

TRIBUNA: EXTERNALIZACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA ESPAÑOLA Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: (IN) APLICACIÓN A LOS INMIGRANTES IRREGULARES

EXTERNALIZATION OF SPANISH HEALTHCARE AND EU LAW:
(NON)APPLICATION TO IRREGULAR MIGRANTS

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO¹

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla

Resumen: En España la asistencia sanitaria pública se financia, con carácter general, mediante tributos. A nivel interno los sujetos protegidos por el Sistema Nacional de Salud no tienen derecho de opción entre sanidad pública o privada, ni a recibir asistencia sanitaria en el extranjero financiada por España. Sin embargo, por aplicación del Derecho de la Unión Europea los titulares de una tarjeta sanitaria europea pueden recibir asistencia sanitaria, programada o no programada, en otros Estados de la Unión Europea sufragada por España. A partir de la promulgación del Real Decreto-ley 7/2018, que ha implantado la asistencia sanitaria gratuita para los inmigrantes en situación irregular, se hace necesario determinar si pueden, o no, invocar el Derecho de la Unión Europea para recibir asistencia en el extranjero con cargo a España.

Palabras clave: Asistencia Sanitaria, Reglamento 883/2004, Reglamento 81/2014, Tarjeta sanitaria europea.

Abstract: As a general rule in Spain public health care is financed by taxes and according to Spanish law, subjects protected by the National Health System do not have the right of option between public and private health care, nor to receive health care abroad financed by Spain. However, by application of European Union law holders of a European Health Card can receive planned and unplanned medical treatment abroad supported by Spain. As far as the Royal Decree-Law 7/2018 has introduced free health care for irregular migrants, it is necessary to determine whether or not they can invoke EU law to receive assistance abroad from Spain.

Keywords: Directive Regulation 81/2014, European Health Insurance Card, Healthcare, Regulation 883/2004.

¹Artículo publicado en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el INAP "Público y Privado en la gestión de los servicios públicos".

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 168.7 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea proclama que “la acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica...y la asignación de los recursos que se destinan a dichos servicios”.

No hay, sin embargo, un sistema europeo único de asistencia sanitaria puesto que su gestión y organización a nivel nacional es competencia estatal. Es decir, coexisten tantos sistemas sanitarios como Estados en los que se aplica el Derecho de la UE y que, simplificadaamente, se pueden encuadrar en tres modelos: sistemas de reembolso (Bélgica), sistemas concertados (Holanda) sistemas nacionales de Salud como es el caso de España.

En todo caso es competencia nacional adoptar las “decisiones sobre la cartera de servicios sanitarios a los que tienen derecho los ciudadanos y los mecanismos de financiación y de prestación de asistencia sanitaria”².

II. EXTERNALIZACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN LA UE FINANCIADA POR ESPAÑA

La Constitución española en su artículo 43 reconoce el derecho a la protección de la salud, pero sin imponer un modelo concreto de gestión sanitaria. En la práctica, en España -donde la sanidad es una competencia transferida a las CC.AA- conviven históricamente la gestión directa -por las propias Administraciones con su propia organización-, y la gestión indirecta de la prestación sanitaria. Esta última regulada por la normativa administrativa contenida, actualmente, en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23 y 2014/24.

A nivel de Derecho interno la opción entre gestión directa e indirecta corresponde a las Administraciones sanitarias competentes, que son las titulares de la gestión del servicio público.

Sin embargo, por aplicación del Derecho de la UE -del que se predica la nota de primacía sobre los ordenamientos nacionales-, los nacionales de los Estados miembros, apátridas y refugiados, y sus familiares, así como los ciudadanos de los Estados firmantes del Tratado del Espacio Económico Europeo (Islandia, Noruega y Liechtenstein) y Suiza, pueden acceder a los sistemas sanitarios de otros Estados miembros en igualdad de condiciones que los propios nacionales. Este derecho es igualmente predicable, al amparo del Reglamento 1231/2010, de los nacionales de terceros Estados y sus familiares incluidos en su ámbito de aplicación siempre y cuando residan legalmente en el territorio de la UE.

