

Consejo de Estado: Dictámenes

Número de expediente: 826/2012 (SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD)

Referencia: 826/2012

Procedencia: SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

Asunto: Proyecto de Real Decreto 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.

Fecha de Aprobación: 26/7/2012

TEXTO DEL DICTAMEN

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 26 de julio de 2012, , emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"En cumplimiento de la Orden de V. E. de 10 de julio de 2012 (registrada de entrada ese mismo día), el Consejo de Estado ha examinado, con carácter de urgencia, el expediente relativo al proyecto de Real Decreto 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.

De antecedentes resulta:

PRIMERO.- Contenido del proyecto de Real Decreto y de su memoria

A.- El proyecto de Real Decreto consta de preámbulo, nueve artículos, siete disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

Señala el preámbulo que el derecho a la asistencia sanitaria en España se rige por los principios de universalidad y financiación pública establecidos en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

La validez de este modelo se traduce -añade el preámbulo- en un alto nivel de protección de la salud y, por ello, es necesario reforzar su sostenibilidad. A tal fin, 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, ha modificado la Ley 16/2003, definiendo los supuestos de acceso al derecho a la asistencia sanitaria prestada con cargo a fondos públicos, a través de las figuras del asegurado y del beneficiario, y regulando un mecanismo de reconocimiento de dicha condición que resulte de aplicación tanto a los españoles como a los ciudadanos de otras nacionalidades.

De conformidad con la habilitación contenida en la disposición final segunda del Real Decreto-ley 16/2012, se procede a su desarrollo reglamentario en la norma proyectada, que se estructura como sigue:

? El artículo 1 ("Objeto") señala que el presente Real Decreto 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

De conformidad con la habilitación contenida en la disposición final segunda del Real Decreto-ley 16/2012, se procede a su desarrollo reglamentario en la norma proyectada, que se estructura como sigue:

? El artículo 1 ("Objeto") señala que el presente Real Decreto 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, así como el reconocimiento, control y extinción de dicha condición.

? El artículo 2 ("De la condición de asegurado") enumera las personas que ostentan la condición de aseguradas.

? El artículo 3 ("De la condición de beneficiario de una persona asegurada") relaciona las personas que tienen la condición de beneficiarias de una persona asegurada.

? El artículo 4 ("Reconocimiento de la condición de asegurado o de beneficiario") prevé que el reconocimiento de la condición de asegurado o de beneficiario se realizará, de oficio o a instancia del interesado, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina, a través de sus direcciones provinciales, y que, una vez reconocida tal condición, el derecho a la asistencia sanitaria se hará efectivo por las Administraciones sanitarias competentes.

? El artículo 5 ("Reconocimiento de oficio de la condición de asegurado o de beneficiario") establece los supuestos y el procedimiento para el reconocimiento de oficio de la condición de asegurado o de beneficiario.

? El artículo 6 ("Reconocimiento de la condición de asegurado o de beneficiario previa solicitud del interesado") regula, para los supuestos no previstos en el artículo anterior, el procedimiento y los requisitos documentales para el reconocimiento de la condición de asegurado o de beneficiario a solicitud de los interesados.

? El artículo 7 ("De la extinción de la condición de asegurado o de beneficiario") enumera los motivos de extinción de la condición de asegurado o de beneficiario.

? El artículo 8 ("Comunicación y control de las circunstancias modificativas o extintivas de la condición de asegurado o de beneficiario") señala que la variación o extinción de la condición de asegurado o de beneficiario corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Social de la Marina, a través de sus direcciones provinciales; que los asegurados y los beneficiarios están obligados a comunicar la modificación de las circunstancias que afecten a tal condición en el plazo de un mes; y que, en caso de incumplimiento de esta obligación, la variación o extinción de la condición de asegurado o de beneficiario producirá efectos retroactivos desde el momento en que debiera haber tenido lugar.

? El artículo 9 ("Protección de datos de carácter personal y cesión de datos") prevé que los datos personales relevantes para el reconocimiento, variación y extinción de la condición de asegurado o beneficiario y para la determinación del nivel de aportación de estos a la prestación farmacéutica podrán ser recabados de los órganos administrativos competentes por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Instituto Social de la Marina y posteriormente comunicados al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria sin necesidad de consentimiento de los interesados.

? La disposición adicional primera ("Asistencia sanitaria para españoles de origen retornados y residentes en el exterior desplazados temporalmente a España") precisa, por una parte, que la asistencia sanitaria con cargos a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud de los españoles de origen retornados y pensionistas españoles de origen residentes en el exterior desplazados temporalmente a España se seguirá rigiendo por lo dispuesto en la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, y 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; y, por otra parte, que los trabajadores por cuenta ajena españoles de origen que no residan en Estados miembros de la Unión Europea ni en Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo ni en Suiza y se desplacen temporalmente a España tendrán derecho a la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud cuando no tuvieran prevista esta cobertura de acuerdo con las normas de Seguridad Social españolas o del Estado de procedencia o con los convenios internacionales en la materia.

? La disposición adicional segunda ("Asistencia sanitaria en aplicación de normas internacionales") señala que las personas con derecho a la asistencia sanitaria en aplicación de reglamentos comunitarios o convenios bilaterales tendrán acceso a la misma mientras residan en territorio español o durante sus desplazamientos temporales a España, en la forma, extensión y condiciones previstas en tales reglamentos o convenios.

? La disposición adicional tercera ("Convenio especial de prestación de asistencia sanitaria") establece que las personas que, careciendo de la condición de aseguradas o de beneficiarias, no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título, podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la contraprestación o cuota correspondiente a la suscripción de un convenio especial, de acuerdo con los requisitos que se establezcan mediante Orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

? La disposición adicional cuarta ("Prestación de asistencia sanitaria en situaciones especiales") aclara que, a efectos de la "asistencia sanitaria en situaciones especiales" prevista en el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, no tendrán la consideración de "extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España" los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que se encuentren en la situación de estancia inferior a tres meses regulada en el artículo 6 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero.

? La disposición adicional quinta ("Prestación de asistencia sanitaria para solicitantes de protección internacional") prevé que los solicitantes de protección internacional cuya permanencia haya sido autorizada en España recibirán la asistencia sanitaria necesaria mientras se encuentren en tal situación.

? La disposición adicional sexta ("Prestación de asistencia sanitaria para víctimas de trata de seres humanos en periodo de restablecimiento y reflexión") prescribe que las víctimas de trata de seres humanos cuya estancia temporal en España haya sido autorizada durante el período de restablecimiento y reflexión recibirán la asistencia sanitaria necesaria mientras permanezcan en esta situación.

? La disposición adicional séptima ("Regímenes especiales de funcionarios") declara que los mutualistas o beneficiarios de los regímenes especiales de la Seguridad Social, incluidos los funcionarios que hayan ingresado en cualquier Administración pública con posterioridad al 1 de enero de 2011, mantendrán el régimen de cobertura obligatoria de prestación sanitaria conforme a la normativa especial reguladora, así como su condición de mutualistas cuando pasen a la situación de pensionistas. ? La disposición transitoria única ("Régimen transitorio de acceso a la asistencia sanitaria en España") establece que las personas que tuvieran acceso a la asistencia sanitaria en España con

anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012 y no tengan la condición de asegurado conforme al artículo 3.2 de la Ley 16/2003, podrán seguir accediendo a la misma hasta el 31 de agosto de 2012 "sin necesidad de acreditar la condición de aseguradas o de beneficiarias de éstas en los términos previstos en este real decreto".

? La disposición derogatoria única ("Derogación normativa") contiene una cláusula de derogación tácita de cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en el presente Real Decreto y prevé la derogación expresa de las siguientes:

- 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, "salvo el apartado dos de su artículo sexto que se mantiene vigente".

- Decreto 1075/1970, de 9 de abril, sobre la asistencia sanitaria a los trabajadores españoles emigrantes y a los familiares de los mismos residentes en territorio nacional y su normativa de desarrollo.

- Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria a las personas sin recursos económicos suficientes.

- Orden de 13 de noviembre de 1989, de desarrollo del Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, de la extensión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes.

? La disposición final primera ("Título competencial") señala que el presente Real Decreto se dicta al amparo de las competencias estatales exclusivas en materia de "bases y coordinación general de la sanidad" y de "régimen económico de la Seguridad Social" (artículo 149.1.16ª y 17ª de la Constitución), salvo la disposición final segunda.

? La disposición final segunda ("Modificación 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") introduce un nuevo artículo 9 bis en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, en el que se regula el mantenimiento del derecho de residencia por parte de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y los miembros de sus familias.

? La disposición final tercera ("Facultades de desarrollo y aplicación") habilita a las personas titulares de los Ministerios de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y de Empleo y Seguridad Social para dictar, en el ámbito de su competencias, cuantas normas sean necesarias para el desarrollo y aplicación de este Real Decreto.

? La disposición final cuarta ("Entrada en vigor") prevé que el presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

B.- La memoria del análisis de impacto normativo justifica la oportunidad de la norma proyectada en la necesidad de desarrollar los nuevos artículos 3, 3 bis y 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, según han quedado redactados por 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: de acuerdo con tales preceptos legales, el proyecto de Real Decreto 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, así como el procedimiento para el reconocimiento y control de tales condiciones, que se centraliza en el Instituto Nacional de la Seguridad Social (o, en su caso, en el Instituto Social de la Marina).

Desde un punto de vista económico y presupuestario, la memoria destaca que el Tribunal de Cuentas, en su "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" del año 2012 (en el que se analizan datos del ejercicio 2009), pone de manifiesto que 676.000 europeos han accedido a la tarjeta sanitaria individual de manera irregular. Asimismo, el acceso al Sistema Nacional de Salud de extranjeros a los que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, reconocía el derecho a la asistencia sanitaria sin más requisito que el empadronamiento, ha supuesto un gasto de 917 millones de euros, de los cuales 639 se han dejado de facturar a los países de origen de estos extranjeros. Las medidas adoptadas en el proyecto pretenden -dice la memoria- corregir esta situación.

Para hacer efectivas estas medidas se han modificado los sistemas de información, principalmente las bases de datos de la tarjeta sanitaria individual, lo que ha supuesto un coste de 450.000 euros anuales. Igualmente, las nuevas funciones de reconocimiento y control de la condición de "asegurado" y "beneficiario" asumidas por el Instituto Nacional de Salud se traducirán en un coste para el 2012 de 454.040 euros en concepto de desarrollo y mantenimiento de nuevas aplicaciones informáticas y 5.946.074,46 euros por las nuevas tareas a desarrollar a nivel periférico. También está previsto que la solicitud de reconocimiento de tales condiciones pueda realizarse electrónicamente, lo que supondrá un ahorro de 33 millones de euros.

Por lo demás, la memoria señala que el impacto por razón de género de la norma proyectada es nulo.

SEGUNDO.- Contenido del expediente

El texto inicial del proyecto de Real Decreto, al que se acompaña la correspondiente memoria del análisis de impacto normativo, ambos de fecha 6 de junio de 2012, ha sido sometido a la siguiente tramitación:

(i) Se acordó, con fecha 8 de junio de 2012, la apertura del trámite de audiencia, durante el que se han recibido escritos de alegaciones de diversos colegios oficiales del ámbito sanitario (Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos - Organización Médica Colegial; Colegio Oficial de Farmacéuticos de Vizcaya; y Organización Colegial de Enfermería) y farmacéutico (Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos; y Colegio Oficial de Farmacéuticos de Ourense), asociaciones empresariales (Confederación Española de Organizaciones Empresariales), sindicatos (Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores) y otras entidades representativas de intereses diversos (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad; Confederación Española de Religiosos, y Federación Española de Padres de Niños con Cáncer).

(ii) Se remitió la norma, con fecha 12 de junio de 2012, a las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía: salvo Extremadura, que se mostró conforme con la norma proyectada, han formulado observaciones las Comunidades Autónomas de Andalucía, Canarias, Cataluña, Galicia, Islas Baleares, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra, País Vasco y Valenciana; asimismo, el proyecto fue informado - desde la perspectiva de la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas- por la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, con fecha 11 de junio de 2012, y examinado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en sesión plenaria celebrada el 27 de junio de 2012.

