en concordancia con lo dispuesto en los arts. 43 y 49 del texto constitucional. Se impone, en consecuencia, el concepto de ciudadanía frente al de asegurado y beneficiario propio de los Seguros Sociales y de los conocidos como sistemas “*bismarckianos*”, aunque no desaparezca del todo<sup>10</sup>, es más, en la misma exposición de motivos se puntualiza que “por razones de crisis económica que no es preciso subrayar”, no es viable la obtención gratuita de dichas prestaciones, disponiendo una aplicación paulatina. Se instituye así la diferenciación entre universalidad y gratuidad, a la que tres décadas después aludirá el Tribunal Constitucional (STC 139/2016, de 21 de julio de 2016) para justificar la involución que en 2012 sufre el progresivo avance iniciado por la LGS hacia la universalización en el acceso a las prestaciones de asistencia sanitaria. Poco después, el 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, reconoce el derecho a “las prestaciones de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes”, entendiendo por tales “las personas cuyas rentas, de cualquier naturaleza, sean iguales o inferiores en cómputo anual al Salario Mínimo Interprofesional”, o aunque superen dicho límite, “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” (art. 1). De tal manera que solo un ínfimo porcentaje de la población española queda al margen del sistema de cobertura universal, quienes además de no percibir rentas superiores a las indicadas se encuentren en alguna de estas situaciones<sup>11</sup>:

.....

9 “La proclamación de la universalidad (teórica) ha venido de la mano de la legislación básica del Estado y la tendencia a la universalidad (real) de la mano de las Comunidades Autónomas, lo que ha generado importantes niveles de desigualdad territorial, que afectan tanto a la extensión de los titulares del derecho, como a la amplitud de la cartera de servicios” TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.*, p. 59.

10 Como señala, CANTERO MARTÍNEZ, J. y GARRIDO CUENCA, N.M.: “Ciudadanía, asistencia sanitaria y Unión Europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 18, 2014, p. 92, pese a haber estado muy cerca, nunca se ha logrado que cualquier ciudadano, por el mero hecho de serlo, pueda beneficiarse de las prestaciones del sistema público sanitario español, sin exigirle ningún otro requisito administrativo adicional ligado a su nacionalidad o a su afiliación en un determinado régimen de Seguridad Social.

11 Un estudio en profundidad sobre la prestación sanitaria contextualizada en tales fechas puede verse en GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Aranzadi, 2003.

1. Desempleados, una vez agotada la prestación o el subsidio por desempleo.
2. No realicen una actividad remunerada.
3. Ejercen profesiones liberales no integradas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
4. Determinados religiosos.
5. Españoles que se hallen temporalmente en España sin ser trabajadores por cuenta ajena residentes en países pertenecientes al espacio económico europeo y sin un convenio internacional bilateral a este respecto<sup>12</sup>.

Esta situación ha sido denunciada repetidamente por el Defensor del Pueblo en sus informes anuales. De hecho, el 11 de mayo de 2010 se admitió a trámite una Proposición de Ley sobre la universalización del derecho a la asistencia sanitaria pública a las personas con nacionalidad española y residencia en territorio nacional<sup>13</sup>, pero no llegó a prosperar.

Finalmente, es la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, la que, en su Disposición adicional sexta, como cláusula de cierre, extiende el derecho al acceso a la asistencia sanitaria pública “a todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico”, y puntualiza que lo será, como mínimo, con el mismo alcance dispuesto en la cartera de servicios comunes del SNS. Si bien, una vez más el espíritu universalista de la norma se ve frenado por la realidad económica, previéndose que esta cláusula será efectiva para las personas que hayan agotado la prestación o el subsidio de desempleo a partir del 1 de enero de 2012, y que para el resto de colectivos afectados habrá que atender a la evolución de las cuentas públicas.

Pero las bondades de la Ley 33/2011 no son tantas como parecen y su efectividad no es la esperada, por muchos e importantes motivos:

1. La protección brindada a las personas que hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo no tiene una vigencia inmediata, comienza a partir del 1 de enero de 2012.
2. El hecho de condicionar la extensión del derecho a la asistencia sanitaria de los colectivos distintos a los parados sin prestación por desempleo a la evolución de las cuentas públicas, sin la garantía de un plazo determinado, no parece ser una solución, sino un simple aplazamiento *sine die*, que además se vio poco después truncado por el RDL 16/2012.

.....

12 BELTRÁN AGUIRRE, J.L., *op. cit.*

13 (BOE de las Cortes, serie B, núm. 249-1, de 14 de mayo de 2010).

3. Dado que el derecho a la asistencia sanitaria pública se condiciona a la residencia en territorio nacional, los españoles residentes en el extranjero, que no sean trabajadores por cuenta ajena, y se encuentren temporalmente en España, siguen desprotegidos si no residen en un país del espacio económico europeo, o con un convenio bilateral con España.
4. No hay un auténtico pronunciamiento sobre la bifurcación entre Seguridad Social y SNS y se mantienen los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por MUFACE, MUGEJU e ISFAS<sup>14</sup>.

## 1.2. La reforma de 2012

La lenta pero constante evolución hacia un auténtico sistema universal nunca alcanzado, parece encontrar su punto más álgido con la Ley 33/2011, para después retroceder con el RDL 16/2012 a una situación más propia de la época de los Seguros Sociales que a la interpretación constitucional hasta la fecha comúnmente aceptada. Sorprendentemente la exposición de motivos del RDL 16/2012 pretende “garantizar a los ciudadanos una asistencia sanitaria pública, gratuita y universal”, precisamente regulando “la condición de asegurado con el fin de evitar algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”, algo claramente antagónico: universalidad y sistema asegurativo.

El capítulo 1 del RDL 16/2012 bajo la rúbrica “De la asistencia sanitaria en España” modifica el art. 3 LCCSNS, que pasa de regular los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria, a regular la condición de asegurado (art. 3), e incorpora los arts. 3 bis y 3 ter sobre el reconocimiento y control de la condición de asegurado y la asistencia sanitaria en situaciones especiales, respectivamente. Así pues, mientras que con anterioridad a la reforma de 2012 la LCCSNS simplemente consideraba titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria a los españoles en territorio nacional -el caso de los extranjeros se analiza en el siguiente epígrafe-, tras la modificación introducida por el RDL 16/2012, tendrán la condición de asegurado<sup>15</sup> quienes se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

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

.....