² Considerando nº 5 in fine de la Directiva 2011/24.

III. NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

A. EL REGLAMENTO 883/2004³

El Reglamento 883/2004 incluye dentro de su ámbito de aplicación material las prestaciones de enfermedad (artículo 3.1.a). Al respecto hay que señalar que no son objeto de este trabajo los subsidios por incapacidad temporal sino únicamente la prestación sanitaria en especie.

Por aplicación de los Reglamentos de coordinación los sujetos protegidos por el Sistema Nacional de Salud español pueden acceder a los sistemas sanitarios de otros Estados miembros en igualdad de condiciones que los nacionales de esos Estados.

En concreto, el Reglamento 883/2004 reconoce tanto el derecho a la asistencia sanitaria durante períodos de estancia temporal de los asegurados fuera del Estado miembro competente (artículo 19) como la asistencia “programada”, esto es, desplazamientos autorizados por la institución competente para recibir en otro Estado miembro tratamiento adecuado a su estado de salud (artículo 20).

B. ASISTENCIA NO PROGRAMADA DURANTE UNA ESTANCIA TEMPORAL EN OTRO ESTADO MIEMBRO

El artículo 19.1 del Reglamento 883/2004⁴ reconoce el derecho a las prestaciones en especie en el Estado de estancia a cargo de la institución competente, siempre y cuando se trate “*de prestaciones en especie que sean necesarias desde un punto de vista médico, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia*”.

El deslinde entre estancia y residencia en los Reglamentos de coordinación es cualquier cosa menos diáfana⁵.

El Reglamento no exige que el tratamiento médico tenga que ser urgente, imprevisible ni vital.

Las prestaciones sanitarias serán servidas de conformidad con la legislación del Estado del lugar de estancia (Estado de tratamiento), que habrá de otorgar a los pacientes protegidos por el Derecho comunitario el mismo trato que a sus propios nacionales. Sin embargo, la asistencia sanitaria prestada será abonada por el Estado en el que la persona esté asegurada.

³No se abordan en este trabajo las peculiaridades aplicables a trabajadores fronterizos, pensionistas y los miembros de sus familias. Ni tampoco los funcionarios incluidos en el Mutualismo Administrativo.

⁴No es aplicable a los pensionistas y sus familias. Decisión N° S3 de 12 de junio de 2009 por la que se definen las prestaciones contempladas en el artículo 19, apartado 1, y en el artículo 27, apartado 1, del Reglamento 883/2004, así como en el artículo 25, sección A, apartado 3, del Reglamento 987/2009.

⁵ Conforme a los apartados j) y k) del artículo 1 del Reglamento 883/2004 la residencia se define como “lugar en que una persona reside habitualmente”; y estancia: “la residencia temporal”.

Pero para que los Estados de origen asuman el coste de los servicios médicos que pudieran precisar durante estos desplazamientos, será preciso que los pacientes estén en posesión de la pertinente Tarjeta Sanitaria Europea.

Como indica CARRASCOSA BERMEJO “la regla general es el reembolso o reintegro entre instituciones (España reembolsaría al Estado de destino la factura que emitiera y el Estado de tratamiento prestaría la asistencia de forma gratuita con la garantía de abono que supone el documento S2)”⁶.

En caso de que en el Estado de estancia se aplique el co-pago sanitario, éste no es reembolsable por España en los supuestos de asistencia no programada⁷, tal y como destacó HIERRO HIERRO⁸.

C. DESPLAZAMIENTOS PROGRAMADOS PARA RECIBIR ASISTENCIA SANITARIA PARA EN OTRO ESTADO

El artículo 20.1 y 20.2 del Reglamento 883/2004 regula el supuesto de las personas incluidas en su ámbito de aplicación personal que se trasladan expresamente a un Estado miembro para recibir tratamiento médico.

En este caso, el derecho está supeditado a la previa obtención por parte del paciente de una autorización preceptiva por parte de la institución nacional competente: el formulario S2, que no sólo habrá de especificar el tratamiento a recibir sino también la duración de la autorización para recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro.