(iii) Se ha enviado también la norma proyectada a la Federación Española de Municipios y Provincias, que emitió su informe el 18 de junio de 2012.

(iv) Se ha recabado opinión de diversos órganos de consulta y participación como el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, el Consejo de Consumidores y Usuarios y el Consejo Estatal de Personas Mayores, cuyos informes de fechas 25 y 26 de junio y 3 de julio de 2012 obran en el expediente, así como de organismos especializados *ratione materiae* como la Agencia Española de Protección de Datos, que informó el proyecto el 8 de junio de 2012.

(v) Se ha tenido en consideración el criterio de la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado y del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, expresado en sendos informes de 20 y 21 de junio de 2012.

(vi) Se han evacuado, dentro del propio departamento ministerial proponente, los informes de la Dirección General de Salud Pública, el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, la Organización Nacional de Trasplantes y la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, de fechas 15, 19, 22 y 27 de junio de 2012 respectivamente.

(vii) Se han formulado los informes de las Comisiones Interministeriales de Extranjería y para el Estudio de los Asuntos con Trascendencia Presupuestaria, de fechas 14 y 29 de junio de 2012.

(viii) Se han incorporado los informes de las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Empleo y Seguridad Social, de Educación, Cultura y Deporte, de Justicia, de Hacienda y Administraciones Públicas, de Interior, y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de fechas 15, 19, 21, nuevamente 21, 25 y 27 de junio y 9 de julio de 2012.

Tras el análisis de las observaciones recibidas y la aceptación o rechazo de cada una de ellas, se concluyó el texto definitivo del proyecto de Real Decreto -con su correspondiente memoria del análisis de impacto normativo-, de fecha 10 de julio de 2012, que recibió ese mismo día la aprobación previa del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas.

Remitido el expediente al Consejo de Estado, solicitaron audiencia ante el mismo, que les fue concedida, y presentaron alegaciones el Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España y el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

Con posterioridad se ha recibido escrito del Consejo General de la Abogacía Española con diversas observaciones.

A la vista de estos antecedentes, se formulan las siguientes consideraciones.

I.- Objeto de la consulta

Se somete a consulta el proyecto de Real Decreto 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.

El dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, cuyo artículo 22, apartado 3, prevé que su Comisión Permanente deberá ser consultada en relación con los "reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones". El proyecto de Real Decreto se dicta en desarrollo 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, de ahí la obligatoriedad del dictamen.

II.- Procedimiento de elaboración

El proyecto de Real Decreto se ha tramitado de acuerdo con el procedimiento de elaboración de reglamentos establecido en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Así, con el texto proyectado se adjunta una memoria del análisis de impacto normativo, en la que se razona sobre la oportunidad de la norma y se pondera su impacto económico y presupuestario y por razón de género (artículo 24.1, letras a) y b), de la Ley del Gobierno; Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio).

Se han recabado e incorporado numerosos informes y dictámenes -algunos de ellos preceptivos- a fin de garantizar el acierto y la legalidad del texto (artículo 24.1.b) de la Ley del Gobierno).

Se ha oído a las organizaciones, asociaciones y entidades interesadas en la materia regulada (artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno).

También han podido alegar las Comunidades Autónomas, y se ha evacuado informe de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (artículo 24.3 de la Ley del Gobierno).

Igualmente, ha recaído la aprobación previa del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas (artículo 67.4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado).

Por último, ha informado la Secretaría General Técnica del departamento proponente, que es el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (artículo 24.2 de la Ley del Gobierno).

III.- Títulos competenciales

El Gobierno es competente para la aprobación del proyecto de Real Decreto, en ejercicio de la competencia estatal exclusiva en materia de "bases y coordinación general de la sanidad" y "régimen económico de la Seguridad Social" (artículo 149.1.16ª y 17ª de la Constitución).

La competencia estatal exclusiva en la materia ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional, en Sentencia 136/2012, de 19 de junio, y recordada por el Consejo de Estado en su reciente dictamen 796/2012, de 11 de julio.

La disposición final de la norma proyectada invoca ambos títulos competenciales, que figuran entre los mencionados en la disposición final primera del Real Decreto-ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

La cláusula competencial del proyecto de Real Decreto plantea las dos siguientes consideraciones:

(i) Durante la tramitación del expediente, las Comunidades Autónomas del País Vasco y Cataluña adujeron que determinados preceptos de la regulación proyectada vulneraban sus competencias propias por motivos que -como ellas mismas reconocen- traen causa del Real Decreto- ley 16/2012 y no son directamente imputables al proyecto de Real Decreto sometido a consulta: en concreto, se cuestiona la competencia estatal para el reconocimiento y control de la condición de asegurado, que se contempla en el nuevo artículo 3 bis de la Ley 16/2003 -según redacción dada por el Real Decreto-ley 16/2012- y se desarrolla en el proyecto de Real Decreto.

Dado que esta supuesta vulneración competencial provendría del Real Decreto-ley 6/2012 y no existiendo en el momento presente declaración de inconstitucionalidad que así lo aprecie, puede aprobarse la norma proyectada con base en los títulos competenciales invocados en la disposición final primera del proyecto de Real Decreto, que son también los que se mencionan -entre otros- en la disposición final primera del Real Decreto-ley 16/2012.

(ii) La disposición final primera del proyecto de Real Decreto exceptúa del ámbito de aplicación de los títulos competenciales del artículo 149.1.16ª y 17ª de la Constitución el contenido de la disposición final segunda, por la que se incorpora un nuevo artículo 9 bis en el 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 texto originario de la norma proyectada, esta disposición final segunda se fundamentaba en el artículo 149.1.2ª de la Constitución, que reconoce la competencia estatal exclusiva en materia de "nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo".

La Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas objetó que, siguiendo la técnica normativa habitual, no debían invocarse títulos competenciales en las disposiciones modificativas de otras anteriores; por esta razón, se suprimió el artículo 149.1.2ª de la Constitución del texto del proyecto de Real Decreto sometido a consulta.

A tal razón cabría añadir otra quizá más relevante en orden a la supresión del mencionado título: el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, que transpuso la 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, no invoca título competencial alguno ni, en particular, el contemplado en el artículo 149.1.2ª de la Constitución, dado que este no parece indicado -por su contenido- para la regulación de una libertad propia de los ciudadanos comunitarios.

No obstante la supresión de este título competencial, el inciso final de la disposición final primera del proyecto de Real Decreto podría ser completado en términos que permitieran conocer mejor la base jurídica de la disposición final segunda; así, cabría decir: "... Se exceptúa la disposición final segunda, por la que se incorpora al derecho español el artículo 14 de la 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".

IV.- Fundamento legal del proyecto de Real Decreto: 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 proyecto de Real Decreto sometido a consulta 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.

Como quiera que esta norma desarrolla, en lo relativo al derecho a la asistencia sanitaria, 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, es preciso analizar los cambios que en el acceso a dicha asistencia ha introducido este Real Decreto-ley.

A tal fin, es preciso distinguir la regulación del derecho a la asistencia sanitaria antes y después del Real Decreto-ley 16/2012.

A.- Régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria antes del Real Decreto-ley 16/2012

El derecho a la asistencia sanitaria se ha venido regulando de forma diferente para los españoles, los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros (nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea).

(i) Españoles. Tradicionalmente, la asistencia sanitaria se configuró como una prestación contributiva de la Seguridad Social, a la que tenían derecho quienes se encontraban afiliados y dados de alta en el sistema y contribuían o habían contribuido económicamente a su mantenimiento mediante cotizaciones; en tal sentido, el capítulo IV del título II del texto refundido de la Ley de Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, el 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 - posteriormente completadas por numerosas órdenes y resoluciones-, y las diversas normas específicas de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social -que remitían al Régimen General-, reconocieron el derecho a la asistencia sanitaria como "beneficiarios" a:

? Los trabajadores por cuenta propia o ajena que estuvieran afiliados y en alta o en situación asimilada al alta.

? Los pensionistas o perceptores de prestaciones periódicas de la Seguridad Social.

? Determinados familiares o asimilados de los anteriores titulares del derecho a la asistencia sanitaria, siempre que convivieran con el titular y estuvieran a su cargo, no realizasen trabajo remunerado alguno ni percibieran renta patrimonial ni pensión compensatoria superiores al doble del Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples (IPREM), y no tuvieran derecho a la prestación por otro título; estos familiares o asimilados eran los siguientes:

- El cónyuge; o la persona que, sin ser cónyuge del titular del derecho, conviviera maritalmente con él, al menos con un año de antelación a la fecha de solicitud, así como los hijos de esta.

- Los separados y divorciados que percibieran del titular del derecho una pensión compensatoria declarada judicialmente (en este caso se eximía, como es lógico, del requisito de la convivencia).

- Los descendientes (de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos), hijos adoptivos y hermanos; excepcionalmente, quedaban asimilados los acogidos de hecho.

- Los ascendientes, cualquiera que fuera su condición legal, tanto del titular del derecho como de su cónyuge y los cónyuges de tales ascendientes por ulteriores nupcias.

Al margen quedaba la cobertura de la asistencia sanitaria de las personas incluidas en el sistema de mutualismo administrativo, que se regía por sus propias normas.

Tras la aprobación de la Constitución, que en su artículo 43 "reconoce el derecho a la protección de la salud", la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, consagró el derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria de "todos los españoles ... que tengan establecida su residencia en territorio nacional", en lo que se conoce como "principio de universalidad" en el acceso a la sanidad pública.

A impulsos de este principio, junto a la asistencia sanitaria configurada como prestación contributiva de la Seguridad Social -que siguió rigiéndose por las normas antes mencionadas-, el artículo 80 de la Ley 14/1986 encomendó al Gobierno la regulación de la cobertura de la asistencia sanitaria del Sistema de Seguridad Social para las personas no incluidas en el mismo que carecieran de recursos económicos suficientes: esta asistencia -según precisaba el propio precepto- no se realizaría con cotizaciones sino con cargo a transferencias estatales. Con posterioridad, el artículo 9.3 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, ordenó al Gobierno regular, durante ese año, la extensión de la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a aquellas personas sin recursos económicos suficientes que no estuvieran incorporadas al sistema de la Seguridad Social. En cumplimiento de este mandato, el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, posteriormente desarrollado por Orden de 13 de noviembre de 1989, extendió la cobertura 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", entendiéndose comprendidas aquellas personas "cuyas rentas, de cualquier naturaleza, sean iguales o inferiores en cómputo anual al salario mínimo interprofesional".

El reconocimiento del principio de universalidad de la asistencia sanitaria en la Ley 14/1986 no se tradujo, sin embargo, en un acceso incondicionado de los españoles a esta prestación con cargo a fondos públicos, ya que este derecho continuó atribuyéndose únicamente a quienes estuvieran afiliados a la Seguridad Social como trabajador, pensionista o perceptor de prestaciones periódicas o a quienes, no estando afiliados a la Seguridad Social, carecieran de recursos económicos suficientes, sin perjuicio de determinados colectivos a quienes por norma singular se había reconocido ese derecho a lo largo del tiempo .

El texto refundido de la Ley General de Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en nada cambió esta situación, al incluir la asistencia sanitaria dentro de la acción protectora de la Seguridad Social (artículo 38) y dejar subsistente el capítulo IV del título II del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974 y su normativa de desarrollo.

Poco tiempo después, la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999 desvinculó la prestación de asistencia sanitaria de las cotizaciones de la Seguridad Social, previendo que el Estado asumiría totalmente el coste de dicha asistencia a través de las transferencias presupuestarias a las Comunidades Autónomas competentes en la materia: de este modo, "las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social y servicios sociales cuya gestión se halle transferida a las Comunidades Autónomas" serían financiados "de conformidad con el sistema de financiación autonómica vigente en cada momento" (artículo 86.2 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994, según redacción dada por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social); con ello se consagró el principio de "financiación pública" de la asistencia sanitaria en España.