14 BELTRÁN AGUIRRE, J.L., *op. cit.*

15 Sobre la condición de asegurado *vid.* TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “Los requisitos exigidos para ser asegurado o beneficiario” en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, 2016, pp. 73 y ss.

2. Pensionistas del sistema de Seguridad Social.
3. Perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
4. Quienes, habiendo agotado la prestación o el subsidio por desempleo, figuren inscritos en la oficina correspondiente como demandantes de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título<sup>16</sup>.

No obstante, podrán ostentar la condición de asegurado, también, los nacionales que acrediten no superar el límite de ingresos determinado reglamentariamente<sup>17</sup>.

Igualmente, quedan protegidos los beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España, y ostentan tal condición:

1. El cónyuge o persona con análoga relación de afectividad inscrita como tal.
2. El ex cónyuge a cargo del asegurado.
3. Los descendientes y personas asimiladas a cargo del asegurado que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%<sup>18</sup>.

Quienes no puedan ser calificados como asegurado o beneficiario podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria bien mediante el pago de la misma o bien a través de la suscripción de un convenio especial.

.....

16 El tenor literal del art. 3.2.d LCCSNS tras la reforma por RDL 16/2012 se refería al supuesto de “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”, pero la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, eliminó la necesidad de figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, bastando con “encontrarse en situación de desempleo”.

La Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014, volvió a modificar este precepto, esta vez para añadir el requisito de residencia en España. A su vez, se incorpora la disposición sexagésima quinta a la LGSS (en su versión del 94), señalándose que, a efectos del mantenimiento del derecho de las prestaciones sanitarias en las que se exija la residencia en territorio español, se entenderá que el beneficiario de dichas prestaciones tiene su residencia habitual en España aun cuando haya tenido estancias en el extranjero siempre que estas no superen los 90 días a lo largo de cada año natural.

Y la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, añade que “A los solos efectos de lo dispuesto en este artículo, la realización de trabajos por cuenta ajena o propia, por un periodo inferior a seis meses, cuando no se acceda a nueva prestación o subsidio por desempleo, no impedirá recuperar la condición de parado que agotó la prestación o el subsidio por desempleo”.

17 Téngase en cuenta que se declara inconstitucional y nula la remisión del límite de ingresos a una determinación reglamentaria STC 139/2016.

18 Como advierte, ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: “Sobre la naturaleza jurídica de las prestaciones sanitarias: ¿sanidad o sanidad y Seguridad Social? Reflexiones tras la publicación del 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”, *Nueva Revista Española del Trabajo*, núm. 161, 2014, p. 135, no deja de ser paradójico que los mayores de 26 años no tengan la condición de beneficiarios, pero sí la de asegurados al acreditar la carencia de ingresos. Igualmente, en el caso de las personas con discapacidad, mientras que la LCCSNS exige un 65% de grado de discapacidad, el art. 5 del RD 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, señala como beneficiarias de las prestaciones sanitarias las personas que estén afectadas por una discapacidad en grado igual o superior al 33%.



La regulación de la condición de asegurado y beneficiario es desarrollada por el RD 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, que deroga expresamente la disposición del RD 1088/1989, por la que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes.

Del análisis del art. 3 LCCSNS en su redacción dada por el RDL 16/2012, posiblemente, cabría decir, que el retroceso en la universalización de la prestación de asistencia sanitaria es fundamentalmente conceptual, ya que, aunque la condición de asegurado y beneficiario son “un claro arcaísmo”<sup>19</sup>, *de facto*, prácticamente la totalidad de los ciudadanos nacionales y residentes en España quedaban protegidos por el SNS, a través de “resquicios legales” como no superar un determinado límite de ingresos para los nacionales<sup>20</sup>, o las situaciones de urgencia por enfermedad grave o accidente para los extranjeros, cuya interpretación puede ser ciertamente ambigua. No obstante, ello en modo alguno justifica la postura adoptada por el legislador, no tanto porque deje fuera del sistema a los nacionales no residentes, cosa que ya ocurría antes de la reforma cuando se pensaba que el sistema prácticamente había alcanzado la universalización, también por la importancia conceptual a la hora de su configuración dada la evolución ya consolidada y los compromisos internacionales en un estado definido constitucionalmente como Estado Social.

Con todo, la reforma de 2012 ha sido avalada por el Tribunal Constitucional, la STC 139/2016, de 21 de julio de 2016, con los votos particulares del Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, al que se ha adherido la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y del Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, únicamente ha declarado inconstitucional la referencia del art. 3.3 LCCSNS -tras su reforma por RDL 16/2012- a que el límite de ingresos para poder ostentar la condición de asegurado se determine reglamentariamente, desestimando el recurso en todo lo demás<sup>21</sup>. Para el TC el principio de universalidad no equivale a la gratuidad de las prestaciones sanitarias con cargo a los fondos públicos y llega a señalar que “la universalización legislativamente proclamada ha sido más bien un objetivo a conseguir, atendiendo a las circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado las eco-

.....

19 APARICIO TOVAR, J., *op. cit.*, p. 51.

20 En este sentido, para LOMAS HERNÁNDEZ, V.: “De ciudadano a asegurado o el tránsito inacabado hacia la universalización de la asistencia sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 8/2013, p. 61, <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>, “no podemos hablar en puridad de cambio real de modelo”, no se han producido cambios drásticos en el marco del aseguramiento sanitario, puesto que al igual que antes de 2012 para tener cubierta la asistencia sanitaria gratuita es preciso o mantener vinculación con la Seguridad Social o carecer de recursos suficientes, siendo además destacable que se ha elevado el límite de ingresos que antes era el salario mínimo interprofesional en cómputo anual y pasó a ser cien mil euros brutos anuales.

21 Un análisis de la sentencia puede verse en SÁNCHEZ FIERRO, J.: “El Tribunal Constitucional ante una reforma sanitaria aprobada por Real Decreto-Ley”, *Foro, Nueva época*, vol. 19, núm. 2, 2016, <http://dx.doi.org/10.5209/FORO.55381>.

nómicas” citando a este respecto el Auto del Tribunal Constitucional ATC 96/2011, de 21 de junio (FJ 6), según el cual “la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema”.

