

CICLO DE SEMINARIOS
LA FINANCIACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS PÚBLICOS EN EL MARCO
DE LA CONSOLIDACIÓN FISCAL Y LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

LA REFORMA DE LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA SANITARIO EN ESTADOS UNIDOS ¿ES LA AFFORDABLE CARE ACT (“OBAMACARE”) RELEVANTE PARA EUROPA?

ANA BELÉN MACHO

Universitat Pompeu Fabra

anabelen.macho@upf.edu

Tax and Public Finance Law Seminar Series núm. 1
Diciembre 2015



Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona

Departament
de Dret



PROYECTO I+D+RETOS DE LA SOCIEDAD: DER2013-48005-R
IP: Dra. Antonia Agulló Agüero

Àrea de Dret Financer i Tributari – Universitat Pompeu Fabra

LA REFORMA SANITARIA EN ESTADOS UNIDOS Y LAS DECISIONES DE LA U.S. SUPREME COURT SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD

Este trabajo ha sido elaborado en la *New York University* (octubre 2015), en ejecución del Proyecto I+D+i Retos de la Sociedad, del Ministerio de Economía y Competitividad, «*La financiación de los servicios sanitarios públicos en el marco de la consolidación fiscal y la sostenibilidad financiera*» (ref. DER2013-48005-R), dirigido por la profesora Antonia Agulló. De la *NYU School of Law*, quisiera dedicar un especial agradecimiento a los profesores David Rosenbloom, Sylvia Law y Mattias Kumm, por su inestimable apoyo durante mi estancia de investigación.

I.	Introducción.....	2
II.	Antecedentes	3
III.	La <i>Affordable Care Act</i> de 2010	6
1.	La regulación del mercado de seguros privados: obligaciones de <i>guaranteed issue</i> y <i>community rating</i>	7
2.	El mandato de cobertura mínima de salud.....	8
3.	La creación de los Mercados de seguros (Exchanges)	9
4.	La aplicación de los <i>Premium Tax Credit</i>	10
5.	Otras disposiciones fiscales de la ACA	10
IV.	La Decisión de la <i>US Supreme Court</i> de 28 de junio de 2012 (<i>NFIB v Sebelius</i>)	13
1.	La constitucionalidad del mandato individual de cobertura de salud.....	14
A.	El Individual Mandate excede el poder conferido al Congreso por la Commerce Clause y la Necessary and Proper Clause.....	14
B.	El Individual Mandate como ejercicio legítimo del poder tributario.....	17
2.	La expansión del Medicaid por los Estados: inconstitucionalidad de la retirada de fondos federales en caso de no adoptar la expansión	25
V.	La Decisión de la <i>Supreme Court</i> de 25 de junio de 2015 (<i>King v Burwell</i>): el ámbito de aplicación de los <i>tax credit</i>	27
VI.	Balance del primer año de aplicación de la ACA y perspectivas de futuro.....	28
1.	Evolución de la cobertura de salud y del gasto sanitario en EEUU	28
2.	Algunas cuestiones a debate sobre la futura aplicación de la ACA: el <i>Cadillac Tax</i>	32

I. Introducción

El día 25 de junio de 2015, la *Supreme Court* de los Estados Unidos adoptó su segunda decisión trascendental (*King v Burwell*)¹ sobre la constitucionalidad de la *Patient Protection and Affordable Care Act* (Ley de Protección del Paciente y Cuidado de Salud Asequible; en adelante, *Affordable Care Act* o ACA)², del año 2010.

La ACA, promulgada por el Presidente Barack Obama en marzo de 2010 (conocida comúnmente como *Obamacare*), constituye la reforma legal más importante del sistema de salud en Estados Unidos desde la creación de los programas públicos de Medicare y Medicaid en el año 1965³. Entre los objetivos de la Ley se encuentran incrementar el número de ciudadanos norteamericanos cubiertos por seguro médico y reducir el coste de la asistencia sanitaria. Tras cincuenta años desde la creación de Medicare y Medicaid, y habiendo transcurrido cinco años desde la aprobación de la ACA, nos encontramos en un buen momento para hacer balance de la reforma y de sus perspectivas de futuro.

La Decisión *King v Burwell* parece poner fin a una larga cadena de recursos contra la ACA. La primera decisión de la *Supreme Court* sobre la constitucionalidad de la ACA tuvo lugar el día 28 de junio de 2012 (*NFIB v Sebelius*)⁴, por una ajustada mayoría de 5-4 votos. Con la Decisión *King v Burwell* (adoptada por 6-3 votos), se ha confirmado nuevamente la constitucionalidad de la Ley y, por tanto, se ha superado lo que parece ser un último obstáculo para mantener su aplicabilidad. Ciertamente, algunos aspectos de la ACA siguen resultando polémicos y discutidos, como el *Cadillac Tax* al que nos referiremos al final de este trabajo. También la propia financiación del *Medicare*⁵, o la expansión del *Medicaid* por los Estados, son cuestiones cuya evolución está por ver en los próximos años. Por ello, este trabajo solo pretende ofrecer una breve aproximación a los primeros años de recorrido de la ACA.