Los principios de universalidad y financiación pública de la asistencia sanitaria fueron recogidos en el artículo 2, apartados b) y e), de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

En lo que ahora importa, el artículo 3.1.a) de esta Ley reiteró -del mismo modo que en la Ley 14/1986- que "todos los españoles" son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria. Pero el principio de universalidad tampoco se llevó hasta sus últimas consecuencias, por cuanto -bajo la vigencia de la Ley 16/2003- el acceso a la asistencia sanitaria siguió condicionado a la afiliación al Sistema de Seguridad Social o a la acreditación de falta de recursos económicos suficientes, sin perjuicio de determinados colectivos a quienes por norma singular se ha reconocido ese derecho a lo largo del tiempo .

El hito final en la realización de este principio vino dado por la disposición adicional sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que extendió en su apartado 1 "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", sin perjuicio de "la exigencia de las correspondientes obligaciones a aquellos terceros legalmente obligados al pago de dicha asistencia de acuerdo con lo establecido en la Ley General de Sanidad, en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y de lo dispuesto en los reglamentos comunitarios europeos y convenios internacionales en la materia". En esta previsión legal se reconoció de modo definitivo el derecho de todos los españoles a recibir asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de la obligación de sufragar dicha asistencia por parte de quienes, teniendo garantizada la cobertura obligatoria por otra vía (es el caso de los mutualistas que accedan a la asistencia sanitaria a través de las entidades de seguro concertadas), acudieran a la sanidad pública. En cumplimiento de este principio de universalidad, la propia disposición adicional sexta de la Ley 33/2011 extendió la asistencia sanitaria pública, a partir del 1 de enero de 2012, a las personas "que hayan agotado la prestación o subsidio de desempleo", y previó esta misma extensión a las personas que "ejercen actividades por cuenta propia", atendiendo a la evolución de las cuentas públicas, en el plazo de seis meses.

Tras la aprobación de la Ley 33/2011, puede decirse que la cobertura de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos correspondía a tres grandes colectivos: a las personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social (como trabajador por cuenta propia o ajena, pensionista o perceptor de prestaciones periódicas); a quienes hayan agotado la prestación o subsidio de desempleo (a partir del 1 de enero de 2012); y a los que, no estando en ninguno de los supuestos anteriores, carezcan de recursos económicos suficientes.

El derecho a la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud, con cargo a fondos públicos, de quienes ejercían "actividades por cuenta propia" quedó condicionado a un ulterior desarrollo normativo.

(ii) Nacionales pertenecientes a Estados miembros de la Unión Europea. El artículo 3.1.b) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, establece que "son titulares del derecho a la protección de la salud y la atención sanitaria ... los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación".

En la actualidad, el Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación, hacen efectivo el principio de igualdad de trato en las prestaciones derivadas de la acción protectora de la Seguridad Social entre los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, quienes, de esta forma, podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetos a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; este principio de igualdad de trato se hace extensible a los otros países del Espacio Económico Europeo no pertenecientes a la Unión Europea (Islandia, Liechtenstein y Noruega) y a Suiza.

En consecuencia, los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea que estén asegurados en su país de origen tendrán acceso a la asistencia sanitaria pública en España en las mismas condiciones que los españoles: de este modo, el desplazamiento del asegurado a otro país de la Unión Europea no conlleva el derecho a recibir la misma asistencia sanitaria que tenía en su país de origen, sino la que disponga el país de destino.

En el ámbito de aplicación de los Reglamentos comunitarios, para que una persona pueda recibir prestaciones de asistencia sanitaria en un país distinto a aquel en el que está asegurada, debe disponer de un "formulario de derecho" emitido por la institución competente del Estado de origen, que será distinto en función de que se expida para una estancia temporal (Tarjeta Sanitaria Europea; Certificado Provisional Sustitutorio - cuando circunstancias excepcionales impiden la emisión de la Tarjeta Sanitaria Europea antes del desplazamiento-; E-112 -certificado para desplazamiento para tratamientos médicos específicos-; y E-123 -certificado de cobertura sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional durante el desplazamiento) o para un cambio de residencia (E-160, E-109, E- 120 y E-121, que son certificados emitidos, según los casos, para los trabajadores, para los miembros de sus familias, solicitantes de pensión y pensionistas).

La liquidación de los gastos sanitarios derivados de esta asistencia se realiza mediante un sistema de reembolso entre instituciones nacionales de Seguridad Social, por virtud del cual los distintos países se sitúan en posición deudora o acreedora, según les corresponda reintegrar el importe de la asistencia sanitaria prestada por otros Estados a los asegurados a su cargo o recuperar el importe de los gastos sanitarios ocasionados por los asegurados a cargo de otro Estado desplazados en su territorio.

(iii) Nacionales no pertenecientes a Estados miembros de la Unión Europea. El artículo 3.1.c) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, establece que "son titulares del derecho a la protección de la salud y la atención sanitaria ... los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea, que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos".

El artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, regula la asistencia sanitaria de los extranjeros de forma diferente en función de que tengan o no residencia habitual en España:

? Los extranjeros con residencia habitual en España tienen derecho a la asistencia sanitaria "en las mismas condiciones que los españoles" si están "inscritos en el padrón del municipio" (apartado 1).

? 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"; si son menores de dieciocho años, "tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles"; y si se trata de extranjeras embarazadas, "tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto" (apartados 2, 3 y 4).

Por su parte, España tiene suscritos en la actualidad veinte Convenios internacionales de Seguridad Social con terceros países, si bien en solo siete de ellos (Andorra, Brasil, Chile, Ecuador, Marruecos, Perú y Túnez) se prevé el derecho a recibir asistencia sanitaria en el país de destino, previa presentación de un "formulario de derecho" (para estancias temporales o de residencia habitual) expedido en el país de origen; en estos casos, los gastos ocasionados por la asistencia sanitaria se liquidarán por el sistema de reembolso, en función de la posición acreedora o deudora de los países firmantes de los convenios.

B.- Derecho a la asistencia sanitaria en el Real Decreto-ley 16/2012

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, tiene como objetivo fundamental -dice su preámbulo- "afrontar una

reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia y viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo más sostenible en el tiempo".

Entre las diferentes medidas introducidas por este Real Decreto-ley, interesan a efectos del presente dictamen las previstas en el artículo 1 (Capítulo I) y en las disposiciones finales tercera y quinta, por cuanto regulan o guardan relación con el objeto del proyecto de Real Decreto sometido a consulta.

Tales medidas son principalmente las dos siguientes:

(i) En primer lugar, el Real Decreto-ley 16/2012 introduce y delimita unos nuevos conceptos de "asegurado" y "beneficiario" a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

Esta dualidad de conceptos ya se contemplaba, aunque de modo implícito, en la normativa española; concretamente, el artículo 100 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, y el artículo 2 del antes citado Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, bajo la rúbrica "Beneficiarios", incluyen a los titulares del derecho a la asistencia sanitaria y a los familiares o asimilados a cargo de tales titulares.

De modo más preciso, el artículo 1 del Real Decreto-ley 16/2012 da nueva redacción al artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, garantizando el derecho a la asistencia sanitaria de quienes tengan la condición de "asegurado" (titulares del derecho) y de "beneficiario" (familiares o asimilados).

Más allá de este cambio terminológico, el Real Decreto-ley 16/2012 trata de poner fin a la multiplicidad de normas que han venido regulando la prestación de asistencia sanitaria y de clarificar las personas que pueden acceder a la misma y los requisitos que éstas deben cumplir, ya sea como asegurados o como beneficiarios.

? Asegurados. Con carácter general, tienen la condición de asegurados las personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos (nuevo artículo 3.2 de la Ley 16/2003, según redacción dada por el artículo 1, apartado uno, del Real Decreto-ley 16/2012):

- a) "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".
- b) "Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social".
- c) "Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo".
- d) "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".

Al margen de estos supuestos, podrán tener la condición de asegurado las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español que "acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente" (nuevo artículo 3.3 de la Ley 16/2003, según redacción dada por el artículo 1, apartado uno, del Real Decreto-ley 16/2012).

? Beneficiarios. Tienen la condición de beneficiarios de un asegurado, "siempre que residan en España", "el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente", "el ex cónyuge a cargo del asegurado", así como "los descendientes a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%" (nuevo artículo 3.4 de la Ley 16/2003, según redacción dada por el artículo 1, apartado uno, del Real Decreto-ley 16/2012).

Las personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario "podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial" (nuevo artículo 3.5 de la Ley 16/2003, según redacción dada por el artículo 1, apartado uno, del Real Decreto-ley 16/2012).

Las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas "mantendrán su régimen jurídico específico"; a este respecto, se aclara 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", y "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" (nuevo artículo 3.6 de la Ley 16/2003, según redacción dada por el artículo 1, apartado uno, del Real Decreto-ley 16/2012).

A la vista de la definición legal de los conceptos de "asegurado" y "beneficiario", las notas características de la nueva regulación pueden sintetizarse como sigue:

- Se regulan, con bastantes similitudes respecto de la situación precedente, los diferentes supuestos de acceso a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

La condición de "asegurado" se sigue reconociendo sustancialmente a los mismos tres grandes colectivos que en la normativa anterior: las personas afiliadas al Sistema de Seguridad (trabajadores por cuenta ajena o propia, pensionistas y perceptores de prestaciones periódicas); quienes hayan agotado la prestación o subsidio de desempleo; y los que, no estando en los supuestos anteriores, acrediten la carencia de recursos económicos suficientes.

La condición de "beneficiario" se atribuye igualmente a aquellos familiares o asimilados del asegurado que ya gozaban de tal tratamiento en la regulación precedente: el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, el excónyuge a cargo del asegurado y los descendientes; no obstante, se introduce una importante limitación al reconocimiento al derecho a la asistencia sanitaria de los descendientes, por cuanto se condiciona a que sean menores de 26 años o tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%; asimismo, ya no se menciona como beneficiarios a los hermanos y ascendientes del asegurado.

- Se respeta el principio de igualdad de trato en el acceso a la asistencia sanitaria de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, en cumplimiento de lo dispuesto en los Reglamentos (CE) número 883/2004 y 987/2009, de forma que los nacionales comunitarios podrán acceder a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud en las mismas condiciones que los españoles.

En tal sentido, los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea deberán ostentar -al igual que los españoles- la condición de "asegurado" o de "beneficiario", en los términos establecidos en la legislación española (nuevos artículos 3.2 y 3.3 de la Ley

16/2003, según redacción dada por el artículo 1, apartado uno, del Real Decreto-ley 16/2012), para acceder a la asistencia sanitaria en España.

Por otra parte, la disposición final quinta del Real Decreto-ley 16/2012 ha modificado el 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, a fin de evitar algunos de los problemas detectados por el Tribunal de Cuentas en su "Informe de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos comunitarios y de los Convenios internacionales de la Seguridad Social", aprobado en Pleno el 29 de marzo de 2012.

En dicho Informe se destaca -entre otras muchas disfunciones en la gestión de la prestación de asistencia sanitaria pública que han terminado reflejándose en un dictamen motivado de 24 de noviembre de 2011 dirigido por la Comisión Europea al Reino de España- que miles de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea incluidos en el ámbito de aplicación de los mencionados reglamentos comunitarios reciben asistencia sanitaria en España al margen del procedimiento previsto en los mismos; así sucede con los nacionales comunitarios desplazados o residentes en España que no están asegurados en su país de origen o carecen de los "formularios de derecho" de la institución competente de dicho país necesarios para acceder a la cobertura sanitaria en el país de destino conforme a lo dispuesto en tales reglamentos; según ha detectado el Tribunal de Cuentas, estos ciudadanos vienen recibiendo asistencia sanitaria pública en España como personas carentes de recursos económicos al amparo del Real Decreto 1088/1989, lo cual impide el ulterior reembolso de los gastos ocasionados por dicha asistencia a los países de origen, únicamente previsto para el supuesto de que la asistencia se preste de acuerdo con lo dispuesto en los reglamentos comunitarios.