Como ha declarado el TJUE, cuando la institución competente deniegue una solicitud de autorización presentada por un beneficiario con arreglo al Reglamento y tal denegación se declare posteriormente infundada por la propia institución competente o mediante resolución judicial, dicho beneficiario puede obtener directamente de la institución competente el reembolso de un importe equivalente a aquel que se habría asumido normalmente si la autorización se hubiese concedido debidamente desde el principio.

El primero de los requisitos para solicitar y obtener en España el formulario S2 y poder recibir tratamiento médico en otro Estado donde el Derecho de la UE resulte aplicable es que se trate de personas protegidas por el Sistema Español de Salud.

Ha de tratarse, además, de una prestación incluida en el catálogo del Sistema Nacional de Salud regulado en la Ley 16/2003 y desarrollado por el Reglamento 1030/2006. No obstante, los Estados miembros son libres de establecer la concesión del formulario S2

⁶ Dolores Carrascosa Bermejo; “Buenas Prácticas en Relación al Reembolso de Gastos por Asistencia Sanitaria Transfronteriza en la Unión Europea”, en: VV.AA., Buenas Prácticas Jurídicas para Reducir el Gasto Social, Laborum. Murcia, p.99.

⁷ STJUE de 15.6.2010, asunto c- 211/08, caso Comisión contra España.

⁸ Javier Hierro Hierro; “La Validez del Sistema Español de Reembolso de Gastos Médicos: el caso Comisión vs. España”. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social nº 102/2013; pp.253 y ss.

también en los supuestos en los que no se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 20.2 del Reglamento⁹.

Otro requisito acumulativo con los anteriores es que la asistencia médica no pueda ser prestada por el sistema público de Seguridad Social en un plazo oportuno o justificable desde un punto de vista médico, pero sí en otro Estado Miembro.

En todo caso, hay que resaltar el dato de que la expedición del formulario S2 se basa en criterios de carácter estrictamente médicos.

Por ello el primer paso consiste en obtener de un médico del sistema español de Salud un detallado informe clínico sobre la patología sufrida por el paciente. En este informe el médico ha de justificar por qué considera que el paciente debe ser atendido en otro Estado y dónde puede ser tratado adecuadamente.

En segundo lugar el informe médico será examinado por la institución competente en cada CC.AA, que será determinada en función del lugar de residencia o trabajo del paciente.

En tercer lugar, y una vez que administración sanitaria competente de la CC.AA dé el visto bueno al desplazamiento para recibir tratamiento médico en otro Estado, el paciente habrá de solicitar el formulario ante el Instituto Nacional de Seguridad Social. Es importante resaltar que la competencia para otorgar el formulario está atribuida a la Administración Central y no a las CC.AA.

Aunque el INSS interviene en la tramitación del reconocimiento del derecho al reintegro de gastos sanitarios como institución española competente, es cada Comunidad Autónoma la encargada de gestionar la prestación en especie, por lo que es a esta última la que debe asumir la responsabilidad en el reintegro de gastos médicos cuando proceda.

De la jurisprudencia del TJUE se infiere que las autoridades nacionales sólo pueden denegar el formulario S2 por razones tasadas que, como se infiere del artículo 20.2 del Reglamento son:

-Cuando la asistencia de que se trate no figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida el interesado¹⁰.

-Que la asistencia que el paciente pretende recibir en un Estado miembro distinto de aquel en el que reside pueda serle dispensada, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside.

En el caso español, la Administración tiene un plazo de 45 días conforme al Real Decreto 286/2003, para resolver las solicitudes sobre asistencia sanitaria en el extranjero. El silencio administrativo en estos casos es positivo (artículo 26.2 del

⁹ STJUE de 23.10.2003 recaída en el asunto -56/2001, caso Inizan.

¹⁰La STSJ del País Vasco de 30.5.2000 (AS.1748) expresamente se pronuncia sobre el carácter no reembolsable de los gastos fúnebres y de inhumación puesto que no está incluido en el catálogo de prestaciones sanitarias.

Reglamento 987/2009 que establece que “*a falta de respuesta en los plazos establecidos en su legislación nacional, se considerará que la autorización ha sido concedida por la institución competente*”).