¹ *King et al. v. Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al.*, 576 U.S. ___ (2015).

² A partir de ahora, como es común, citaremos las disposiciones de la ACA a través del *United States Code* (U.S.C.). Las disposiciones fiscales de la ACA se encuentran generalmente en el Título 26 U.S.C. (que regula el *Internal Revenue Code*) y el resto de disposiciones pueden consultarse en 42 U.S.C. 300 gg y sigs.

³ Law, Sylvia (2012). *Health Care Reform and the Constitution*. *New York University School of Law*: 1-40, p. 1.

⁴ *National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services, et al.* 567 U.S. ___ (2012).

⁵ SHAVIRO, Daniel, “Should Social Security and Medicare Be More Market-Based?” (2013), *The Elder Law Journal*, vol. 21, pp. 87-148.

El objetivo de las siguientes líneas es exponer de forma resumida el contenido de la reforma legal operada por la ACA y de las decisiones de la *Supreme Court* sobre su constitucionalidad. Resulta difícil sintetizar las más de 900 páginas de la ACA y casi 300 páginas de jurisprudencia constitucional (*NFIB v Sebelius* y *King v Burwell*). Por ello, nos centraremos en aquellas disposiciones de carácter fiscal, ya que considero que constituyen la clave de bóveda de la reforma. De algún modo, estamos ante una reforma fiscal llevada a cabo para conseguir una reforma sanitaria.

II. Antecedentes

Los Estados Unidos son una excepción en los sistemas de salud de los países de la OCDE, por lo que respecta a su financiación. Si bien cada sistema tiene sus propias características, a grandes rasgos, estos pueden dividirse en dos grupos: aquellos que se financian esencialmente mediante seguros sociales (modelo Bismarck) y aquellos que se financian esencialmente con impuestos (modelo Beveridge). Como señalan Ortún y Callejón (2012): “*Resulta relativamente secundario y abierto a lecturas legítimamente diferentes (Wagstaff, 2009; López-Casasnovas, 2008; Ortún, 2008) si el modelo más adecuado a cada país ha de poseer rasgos Bismarck (cotización da el derecho) o rasgos Beveridge (imposición universal da acceso a los ciudadanos)*”⁷. Pero los Estados Unidos no pueden inscribirse en ninguno de estos dos grupos, porque su sistema de salud se financia esencialmente con seguros privados (*private insurance*) y pagos directos por parte de los ciudadanos (*out-of-pocket payments*)⁸. Este sistema contrasta claramente con el sistema español, en el que la cobertura sanitaria pública es prácticamente universal y está financiada mediante impuestos, y donde el papel del seguro privado es claramente minoritario⁹.

⁶ Wagstaff, A. (2009). Social Health Insurance vs. Tax-Financed Health Systems—Evidence from the OECD, Policy Research Working Paper 4821, The World Bank, Washington.

López-Casasnovas, G. (2008), «Los análisis de trazo grueso en la comparativa de sistemas sólo identifican diferencias “micro” del 3 por 100», *Gestión Clínica y Sanitaria*, 10(4): 128.

Ortún, V.. (2008), « Sin Semashko ni “wild west”, mejor Beveridge que Bismarck», *Gestión Clínica y Sanitaria*, 10(4): 129.

⁷ Ortún, V.; Callejón, M. (2012). La reforma sanitaria. Papeles de Economía Española, 133: 128:139, p. 130.

⁸ Wagstaff, A. (2009). Social Health Insurance vs. Tax-Financed Health Systems—Evidence from the OECD, Policy Research Working Paper 4821, The World Bank, Washington, p. 5.

⁹ Ortún, V. (2011). A propósito del aseguramiento sanitario privado. Aten Primaria, pp. 1-2: “*En España la cobertura sanitaria pública es prácticamente universal y no hace falta ayudar fiscalmente a suscribir un seguro privado a los ciudadanos más desfavorecidos. La cobertura voluntaria de seguros, duplicada y concurrente con la pública, abarca a 7,9 millones de ciudadanos, un 17% de la población aunque sólo represente un 7% del gasto sanitario total. A estos 7,9 millones hay que añadir 2 millones de funcionarios y beneficiarios, civiles y militares —MUFACE, MUGEJU e ISFAS — cuya cobertura*

Si bien la ACA ha supuesto la introducción de medidas muy importantes, lo cierto es que no ha cambiado en esencia el sistema de aseguramiento sanitario en los Estados Unidos¹⁰. De ahí que, previamente, haya que contextualizar la ACA y entender cuál ha sido la evolución histórica del sistema sanitario en los EEUU, cuáles fueron las decisiones tomadas en el pasado que han condicionado la reforma sanitaria actual.