### **1.3. La contrarreforma de 2018**

El respaldo constitucional de la reforma de 2012 no ha convencido a buena parte de la sociedad y desde la Unión Europea, la Organización de las Naciones Unidas, algunas CC.AA., el Defensor del Pueblo, el movimiento asociativo, la doctrina científica y determinados partidos políticos, se ha solicitado la derogación o la modificación del RDL 16/2012. Es por ello que, el Partido Socialista, nada más llegar al Gobierno, ha derogado sustancialmente la reforma de 2012 a través del RDL 7/2018.

El RDL 7/2018, en su exposición de motivos, tras enarbolar el acceso al SNS en condiciones de equidad y universalidad como un derecho primordial de toda persona, considera que el mismo fue vulnerado “*de facto*” con la entrada en vigor del RDL 16/2012, al privar de atención sanitaria con cargo a los fondos públicos a determinados ciudadanos, y recuerda algunos de los compromisos internacionales adquiridos por España a este respecto, así como la evolución normativa preexistente y su involución con el RDL 16/2012 sustentado en criterios economicistas, tildados en esta exposición de motivos como “coyunturales y de limitado alcance temporal”. Con el claro objetivo de “garantizar el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, en las mismas condiciones, a todas las personas que se encuentren en el Estado Español”, se modifican los arts. 3, 3 bis y 3 ter LCCSNS, lo que supone la recuperación de la titularidad del derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria a todas las personas residentes en España y la ruptura, de nuevo, con el modelo asegurativo con cargo a los fondos públicos de la Seguridad Social.

El art. 3 LCCSNS retoma su rúbrica originaria regulando “los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria”, en vez de la condición de asegurado, y los requisitos para hacer efectivos esos derechos con cargo a los fondos públicos vuelven a ser encontrarse en uno de estos tres supuestos: españoles residentes en España, extranjeros con residencia regularizada en España, o tener reconocido el derecho por cualquier otro título jurídico. Aunque el tenor literal del precepto cambia con respecto a la versión anterior a 2012, no así su significado, con la novedad de hacer patente el compromiso con la sostenibilidad financiera del SNS, de manera que la asistencia sanitaria solo será con cargo

a fondos públicos cuando no exista un tercero obligado al pago, no se tenga la obligación de acreditar la cobertura obligatoria por otra vía, o no se pueda exportar el derecho de cobertura sanitaria desde el país de origen o de procedencia de la persona que requiere la asistencia. También los extranjeros en situación administrativa irregular quedan protegidos por el sistema (art. 3 ter LCCSNS), como se verá en el epígrafe siguiente de este trabajo.

Otro aspecto fundamental de la contrarreforma de 2018 es que la competencia en relación al reconocimiento y control del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a los fondos públicos se atribuye al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social con la colaboración de las entidades y administraciones públicas y no al INSS o, en su caso, al Instituto Social de la Marina como en 2012 (art. 3 bis LCCSNS).

## 2. EL CASO ESPECÍFICO DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS

### 2.1. Delimitación conceptual del objeto de estudio

Antes de analizar el derecho a la prestación de asistencia sanitaria de las personas extranjeras, es preciso definir quienes entrarían dentro de esa denominación, ya que el término “extranjero” no es absoluto, ni se aplica a una única categoría de individuos, su carácter es relativo, considerándose como tal a quien no posee la nacionalidad del Estado con el que se relaciona<sup>22</sup>. Además, en consonancia con el ámbito de aplicación de la vigente LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOE, en adelante), los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes son de aplicación el régimen comunitario, suelen quedar excluidos de toda referencia jurídica a los extranjeros, quedando la palabra extranjero relegada a los extranjeros extracomunitarios a los que les es aplicable la LOE conforme al art. 1 de la misma.

Los extranjeros pueden encontrarse en España en situación de estancia, cuando su permanencia en territorio español es inferior a 90 días<sup>23</sup> (art. 30 LOE), o de residencia (art. 30 bis), que a su vez podrá ser temporal (art. 31 LOE) o de larga duración (art. 32 LOE). El art. 45 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento

.....

22 FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: “El contrato de esclavo. Concepto de extranjero y su integración social a través de los derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento español y europeo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (Civitas), núm. 110, Marzo/Abril, 2002, p. 291.

23 Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 33 LOE para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.

de la LOE, tras su reforma por LO 2/2009 (RDLOE, en adelante) distingue nueve situaciones de residencia temporal: no lucrativa (arts. 46-51 RDLOE); por reagrupación familiar (arts. 52-61 RDLOE); trabajo por cuenta ajena (arts. 62-72 RDLOE); investigación (arts. 63-84 RDLOE); trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul-UE (arts. 85-96 RDLOE); trabajo por cuenta ajena de duración determinada (arts. 97-102 RDLOE); trabajo por cuenta propia (arts. 103-109 RDLOE); trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios (arts. 110-116 RDLOE); y exceptuada de la obligación de obtener autorización de trabajo (arts. 117-119 RDLOE), a las que habría que añadir las situaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales (arts. 123- 146 RDLOE)<sup>24</sup>. Cuando el extranjero que se halla en cualquiera de estas situaciones cuenta con la preceptiva autorización acorde con la naturaleza de la misma, se dice que se trata de un extranjero en situación administrativa regular, frente a quienes carecen de esta y se les califica de extranjeros en situación administrativa irregular, “irregulares”, “no autorizados”, “sin papeles” e incluso con el término más inapropiado de “ilegales”...

La situación administrativa irregular puede ser inicial o sobrevenida, y su condición jurídica queda definida *a contrario sensu* en la LOE y su desarrollo reglamentario, donde el ejercicio de determinados derechos depende de la regularidad administrativa del extranjero. El art. 13 de la Constitución española señala 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”, lo que significa que, aunque los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros son derechos constitucionales dotados de la protección constitucional, son derechos de configuración legal, de tal manera que la titularidad, y sobre todo la igualdad en el ejercicio de los derechos, depende del derecho afectado (STC 107/1984, de 23 de noviembre, F.J. 3º). El Tribunal Constitucional establece tres tipos de derechos<sup>25</sup>:

1. “Los que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos.
2. Los que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen).