Cuando la solicitud del formulario es desestimada por acto administrativo los administrados pueden interponer recurso potestativo de reposición o interponer demanda ante la jurisdicción social.

D. SUJETOS PROTEGIDOS POR EL REGLAMENTO 883/2004

La piedra angular para la aplicación del Reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social no es la condición laboral o funcionarial de los sujetos sino la residencia en un Estado en el que se aplique el Derecho de la Unión Europea y que la persona esté incluida en el ámbito de aplicación de un sistema nacional coordinado de Seguridad Social.

Establece el artículo 2 del Reglamento 883/2004 que el mismo se aplicará a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados¹¹ residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes. Asimismo, el Reglamento se aplicará a los supervivientes de las personas que hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de tales personas, cuando dichos supervivientes sean nacionales de uno de los Estados miembros o apátridas o refugiados que residan en uno de los Estados miembros.

En virtud de los Tratados suscritos por la UE, el Reglamento 883 será igualmente aplicable en Islandia, Noruega, Liechtenstein, y Suiza, aunque no son Estados miembros de la UE.

Del artículo 2.2 del Reglamento 883/2004 se infiere que ostentar la nacionalidad de un Estado miembro no es requisito imprescindible para ser incluido en su ámbito de aplicación, puesto que familiares y causahabientes aun cuando no sean ellos mismos nacionales de ningún Estado miembro quedan protegidos por el citado Reglamento.

Aunque por su condición de extranjeros los residentes nacionales de Terceros Estados estarían excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004 hay que tener en cuenta que el Reglamento 1231/2010¹² amplía las disposiciones del Reglamento 883/2004 a los nacionales de Terceros Estados que, debido únicamente a su nacionalidad, no estuvieran incluidos dentro de su ámbito de aplicación personal, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado Miembro y siempre que su situación no esté circunscrita en todos sus aspectos al interior de un solo Estado miembro.

¹¹ Conforme a los apartados g) y h) del artículo 1 Reglamento 883/2004: «refugiado»: el definido como tal en el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, firmada en Ginebra el 28 de julio de 1951; «apátrida»: el definido como tal en el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, firmada en Nueva York el 28 de septiembre de 1954.

¹² No es aplicable en Reino Unido, Dinamarca, Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza.

Pero, tal y como se refleja en el Considerando nº 10 del Reglamento 1231/2010, la aplicación del Reglamento 883/2004 a estas personas no les concede ningún derecho de entrada, estancia o residencia ni tampoco acceso al mercado laboral en un Estado miembro. Ni afecta, consecuentemente, a la potestad de los Estados miembros de denegar o retirar un permiso de entrada, estancia, residencia o trabajo en su territorio, o de denegar la renovación de tales permisos de conformidad con el Derecho de la Unión Europea. Además, es requisito inexcusable que dicho extranjero haya estado sometido a la legislación de más de un Estado en el que el Reglamento 883/2004 y 1231/2010 resulten aplicables. Y es que, como señala el Considerando nº 12 del Reglamento 1231/2010, el Reglamento 883/2004 no se aplica a situaciones circunscritas, en todos los aspectos, a un solo Estado miembro.

IV. EL REAL DECRETO 81/2014 POR EL QUE SE TRANSPONE LA DIRECTIVA 2011/24

Este Real Decreto transpone al ordenamiento español la Directiva 2011/24 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. La promulgación de la Directiva fue precedida por una abundante y constante jurisprudencia del TJUE que afirma que el derecho a la prestación sanitaria forma parte de uno de los pilares de la UE: el derecho a la libre prestación de servicios.

Esta línea jurisprudencial se inició con los asuntos Kohll y Decker¹³ relativos a prestaciones sanitarias ambulatorias, extendida posteriormente a prestaciones hospitalarias y que abarca tanto la sanidad privada¹⁴ como pública.