Sin ánimo de extendernos, cabe señalar que el seguro de salud en los Estados Unidos es producto de la Gran Depresión de la década de 1930 y de la Segunda Guerra Mundial. La crisis económica determinó que muchos pacientes no pudieran pagar sus gastos sanitarios directamente (*out-of-pocket*), lo que puso en riesgo la solvencia de médicos y hospitales (Furrow et. al. 2000)¹¹. Por este motivo, en 1929 el *Baylor University Hospital* de Houston desarrolló el primer plan de seguros privados, destinado a maestros de escuela. El “Baylor Plan” fue rápidamente adoptado por la American Hospital Association (AHA) y extendido a otros sectores (Mullner, 2009)¹². Este es el origen de la Blue Cross Insurance y de los planes Blue Shield (Cunningham, 1997¹³; Kongstvedt, 2003¹⁴).

En sus inicios, “las Blues” eran organizaciones sin ánimo de lucro que estaban exentas de impuestos estatales y que tenían un compromiso de servir a la comunidad, por lo que aseguraban a cualquier ciudadano (*open-enrollment*) y exigían las mismas cuantías a todos, con independencia del estado de salud preexistente (*community rating*)¹⁵. Para las

obligatoria, financiada públicamente, es gestionada por las aseguradoras privadas. Los asegurados privados están bastante satisfechos con sus servicios de salud, que utilizan y aprecian, aunque un 7% de los que sin tener seguro han querido suscribirlo pero no les han admitido por problemas de salud y entre los asegurados algunos han visto su póliza no renovada o inasequible por un alza fuerte en la prima”.

¹⁰ Así lo expresa Law (2012): “In 2009 private health insurers and State and Federal Governments financed almost 85% of the medical care administered to U.S. residents. In promoting the Affordable Care Act President Obama promised, “if you like your health care plan, you can keep your health care plan.” That tradition of incrementalism, accommodation, path dependence is the American way. We build on what we have, even if it was created accidentally and is disorganized and dysfunctional”. Por ello, la ACA no puede entenderse si tomar en consideración la “*path dependence*” de la que habla Law.

¹¹ Barry R. Furrow; Thomas L. Greaney; Sandra H. Johnson; Timothy Stoltzfus Jost; Robert L. Schwartz, *Health Law*, Second Edition, Hornbook Series, West Group, St. Paul, Minn., 2000, p. 462.

¹² Ross M. Mullner ed., *Encyclopedia of Health Services Research*, SAGE, 2009, p. 678.

¹³ Cunningham, Robert, III (1997). *The Blues: a history of the Blue Cross and Blue Shield system*, Northern Illinois University Press.

¹⁴ Kongstvedt, P. R. (2003). *Essentials of Managed Health Care*, Fourth Edition, Jones and Bartlett Publishers, Sudbury, Massachusetts, p. 4.

¹⁵ Law, S. A. (2012), *Health Care Reform and the Constitution*. New York University School of Law, p. 4.

“Blues”, el seguro de salud era un bien social que debía ser accesible para todos¹⁶. A lo largo de los años, las “Blues” adquirieron un gran poder de mercado y hoy en día las compañías aseguradoras que pueden considerarse sus sucesoras (las Blue Cross Blue Shield) siguen dominando el mercado de seguros de salud en algunos Estados¹⁷.

Durante la Segunda Guerra Mundial, los planes privados de seguro médico se extendieron de forma muy importante. Los sueldos estaban congelados y las empresas ofrecían estos seguros como incentivo para contratar a sus empleados. Además, el coste de estos seguros se podía deducir del impuesto sobre sociedades (este beneficio fiscal se mantiene hoy en día y es un aspecto muy discutido del sistema). El mercado de seguros se abrió a las compañías privadas con ánimo de lucro. Estas no tenían el compromiso de servir a la comunidad y no aplicaban el “*open enrollment*” ni el “*community rating*”, por lo que las Blues, para competir, abandonaron también estos compromisos. Como acertadamente señala Ortún (2011) en relación con España: “*Incentivar el seguro privado, individual o colectivamente, como realizó EE.UU. durante la segunda guerra mundial puede iniciar una senda de despilfarro e inequidad difícilmente reversible*”¹⁸.

En 1965, el Congreso de EEUU adoptó los programas públicos de *Medicare* y de *Medicaid*. El programa *Medicare* ofrece cobertura sanitaria al colectivo de personas mayores (a partir de 65 años), así como a personas con ciertas discapacidades y personas con insuficiencia renal crónica que requieren diálisis o trasplante renal. Por su parte, el programa *Medicaid* ofrece cobertura sanitaria a determinados colectivos con escasos recursos. Medicare es un programa federal; las condiciones de elegibilidad se determinan a nivel federal, pero la gestión de los pagos a los proveedores de salud se realiza a nivel local por compañías de seguros privadas. *Medicaid* es un programa conjunto del Gobierno Federal y de los Estados.

En 1974, el Congreso de EEUU aprobó la *Employee Retirement Insurance Security Act* (ERISA). Casi por accidente, ERISA ha tenido un impacto muy negativo en la regulación del seguro de salud, porque limita la capacidad legislativa de los Estados para hacer frente a los problemas de las personas sin seguro médico¹⁹.