Este problema, que deberá solucionarse fundamentalmente en el nivel de gestión de las prestaciones sanitarias, se había visto agravado por el hecho de que el 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, permita a estos residir en España por tiempo superior a tres meses sin contar con un seguro de enfermedad.

En este punto, cabe recordar que el artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE atribuía a todo ciudadano de la Unión el derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período superior a tres meses en alguno de los siguientes cuatro casos: ser trabajador por cuenta ajena o propia; disponer de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad; estar matriculado como estudiante y contar con seguro de enfermedad; o ser un familiar que se encuentra en alguno de los supuestos anteriores.

Sin embargo, el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, al transponer el mencionado precepto comunitario, reconoció el derecho de residencia por un período superior a tres meses con la sola inscripción en la Oficina de Extranjeros o en el Registro Central de Extranjeros y la presentación del pasaporte o documento nacional de identidad, es decir, sin necesidad de estar en alguno de los cuatro supuestos mencionados por el artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE ni, en particular, de contar con un seguro de enfermedad.

La disposición final quinta del Real Decreto-ley 16/2012 ha dado nueva redacción al artículo 7 del Real Decreto 240/2007, condicionando el derecho de residencia por tiempo superior a tres meses a la concurrencia de uno de los cuatro supuestos contemplados en el artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE: de esta manera, solo quienes sean trabajadores por cuenta propia o ajena o quienes, no siéndolo, dispongan de un seguro de enfermedad podrán residir en España durante más de tres meses, evitando así que el coste de su asistencia sanitaria tenga que ser asumido por el erario público.

- Se endurecen los requisitos establecidos para que los extranjeros puedan acceder a la asistencia sanitaria.

Antes del Real Decreto-ley 16/2012, el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, preveía en su apartado 1 que los extranjeros "con residencia habitual en España" tendrían derecho a la asistencia sanitaria "en las mismas condiciones que los españoles" si estaban "inscritos en el padrón del municipio"; por tanto, no se exigía una autorización de residencia sino tan solo la inscripción en el padrón municipal para el acceso a la asistencia sanitaria; de este modo, un extranjero podía obtener la tarjeta sanitaria individual, sin necesidad de contar con autorización de residencia ni -por ende- estar afiliado y dado de alta en el sistema de Seguridad Social, inscribiéndose en el padrón municipal y acreditando la carencia de recursos económicos suficientes al amparo del Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre.

La disposición final segunda del Real Decreto-ley 16/2012 ha dado nueva redacción al artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, que ahora dice así: "Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria"; de acuerdo con ello, en la situación actual, los extranjeros tendrán acceso a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, en el Sistema Nacional de Salud, si se les reconoce la condición de "asegurado" o "beneficiario", para lo que deberán contar con la previa autorización de residencia (nuevos artículos 3.2 y 3.3 de la Ley 16/2003, según redacción dada por el artículo 1, apartado uno, del Real Decreto-ley 16/2012).

El cambio, como se ve, es de gran importancia, pues solo los extranjeros que tengan autorización de residencia en España podrán acceder a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

No obstante, la nueva regulación mantiene, para los "extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España", los mismos tres casos especiales de asistencia sanitaria contemplados en los antiguos apartados 2, 3 y 4 del artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000: en todo caso, tienen derecho a la asistencia sanitaria "de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta situación de alta médica"; si se trata de extranjeras embarazadas, tienen derecho de asistencia "al embarazo, parto y postparto"; y si son extranjeros menores de dieciocho años, recibirán asistencia médica "en las mismas condiciones que los españoles" (nuevo artículo 3 ter de la Ley 16/2003, según redacción dada por el artículo 1, apartado tres, del Real Decreto-ley 16/2012).

Un problema diferente, detectado por el Tribunal de Cuentas y que se encuentra limitado al ámbito de la gestión sanitaria, es el de aquellos extranjeros provenientes de Estados incluidos en los convenios internacionales de seguridad social que, no estando asegurados en el país de origen o careciendo de los "formularios de derecho" de la institución competente del país de origen exigidos para gozar de cobertura sanitaria en el país de destino, acceden a la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, en el Sistema Nacional de Salud al amparo del Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, lo cual impide -como en el caso de los nacionales comunitarios a que antes se ha hecho referencia- el ulterior reembolso de los gastos ocasionados por dicha asistencia a los países de origen, únicamente previsto para el supuesto de que la asistencia se preste de acuerdo con lo dispuesto en los convenios internacionales.

(ii) En segundo término, el Real Decreto-ley 6/2012 atribuye el reconocimiento y el control de la condición de asegurado y beneficiario, en exclusiva, al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Nacional de la Marina.

Con anterioridad, el reconocimiento de la condición de beneficiario de la asistencia sanitaria (de "asegurado" y de "beneficiario", según la terminología actual) correspondía, en función de los colectivos, a la Tesorería General de la Seguridad Social

y al Instituto Nacional de la Seguridad Social; además, la tramitación del expediente correspondía a las Comunidades Autónomas en el procedimiento contemplado en el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la asistencia sanitaria a personas sin recursos económicos suficientes.

Tras la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012, el procedimiento de reconocimiento y control de la condición de "asegurado" y de "beneficiario" se tramitará y resolverá por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en cualquier supuesto (nuevo artículo 3 bis de la Ley 16/2003, según redacción dada por el artículo 1, apartado dos, del Real Decreto-ley 16/2012):

1. El reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo corresponderá al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de sus direcciones provinciales, que establecerá los requisitos documentales a presentar en cada caso.
2. Una vez reconocida la condición de asegurado o de beneficiario del mismo, el derecho a la asistencia sanitaria se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual.
3. Los órganos competentes en materia de extranjería podrán comunicar al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sin contar con el consentimiento del interesado, los datos que resulten imprescindibles para comprobar la concurrencia de los requisitos a los que se refiere el apartado 4 del artículo 3 de esta ley.

Del mismo modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá tratar los datos obrantes en los ficheros de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o de los órganos de las administraciones públicas competentes que resulten imprescindibles para verificar la concurrencia de la condición de asegurado o beneficiario. La cesión al Instituto Nacional de la Seguridad Social de estos datos no precisará del consentimiento del interesado.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social tratará la información a la que se refieren los dos párrafos anteriores con la finalidad de comunicar a las administraciones sanitarias competentes los datos necesarios para verificar en cada momento que se mantienen las condiciones y los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, sin precisar para ello del consentimiento del interesado.

Cualquier modificación o variación que pueda comunicar el Instituto Nacional de la Seguridad Social deberá surtir los efectos que procedan en la tarjeta sanitaria individual.

Ni en los preámbulos del Real Decreto-ley 16/2012 y el proyecto del Real Decreto que lo desarrolla ni en la memoria de este último se aclara la ratio de esta centralización del procedimiento de reconocimiento y control de la condición de "beneficiario" y de "asegurado", que parece responder al propósito de incrementar el rigor en el análisis de las solicitudes cursadas y evitar así las disfunciones denunciadas por el Tribunal de Cuentas en el Informe antes mencionado.

V.- Consideraciones generales sobre el proyecto de Real Decreto

Antes de entrar en el análisis particular de los preceptos de la norma proyectada, conviene realizar una serie de consideraciones generales que permitirán encuadrarla debidamente:

- (i) La regulación proyectada, al igual que el Real Decreto-ley 16/2012 y en general la normativa vigente en materia de Seguridad Social y de Sanidad, acusa en alguna medida las tensiones propias de la falta de definición de la naturaleza jurídica de la

prestación de asistencia sanitaria que se arrastra en nuestro ordenamiento al menos desde el año 1998.

Tradicionalmente, la asistencia sanitaria se configuró como una prestación de la Seguridad Social financiada con cargo a las cotizaciones realizadas por los trabajadores al sistema. De este modo, solo aquellas personas afiliadas a la Seguridad Social y que contribuían o habían contribuido a su mantenimiento tenían derecho a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. La consagración del principio de universalidad de la asistencia sanitaria en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, no alteró esta situación, salvo por una tímida extensión de la asistencia sanitaria a quienes, no estando afiliados a la Seguridad Social, carecían de recursos económicos suficientes, al amparo del Real Decreto 1088/1989, de 8 de octubre; por excepción, la asistencia a tales personas no se financió mediante cotizaciones a la Seguridad Social sino con transferencias estatales. En este estado de cosas, el principio de universalidad -bajo la vigencia de la Ley 14/1986 y del Real Decreto 1088/1989- garantizaba el acceso de todos los españoles a la asistencia sanitaria pública, aunque solo tenían económicamente cubierta dicha asistencia las personas afiliadas a la Seguridad Social o que, no estándolo, carecieran de recursos económicos suficientes.

Tras la aprobación de la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999, la asistencia sanitaria pasó a financiarse a través de impuestos, canalizados mediante transferencias presupuestarias realizadas por el Estado a las Administraciones autonómicas competentes en materia de asistencia sanitaria; a partir de este momento, la asistencia sanitaria dejó de considerarse propiamente una prestación contributiva de la Seguridad Social -por más que el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria correspondiera, según los casos, al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Tesorería General de la Seguridad Social- y comenzó a calificarse como una prestación pública no contributiva (artículo 86.2 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994, según redacción dada por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).

La modificación, a partir del año 1998, del sistema de financiación de la asistencia sanitaria y de la naturaleza jurídica de la prestación de asistencia sanitaria llevó a un entendimiento diferente del principio de universalidad, conforme al cual el acceso al Sistema Nacional de Salud, con cargo a fondos públicos, no debía quedar limitado a quienes estaban afiliados a la Seguridad Social o, no estándolo, carecían de recursos económicos suficientes, sino extenderse a todos los ciudadanos que, con sus impuestos, contribuían a su sostenimiento.

Pese a ello, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, no alteró la situación precedente, y solo la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, dio un paso decidido en la realización del principio de universalidad de la asistencia sanitaria, al reconocer en su disposición adicional sexta -de conformidad con el principio de financiación pública de dicha asistencia con cargo a impuestos- el derecho de acceso al Sistema Nacional de Salud a todos los españoles residentes en territorio nacional "a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico".

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, ha profundizado, sin embargo, en un esquema -el de la doble condición de "asegurado" y de "beneficiario" implícitamente contemplado en la Ley General de Seguridad Social de 1974 y en sus normas de desarrollo- que es más propio de una consideración de la prestación sanitaria como prestación contributiva con cargo a cotizaciones sociales y que, por ello, puede ocasionar -al ponerlo en conexión con el principio de financiación vía impuestos- algunas disfunciones que, no en vano, se reflejan en determinados preceptos de la norma proyectada, particularmente en la regulación dada al supuesto de aseguramiento contenido en su artículo 2.1.b).

(ii) El proyecto de Real Decreto regula con vocación de generalidad la condición de "asegurado" y de "beneficiario" a efectos de la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, pero existen todavía una multiplicidad de normas dedicadas a esta misma cuestión que no han sido derogadas y pueden dificultar una recta interpretación de aquellos conceptos.

Por de pronto, los supuestos de "asegurado" y de "beneficiario" enumerados en los artículos 2 y 3 de la norma proyectada tendrán que convivir con la definición de "beneficiarios" de la asistencia sanitaria proporcionada por el artículo 100 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que no fue derogado por el actual texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, ni tampoco por el Real Decreto-ley 16/2012.

Aunque es posible una interpretación armónica de ambos preceptos legales, no parece deseable que los requisitos para el acceso a la asistencia sanitaria se recojan al mismo tiempo en la legislación de Seguridad Social y de Sanidad. Esta situación -que no es imputable a la norma proyectada- viene provocada por la indefinición existente en torno a la naturaleza jurídica de la prestación de asistencia sanitaria, que, por una parte, sigue encuadrada dentro de la acción protectora de la Seguridad Social (artículo 38 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), y, por otra, se financia desde el año 1998 con cargo a los ingresos fiscales de la Hacienda Pública -transferencias estatales a las Comunidades Autónomas- y no mediante las cotizaciones a la Seguridad Social, lo cual ha llevado a considerar que la asistencia sanitaria ya no sea en puridad una prestación de la Seguridad Social sino, de modo más propio, una prestación pública no contributiva.