24 Residencia temporal por circunstancias excepcionales: por arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público (arts. 123-130 RDLOE); de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género (arts. 131-134 RDLOE); por colaboración contra redes organizadas (arts. 135-139 RDLOE); y de extranjeros víctimas de trata de seres humanos (arts. 140-146 RDLOE).

25 Clasificación que tal y como pusieron de relieve TEROL BECERRA, M. y RODRÍGUEZ RAMOS, M<sup>a</sup>. J.: “Constitución, extranjeros y derecho al trabajo” en Sánchez-Rodas Navarro, C. (Coord.): *Extranjeros en España – Régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2001, p. 66, pronto fue revalidada mediante la STC 99/1985, si bien, dichos autores también resaltan que la STC 99/1985 solo alude a dos clases de derechos: los que corresponden por igual a españoles y extranjeros; y los que pertenecerán o no a los extranjeros según dispongan los tratados y las leyes, y ello con el propósito de “simplificar” la clasificación” y “por razones puramente metodológicas impuestas por la sistemática del discurso”.

3. Los que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”. (F. J. 4<sup>o</sup> STC 107/1984).

Al primer grupo pertenecen los llamados derechos y libertades fundamentales, vinculados a la dignidad humana e inherentes a la persona (art. 10.1 CE), tales como el derecho a la vida, a la libertad ideológica, religiosa y de culto, a la libertad y seguridad, al honor, a la libertad de expresión, a la tutela judicial efectiva y a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que no constituyan delito, todos ellos protegidos y reconocidos en las declaraciones sobre Derechos Humanos.

El derecho a la protección de la salud viene reconocido en el art. 43 CE, que por su ubicación en el Texto Constitucional, constituye un mero principio informador o rector de la política social, que reconoce el derecho a la protección de la salud y atribuye a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios<sup>26</sup>. Así pues, el derecho a la asistencia sanitaria<sup>27</sup> pese a estar vinculado con el derecho a la vida y a la integridad física, pertenece a la tercera categoría de derechos. No obstante, la autorización al legislador a establecer “restricciones y limitaciones” en el ejercicio de estos derechos no es incondicionada, pues “solo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida” (F. J. 4<sup>o</sup> STC 236/2007).

Por todo ello, cuando se habla de la universalidad de la prestación de asistencia sanitaria, el caso específico de los extranjeros y su supeditación a la situación de regularidad administrativa es especialmente controvertido, de ahí la trascendencia del análisis de su evolución normativa, que como en el caso de los nacionales, tras años de avances, en 2012 dio un polémico paso atrás.

## 2.2. El punto de partida: de la Ley de 1985 a la versión originaria de la LO 4/2000

El hecho de que España haya sido tradicionalmente un país de emigración que apenas recibía personas extranjeras parece haber influido en que, pese a que el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria es una de las reivindicaciones más antiguas de las enti-

.....

26 CAMPO CABAL, J. M.: *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 110-111.

27 Debe hablarse de derecho a la asistencia sanitaria, no de derecho a la salud, pues los seres humanos no disponemos del derecho a la salud, debiendo hacerse referencia al derecho a unas determinadas prestaciones, las sanitarias, con las que se intenta conseguir la preciada salud. ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Derecho de la protección social. Derecho a la seguridad social. Derecho a la asistencia sanitaria y Derecho a los servicios sociales*, Civitas, Thomson Reuters, 2016, p. 339.

dades defensoras de los derechos de los inmigrantes<sup>28</sup>, ni la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, ni su primer desarrollo reglamentario (Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo), abordaran dicha cuestión. Es por tanto el Reglamento de 1996, aprobado por RD 155/1996, de 2 de febrero, el que por vez primera hace referencia a los derechos y deberes de los extranjeros en España (arts. 1-11), y en su art. 9 precisa que los extranjeros que se encuentren legalmente en territorio español podrán acceder a las prestaciones y servicios sociales organizados por los poderes públicos para la protección de la salud, de acuerdo con lo dispuesto por la legislación específica en la materia.

Dado que la LGS en su art. 1.2 especificaba que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”, únicamente los extranjeros en situación de regularidad administrativa podían disfrutar de las prestaciones de asistencia sanitaria<sup>29</sup>, bien por formar parte del sistema de Seguridad Social *ex art. 7 LGSS*<sup>30</sup>, bien por carecer de recursos económicos conforme a lo dispuesto por el RD 1088/1989, desarrollado por Orden de 13 de noviembre de 1989 y por la Resolución de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria de 29 de diciembre de 1989. En consecuencia, con este contexto normativo el resto de extranjeros únicamente quedaban protegidos por el sistema sanitario en los casos de accidente o enfermedad profesional<sup>31</sup> y de maternidad<sup>32</sup>, y aunque carecieran de recursos no se beneficiaban de la asistencia sanitaria gratuita, circunstancia que conducía a la aplicación del art. 16.3 LGS, considerándolos pacientes privados con obligación de pagar el coste efectivo del servicio médico recibido<sup>33</sup>. La carencia de medios económicos que caracteriza a este colectivo, hacía impensable un posible recurso a entidades sanitarias privadas<sup>34</sup>, siendo

.....

28 TARABANI-CASTELLANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 78.

29 *Vid.* el breve recorrido histórico que realiza DE VAL TENA, A. L.: “El derecho de los trabajadores inmigrantes a la protección de la salud” en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Informes y Estudios, Gobierno de Cantabria, Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, 2003, pp. 1425-1428.

30 Tanto el art. 7 del entonces vigente RD-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, como del actual RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

31 En este sentido el art. 10.3 del Decreto 2766/1967, de 15 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y de ordenación de los servicios médicos en el régimen general, dispone que será beneficiaria de la asistencia sanitaria la víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional “aunque la relación de empleo se haya celebrado en contra de una prohibición legal”.

32 De acuerdo con el art. 14.1.e) del Decreto 2766/1967 tendrán derecho a la asistencia por maternidad “las trabajadoras extranjeras, cualquiera que sea su nacionalidad, al servicio de empresas, comprendidas en el Régimen General de la Seguridad Social”.