Sin detenernos más en esta evolución histórica, cabe señalar que, en el año 2009, más de 50 millones de personas en EEUU no tenían seguro médico, bien porque no podían

¹⁶ Law, S. A. (1976), *Blue Cross: What Went Wrong?* New Haven : Yale University Press.

¹⁷ American Medical Association (AMA), *Competition in Health Insurance: A Comprehensive Study of US Markets, 2015 Update* (Chicago: American Medical Association, 2015).

¹⁸ Ortún, V. (2011). A propósito del aseguramiento sanitario privado. *Atención Primaria*. Vol. 43, núm. 9, pp. 457-458.

¹⁹ Law, S. A. (2012), *Health Care Reform and the Constitution*. New York University School of Law, pp. 5-6.

pagarlo, bien porque las compañías de seguros les habían denegado la cobertura o les exigían primas de seguro inasequibles, debido a los riesgos inherentes a su estado de salud²⁰. Aunque en EEUU la propia existencia de un “derecho” a la atención sanitaria siempre ha sido controvertida, con opiniones a favor y en contra (Rosenbaum et. al., 2012²¹; Sade, 1971²²), las personas no aseguradas también reciben servicios sanitarios (con independencia de su capacidad o no de pagarlos, existe una obligación legal y profesional de prestar estos servicios²³) y en el año 2009 su coste ascendía a 100 billones de dólares²⁴. Estos costes incrementan el precio de las primas de seguros privados y también suponen un mayor gasto público²⁵; por ello, la ACA tiene entre sus objetivos incrementar el número de personas aseguradas y reducir el coste de la asistencia sanitaria en EEUU.

III. La *Affordable Care Act* de 2010

En los siguientes epígrafes se analizarán los ejes básicos de la reforma legal operada por la ACA. Como hemos señalado, los objetivos de la ACA son incrementar el número de personas aseguradas y reducir el coste de la asistencia sanitaria. Para ello, se establecen unas obligaciones para las compañías aseguradoras y un mandato individual para que los ciudadanos que puedan permitírselo dispongan de una cobertura de salud mínima; además, se amplía el programa público Medicaid, a fin de que un mayor número de personas con escasos recursos queden cubiertas por seguro médico. Por otro lado, para hacer más asequible el cumplimiento del mandato individual (en definitiva, la contratación de un seguro privado), se crean los Mercados de seguros (*Exchanges*) y se prevén *tax credits* que pueden deducirse de las primas de seguros. El aumento de personas aseguradas supone en sí mismo una reducción del gasto (tanto público como

²⁰ DeNavas-Walt, C.; Proctor, B. & Smith, J., (2010). Census Bureau, Department of Commerce, Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States: 2009, p. 23, Table 8.

²¹ Rosenbaum, S.; Frankford, D. M.; Law, S. A.; Rosenblatt, R. E. (2012). *Law and the American Health Care System*, Second edition, pp. 14-16.

²² Algunos autores consideran que tal derecho (con el consiguiente “deber” de prestarlo) interfiere en la “libertad individual”, tanto de los pacientes como de los médicos, y que por ello la atención sanitaria no es un derecho, sino un servicio que se presta a aquellos que quieran comprarlo. Véase Sade, Robert (1971). *Medical Care as a Right: A Refutation*, 285 *New Eng. J. Med.* 1288, 1289.

²³ 42 U.S.C. §1395dd.

²⁴ Families USA, *Hidden Health Tax: Americans Pay A Premium 2* (2009), available at <http://www.familiesusa.org>, cited in *Sebelius*, 132 S. Ct. at 2611.

²⁵ Kaiser Family Foundation. (2014). *Uncompensated Care for Uninsured in 2013: A Detailed Examination*, pp. 13 y sigs.

privado). Adicionalmente, se establecen nuevos impuestos (*Additional Medicare Tax; Medicare Surtax; Cadillac Tax*) para financiar el gasto público.

A estas cuestiones nos referiremos en los siguientes epígrafes. Algunas de ellas son objeto de pronunciamiento en las Decisiones de la *Supreme Court* de junio de 2012 (*NFIB v Sebelius*) y de junio de 2015 (*King v Burwell*), por lo que volveremos sobre ellas. La cuestión sobre la expansión del Medicaid, pese a ser uno de los ejes básicos del contenido de la reforma, será examinada directamente en el epígrafe dedicado a la Decisión *NFIB v Sebelius*.

1. La regulación del mercado de seguros privados: obligaciones de *guaranteed issue* y *community rating*

El primer aspecto de la reforma consiste en la regulación del mercado de las compañías aseguradoras privadas (42 U. S. C. §§300gg, 300gg–1).

La ACA impone obligaciones a las compañías aseguradoras, tanto por lo que respecta a las condiciones de admisión como a los precios de las primas. En primer lugar, ninguna compañía puede denegar la cobertura a una persona por razón de su estado de salud (“*guaranteed issue*”). En estas circunstancias, es evidente que las compañías aseguradoras exigirían primas más elevadas a los ciudadanos con problemas de salud pre-existentes. Por ello, la ACA introduce una segunda obligación dirigida a las compañías aseguradoras, y es que tampoco pueden exigirse a un ciudadano primas de seguro más elevadas por este mismo motivo (“*community rating*”).