Ni esta Directiva -ni por supuesto el Real Decreto que la transpone- derogan o modifican los Reglamentos de coordinación de sistemas Seguridad Social por lo que a los pacientes incluidos en el ámbito de aplicación de estos últimos sólo les resultará aplicable el Real Decreto 81/2014 cuando expresamente lo invoquen, tal y como especifica su artículo primero. Y es que “los Reglamentos se consideran a priori más beneficiosos, pues generan un reembolso completo de gastos sanitarios (no siempre del copago), en muchos casos sin necesidad de adelantar el pago”¹⁵.

Hay que destacar que la Directiva no reconoce derecho a las personas a entrar, permanecer o residir en un Estado miembro con el fin de recibir asistencia sanitaria en dicho Estado puesto que “en caso de que la estancia de una persona en territorio de un Estado miembro no sea conforme a la legislación de dicho Estado miembro relativa al derecho de entrada o de estancia en su territorio, dicha persona no será considerada asegurado”.

¹³STJCE de 28.4.1998, asunto c-158/96, caso Kohll y STJUE de 28.04.1998, asunto c-120/95, caso Decker.

¹⁴ STJUE de 19.4.2007, asunto c-444/05, caso (Stamatelaki).

¹⁵Dolores Carrascosa Bermejo; “Buenas Prácticas en Relación al Reembolso de Gastos por Asistencia Sanitaria Transfronteriza en la Unión Europea”. Op. cit.; p. 103.

A. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL Y MATERIAL

El artículo 3.3 del Real Decreto 81/2014 transcribe el contenido del artículo 2 del Reglamento 883/2004. Pero, además, además, expresamente incluye dentro del concepto de asegurado a los extranjeros residentes legales en un Estado en el que se aplique el Derecho de la UE incluidos dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1231/2010.

Por tanto, cabe afirmar que los sujetos que pueden invocar el derecho a la asistencia sanitaria (programada y no programada) al amparo del Reglamento 883/2004 son los mismos que pueden invocar el Real Decreto 81/2014.

Conforme al artículo 2 del RD 81/2014 éste último se aplica a la prestación de asistencia sanitaria transfronteriza¹⁶, “con independencia de cómo se organice, se preste y se financie ésta”. Es decir, que la prestación de la asistencia sanitaria pueda ser prestada por proveedores de servicios sanitarios tanto públicos como privados. De lo anterior deriva que cuando la normativa comunitaria traspuesta por el RD 81/2014 resulta aplicable se producirá una excepción a uno de los pilares del Sistema Sanitario Nacional español basado en el principio de que “la asistencia sanitaria se presta por los centros e instituciones del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados. No existe pues, como regla general, un derecho de opción para el particular entre medicina pública o privada”¹⁷.

No es aplicable este Real Decreto 81/2014 a situaciones puramente internas: “ninguna de las disposiciones de este Real Decreto obligará a reembolsar a los pacientes los gastos derivados de la asistencia sanitaria que les sea prestada por proveedores sanitarios establecidos en el territorio nacional que se encuentren fuera del marco normativo de planificación y de derechos del Sistema Nacional de Salud”.

Quedan excluidos del RD 81/2014 “los servicios en el ámbito de los cuidados de larga duración, cuya finalidad sea ayudar a quienes requieran asistencia a la hora de realizar tareas rutinarias y diarias; la asignación de órganos y el acceso a éstos con fines de trasplante; y los programas de vacunación pública contra las enfermedades infecciosas, que tengan por finalidad exclusiva la protección de la salud de la población en el territorio español y que estén sujetas a medidas específicas de planificación y ejecución sin perjuicio de lo relativo a la cooperación entre España y los demás Estados miembros en el ámbito de la Unión Europea”.

Hay que destacar que a efectos del Real Decreto 81/2014 no se diferencia entre asistencia programada y no programada.

Cuando los pacientes recurren a la asistencia sanitaria transfronteriza al amparo del Real Decreto 81/2014 habrán siempre de anticipar el coste de los tratamientos puesto que conforme al artículo 5.1 del Real Decreto 8/2012 “los gastos derivados de la asistencia sanitaria que se preste en otro Estado miembro a un paciente cuyo Estado de afiliación

¹⁶Art. 3.2 RD 81/2014 de 27 de febrero: asistencia sanitaria prestada o recetada en un Estado miembro distinto del Estado miembro de afiliación.