33 No obstante, tal y como pone de manifiesto MERCADER UGUINA, J., R.: “El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios” en VV.AA.: *Movimientos migratorios y Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2004, p. 213, la exigencia de pago puede resultar infructuosa, bien por la probable insolvencia del inmigrante, bien por la dificultad de localizar al paciente una vez que ha sido dado de alta.

34 MERCADER UGUINA, J., R.: “La protección social de los trabajadores extranjeros” en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo II, Informes y Estudios, Gobierno de Cantabria, Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, 2003, p. 1196.

en la mayoría de los casos atendidos por los servicios de urgencias, sobre la base de que, en última instancia, la inasistencia constituía una violación del derecho a la vida y a la integridad física, protegidos tanto por la Constitución como por el Derecho Internacional.

### 2.3. La práctica universalización a través de la LO 4/2000

La insólita<sup>35</sup> aprobación de la LO 4/2000 constituyó un antes y un después en materia de extranjería, no tanto por regular los derechos y libertades de los extranjeros, como por no supeditar el ejercicio de tales derechos a su situación de regularidad administrativa. Se relativiza la irregularidad del extranjero<sup>36</sup> y se añade un inusitado concepto: el del extranjero empadronado en el municipio en el que reside habitualmente, estableciéndose un complicado modelo de reconocimiento de derechos en función de las concretas y muy variadas situaciones en las que el extranjero podía encontrarse en España<sup>37</sup>.

La versión primigenia de la LO 4/2000 regula el derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria expresamente y de forma independiente del derecho a la Seguridad Social, y extiende este derecho, en determinados supuestos, a los extranjeros en situación administrativa irregular, lo que supuso prácticamente la universalización del acceso de los extranjeros a las prestaciones de asistencia sanitaria.

Curiosamente, la redacción originaria del art. 12 LO 4/2000, no fue modificada ni por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, ni por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, y la LO 2/2009, de 11 de diciembre, simplemente la reformó para evitar una posible confusión interpretativa<sup>38</sup>. Es decir, dicho precepto, pervivió a la LO 8/2000 en la que únicamente quedaron inmutables los arts. 2, 3, 12 y 14 LO 4/2000, lo que supuso una dura restricción de los derechos y garantías de la versión inicial, y, sin embargo, no sobrevivió a los conocidos popularmente como “recortes anti-crisis” del RDL 16/2012.

El tenor literal del originario art. 12 LO 4/2000<sup>39</sup> señalaba que: “1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles<sup>40</sup>.”

.....

35 Debe recordarse que ha sido la primera Ley aprobada sin el apoyo del grupo parlamentario del partido gobernante.

36 Cfr. GOIG MARTÍNEZ, J. M.: *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, Madrid, Editorial Universitas internacional, 2004, pp. 122-124.

37 Cfr. LUJÁN ALCARAZ, J.: “El trabajo de los extranjeros en España en la LO 4/2000 de 11 de enero”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999.

38 TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “Artículo 12. El derecho a la asistencia sanitaria”, en MORENEO PÉREZ, J.L. (Dir.): *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Ed. Comares, Granada, 2012, p. 234.

39 Desde este momento, para diferenciar el tenor literal del originario art. 12 y del reformado en 2012, para aludir al primero se empleará “art. 12 LO 4/2000” y al segundo “art. 12 LOE”.

40 La LO 2/2009, sustituyó “residan habitualmente” por “que tengan su domicilio habitual”, con el objeto de evitar una posible confusión interpretativa por la cual se identificara erróneamente “residencia habitual” con “residencia legal”. Cfr. TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., *op. cit.*, p. 234.

2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. 3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto”.

Así pues, si se pone en conexión este precepto con los arts. 10.1 y 14.1 LO 4/2000, los cuales, reconocen el derecho a la Seguridad Social, tanto a nivel contributivo, como no contributivo, de los extranjeros que se hallen en situación de regularidad, y con el art. 1.2 LGS que proclama el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria de todos los españoles y ciudadanos extranjeros que residan legalmente en España, se puede concluir que el art. 12 LO 4/2000 con el término “extranjeros que se encuentren en España” se está dirigiendo a aquellos extranjeros que con independencia de su situación administrativa, en casos excepcionales, quedan protegidos por el sistema sanitario español, ya que el supuesto normal, el de encontrarse de forma regular en España viene ya recogido en los arts. 10.1 y 14.1 LO 4/2000 y en el art. 1.2 LGS, supuestos en los que no es necesario empadronarse para recibir la prestación de asistencia sanitaria, como tampoco lo es para los españoles.

El art. 12 LO 4/2000, recoge, por tanto, cuatro casos excepcionales en los que se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros con independencia de su situación administrativa: el de los empadronados en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, o tengan su domicilio habitual (conforme a la terminología de la LO 2/2009); los supuestos de urgencia, que se concretan en los casos en los que los extranjeros sin estar empadronados tengan un accidente, o contraigan una enfermedad grave; el de los menores de dieciocho años; y el de las embarazadas. Además, la LO 4/2000 en su art. 62.1.d bis se refiere al derecho de los extranjeros en situación de internamiento “a recibir asistencia médica y sanitaria adecuada y ser asistidos por los servicios de asistencia social del centro”. Se trata de un supuesto especial, donde la atención sanitaria se presta respondiendo a criterios de humanidad y de salud pública, frente a posibles situaciones de hacinamiento en dichos centros de internamiento<sup>41</sup>.

En definitiva, en sentido estricto, la única novedad relevante de este importantísimo precepto residía en el apartado 1 del art. 12 LO 4/2000, en la atribución del derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros empadronados en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, por cuanto supone superar de modo radical el requisito

.....

41 Sobre este tema *vid.* ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Madrid, Tecnos, Colección Andaluza de Relaciones Laborales, 2001, pp. 394-396.



tradicional de la “residencia legal”<sup>42</sup>, convirtiéndose el Padrón municipal, por decisión de la Ley, en el requisito habilitante para el disfrute del derecho a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los españoles<sup>43</sup>.