Según la disposición de *community rating*, las aseguradoras deben calcular las primas de seguros únicamente sobre la base de los siguientes cuatro factores: (i) si el seguro cubre solo al individuo o también a su familia; (ii) el área donde vive; (iii) su edad; y (iv) si fuma o no. §300gg(a)(1)(A).

De esta forma, se evitan los efectos indeseados de la selección de riesgos por las compañías aseguradoras²⁶.

²⁶ Véase Ortún, V.; Callejón, M. (2012). La reforma sanitaria. *Papeles de Economía Española*, 133: 128:139: “Desde *Rothschild-Stiglitz* (1976), con mejoras y matizaciones, se acepta la superioridad del aseguramiento obligatorio frente a un mercado de aseguradoras en competencia. Por razones de eficiencia. Esto no significa que no quepa organizar, sin perjudicar el bienestar social, una competencia entre compañías aseguradoras —como persiguen, desde hace años, en Holanda (Van de Ven, 2004)—, manteniendo la solidaridad poblacional desde el momento que se cotiza en función de la renta y se recibe según necesidad. Eso sí, se precisa de una información y una organización que proporcionen los incentivos que eviten la selección de riesgos. La selección de riesgos es la respuesta natural de las aseguradoras al fenómeno de la selección adversa. El Estado de bienestar moderno aparece en Europa tras la II Guerra Mundial y se asocia más a criterios de equidad que de eficiencia. La equidad, entendida

2. El mandato de cobertura mínima de salud

Lógicamente, bajo estas premisas (obligaciones de *guaranteed issue* y *community rating*), los ciudadanos podrían esperar a estar enfermos para contratar su seguro de salud, lo que supondría la quiebra del mercado de las compañías aseguradoras.

Por ello, la ACA introduce una segunda reforma fundamental: establece el mandato de que todo ciudadano debe tener una cobertura de salud mínima (“*Requirement to maintain minimum essential coverage*”, también conocido como “*individual mandate*”), regulado en 26 USC §5000A. Este mandato individual comenzó a aplicarse en el año 2014.

En aplicación de este mandato, aquellos ciudadanos que no tengan cobertura sanitaria (sea privada a través de su empleador – *Employer-Sponsored Health Insurance*¹ - sea por aplicación de un programa público – esencialmente, Medicare y Medicaid -), deberán contratar un seguro de salud con una compañía privada. La Ley delimita qué personas están sujetas a este mandato, previendo supuestos de no sujeción (por ejemplo, no se aplica este mandato a las personas que no sean ciudadanos de EEUU o que sean extranjeros indocumentados)²⁷.

Aquellos ciudadanos que, estando obligados a asegurarse, no contraten dicho seguro, deberán realizar un pago al Gobierno Federal (“*shared responsibility payment*”). Existen supuestos de exención de la obligación de realizar este pago, que están tasados en la ley; por ejemplo, están exentos aquellos ciudadanos que no puedan asumir el coste de contratar el seguro, entendiéndose así cuando dicho coste supere el 8% de sus ingresos²⁸.

El importe del “*shared responsibility payment*” (que la ley denomina “*penalty*”) se calcula aplicando un determinado porcentaje sobre los ingresos familiares anuales (para el año 2016, es del 2,5%), con el límite mínimo de la cantidad prevista en la ley, y con el límite máximo del promedio nacional de la prima del seguro de salud para el plan más básico – denominado “plan Bronce” -.

como el juicio social de las poblaciones, acerca de qué diferencias son aceptables y cuáles no, varía en el tiempo y en el espacio, constituyendo un anclaje menos sólido para el componente sanitario del Estado de bienestar (EB) que los motivos de eficiencia aludidos al inicio del párrafo”.

Véase también: Rothschild, Michael; Stiglitz Joseph (1976). *Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information. The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 90, No. 4, pp. 629-649.

²⁷ 26 U.S.C. §5000A (d) – *Applicable individual*.

²⁸ 26 U.S.C. §5000A (e) – *Exemptions*.

El pago debe realizarse a la Administración tributaria (*Internal Revenue Service*) a través de la declaración del Impuesto federal sobre la renta del año en que no se tenga cobertura²⁹. La regulación es federal y se aplica por igual en todos los Estados. La cuantía a pagar se determinará y recaudará de la misma forma que las sanciones tributarias (§§5000A(c), (g)(1)). Una cuestión interesante a destacar es que, en caso de no pagar esta cuantía, no se impondrán sanciones (§5000A (g)(2)).

Este “mandato individual” y la consecuencia de su incumplimiento generaron una intensa polémica sobre su constitucionalidad, que ha sido resuelta como veremos por la Decisión de la *Supreme Court* de junio de 2012 (*NFIB v Sebelius*).