Por otra parte, existen numerosos regímenes especiales regulados en normas con rango de ley -a los que se hace referencia en las notas a pie de página del presente dictamen- que el Real Decreto-ley 16/2012 no ha derogado y que, por tal razón, se seguirán aplicando tras la aprobación del proyecto de Real Decreto al menos en aquello que pudiera resultar más beneficioso para los colectivos comprendidos en sus respectivos ámbitos de aplicación; a la continuidad de alguno de tales regímenes se hace expresa referencia en la propia norma proyectada (así, en el apartado 1 de la disposición adicional primera); existen otros, no mencionados en el proyecto de Real Decreto, de cuya subsistencia tampoco cabe dudar: tal es el caso del que atañe a la prestación de asistencia sanitaria -y farmacéutica- de las personas afectadas de minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 (Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, y Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas de la mencionada Ley), como se ha encargado de recordar el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad en el trámite de audiencia conferido, a su solicitud, por este Consejo de Estado.

El proyecto de Real Decreto debería hacer expresa salvedad de la vigencia de estos regímenes especiales regulados en normas con rango de ley.

(iii) La acogida dispensada en el Real Decreto-ley 16/2012 al esquema de la doble condición de "asegurado" y de "beneficiario" para el acceso a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, y el hecho de que este esquema sea característico de un sistema contributivo, no se ha traducido en una restricción del principio de universalidad en el acceso a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, por parte de los ciudadanos españoles.

Con la salvedad de los extranjeros -a quienes el Real Decreto-ley 16/2012 exige autorización de residencia para el acceso a la asistencia, cuando hasta ahora bastaba con su inscripción en el padrón municipal-, el proyecto de Real Decreto regula el derecho a la asistencia sanitaria en términos más amplios que las normas precedentes.

Esta mayor amplitud obedece a que el artículo 2.1.b) del proyecto de Real Decreto permite que las personas que no se encuentren en alguno de los supuestos concretos de aseguramiento del artículo 3.2 de la Ley 16/2003 puedan obtener la condición de asegurado si sus ingresos brutos anuales no superan los cien mil euros; cabe recordar que el hasta ahora vigente Real Decreto 1088/1989, de 8 de octubre, que ahora se deroga, ponía el límite en el "salario mínimo interprofesional en cómputo anual".

Al amparo del artículo 2.1.b) del proyecto de Real Decreto tendrán acceso al Sistema Nacional de Salud, siempre que no superen la inusual renta de cien mil euros anuales, todos aquellos ciudadanos que no estuvieran asegurados "por otra vía", lo cual permitirá el reconocimiento de la condición de asegurado a todos aquellos que, no desarrollando actividad alguna o ejerciéndola por cuenta propia, no se encuentran afiliados y de alta en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social.

Es de especial importancia destacar que el proyecto de Real Decreto considera que no están asegurados "por otra vía" quienes se encuentren encuadrados en mutualidades de previsión social alternativas al régimen de la Seguridad Social (artículo 2.4); de esta forma, los profesionales liberales que en elevado número se adscriben a sus respectivas mutualidades, y que hasta el momento únicamente podían acceder a la sanitaria privada dispensada por las entidades de seguro concertadas por la respectiva mutualidad (salvo que optaran por el régimen especial de trabajadores autónomos o, sin abandonar la mutualidad, suscribieran el correspondiente convenio especial), tendrán ahora derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud.

La disposición adicional sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, ya había previsto la extensión de la asistencia sanitaria, en el plazo de seis meses, a quienes ejercieran "actividades por cuenta propia", aunque condicionándola -y esto el Consejo de Estado quiere enfatizarlo de manera expresa- a "la evolución de las cuentas públicas"; en su momento se volverá sobre esta cuestión.

(iv) Finalmente, los motivos que la memoria del análisis del impacto normativo ofrece para justificar la oportunidad del proyecto de Real Decreto no se reflejan debidamente en el texto de la norma, al tiempo que algunas medidas de gran trascendencia contempladas en el proyecto no se mencionan en la memoria ni, por ende, se valora su impacto en los diversos órdenes y, en especial, en el económico y presupuestario.

La memoria del análisis de impacto normativo anuda la nueva regulación, de manera directa y principal, a lo señalado por el Tribunal de Cuentas en su "Informe de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos comunitarios y de los Convenios internacionales de la Seguridad Social", aprobado en Pleno el 29 de marzo de 2012. Este Informe se centra en un problema muy concreto, el de la deficiente gestión de la prestación de la asistencia sanitaria de los extranjeros encuadrados en los reglamentos comunitarios y convenios de aplicación, y pide al Gobierno la adopción de medidas para solucionarlo. El proyecto de Real Decreto, sin embargo, dedica a esta cuestión un solo precepto -la disposición adicional segunda- que, además, se limita a efectuar una remisión a lo dispuesto en los reglamentos comunitarios y en los convenios internacionales.

Por su parte, la norma proyectada introduce novedades de gran calado, como el reconocimiento de la condición de asegurado a todas aquellas personas que no tengan ingresos superiores a cien mil euros y, en especial, a aquellos profesionales liberales que, no superando dicho límite, se encuentran encuadrados en mutualidades de previsión social alternativas al régimen de la Seguridad Social, que no se mencionan en la memoria y cuyo impacto -indudable desde el punto de vista presupuestario- ni siquiera ha sido estimado, como parece obligado en la situación actual de la Hacienda Pública.

VI.- Observaciones particulares al contenido del proyecto de Real Decreto

Se formulan en relación con los siguientes preceptos:

Artículo 2

En este precepto se determinan las personas que tienen la condición de "asegurado", en desarrollo de lo dispuesto en los nuevos artículos 3.2 y 3.3 de la Ley 16/2003, según redacción dada por el artículo 1, apartado uno, del Real Decreto-ley 16/2012; los funcionarios no se mencionan en este artículo 2, porque su derecho a la asistencia sanitaria se regulará por lo dispuesto en sus regímenes específicos de mutualismo administrativo (disposición adicional séptima).

La regulación proyectada suscita las siguientes observaciones:

(i) El artículo 2.1.a) del proyecto de Real Decreto atribuye la condición de asegurado a las personas "que se encuentran comprendidas en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud".

Según el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, corresponde la condición de asegurado a quienes estén en alguna de las siguientes situaciones:

a) "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".

b) "Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social".

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

d) "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 remisión que el artículo 2.1.a) del proyecto de Real Decreto realiza al artículo 3.2 de la Ley 16/2003 es en sí misma correcta. No obstante, sería preferible reiterar íntegramente en el artículo 2.1.a) de la norma proyectada los diferentes supuestos contemplados en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, a efectos no solo de una mejor comprensión de la nueva regulación -como desde alguna entidad se ha sugerido durante el trámite de audiencia- sino también para una mayor precisión de alguno de tales supuestos.

En tal sentido, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social ha alegado durante la tramitación del expediente que deberían entenderse asegurados "los trabajadores autónomos que se encuentren percibiendo o hayan agotado la prestación de cese por actividad de los trabajadores por cuenta propia así como los perceptores de renta agraria a que se refiere el Real Decreto 426/2003, de 11 de abril".

El departamento ministerial proponente rechazó introducir esta precisión en la norma proyectada por considerar que "ya están incluidos, como cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social".

Es cierto, en efecto, que el artículo 3.2.c) de la Ley 16/2003 reconoce la condición de asegurados a los perceptores de cualesquiera prestaciones periódicas de la Seguridad Social, "incluidas la prestación o subsidio por desempleo", y que una interpretación flexible de la expresión "prestación o subsidio por desempleo" puede llevar a entender comprendidas en ella tanto la "prestación por cese de actividad" de los trabajadores autónomos (Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico

de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos) como la denominada "renta agraria" (encuadrada dentro de la "acción protectora por desempleo", según el Real Decreto 426/2003, de 11 de abril, por el que se regula la renta agraria para los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura), dado que una y otra cumplen la misma finalidad que la prestación o subsidio por desempleo. En la práctica, sin embargo, podrían plantearse problemas en la interpretación y aplicación de la norma proyectada, teniendo en cuenta que el régimen jurídico y los sujetos beneficiarios de la prestación o subsidio por desempleo, la prestación por cese de actividad y la renta agraria son diferentes. Para evitar estos problemas, si el artículo 2.1.a) del proyecto de Real Decreto reprodujera -como se ha sugerido- los diferentes supuestos del artículo 3.2 de la Ley 16/2003, podría hacerse una precisión -siquiera sea de manera genérica- en el tercero de ellos (contemplado en su letra c)) que sirviera para considerar incluida la prestación por cese de actividad y la renta agraria; así, por ejemplo, cabría decir: "Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo y otras de similar naturaleza". Por lo demás, debería también aclararse si quienes perciben la prestación por cese de actividad o la renta agraria mantienen la condición de asegurados después de que tal prestación o renta se haya agotado. El departamento ministerial proponente no ha dado una respuesta concluyente a esta cuestión. El artículo 3.2.d) de la Ley 16/2003 atribuye tal condición a quien haya agotado "la prestación o el subsidio por desempleo" y figure "inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título". Las mismas razones que llevan a considerar que el perceptor de la prestación por cese de actividad o de la renta agraria se encuentra incluido en el artículo 3.2.c) de la Ley 16/2003 existen para entender que, una vez que se haya agotado tal renta o prestación, aquel debe seguir siendo asegurado en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.2.d) de la Ley 16/2003. Como en el caso anterior, para evitar problemas en la interpretación y aplicación de la norma proyectada, si el artículo 2.1.a) del proyecto de Real Decreto reprodujera - como se ha sugerido- los diferentes supuestos del artículo 3.2 de la Ley 16/2003, podría hacerse una precisión -siquiera sea de manera genérica- en el cuarto de ellos (contemplado en su letra d)) que sirviera para considerar incluida la prestación por cese de actividad y la renta agraria; así, por ejemplo, cabría decir: "Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título".

(ii) El artículo 2.1.b) del proyecto de Real Decreto considera aseguradas a las personas "no comprendidas en el apartado anterior ni en el artículo 3 de este real decreto que, no teniendo ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

1.º Tener nacionalidad española y residir en territorio español.

2.º Ser nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros.

3.º Ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en el territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica".

Esta modalidad de aseguramiento -que trae causa remota del Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, que ahora se deroga- se encuentra contemplada en el artículo 3.3 de la Ley 16/2003 y tiene un carácter subsidiario, dado que solo podrán acudir a ella quienes no ostenten la condición de asegurado por encontrarse en alguna de las situaciones del artículo 3.2 de la Ley 16/2003.

El análisis de la regulación proyectada suscita las siguientes observaciones:

? El artículo 2.1.b) del proyecto de Real Decreto impide acceder por esta vía a la condición de asegurado a aquellas personas que ya son beneficiarias.

La prohibición de que los beneficiarios puedan acogerse a este supuesto no se contempla en el artículo 3.3 de la Ley 16/2003, como algunas entidades han puesto de manifiesto durante el trámite de audiencia.

En esta prohibición se refleja la tensión, antes apuntada en el apartado de consideraciones generales y no bien resuelta en nuestro ordenamiento, entre el encuadramiento de la prestación de asistencia sanitaria dentro de la acción protectora de la Seguridad Social y la financiación de dicha asistencia mediante los ingresos fiscales de la Hacienda Pública y no con cargo a las cotizaciones a la Seguridad Social.

A consecuencia de este difícil equilibrio, el acceso a la condición de asegurado -y el consiguiente reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria pública- a quienes no se encuentran afiliados a la Seguridad Social sigue considerándose a día de hoy como un procedimiento dotado de cierta excepcionalidad, y esta concepción es precisamente la que ha llevado a la norma proyectada a prever que los beneficiarios no puedan acceder a la condición de asegurado a través del artículo 2.1.b).