Aunque la extensión del derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros irregulares fue aplaudida por la doctrina científica, no faltaron las voces que se alzaron en contra de la fórmula empleada, en el entendimiento de que si lo que se pretendía era extender el derecho a la asistencia sanitaria a cualquier extranjero con independencia de su situación administrativa, la inscripción en el Padrón, no es un acto administrativo idóneo para que de él se extraigan consecuencias jurídicas ajenas a su función<sup>44</sup>, pues su cometido es simplemente reflejar en un registro el domicilio y las circunstancias de todas las personas que habitan en su término municipal, sin contar con el riesgo que entraña para los extranjeros irregulares dar a conocer sus datos y situación en el Padrón municipal<sup>45</sup>.

#### 2.4. La reforma de 2012

La disposición final tercera del RDL 16/2012 reforma el art. 12 LO 4/2000 vaciándolo prácticamente de contenido, pues su tenor literal al señalar que “los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”, no hace más que remitir la regulación del derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria a la LGS, a la LCCSNS y a su desarrollo reglamentario (el RD 1192/2012).

Desde la entrada en vigor del RDL 16/2012 y hasta la aprobación del RDL 7/2018, el art. 3 LCCSNS circunscribe la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, a las personas que ostenten la condición de asegurado (art. 3.1 y 3.2 LCCSNS), beneficiarios de un asegurado (art. 3.4 LCCSNS), o a quienes acrediten que no perciben ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros<sup>46</sup>, ni tengan cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía (art. 2.1.b) RD 1192/2012). Esta previsión es la aplicable a los españoles -tal y como ya se ha analizado- y a los extranjeros que residan en España con una situación administrativa regular (art. 1.2

42 MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al art. 12” en MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: (Coord.): *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 Y RD 864/2001)*, Granada, 2001, pp. 232-234.

43 LUJÁN ALCARAZ, J.: “El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero”, *Aranzadi Social*, núm. 21, mayo, 2000, p. 12.

44 FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La protección social de los extranjeros en España”, *Aranzadi Social*, núm. 21, 2002, p. 55, en el mismo sentido MERCADER UGUINA, J. R., *op. cit.*, “La protección...”, p. 1203.

45 *Vid.* ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *op. cit.*, pág. 387 y GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C.: “La situación de los extranjeros ante el sistema de protección social español”, *Foro de la Seguridad Social*, núm. 2, octubre de 2000, pp. 68-69.

46 Adviértase que la STC 139/2016 ha declarado inconstitucional, y por tanto nulo, el inciso “siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente” del art. 3.3 LCCSNS LCCSNS, en la redacción dada al mismo por el art. 1.1 del RDL 16/2012.

LGS). Sin embargo, los extranjeros en situación administrativa irregular, aun careciendo de recursos económicos, quedan excluidos de la asistencia sanitaria a cargo de fondos públicos a través del SNS, debiendo sufragar el coste de la prestación o suscribir un convenio especial, salvo determinadas “situaciones especiales” que dispone la propia LCCSNS en su art. 3 *ter*, y que coincide con las previstas en su día por el derogado art. 12 LO 4/2000 en sus apartados 2, 3 y 4: situaciones de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa hasta la situación de alta médica; asistencia al embarazo, parto y postparto; y asistencia a los extranjeros menores de dieciocho años en las mismas condiciones que los españoles. Desaparece, por tanto, la posibilidad de que los extranjeros inscritos en el padrón municipal accedan a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (art. 12.1 LO 4/2000).

Por lo que hace al convenio especial<sup>47</sup>, el RD 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del SNS, su art. 3 determina como requisitos para la suscripción y el mantenimiento del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria:

- “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.
- Estar empadronadas, en el momento de presentar la solicitud de suscripción del convenio especial, en algún municipio perteneciente al ámbito territorial al que extiende sus competencias la administración pública competente para su suscripción.
- 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”.

Los extranjeros en situación administrativa irregular podrán suscribir este tipo de convenios, siempre que puedan acreditar la residencia por un periodo mínimo de un año y costearse la cuota mensual (60€ para los menores de 65 años y 157€ para los mayores de dicha edad, sin perjuicio de que dicha cuota pueda ser incrementada por las CC.AA. cuando incorporen en el convenio otras prestaciones asistenciales de la cartera de servicios complementaria arts. 6.1 y 2.2 RD 576/2013). Una cuota que aunque se asemeja a las propias de las aseguradoras privadas, puede resultar excesivamente onerosa para los ex-

.....

<sup>47</sup> Para mayor abundamiento sobre los convenios especiales *vid.* KAHALE CARRILLO, D. T.: “La suscripción de un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria para aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario” en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, 2016, pp. 235 y ss.

trajeros que al encontrarse en situación administrativa irregular viven en una situación verdaderamente precaria<sup>48</sup>.

Además, debe tenerse muy presente que únicamente permite acceder con carácter estrictamente individual a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del SNS<sup>49</sup>, por lo que no abarca las prestaciones de la cartera suplementaria<sup>50</sup>, ni la cartera común de servicios accesorios<sup>51</sup>, algo ciertamente criticable<sup>52</sup>.

Por todo lo cual, puede afirmarse que el RDL 16/2012 supuso un cambio muy significativo en el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros, al dejar a los extranjeros en situación administrativa irregular y mayores de edad, -que difícilmente van a suscribir un convenio especial-, excluidos del sistema, salvo en situaciones de urgencia por enfermedad grave o accidente, y asistencia al embarazo, parto y postparto. Claramente, el RDL 16/2012 interrumpe un proceso de universalización del derecho a la asistencia sanitaria, iniciado con la LGS y se retrotrae a un modelo de cobertura sanitaria vinculado a la cotización de cuotas por los trabajadores<sup>53</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en contra de lo que podría auspiciarse tras los Autos 239/2012<sup>54</sup> y 114/2014 sobre la constitucionalidad de las normas vasca y navarra desoyendo lo establecido en el RDL 16/2012<sup>55</sup>, ha avalado la constitucionalidad del RDL 16/2012. La STC 139/2016, de 21 de julio de 2016, señala que los cambios en el régimen de asistencia sanitaria a los extranjeros empadronados, sin autorización de residencia en España son “una lícita opción del legislador que queda dentro de su margen de configuración que le es propio, sin que con ello se vulnere el art. 43 en relación con el art. 13 CE”, ya que “dentro del margen del legislador de establecer sus prioridades, la norma examinada no responde a una opción arbitraria, sino a la preservación de bienes o intereses constitu-

.....