¹⁷Joaquín Cayón de las Cuevas; “La protección del paciente ante el fenómeno de las listas de espera”, DS: Derecho y Salud, Vol. 19/2010, p.58.

sea España serán costeados por el paciente y su reembolso se efectuará de acuerdo con las condiciones y requisitos previstos en este Real Decreto”. El derecho reembolso al reembolso está supeditado, entre otros requisitos, al hecho de que “dicha asistencia sanitaria figure entre las prestaciones a que el asegurado tiene derecho según la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud o, en su caso, la cartera complementaria de la Comunidad Autónoma correspondiente (art. 10.1 Real Decreto 81/2014).

V. EXTRANJERÍA Y ASISTENCIA SANITARIA

A. NORMATIVA PREVIA AL REAL DECRETO-LEY 7/2018

Desde hace años en España la asistencia sanitaria era universal, aunque no gratuita, para todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud.

Como destacaron las sentencias del Tribunal Constitucional 139/2016, 134/2017 y 18/2018, “no puede excluirse a ninguna persona del derecho a ser atendido. Pero ese derecho se configura y concreta de acuerdo con lo que dispone la Ley, que debe regular las distintas condiciones y términos en los que se accede a las prestaciones y servicios sanitarios”.

Ahora bien, “que los poderes públicos deban organizar las prestaciones y servicios necesarios para garantizar la protección de la salud no significa que estas prestaciones hayan de ser necesariamente gratuitas para todos sus destinatarios (STC 139/2016, de 21 de julio)”. Es decir, universalidad no es sinónimo de gratuidad.

Respecto a los inmigrantes irregulares¹⁸ el Real Decreto-ley 16/2012 restringió los derechos que en materia de asistencia sanitaria reconocía la legislación anterior a los inmigrantes irregulares empadronados, limitando su derecho a recibir asistencia sanitaria a los siguientes supuestos:

- a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.
- b) De asistencia al embarazo, parto y postparto.
- c) En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Hay que advertir, sin embargo, que bajo la expresión inmigrante en situación irregular se aglutinan en realidad muy dispares situaciones jurídicas, a título meramente ilustrativo, sería el caso de:

-Extranjeros que se encuentran en el territorio de la Unión Europea sin la preceptiva autorización de estancia o residencia.

¹⁸Definición de inmigrante irregular contenida en el artículo 2.b) de la Directiva 2009/52: “nacional de un tercer país presente en el territorio de un Estado miembro que no cumpla o haya dejado de cumplir las condiciones necesarias para poder permanecer o residir en dicho Estado miembro.”

-Extranjeros que ostentando autorización de residencia o estancia trabajan en el territorio de la Unión Europea sin la preceptiva autorización de trabajo, por cuenta ajena o por cuenta propia (residencia o estancia regular, trabajo irregular).

-Extranjeros que habiendo obtenido inicialmente autorización de residencia o estancia y autorización de trabajo ven denegadas sus solicitudes de las correspondientes renovaciones (STC 46/2014, de 7 de abril).

-Familiares de extranjeros que trabajan y/o se encuentran en el territorio de la Unión Europea provistos de la preceptiva documentación, pero que ellos mismos carecen de las autorizaciones precisas para residir o trabajar en el territorio de la UE (trabajador regular, familiares en situación irregular).

B. LUCES Y SOMBRAS TRAS LA REFORMA DE LA LEY 16/2003 POR EL REAL DECRETO LEY 7/2018, SOBRE EL ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

La Exposición de Motivo del Real Decreto-ley 7/2018, afirma categóricamente en su párrafo tercero que “en el ámbito de la normativa internacional, tanto supranacional como europea, el derecho a la protección de la salud se reconoce de manera expresa como un derecho inherente a todo ser humano, sobre el que no cabe introducción de elemento discriminatorio alguno, ni en general ni en particular, en relación con la exigencia de regularidad en la situación administrativa de las personas extranjeras”.

Qué duda cabe que de ser cierta esa afirmación los extranjeros en situación irregular tendrían reconocido el derecho a asistencia sanitaria en igualdad de condiciones con los ciudadanos en al menos todos los Estados donde se aplique el Derecho de la Unión Europea y no sólo en España.