Pese a que esta solución pudiera discutirse a nivel de principios -ya que la asistencia sanitaria se financia con cargo a los impuestos de todos los ciudadanos y no solo de los afiliados a la Seguridad Social-, la situación actual de la normativa española en la materia -que sigue considerando a la asistencia sanitaria como una prestación de la Seguridad Social- ofrece justificación a la regulación proyectada.

? El artículo 2.1.b) reserva esta modalidad de aseguramiento a quienes no tengan "cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía"; según el artículo 2.4 del proyecto de Real Decreto, no se considera cobertura obligatoria de la prestación sanitaria "la prevista normativamente para la cobertura, a través de seguros obligatorios especiales, de riesgos para la salud derivados de actividades concretas desarrolladas por la persona asegurada, bien los concierte por sí misma, bien a través de un tercero", o "el estar encuadrado en una mutualidad de previsión social alternativa al régimen correspondiente del sistema de la Seguridad Social".

En el borrador inicial del proyecto de Real Decreto se excluía del concepto de "cobertura obligatoria de la asistencia sanitaria" únicamente a los "seguros obligatorios especiales"; de este modo, se entendía que los asegurados en las mutualidades de previsión social alternativas al régimen correspondiente de la Seguridad Social gozaban de cobertura obligatoria de la asistencia sanitaria por otra vía y, en consecuencia, se les vedaba el acceso al Sistema Nacional de Salud por el procedimiento previsto en el artículo 2.1.b) del proyecto de Real Decreto.

Sin embargo, el texto final de la norma proyectada excluye también del concepto de "cobertura obligatoria de la asistencia sanitaria" al aseguramiento prestado por "las mutualidades de previsión social alternativas al régimen correspondiente del sistema de la Seguridad Social". Dado que la norma proyectada, en su redacción actual, prevé que tanto la suscripción de "seguros obligatorios especiales" (accidentes de circulación, caza,...) como el encuadramiento en "mutualidades de previsión social" (de profesionales liberales) no pueden considerarse "cobertura obligatoria de la asistencia sanitaria por otra vía", es difícil saber cuáles son los supuestos que podrían reputarse incluidos en tal expresión.

Las excepciones introducidas al concepto de "cobertura obligatoria de la prestación sanitaria" en el artículo 2.4 del proyecto de Real Decreto parecen haber vaciado de contenido este concepto y, en cierto modo, la propia condición de "asegurado", ya que, de acuerdo con la regulación proyectada, todas las personas, cualquiera que sea la

situación en que se encuentren, podrán acceder a dicha condición con tal de que sus ingresos brutos no superen la elevada renta de cien mil euros.

En consecuencia, debe revisarse la regulación proyectada en este punto.

? El artículo 2.1.b) del proyecto de Real Decreto limita el aseguramiento a quienes no tengan ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros.

La primera norma que, con carácter general, admitió el acceso, con cargo a fondos públicos, a la asistencia sanitaria dispensada por el Sistema Nacional de Salud sin necesidad de previa afiliación a la Seguridad Social fue el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre; en esta disposición se extendió la asistencia únicamente a las "personas sin recursos económicos suficientes", entendiéndose por tales aquellas "cuyas rentas, de cualquier naturaleza, sean iguales o inferiores en cómputo anual al salario mínimo interprofesional".

La regulación proyectada deroga este Real Decreto 1088/1989 y eleva el límite de ingresos a cien mil euros; resulta claro, pues, que la ratio perseguida por el proyecto de Real Decreto no es ya la cobertura de la asistencia sanitaria de las personas que carecen de recursos económicos suficientes.

Este cambio de orientación se explica teniendo en cuenta que -desde el año 1998- la asistencia sanitaria ya no se financia con cargo a cotizaciones sino mediante transferencias estatales a las Comunidades Autónomas, es decir, con cargo a los impuestos que cualquier ciudadano -no solo los afiliados al Sistema de la Seguridad Social- tiene obligación de pagar.

Hasta el año 1998, la prestación sanitaria se financiaba con cargo a las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social; por tal razón, la extensión de la asistencia sanitaria a personas no incorporadas a la Seguridad Social se limitó a quienes no tenían recursos económicos suficientes en el Real Decreto 1088/1989.

Una vez que la asistencia sanitaria ha pasado a ser financiada con ingresos fiscales, ya no existe una opinión común acerca de la pertinencia de tal limitación, hasta el punto de que, durante la tramitación del expediente, entidades de diverso signo (desde el propio Ministerio de Hacienda hasta las centrales sindicales) han incluso sugerido que el tope de cien mil euros previsto en la norma proyectada no debería elevarse si no eliminarse, permitiéndose el acceso a la sanidad pública por el procedimiento previsto en el artículo 2.1.b) sin consideración al nivel de ingresos; en el mismo sentido se ha manifestado el Consejo Superior del Colegio Oficiales de Arquitectos en el trámite de audiencia evacuado ante este Consejo de Estado.

En las propuestas de elevación o eliminación de dicho límite trasluce de nuevo la tensión existente, a nivel normativo, entre la consideración de la asistencia sanitaria como una prestación de la Seguridad Social, de una parte, y la financiación de dicha asistencia -al margen de las cotizaciones a la Seguridad Social- mediante los ingresos fiscales de la Hacienda Pública, de otra.

En cualquier caso, la fijación de dicho límite viene exigida por el artículo 3.3 del Real Decreto-ley 16/2012, que contiene una amplia habilitación para que su cuantía se establezca reglamentariamente.

La elevación del umbral máximo de ingresos a cien mil euros es, sin duda, una de las novedades más importantes de la norma proyectada. Con el establecimiento de un límite máximo tan significativo, el proyecto de Real Decreto parecer haber querido resolver algunos problemas surgidos en la interpretación y aplicación del Real Decreto-ley 16/2012, cuyo tenor literal dejaba fuera de cobertura a algunas personas ahora protegidas -como los descendientes mayores de 26 años o los discapacitados con un

grado de incapacidad inferior al 65%- y otras que aspiran a serlo -profesionales liberales encuadrados en mutualidades de previsión social-.

La medida traerá consigo un importante impacto en términos de gasto presupuestario que no se ha estimado siquiera mínimamente en la memoria que acompaña al proyecto de Real Decreto; adviértase que, a través de esta modalidad de aseguramiento, tendrán acceso a la sanidad pública -como ya se ha dicho- los profesionales liberales encuadrados en mutualidades de previsión social, quienes, en el momento presente, solo pueden acceder a la asistencia sanitaria privada a través de las entidades de seguro concertadas con la respectiva mutualidad y no tienen la facultad de optar -como otros colectivos (p. e., funcionarios)- por la asistencia sanitaria pública, salvo que abandonen la mutualidad y se den de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos o suscriban un convenio especial y paguen la cuota correspondiente.

Cabe recordar, en todo caso, que la disposición adicional sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Sanidad, no derogada por el Real Decreto-ley 16/2012, contempla la extensión de la asistencia sanitaria, en el plazo de seis meses, a quienes "ejercen actividades por cuenta propia", aunque condicionándola a "la evolución de las cuentas públicas".

Por ello, el Consejo de Estado considera que, dada la actual situación financiera de la Hacienda Pública y la incidencia que esta medida tendrá en el ámbito presupuestario, el umbral máximo de cien mil euros no debería incrementarse -como algunos órganos o entidades han sugerido durante la tramitación del expediente-, en espera de que la futura evolución de las cuentas públicas pueda permitir modificarlo; además, la adopción de la medida contemplada en el proyecto de Real Decreto debería ir necesariamente precedida de un estudio del impacto que tendrá en términos de gasto público el posible acceso a la asistencia sanitaria pública de las personas actualmente encuadradas en mutualidades de previsión social alternativas al régimen de Seguridad Social.

Por lo demás, el artículo 2.3 del proyecto de Real Decreto regula la forma de cómputo de ingresos a los efectos ya señalados, atendiéndose -en caso de contribuyentes obligados a declarar en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas- a la suma del importe de las bases liquidables de este tributo; el último párrafo del precepto expresa una obviedad que podría ser eliminada ("En todo caso, se entiende que no superan el límite de ingresos señalado en el apartado anterior los contribuyentes, que, con arreglo a la normativa reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, no estén obligados a declarar por dicho impuesto"), pues resulta bien conocido que los límites cuantitativos que eximen a los contribuyentes de la obligación de declarar en el IRPF son cuantitativamente muy inferiores a los cien mil euros previstos en la norma proyectada.

? Finalmente, el artículo 2.1.b) condiciona el aseguramiento al requisito de la residencia en España para nacionales españoles; a la inscripción en el Registro Oficial de Extranjeros para los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza; y a la autorización de residencia para nacionales de terceros países.

La norma reglamentaria se ajusta, en este punto, al artículo 3.3 de la Ley 16/2003; este precepto legal obliga a que las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza "residan en España" y que los extranjeros ostenten "una autorización para residir en territorio español".

En el caso de nacionales comunitarios, el proyecto de Real Decreto no exige que residan en España -como dice el artículo 3.3 de la Ley 16/2003- sino que estén inscritos en el Registro Central de Extranjeros. Esta inscripción se requiere en el artículo 7.6 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, para que estos puedan residir en España por tiempo superior a tres meses: el desplazamiento por menos tiempo no es "residencia" sino "estancia" (artículo 6); en consecuencia, la sustitución del requisito de la residencia - contemplado en el artículo 3.3 de la Ley 16/2003- por el de la inscripción en el Registro Central de Extranjeros es acertado.

Por lo demás, no es una novedad introducida por la norma proyectada, sino por el Real Decreto-ley 16/2012 del que trae causa, la exigencia de autorización de residencia a los extranjeros para el acceso a la asistencia sanitaria; hasta ahora bastaba -como dice el Tribunal de Cuentas en su Informe- con "el simple requisito del empadronamiento" (pág. 160). En realidad, los extranjeros sin autorización de residencia quedan excluidos de la asistencia sanitaria "ordinaria", pero podrán seguir accediendo al Sistema Nacional de Salud en caso de urgencia y de embarazo, parto o postparto, y los menores de dieciocho años en todo caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 ter de la Ley 16/2003.

Al margen de la regulación proyectada quedan los extranjeros que se encuentran en centros de internamientos, a los que el proyecto de Real Decreto actualmente en tramitación, en desarrollo de la habilitación contenida en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2001, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reconoce el derecho a la asistencia necesaria. (iii) En otro orden de cosas, el artículo 2.2 del proyecto de Real Decreto dispone: "Los menores de edad sujetos a tutela administrativa siempre tendrán la consideración de personas aseguradas, salvo en los casos previstos en el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo".

Con la denominación "tutela administrativa", no recogida de manera expresa en la legislación civil pero admitida generalizadamente en la doctrina científica y en la práctica forense, se hace referencia a la tutela de los menores desamparados, que corresponde por Ley a "la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, le esté encomendada la protección de los menores" (artículos 172, 222.4º y 239 del Código Civil).

El artículo 3 de la Ley 16/2003 no atribuye, en los apartados 2 y 3, la condición de asegurado a los menores desamparados sujetos a tutela administrativa, algo que sí hace el artículo 2.2 de la norma proyectada.

Tradicionalmente, los menores sujetos a tutela ordinaria (es decir, a tutela civil y no administrativa) se han asimilado -a efectos de acceso a la asistencia sanitaria- a los descendientes del asegurado y, por tal razón, a los tutelados se les viene considerando beneficiarios del tutor asegurado: en tal sentido se manifiesta también el artículo 3.1 del proyecto de Real Decreto.

Sin embargo, en caso de tutela administrativa, no puede atribuirse la condición de beneficiario al menor de edad desamparado sujeto a tutela administrativa, dado que - como es obvio- la entidad pública de protección de menores carece de la condición de asegurado.

En tales circunstancias y dado que la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a un menor de edad en situación de desamparo es inexcusable, está justificado que el artículo 2.2 del proyecto de Real Decreto conceda a estos menores la condición de asegurados.