48 DELGADO DEL RINCÓN, L. E.: “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 (nueva época)*, núm. 163, 2014, p. 201.

49 Las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente (art. 8 bis LCCSNS).

50 La prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica y el transporte sanitario no urgente (art. 8 ter LCCSNS).

51 Las actividades, servicios o técnicas de apoyo a la mejora de una patología de carácter crónico (art. 8 quáter LCCSNS).

52 Cfr. SOBRINO GUIJARRO, I.: “Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España”, *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, nº 2, 2013, pp. 135 y ss.

53 DELGADO DEL RINCÓN, L. E., *op. cit.*, p. 195.

54 “El derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido verse concretado” (F.J. 5).

55 En contra, SANGÜESA RUÍZ, N.: “El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: sobre la legitimidad constitucional del RD-Ley 16/2012”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja*, núm. 13, diciembre 2015, p. 245, advirtió la necesidad de evitar “la tentación” de entender los Autos TC 239/2012 y 114/2014 como “una suerte de ‘adelanto’” del pronunciamiento del TC ante los recursos de inconstitucionalidad planteados frente al RDL 16/2012.

cionalmente protegidos, como el mantenimiento del sistema sanitario público, sin desconocer las posibilidades del sistema en un momento de intensas complicaciones económicas, observándose, en la distinción entre extranjeros con autorización de residencia y los que carecen de ella, la debida proporcionalidad y dando cumplimiento a las obligaciones internacionales en la materia”.

## 2.5. La contrarreforma de 2018

Pese a la entrada en vigor del RDL 16/2012 y la declarada constitucionalidad de la regulación del derecho a la asistencia de los extranjeros por la STC 139/2016<sup>56</sup>, muchas CC.AA., bien por motivos técnico-sanitarios, bien por razones ideológicas, adoptaron medidas para mantener en su ámbito territorial la cobertura sanitaria de los extranjeros en situación irregular, destacan a este respecto: Andalucía, Asturias, Cataluña, Galicia, Castilla y León, Valencia, Canarias, Navarra y País Vasco<sup>57</sup>, siendo especialmente interesante el régimen previsto en la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por el que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra<sup>58</sup>. Situación que recuerda la propia exposición de motivos del RDL 7/2018, que critica la “inequidad manifiesta” y la “situación de inseguridad jurídica” que provocó no solo que dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que se resida un inmigrante en situación irregular tenga o no derecho a la asistencia sanitaria gratuita, también el hecho de que la mayoría de las iniciativas normativas promulgadas con este fin fueran impugnadas y/o anuladas.

Con el RDL 7/2018 se retoma el camino hacia la universalidad del SNS, que la reforma de 2012 quebró, al excluir a los extranjeros mayores de edad en situación administrativa

56 Para mayor abundamiento, *vid.* ALONSO GARCÍA, M. N.: “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”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm.2, 2017, (BIB 2017\10782).

57 *Vid.* BENLLOCH SANZ, P.: “La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular: situación actual y perspectivas” en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, 2016, pp. 162 y ss., que distingue tres posiciones: 1) Las CC.AA. que han optado por una aplicación estricta del RDL 16/2012; 2) Las que anunciaron desde el primer momento que no aplicarían estrictamente el RDL 16/2012; 3) Otro grupo que ha desarrollado otros mecanismos o procedimientos para continuar prestando asistencia sanitaria a los inmigrantes en situación irregular. También resulta de gran interés GUINDO MORALES, S.: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares” en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, 2016, pp. 267 y ss.

58 *Vid.* BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: “El requisito de “residencia” exigido a los extranjeros para el acceso a prestaciones y servicios públicos: su alcance a la luz de la doctrina del TC”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.11, 2015, (BIB 2015\17295), que remite el análisis de dicha Ley Foral a ENÉRIZ OLAECHEA, F. J.: “El derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita de las personas inmigrantes en situación administrativa irregular”, en ALENZA GARCÍA, J. F. y ARCOS VIEIRA, M<sup>a</sup>. L. (Dir.) VV.AA. en: *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, Thomson-Reuters- Aranzadi, 2013, pp. 538-541 y CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Asistencia sanitaria pública al extranjero no comunitario y, en especial, al que carece de autorización administrativa de residencia en España”, en PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.) VV.AA. en: *Tratado de Derecho Sanitario, Volumen I*, Thomson-Reuters- Aranzadi, 2013, p. 581.

irregular, salvo en los casos de embarazo, parto y posparto o de urgencia por enfermedad grave o accidente. Su exposición de motivos justifica la “contrarreforma” incidiendo fundamentalmente en cinco argumentos:

- La garantía del ejercicio del acceso al SNS en condiciones de equidad y universalidad y a la protección efectiva de la salud de la ciudadanía como derecho primordial de toda persona. Máxime cuando se trata de colectivos de especial vulnerabilidad, amenazados por la exclusión social.
- La protección internacional -supranacional y europea- del derecho a la protección de la salud como derecho de todo ser humano.
- La involución del carácter universalista existente del sistema desde la CE y la Ley 14/1986 hasta el RDL16/2012.
- El carácter meramente economicista de la reforma de 2012 y pese a ello la no consecución de esos fines.
- La oposición encontrada por parte de la Unión Europea, la Organización de las Naciones Unidas, las comunidades autónomas, el Defensor del Pueblo, la sociedad civil, el movimiento asociativo, las sociedades científicas profesionales y algunos partidos políticos.

La reforma -o contrarreforma- de 2018 supone una modificación sustancial del tenor literal de los arts. 3, 3 bis y 3 ter LCCSNS. El nuevo art. 3 ter LCCSN bajo la rúbrica “Protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español” parte del reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria de “las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España”, “en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española”. Si bien, matiza que dicha asistencia será con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, cuando: no tengan obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía; no puedan exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o de procedencia; y no exista un tercero obligado al pago.

Finalmente, el apartado 3 del art. 3 ter LCCSN encarga a las CC.AA., en el ámbito de sus competencias, la fijación del procedimiento para la solicitud y expedición del documento certificativo que acredite a las personas extranjeras para poder recibir las prestaciones de asistencia sanitaria. Matizando, en el apartado 4 del mismo precepto, que las CC.AA. habrán de comunicar al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, mediante el procedimiento que se determine, los documentos certificativos que se expidan a tal fin.