A mayor abundamiento, ni tan siquiera en nuestro país la Constitución obliga a dispensar a los extranjeros en situación irregular el mismo trato que a los nacionales en materia de asistencia sanitaria: la STC 95/2000, de 10 de abril, afirma rotundamente que “no estamos ante un Derecho que haya de ser reconocido a los extranjeros en igualdad de condiciones que a los españoles, sino que se trata de un Derecho que se reconocerá, o no, a los extranjeros según dispongan los tratados y las leyes”.

Aclarado este extremo, y puesto que el artículo 12 Ley Orgánica Extranjería remite a la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, hay que destacar que en su vigente redacción garantiza asistencia financiada con fondos públicos tanto a los extranjeros que residan legalmente en España como a quienes se encuentren en situación irregular.

En efecto, el artículo 3 ter de la Ley 16/2003 en su vigente redacción dispone que las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española. La citada asistencia será con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes siempre que dichas personas cumplan todos los siguientes requisitos:

a) “No tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable”.

Al respecto hay que señalar que de escasa eficacia resultarán los convenios internacionales pues son minoritarios los que incluyen esta contingencia en su ámbito de aplicación material.

Por otra parte, el Derecho de la Unión Europea “obliga” a acreditar la cobertura obligatoria de la asistencia sanitaria cuando el paciente pretenda obtener asistencia sanitaria programada o no programada conforme al Reglamento 883/2004. Asimismo, sólo para las personas no activas y estudiantes el artículo 7.1 letras b) y c) de la Directiva 2004/38 supedita el derecho de residencia por tiempo superior a tres meses a dos requisitos acumulativos: contar con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y disponer de recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la Asistencia Social.

Ahora bien, respecto a los ciudadanos de los Estados en los que se aplica el Derecho de la Unión Europea hay que tener en cuenta que piedra angular de la Ley Orgánica de Extranjería es que “los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”.

No cabe la menor de que la regulación actual para los inmigrantes irregulares es más favorable que la normativa comunitaria aplicable a los ciudadanos comunitarios, por lo que hay que defender la tesis de que estos últimos han de tener garantizados, cuando menos, los mismos derechos que los inmigrantes irregulares de Terceros Estados.

b) “No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia”.

La redacción de la disposición es poco precisa ya que la cobertura de asistencia sanitaria, en rigor, no es exportable. La supresión de cláusulas de residencia (o exportación de prestaciones) se predica de las prestaciones en metálico, no en especie¹⁹. En materia de asistencia sanitaria estamos en realidad ante un supuesto de equiparación de la persona extranjera con los nacionales del Estado que dispensa la prestación de asistencia sanitaria sin ser el Estado competente.

c) “No existir un tercero obligado al pago”.

Este apartado parece estar pensado para los supuestos de pacientes con un seguro de salud, dato que difícilmente podrá ser averiguada de oficio por la Administración. Al margen de que la póliza pudiera no cubrir la prestación médica concreta demanda.

En cualquier caso, tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 7/2018, España se convierte en un caso excepcional en Derecho comparado puesto que el colectivo de inmigrantes en situación irregular -que crece exponencialmente- tiene ahora acceso al sistema sanitario español en igualdad de condiciones que los nacionales (incluyendo técnicas de reproducción asistida, trasplantes...) y todo ello sin estar dado de alta en la Seguridad Social, sin haber cotizado o pagado impuestos.

¹⁹Cfr. artículo 7 Reglamento 883/2004.

Que en estas circunstancias el sistema público sanitario sea sostenible económicamente es opinable. Pero más cuestionable es que sea sostenible socialmente a corto plazo ya que no se han incrementado en el mismo porcentaje los medios materiales y humanos para afrontar este incremento de nuevos asegurados²⁰, lo que necesariamente repercutirá negativamente en la calidad de la asistencia sanitaria que puedan recibir los pacientes que contribuyen con sus impuestos al sostenimiento del Sistema Nacional de Salud. No sería extraño que con la extensión de la asistencia universal y gratuita a los inmigrantes irregulares se incrementara notablemente la suscripción de pólizas privadas de salud.