Por lo demás, la exclusión de la condición de asegurado de los extranjeros menores de edad extranjeros que no tengan autorización de residencia no tendrá ninguna consecuencia de orden práctico, ya que podrán recibir asistencia sanitaria en las mismas

condiciones que los españoles, es decir, asistencia no solo de urgencia sino también ordinaria, en los términos previstos en el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, como por lo demás prevén los convenios internacionales en la materia.

Artículo 3

En este precepto se determinan las personas que tienen la condición de beneficiarias del asegurado, en desarrollo de lo dispuesto en el nuevo artículo 3.4 de la Ley 16/2003, según redacción dada por el artículo 1, apartado uno, del Real Decreto-ley 16/2012.

La regulación proyectada suscita las siguientes observaciones:

(i) El artículo 3.1.a) del proyecto de Real Decreto considera beneficiario a quien se encuentre en la situación de "ser cónyuge de la persona asegurada o convivir con ella con una relación de afectividad análoga a la conyugal, constituyendo una pareja de hecho".

Cuando el artículo 3.4 de la Ley 16/2003 otorga la condición de beneficiario al "cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente", se está refiriendo a las parejas de hecho.

Dada la ausencia de una norma estatal en la materia, las distintas leyes autonómicas regulan las parejas de hecho con diferentes denominaciones (parejas de hecho, uniones de hechos, parejas estables no casadas) y de forma no siempre coincidente; en particular, no todas estas leyes exigen una inscripción registral constitutiva para el nacimiento de esta relación jurídica: en algunas basta con la voluntad de constituir la manifestada en escritura pública mientras que en otras se admite que la existencia de tales parejas pueda acreditarse a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia e incluso -en ocasiones- por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho.

Dada la multiplicidad de leyes, está justificado que la norma proyectada establezca, a los solos efectos del acceso a la asistencia sanitaria, un criterio uniforme para acreditar la existencia de una pareja de hecho, dando cabida en lo posible a las variantes existentes en las diferentes legislaciones autonómicas: en tal sentido, el artículo 6.3.b) del proyecto de Real Decreto no sólo admite, como medio de prueba, la "certificación de la inscripción en alguno de los registros públicos existentes" sino también, con carácter subsidiario, "el documento público correspondiente para acreditar la existencia de una pareja de hecho".

Lo importante, en todo caso, es que la simple voluntad de los integrantes, se manifieste en la inscripción o en otro documento público, es suficiente para entender constituida una pareja de hecho en todas las legislaciones autonómicas. De este modo, no se advierte -en el momento presente- el riesgo de que puedan existir diferencias en el acceso a la asistencia sanitaria en función del lugar de residencia.

(ii) El artículo 3.1.b) del proyecto de Real Decreto declara beneficiario "al ex cónyuge a cargo de la persona asegurada, entendiéndose por tal al ex cónyuge que tenga derecho a percibir una pensión compensatoria por parte de aquella".

La condición de beneficiario del "ex cónyuge a cargo del asegurado" viene contemplada en el artículo 3.4 de la Ley 16/2003.

La norma proyectada se ha limitado a precisar que el "excónyuge" se encuentra "a cargo de la persona asegurada" cuando tiene "derecho a percibir una pensión compensatoria" por parte de este, manteniendo así el mismo criterio que ya se seguía antes de la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012.

No se precisa, en cambio, lo que debe entenderse por "ex cónyuge" a efectos del derecho de acceso a la asistencia sanitaria. Dentro de esta expresión tienen indudable cabida los supuestos de divorcio o nulidad matrimonial -que el propio precepto reglamentario menciona líneas abajo- pero no propiamente el de separación, dado que en este caso el matrimonio no se encuentra civilmente disuelto.

Sin embargo, la separación de los cónyuges -al igual que el divorcio y la nulidad- produce el cese de la convivencia y podrá igualmente ocasionar un desequilibrio económico para uno de los cónyuges que le haga acreedor de una pensión compensatoria (artículos 90.f) y 97 del Código Civil). Por ello, la normativa de Seguridad Social ha venido hasta el momento atribuyendo la condición de beneficiario, en caso de separación, al cónyuge separado que percibe una pensión compensatoria del asegurado.

Si con la nueva regulación se considerase que no puede hablarse de "excónyuges" en caso de separación, parece que el cónyuge separado sería beneficiario del asegurado por su sola condición de "cónyuge" al amparo del artículo 3.1.a), máxime cuando la norma proyectada ya no se exige a los casados -y los separados siguen estándolo- el requisito de la convivencia.

En realidad, las mismas razones que han llevado a la norma proyectada a considerar que los excónyuges pueden obtener la condición de beneficiarios en caso de nulidad o divorcio existen también cuando se produce una separación matrimonial.

Ahora bien, parece lógico que el otorgamiento de la condición de beneficiario al cónyuge separado se supedita a que este se encuentre a cargo -es decir, perciba una pensión compensatoria- del asegurado en los términos previstos en el artículo 3.1.b), en lugar de que pueda acceder a tal condición sin requisito alguno -tampoco el de convivencia- al amparo del artículo 3.1.a).

El departamento ministerial proponente debe pues replantearse esta cuestión, quizá previendo la asimilación de los cónyuges separados a los excónyuges, tal y como se hace en el artículo 3.1.c) con los descendientes.

(iii) El artículo 3.1.c) del proyecto de Real Decreto reputa beneficiario al "descendiente, o persona asimilada a éste, de la persona asegurada o de su cónyuge, ex cónyuge a cargo o pareja de hecho, en ambos casos a cargo del asegurado y menor de 26 años o, en caso de ser mayor de dicha edad, tener una discapacidad reconocida en un grado igual o superior al 65%".

La condición de beneficiario de "los descendientes a cargo del asegurado que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%" viene prevista en el artículo 3.4 de la Ley 16/2003.

La regulación proyectada recoge este supuesto, aunque ampliando la consideración de beneficiarios a las "personas asimiladas" a los descendientes, entre las que menciona a los "menores sujetos a tutela o acogimiento legal" y a "las hermanas y los hermanos de la persona asegurada".

El todavía vigente artículo 100.1.c) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, habla de familiares "o asimilados", de ahí que, con tal complemento normativo, puede entenderse que el proyecto de Real Decreto goza de cobertura legal en este punto.

Esto sabido, los menores sujetos a tutela o acogimiento legal del asegurado pudieran equipararse en algún sentido a sus descendientes pero no parece que pueda decirse lo mismo -ni en la más laxa de las interpretaciones posibles- de sus hermanos y hermanas.

La necesidad de acudir a la figura de las "personas asimiladas" de los descendientes del asegurado y, sobre todo, de incluir en ella a sus hermanos pone de manifiesto los riesgos que puede comportar la aprobación, con urgencia, de normas con rango de ley que en ocasiones no se encuentran debidamente perfiladas.

No parece injustificado, en todo caso, que los hermanos del asegurado que están a su cargo -es decir, que conviven con el asegurado y dependen económicamente de él en los términos del artículo 3.2 del proyecto de Real Decreto- tengan la condición de beneficiarios. Dado que se trata de una previsión reglamentaria introducida in bonus, al efecto de considerar beneficiarios a personas no contempladas en el Real Decreto-ley 16/2012, cabría admitir ahora el mantenimiento, sin perjuicio de que la condición de beneficiarios de los hermanos o hermanas del asegurado debiera reflejarse en cuanto fuera posible en el artículo 3.4 de la Ley 16/2003.

Por lo demás, el nuevo artículo 3.4 de la Ley 16/2003 excluye de la condición de beneficiarios a determinados descendientes (los mayores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado inferior al 65%) y a los ascendientes que gozaban de cobertura en la normativa precedente. Esta exclusión, que trae causa de la redacción dada a dicho precepto legal por el Real Decreto-ley 16/2012, no ha estado exenta de polémica, especialmente en el caso de los descendientes mayores de 26 años aunque no solo: así, el Comité Especial de Representantes de Personas con Discapacidad -durante la tramitación del expediente y ante este Consejo de Estado- que, al amparo de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos - no modificada por el Real Decreto-ley 16/2012-, son beneficiarios de la asistencia sanitaria aquellos discapacitados con un grado de minusvalía del 33%. Quizá como solución a estos problemas y sin perjuicio de la pervivencia de los regímenes especiales contemplados en norma con rango de ley allí donde existan, el proyecto de Real Decreto permitirá a tales personas acceder fácilmente a la condición de asegurado, si no tienen ingresos superiores a cien mil euros en cómputo anual, al amparo del supuesto previsto en el artículo 2.1.b) del proyecto de Real Decreto.

Artículo 4

Este precepto reglamentario atribuye el reconocimiento de la condición de asegurado o beneficiario al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Social de la Marina, y prevé que, una vez reconocida tal condición, el derecho a la asistencia sanitaria se haga efectivo por las Administraciones sanitarias competentes, a través de la expedición de la tarjeta individual, en consonancia con lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 3 bis de la Ley 16/2003, que dicen así:

1. El reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo corresponderá al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de sus direcciones provinciales, que establecerá los requisitos documentales a presentar en cada caso.
2. Una vez reconocida la condición de asegurado o de beneficiario del mismo, el derecho a la asistencia sanitaria se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual.

De acuerdo con la normativa precedente, el reconocimiento de la condición de asegurado o de beneficiario correspondía, según los colectivos, al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Tesorería General de la Seguridad Social. Con la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012 se centraliza esta potestad en una sola entidad -el Instituto Nacional de la Seguridad Social- a fin de evitar posibles disfunciones (falta de coordinación o similares) derivadas de la atribución de una misma competencia a órganos diferentes que pudieran traducirse en reconocimientos no justificados de la condición de asegurado o beneficiario. La novedad no estriba, pues, en que el reconocimiento de la condición de asegurado o beneficiario se residence en la

Administración del Estado -algo que ya sucedía con anterioridad- sino en que, dentro de esta, se concentre en el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Por otra parte, la norma proyectada priva a las Comunidades Autónomas de cualquier participación en la tramitación del procedimiento de reconocimiento de la condición de asegurado o beneficiario. Actualmente, los órganos autonómicos competentes tramitaban los expedientes de reconocimiento de la condición de titular o de beneficiario de la asistencia sanitaria pública al amparo del Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, para personas sin recursos económicos suficientes, y elevaban la correspondiente propuesta al Instituto Nacional de la Seguridad Social, que se limitaba a aprobarla. El elevado número de reconocimientos irregulares de la condición de asegurado o beneficiario que se produjo - según el antes referido Informe del Tribunal de Cuentas- en aplicación del Real Decreto 1088/1989 ha llevado a que el proyecto de Real Decreto prive de cualquier participación a los órganos autonómicos.

Algunas Comunidades Autónomas (Cataluña y País Vasco) aducen que esta regulación vulnera sus competencias, aunque tal vulneración es propiamente imputable -como ellas mismas reconocen- al Real Decreto-ley 16/2012 del que la norma proyectada trae causa, por lo que no cabe en este momento hacer cuestión acerca de la supuesta inconstitucionalidad del procedimiento arbitrado, que -en el momento presente- no ha sido declarada por el Tribunal que es competente a tales efectos.

Artículo 5

Este precepto reglamentario regula el procedimiento para el reconocimiento de oficio de la condición de asegurado o de beneficiario, previa comprobación de los requisitos establecidos en los artículos 2 y 3.

Antes de entrar en el análisis de los supuestos en que se prevé el reconocimiento de oficio, cabe observar que la regulación proyectada no prevé la manera en que debe procederse cuando, en el curso de un procedimiento de reconocimiento de oficio, el Instituto Nacional de la Seguridad Social no pueda comprobar alguno de los requisitos exigidos para el acceso a la condición de asegurado o de beneficiario (por ejemplo, el nivel de ingresos), o cuando, realizada la comprobación de oficio, se concluya que la persona concernida no puede seguir ostentando la condición de beneficiario o asegurado; ambas vicisitudes pueden darse en la práctica con frecuencia suficiente para que deban ser contempladas en la norma proyectada.