Como puede advertirse, el RDL 7/2018 apuesta por una auténtica universalización

del derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria de las personas extranjeras en España al prescindir de la diferenciación entre extranjeros en situación irregular menores de 18 años, en situación de embarazo, parto o postparto y empadronados o no. Se pone así punto y final a la polémica utilización del empadronamiento como requisito de acceso al SNS, ya que la inscripción en el Padrón no es la fórmula más apropiada para otorgar el derecho a la asistencia sanitaria, al no tratarse de un acto administrativo idóneo para que de él se extraigan consecuencias jurídicas ajenas a su función, la complejidad que puede conllevar por los numerosos requisitos documentales de los que se hace depender junto a la acreditación de la residencia habitual y la diversidad de prácticas en orden a acreditar las situaciones según la localidad de la que se trate y, sobre todo, porque debido al riesgo que entraña para los extranjeros en situación administrativa irregular dar a conocer sus datos y situación en el Padrón municipal la medida no suponía la plena universalización.

### 3. CONCLUSIONES

- Como ya se ha expuesto, desde la promulgación de la LGS en 1986 se ha ido avanzando gradualmente hacia un sistema universal de protección sanitaria que fue irrumpido por el RDL 16/2012, y que, de nuevo, con la entrada en vigor del RDL 7/2018 se ha encauzado. El RDL 7/2018 ha sido convalidado por el Congreso de los Diputados el 6 de septiembre de 2018, pero ello, probablemente, no asegura -absolutamente o más bien indefinidamente- que no vuelva a producirse un cambio fundado de nuevo en razones económicas, no solo por lo ajustada que ha sido la votación en el Congreso de los Diputados (173 votos a favor, 133 en contra y 31 abstenciones, es decir, ha tenido en contra los votos de los representantes del Partido Popular y Ciudadanos), donde los representantes de los partidos políticos de corte más liberal han votado en contra en un momento en el que no cuentan con la mayoría parlamentaria, también porque el propio TC ha avalado el RDL 7/2018 y ha reconocido que el RDL 16/2012 “supone un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada”, pero que “la universalización legislativamente proclamada ha sido más bien un objetivo a conseguir, atendiendo a las circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado las económicas”.
- La atribución competencial del reconocimiento y control del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar

Social es fundamental para que la escisión entre SNS y Seguridad Social sea efectiva, debiendo ser alabada la reforma que en este sentido.

- La plausible decisión de reconocer el derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria a los extranjeros en situación administrativa irregular sin hacer depender el derecho de la inscripción en el padrón municipal, no significa que la puesta en práctica de la efectiva asistencia sanitaria de estos extranjeros no plantee otros problemas derivados del propio RDL 7/2018. La decisión de consignar a las CC.AA. la fijación del procedimiento para la solicitud y expedición del documento certificativo que acredite el derecho a la asistencia sanitaria es bastante cuestionable básicamente por tres razones: puede conducir inexorablemente hacia ciertas desigualdades entre extranjeros según residan en una u otra comunidad autónoma<sup>59</sup>; la mayoría de las CC.AA., al posicionarse frente a la reforma de 2012 de alguna manera ya cuentan con la regulación de dicho procedimiento; y algunas de esas CC.AA. han visto esa regulación anulada por sentencia judicial<sup>60</sup>. Adviértase que mientras que determinadas CC.AA. exigen la inscripción en el padrón municipal para el acceso a la prestación sanitaria de los extranjeros irregulares (Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana), algunas, incluso por un determinado periodo de tiempo (tres meses, en el 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, que en su versión originaria establecía un plazo de un año), otras no supeditan el derecho a ningún requisito de empadronamiento (La Ley Foral 8/2013 por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra), aunque precisamente por ello ha sido declarada nula por la STC 17/2018, de 22 de febrero de 2018. Así pues, pese a parecer superada la diferenciación entre extranjeros empadronados o no, todo apunta a que esa diferenciación va a seguir existiendo y que además va a ser un elemento discriminatorio entre CC.AA. Siendo cuanto menos preocupante saber qué ocurrirá cuando un extranjero irregular que reside en una C.A. en la que se le ha expedido un certificado acreditativo de su derecho a la prestación sanitaria, se desplace a otra C.A.: si conserva el derecho o no, o si solo se le atenderá en caso de ser menor de edad, situación de embarazo, parto o postparto, o por tratarse de una urgencia por enfermedad grave o accidente, aunque ni la LO ni la LCCSNS aluden ya a esa distinción...

59 Como apunta MONTROYA MELGAR, A. *op. cit.*, “La organización territorial descentralizada a la que responde nuestro modelo público sanitario no deja de tener, pese a los mandatos constitucionales de igualdad, sus riesgos de fragmentación y desigualdad, tanto en el acceso a las prestaciones como en su contenido, financiación y gestión” y la propia LGS fue consciente de ello, y así lo hizo constar en su propia Exposición de Motivos.

60 LOMAS HERNÁNDEZ, V.: “Comentario de urgencia sobre el Real Decreto Ley 7/2018 de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud: principales novedades”, *Aranzadi digital*, núm.1, 2018, (BIB 2018\11484).

- El RDL 7/2018 no garantiza el acceso a la prestación sanitaria a los extranjeros en situación de estancia temporal. Son titulares del derecho “las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español” (art. 3 LCCSNS) y el art. 3 ter LCCSNS referido a la protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en territorio español, en su apartado 3, al determinar que son las CC.AA. quienes fijarán el procedimiento para la solicitud y expedición del documento que acredite su derecho a recibir la prestación, señala que para las personas extranjeras en situación de estancia temporal conforme a la LOE, “será preceptiva la emisión de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las comunidades autónomas”. Se encuentran en esta situación muchos de los extranjeros que entran en España de forma regular, como turistas, cuando su intención real es buscar empleo e intentar regularizar su situación.
- No se ha superado del todo el binomio asegurad/beneficiario, pues sigue vigente en el acceso a la prestación farmacéutica.

Por todo ello, sería muy alentador que la tramitación como Proyecto de Ley del RDL 7/2018 diera respuesta a algunos de los problemas apuntados.

**M<sup>a</sup> BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Murcia*