C. TARJETA SANITARIA EUROPEA Y EXTRANJERÍA

Al ser la asistencia sanitaria un riesgo incluido en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social, los extranjeros titulares de una tarjeta sanitaria española incluidos en el ámbito de aplicación personal del citado Reglamento tendrían derecho a obtener la tarjeta sanitaria europea y percibir asistencia sanitaria en otros países de la UE, con cargo exclusivamente al Estado español.

Respecto al derecho a tarjeta sanitaria europea de los nacionales de Terceros Estados residentes legales a los que sea aplicable el Reglamento 1231/2010, la Comunicación de la Comisión Europea de 30.3.2012²¹ -COM (2012) 153 final- se pronunció en los siguientes términos: “se trata, en efecto, de un «puente» que permite acogerse a las normas de coordinación de la UE a todas las personas que residan legalmente en un país de la UE, pero presenten algún elemento transfronterizo. Incluye asuntos prácticos como disfrutar de los mismos derechos que los nacionales de la UE a recibir toda la asistencia sanitaria necesaria durante una estancia temporal en otro Estado miembro (un derecho atestado por la tarjeta sanitaria europea)”.

Por idénticos razonamientos a los anteriormente expuestos, los extranjeros con residencia legal en España y en posesión de una tarjeta sanitaria podrían invocar el derecho al reembolso de gastos médicos al amparo del Real Decreto 81/2014.

No parece, sin embargo, que podamos aplicar la misma solución a los inmigrantes en situación irregular porque con rotunda claridad se pronuncia el legislador español en el artículo 3.2 ter de la Ley 16/2003 -relativo a la protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español- al señalar que “la asistencia sanitaria a la que se refiere este artículo no genera un derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio español financiada con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas internacionales en materia de seguridad social aplicables”. No cabe duda que con esta disposición el legislador quiere frenar el turismo sanitario en España.

²⁰El 2.1.2019 el periódico El País publicó la noticia de que “2018 ha superado todos los récords de llegadas de migrantes en patera. 57.250 personas lograron llegar a España el año pasado tras cruzar el Mediterráneo, según los datos de la Organización Internacional para las Migraciones”.

²¹ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – La dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la UE” COM(2012) 153 final.

Sin embargo, semejante restricción entra en clara contradicción con la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 7/2018 que afirma que en el ámbito de la salud “no cabe introducción de elemento discriminatorio alguno, ni en general ni en particular, en relación con la exigencia de regularidad en la situación administrativa de las personas extranjeras”.

A mayor abundamiento, hay que recordar que entre los motivos que se alegaron en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 16/2012 -promulgado por el Partido Popular en el período más álgido de la crisis económica y financiera mundial- para restringir los derechos sanitarios de los extranjeros en situación irregular se cita expresamente el Dictamen motivado 2009/2341, de la Comisión Europea contra España por su negativa a expedir la tarjeta sanitaria europea a personas residentes en España con derecho a recibir asistencia sanitaria con arreglo a la normativa de algunas Comunidades Autónomas. De lo que parece deducirse que quienes tengan tarjeta sanitaria española tienen también derecho a tarjeta sanitaria europea.

A mayor abundamiento, el Real Decreto-ley 7/2018 no tiene en cuenta que si bien los inmigrantes irregulares nacionales de Terceros Estados no podrían invocar el Derecho de la UE para recibir asistencia sanitaria en el extranjero, no puede afirmarse lo mismo respecto a quienes no siendo residentes legales en España tengan nacionalidad de un Estado en el que se aplique el Derecho de la UE y, por tanto, tengan reconocido el derecho a la libre circulación.

Es decir, el legislador español parece no haber tomado en consideración que conforme a la Directiva 2004/38, existen ciudadanos comunitarios que no tienen derecho a residir legalmente en otro Estado miembro porque constituyen una carga para la Asistencia Social del Estado del que no son nacionales. Pero a pesar de ser inmigrantes irregulares sí tienen derecho a circular libremente por el territorio en que el Derecho de la UE resulta aplicable.