3. La creación de los Mercados de seguros (*Exchanges*)

Con la finalidad de facilitar la contratación del seguro de salud para el cumplimiento del mandato individual, la ACA – que, como sabemos, es una Ley federal – prevé la creación en cada Estado de un mercado centralizado y transparente, que permita a los ciudadanos comparar y adquirir sus planes de seguro (dicho mercado se denomina “*Exchange*”).

La ACA prevé que cada Estado podrá establecer su propio Exchange y, en caso de no establecerlo, se aplicará el Exchange creado por el Gobierno Federal³⁰.

Actualmente (noviembre de 2015), del total de los 50 Estados de los Estados Unidos más el Distrito de Columbia, casi la mitad de ellos (24) han creado un Exchange estatal (en algunos casos, en colaboración con el Estado Federal)³¹ y 27 de ellos utilizan todavía el Exchange federal³². Esta diferencia entre Estados es la situación de base que

²⁹ 26 U.S.C. §5000A (b) - *Shared responsibility payment*.

³⁰ 42 U.S.C. §§18031, 18041. Ello es congruente con la tradicional descentralización territorial del programa Medicaid (administrado por los Estados) y del programa Medicare (cuyos pagos se gestionan por las compañías aseguradoras privadas a nivel local). Vid. Law S (2012): S28-29. El Exchange del Gobierno federal puede verse en www.healthcare.gov.

³¹ A fecha de noviembre de 2015, 14 Estados tienen *Exchanges* estatales (*State-based Marketplace*); 3 de ellos tienen *Exchanges* estatales, pero utilizan la plataforma tecnológica del Exchange federal (*Federally-supported State-based Marketplaces*); y 7 de ellos tienen un *Exchange* que administran conjuntamente con el Estado Federal (*State-Partnership Marketplace*). Véase The Henry J. Kaiser Family Foundation, *State Decisions on Health Insurance Marketplaces and the Medicaid Expansion*, November 2015.

³² En los Estados que utilizan el Exchange federal (*Federally-facilitated Marketplace*), el *Department of Health and Human Services (HHS)* realiza todas las funciones del Mercado de seguros y los ciudadanos del Estado en cuestión contratan su cobertura de salud a través de la plataforma federal www.healthcare.gov.

se plantea en la Decisión de la *US Supreme Court* de junio de 2015 que analizaremos *infra*, relativa al ámbito de aplicación de los *Premium Tax Credits*.

4. La aplicación de los *Premium Tax Credits*

Como complemento de las anteriores medidas, la ACA prevé la aplicación a partir del año 2014 de créditos fiscales (*tax credits*) para aquellos contribuyentes que contraten un plan de seguro cualificado (*qualified health plan*), esto es, un plan de seguro privado que cumpla los estándares mínimos y que se ofrezca “a través de un *Exchange* establecido por el Estado conforme a 42 U.S.C. §18031” (26 U.S.C. §36B - *Refundable credit for coverage under a qualified health plan*). La finalidad de estos *tax credits* es que la cobertura sanitaria resulte más asequible para los ciudadanos.

Una condición para la aplicación de los *tax credit* es que los ingresos familiares se encuentren entre el 100% y el 400% del umbral federal de pobreza. Estos créditos fiscales son reembolsables, así que pueden disfrutarse incluso por aquellos contribuyentes que tienen escasa o nula obligación tributaria de pago. El ente público también puede pagar por adelantado los créditos fiscales directamente a la compañía aseguradora del contribuyente y estos se deducirán de la prima de seguro que el ciudadano deba pagar.

Como puede observarse, estas reformas de la ACA se encuentran estrechamente relacionadas entre sí: sin el mandato individual, no sería aplicable la regulación del mercado de seguros; y, sin los créditos fiscales concedidos por contratar un seguro a través de un *Exchange*, no sería asequible el mandato individual. De hecho, la reforma operada por la ACA es una versión de la reforma adoptada en el Estado de Massachusetts en el año 2006, que también combinaba las obligaciones de *guaranteed issue* y *community rating*, con un mandato a los ciudadanos de contratar seguros, unido a la concesión de *tax credits* para que dichos seguros fueran más asequibles. Con ello, Massachusetts consiguió reducir drásticamente su ratio de personas no aseguradas³³.

5. Otras disposiciones fiscales de la ACA

Como hemos señalado, a los efectos de este trabajo nos interesan especialmente las disposiciones fiscales de la ACA. Estas no se limitan a las mencionadas *supra*, que son aquellas examinadas por la *US Supreme Court*. La reforma legislativa operada por la ACA en el año 2010 (además de prever la obligación de pago a la Administración tributaria por incumplimiento del mandato individual, así como los créditos fiscales a

³³ *King et al. V. Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al.*, 576 U.S. __ (2015).

las primas de seguro privadas, a los que nos referíamos *supra*) ha introducido también nuevos impuestos con la finalidad de financiar el sistema sanitario público.