El reconocimiento de oficio de la condición de asegurado no se extiende a todas las personas que actualmente lo sean sino solo en los tres supuestos contemplados en el apartado 1 del artículo 5; en cambio, el reconocimiento de oficio de la condición de beneficiario alcanza a todas las personas que lo sean.

Debe prestarse especial atención a uno de los supuestos de reconocimiento de oficio de la condición de asegurado, el contemplado en la letra c) del apartado 1 del artículo 5.

c) "Personas mayores de 26 años que, a la entrada en vigor de este real decreto, ya dispusieran de una tarjeta sanitaria individual del Sistema Nacional de Salud como descendientes beneficiarias de una persona asegurada y se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 2.1.b".

Bajo la normativa precedente, los descendientes del titular del derecho a la asistencia sanitaria -cualquiera que fuera su edad- tenían la condición de beneficiarios. El Real Decreto-ley 16/2012 priva de esta condición a los descendientes mayores de 26 años, quienes, sin embargo, podrán acceder a la condición de asegurado, siempre que no tengan ingresos superiores a cien mil euros, a través del procedimiento establecido en el artículo 2.1.b) del proyecto de Real Decreto.

En realidad, esta posibilidad no solo existe para los descendientes mayores de 26 años sino para todas aquellas personas que, siendo beneficiarias bajo la normativa anterior, hayan perdido tal condición a consecuencia del Real Decreto-ley 16/2012 y del proyecto de Real Decreto sometido a consulta; todas estas personas (descendientes mayores de edad con un grado de discapacidad inferior al 65% o ascendientes, entre otros) podrán acceder a la condición de asegurado, si sus ingresos no superan los cien mil euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.1.b) del proyecto de Real Decreto; por tanto, si se arbitra un procedimiento de reconocimiento de oficio para los descendientes mayores de 26 años, por la misma razón debería aplicarse a las demás personas que han perdido su condición de beneficiarias tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012 y del proyecto de Real Decreto.

Artículo 6

Este precepto reglamentario regula el procedimiento de reconocimiento de la condición de asegurado o de beneficiario a solicitud del interesado.

Tienen especial importancia los "requisitos documentales" para el reconocimiento de dicha condición; el artículo 3 bis, apartado 1, de la Ley 16/2003 remite por completo la fijación de estos requisitos al desarrollo reglamentario.

La regulación proyectada suscita las siguientes observaciones:

(i) La primera y más importante guarda relación con las condiciones que deben acreditar los nacionales de otros Estados incluidos en el ámbito de aplicación de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales en materia de seguridad social.

Estos reglamentos y convenios contemplan el derecho a recibir asistencia sanitaria en el país de destino de las personas aseguradas en el país de origen y establecen un sistema de reembolso del coste de la asistencia sanitaria.

El Informe del Tribunal de Cuentas del año 2012, tantas veces citado, hizo especial hincapié en el quebranto patrimonial ocasionado por la prestación de asistencia sanitaria a nacionales de Estados de la Unión Europea o de terceros Estados al margen del procedimiento previsto en los reglamentos comunitarios y convenios internacionales. El derecho a recibir asistencia sanitaria conforme a tales reglamentos y convenios exige ostentar la condición de asegurado en el país de origen y presentar un "formulario de derecho" en el país de destino. El cumplimiento de estos requisitos es igualmente necesario para que el país de destino pueda obtener el reintegro del coste de la asistencia sanitaria presentada. El Tribunal de Cuentas detectó que se había expedido tarjeta sanitaria individual a cientos de miles de nacionales pertenecientes a Estados incluidos en el ámbito de aplicación de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales que no presentaban un "formulario de derecho" que acreditase su condición de asegurado en el país de origen y el derecho a recibir asistencia sanitaria en España. En estos casos, se les expidió la tarjeta sanitaria individual al amparo del procedimiento previsto en el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la asistencia a las personas sin recursos económicos suficientes. De este modo no se ha podido obtener el reintegro de la asistencia sanitaria prestada a tales personas.

Pese a ello, el artículo 6 del proyecto de Real Decreto no regula las exigencias probatorias de naturaleza documental que deben observarse para evitar que el problema detectado se perpetúe. Y la disposición adicional segunda hace una referencia excesivamente genérica a esta cuestión ("Las personas con derecho a asistencia sanitaria 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, siempre que residan en territorio español o durante sus desplazamientos temporales a España, en la forma, extensión y

condiciones establecidos en la disposiciones comunitarias o bilaterales indicadas") que en nada cambia la situación normativa precedente y contrasta con el alto grado de preocupación mostrado por el Tribunal de Cuentas.

Por más que el problema observado deba solucionarse fundamentalmente en el plano de una correcta gestión de la prestación de asistencia sanitaria, la norma proyectada debe afrontar la regulación de la cuestión de un modo más preciso y principal, máxime cuando la memoria del análisis de impacto normativo la considera uno de los motivos -sino el principal- que justifican el proyecto de Real Decreto.

(ii) En la letra b) del apartado 2 del artículo 6 se exige, para el reconocimiento de la condición de asegurado, que "los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo" aporten -según los casos- el certificado de inscripción en el Registro Central de Extranjeros o la tarjeta de residencia familiar.

Después de la referencia a tales Estados debe mencionarse también a "Suiza", como se hace en otros preceptos de la norma proyectada (artículo 2.1.b), pues, en virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre libre circulación de personas, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, a los ciudadanos suizos y a los miembros de su familia les resulta de aplicación la legislación comunitaria y, en particular, el Real Decreto 240/1997, de 16 de febrero (disposición adicional tercera).

Disposición adicional segunda

Su rúbrica actual -"Asistencia sanitaria en aplicación de normas internacionales"- debería sustituirse por la más precisa de "Asistencia sanitaria en aplicación de reglamentos comunitarios y convenios internacionales", dada la dificultad de atribuir el carácter de norma internacional a un reglamento comunitario.

Disposición adicional cuarta

Esta disposición, bajo la rúbrica "Prestación de asistencia sanitaria en situaciones especiales", dice así:

"A los efectos de la asistencia sanitaria en situaciones especiales prevista en el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, no tendrán la consideración de extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que se encuentren en la situación de estancia inferior a tres meses regulada en el artículo 6 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".

El artículo 3 ter de la Ley 16/2003 señala que "los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España" únicamente podrán recibir prestación de asistencia sanitaria en las situaciones especiales que en tal precepto se indican.

La rúbrica y el tenor literal de la disposición adicional cuarta podrían llevar a entender que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que se encuentren en la situación de estancia inferior a tres meses ni siquiera tendrán derecho a la prestación de asistencia sanitaria en situaciones especiales.

En realidad, la disposición adicional cuarta únicamente pretende aclarar -o eso parece- que el derecho a la asistencia sanitaria de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que se encuentren en la

situación de estancia inferior a tres meses no se rige por lo dispuesto en el artículo 3 ter de la Ley 16/2003 ni, por ende, se encuentra limitado a tales situaciones especiales.

La disposición adicional cuarta no precisa, en cambio, si los nacionales comunitarios en situaciones de estancia temporal tienen acceso a la asistencia sanitaria en España y en qué término podría producirse dicho acceso.

Cumple señalar, a este respecto, el artículo 18 del Reglamento (CE) nº 883/2004, bajo la rúbrica "Estancia fuera del Estado miembro competente", dispone: "La persona asegurada y los miembros de su familia que se hallen en un Estado miembro distinto del Estado competente tendrán derecho a la 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".

En definitiva, la rúbrica y el contenido de la disposición adicional cuarta deben reformularse a la vista del precepto mencionado y acaso refundirse con la disposición adicional segunda, en la que se regula la asistencia sanitaria debida en aplicación de los reglamentos comunitarios.

Disposición transitoria única

Esta disposición, bajo la rúbrica "Régimen transitorio de acceso a la asistencia sanitaria en España", señala:

"Las personas que, con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, tuvieran acceso a la asistencia sanitaria en España y no ostenten la condición de aseguradas con base en alguno de los supuestos del artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, o en aplicación de reglamentos comunitarios o convenios bilaterales, así como las beneficiarias de unas y otras, podrán seguir accediendo a la misma hasta el 31 de agosto de 2012 sin necesidad de acreditar la condición de aseguradas o de beneficiarias de éstas en los términos previstos en este real decreto".

De acuerdo con los términos de esta previsión reglamentaria, que trae causa de la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012, a partir del 1 de septiembre de 2011 únicamente podrán seguir accediendo a la asistencia sanitaria aquellas personas que, disponiendo actualmente de tarjeta sanitaria, se encuentren en alguna de las situaciones previstas en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003: "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"; "ostentar la condición pensionista del sistema de la Seguridad Social"; "ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo"; o "haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscritos en la oficina correspondiente como demandante de empleo".

Todas aquellas personas a las que se ha otorgado tarjeta sanitaria individual a través del procedimiento previsto en el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por carecer de recursos económicos suficientes, y que en la nueva regulación tienen cabida en el supuesto de aseguramiento previsto en el artículo 3.3 de la Ley 16/2003, tendrán que acreditar la condición de asegurado antes del 31 de agosto de 2012 para poder seguir accediendo a la asistencia sanitaria a partir de dicha fecha.

El tenor de esta disposición transitoria entra así en clara contradicción con el artículo 5.1.b) del proyecto de Real Decreto, en el que se prevé el reconocimiento de oficio de la condición de asegurado de aquellas personas que ya dispusieran de tarjeta sanitaria individual al amparo del Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre.

El proyecto de Real Decreto debería pues aclarar si la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 3.3 de la Ley 16/2003 (artículo 2.1.b) del proyecto de Real

Decreto) debe ser comprobada de oficio o acreditada a instancia de parte antes del 1 de septiembre de 2012.

En todo caso, el Consejo de Estado entiende que la fecha de 1 de septiembre de 2012 no debe operar de modo necesario en caso de que, por el volumen de asegurados o de beneficiarios comprendidos en este supuesto y el escaso tiempo que mediará entre la aprobación de la presente norma como Real Decreto y aquella fecha, no se hayan concluido los expedientes incoados a fin de comprobar o acreditar, con las debidas garantías, si los actuales asegurados o beneficiarios cumplen con los requisitos exigidos por la nueva regulación.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones contenidas en el cuerpo del presente dictamen, puede V. E. elevar al Consejo de Ministros para su aprobación el proyecto de Real Decreto remitido en consulta."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 26 de julio de 2012

LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. MINISTRA DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD.

Así, se ha extendido la asistencia sanitaria a los huérfanos absolutos y descendientes y hermanos de trabajadores o pensionistas, cuando habiendo sido titulares de una pensión de orfandad o a favor de familiares, respectivamente, se haya extinguido la misma por el cumplimiento de la edad, carezcan de medios de subsistencia y no estén acogidos por una persona que sea titular de esta prestación; los españoles emigrantes (Real 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 y su normativa de desarrollo); las personas afectadas de minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 (Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, y Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas de la mencionada Ley); otros colectivos como los beneficiarios de pensiones de viudedad, orfandad y en favor de familiares como consecuencia o con ocasión de la guerra civil (Ley 5/1979, de 18 de septiembre, sobre reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social en favor de las viudas y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada guerra civil), los mutilados excombatientes de la zona republicana (Real Decreto 391/1982, de 12 de febrero, por el que se integran en el Régimen General de la Seguridad Social, a efectos de asistencia sanitaria y servicios sociales, a los mutilados excombatientes de la zona republicana), el personal que, durante la guerra civil, formó parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República (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, y Real Decreto 1033/1985, de 19 de junio, de desarrollo); y los titulares de pensiones causadas por actos de terrorismo (Real Decreto 851/1992, de 10 de julio, por el que se regulan determinadas pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo).

A los mencionados en la nota 1, cabe añadir, tras la Ley 16/2003, la extensión de la asistencia sanitaria a los españoles de origen retornados y pensionistas españoles de origen residentes en el exterior desplazados temporalmente en el territorio nacional

(Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, y 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).