Concretamente, desde el año 2013 se aplica en EEUU el *Additional Medicare tax* (Impuesto Adicional sobre el Medicare) y la *Unearned Income Medicare Contribution*, también conocida como *Medicare Surtax* (Recargo del Medicare). A ellos nos referimos en las siguientes líneas, situándolos en su contexto, esto es, dentro del marco ya existente del conjunto de impuestos que financian estos programas públicos.

Los Programas de la Seguridad Social y de Medicare se financian con las contribuciones de los ciudadanos, sea mediante impuestos sobre las nóminas (*payroll taxes*), sea mediante impuestos sobre el trabajo autónomo (*self-employment taxes*). Estos impuestos se encuentran regulados respectivamente en el *Federal Insurance Contributions Act Tax* (FICA) y el *Self-Employment Contributions Act Tax* (SECA)³⁴. Los *payroll taxes* son los segundos impuestos más importantes en EEUU, después del Impuesto Federal sobre la Renta - *Federal Income Tax* - (Shaviro, 2004)³⁵.

Tanto *FICA* como *SECA* incluyen tres categorías de impuestos:

1) *Old-Age, Survivors, and Disability Insurance taxes* (*OASDI taxes*, también conocidos como *Social Security taxes*). Para el año 2016, el tipo impositivo es del 6,2% para el empleador³⁶ y 6,2% para el empleado³⁷; los trabajadores por cuenta propia pagan un tipo del 12,4%³⁸. A diferencia de las otras dos categorías de impuestos, para las *OASDI taxes* se prevé una base impositiva anual máxima de 118,500 dólares.

2) *Hospital Insurance tax* (*HI taxes*, también conocidos como *Medicare taxes*)³⁹.

³⁴ Dentro del Título 26 del USC, los *Income Taxes* se regulan en el Subtítulo A (§§ 1-1564) y los *Employment Taxes* se regulan de forma diferenciada en el Subtítulo C (§§ 3101-3510). Pues bien, los impuestos que integran la *FICA* están regulados en 26 USC §§ 3101 a 3128 (bajo el Subtítulo C – *Employment taxes*) y los impuestos que integran la *SECA* están regulados en 26 USC §§ 1401 a 1403 (bajo el Subtítulo A – *Income taxes*). Para consultar la legislación tributaria federal de los EEUU, seleccionada y sistematizada, puede verse: Lathrope, D.J. Ed. (2015), *Selected Federal Taxation. Statutes and Regulations*. 2016, West Academic Publishing.

³⁵ Daniel Shaviro. *Who Should Pay for Medicare?* (2004) University of Chicago Press, p. ix.

³⁶ 26 USC § 3101 (a).

³⁷ 26 USC § 3111 (a).

³⁸ 26 USC § 1401 (a). Los trabajadores por cuenta propia gozan de una deducción fiscal especial, para compensar el impacto de tener que pagar un importe igual a la suma de las contribuciones del empleador y del trabajador por cuenta ajena.

³⁹ No hay un límite máximo de base impositiva anual para los *Medicare taxes*.

- a. En general (*Medicare tax*): para el año 2016, el tipo impositivo es del 1,45% para el empleador⁴⁰ y del 1,45% para el trabajador⁴¹. A los trabajadores por cuenta propia se les aplica un tipo de gravamen del 2,9%⁴². A diferencia de los *OASDI taxes*, no se prevé una base impositiva anual máxima.
 - b. *Additional Medicare tax*: Este impuesto se introdujo por la ACA y se aplica a partir del período impositivo de 2013. Son sujetos pasivos los trabajadores por cuenta ajena (en cuyo caso, el impuesto se retiene por los empleadores)⁴³ y los trabajadores por cuenta propia⁴⁴. El tipo de gravamen es del 0,9% y se aplica sobre los rendimientos del trabajo o de la actividad económica que excedan de un límite anual (con carácter general, para la tributación individual, más de 200.000 dólares). Por tanto, los rendimientos sujetos al *Medicare Tax* se sujetan también al *Additional Medicare Tax*, en la parte que exceden del límite anual mencionado.
- 3) *Unearned Income Medicare Contribution - Medicare Surtax* -⁴⁵: Este recargo se introdujo por la *Health Care and Education Reconciliation Act* de 2010 y se aplica, igual que el *Additional Medicare Tax*, a partir del período impositivo de 2013 (26 U.S.C. § 1411). Se trata de un recargo sobre el Impuesto sobre la Renta, que grava determinadas rentas netas del capital a partir de cierta cuantía determinada reglamentariamente. De ahí que también se denomine *Net Investment Income Tax*. Entre otros, este impuesto grava los intereses, los dividendos y las ganancias de capital. El tipo de gravamen es del 3,8%.

Nótese que el *Additional Medicare Tax* (0,9%) y el *Medicare Surtax* (3,8%) son compatibles entre sí, y también lo son con el ya existente *Medicare Tax* (2,9%), en relación con un mismo contribuyente y período impositivo. El *Additional Medicare Tax* grava el mismo tipo de rentas que el *Medicare Tax* (rendimientos del trabajo y de la

⁴⁰ 26 USC § 3101 (b) (1).

⁴¹ 26 USC § 3111 (b).

⁴² 26 USC § 1401 (b) (1).

⁴³ 26 USC § 3101 (b) (2).

⁴⁴ 26 USC § 1401 (b) (2).

⁴⁵ Regulado en 26 USC § 1411 - *Unearned Income Medicare Contribution*.

actividad económica), pero solo a partir de 200.000 dólares anuales (tributación individual). El *Medicare Surtax*, como hemos visto, grava otro tipo de rentas.

A pesar de su nombre, la ley no prevé expresamente que la recaudación obtenida con el *Medicare Surtax* deba destinarse necesariamente al programa Medicare.

En cambio, tanto los *OASDI taxes* como los *HI taxes* deben asignarse a los siguientes Fondos del Departamento del Tesoro, a través de los cuales se pagan los programas públicos de la Seguridad Social y el Medicare:

1. The Old-Age and Survivors Insurance (OASI) Trust Fund.
2. The Disability Insurance (DI) Trust Fund.
3. The Medicare Trust Funds:
 - a. Hospital Insurance (HI) Trust Fund
 - b. Supplementary Medical Insurance (SMI) Trust Fund

Por tanto, a diferencia del *Medicare Surtax*, los ingresos obtenidos por aplicación del *Medicare Tax* y del *Additional Medicare Tax* sí se asignan necesariamente a los *Medicare Trust Funds* y deben utilizarse para financiar el Medicare.

Una vez examinados los ejes principales de la reforma sanitaria llevada a cabo por la ACA de 2010 y, en particular, sus disposiciones fiscales, a continuación nos centraremos en las decisiones adoptadas por la *US Supreme Court*, comenzando por la Decisión *NFIB v Sebelius*, de 28 de junio de 2012.

IV. La Decisión de la *US Supreme Court* de 28 de junio de 2012 (*NFIB v Sebelius*)

La Decisión *NFIB v Sebelius* tiene su origen en el recurso presentado contra la ACA el mismo día de su aprobación, por parte del Estado de Florida y 12 Estados más, ante la *Federal District Court for the Northern District of Florida*. A este recurso se unieron 13 Estados más, varios ciudadanos, y la *National Federation of Independent Business (NFIB)*. Entre otros argumentos, los reclamantes alegaban que el “mandato individual” excedía los poderes del Congreso de conformidad con el Artículo I de la Constitución de los Estados Unidos⁴⁶.

⁴⁶ La *Federal District Court for the Northern District of Florida* consideró que el mandato individual era inconstitucional y que no podía separarse del resto de la ley, por lo que toda la ley debía anularse. La *Court of Appeals for the Eleventh Circuit* declaró inconstitucional el mandato individual, pero consideró que podía mantenerse intacta la ley en lo demás. Otros Tribunales de Apelación también se pronunciaron sobre la constitucionalidad de la ley, en sentidos diversos. *Vid.* Rosenbaum, S.; Frankford, D. M.; Law, S. A.; Rosenblatt, R. E. *Law and the American Health Care System*, Second edition, 2012-15 Update, Foundation Press, NY, 2015, pp. 79 y 80.

Las cuestiones que estudiamos bajo este epígrafe son básicamente dos. En primer lugar, la constitucionalidad del “mandato individual”, que es una disposición clave en la Ley (26 U. S. C. §5000A), por la que se exige que la mayoría de ciudadanos mantengan una cobertura mínima de seguro de salud. En segundo lugar, la constitucionalidad de la expansión del Medicaid.

En cambio, no nos ocuparemos en este trabajo sobre una tercera cuestión, también resuelta en *NFIB v. Sebelius*, sobre la constitucionalidad de la ACA en relación con la Ley Anti-Mandato (*Anti-Injunction Act*), cuestión resuelta de forma unánime por el Tribunal y que no es relevante a los efectos que ahora nos ocupan⁴⁷.

1. La constitucionalidad del mandato individual de cobertura de salud

La primera cuestión que se resuelve en *NFIB v Sebelius* es si el pago que se exige legalmente a los ciudadanos por incumplimiento del mandato individual (“*shared responsibility payment*”) es constitucionalmente admisible o no⁴⁸.

En el trasfondo de esta cuestión, existe una tensión entre el valor de la solidaridad (el hecho de garantizar que, sea mediante un sistema público o privado, el sistema de salud va a contar con una financiación estable y amplia), frente a la libertad individual de cada ciudadano de contratar o no un seguro de salud⁴⁹.

A. *El Individual Mandate* excede el poder conferido al Congreso por la *Commerce Clause* y la *Necessary and Proper Clause*

En primer lugar, la *Supreme Court* examinó si el mandato individual podía considerarse constitucional, como ejercicio legítimo del poder del Congreso conferido por la

⁴⁷ La *Anti-Injunction Act* establece que un Tribunal no puede enjuiciar un caso relativo a la recaudación de un impuesto, antes de que la ley que lo establezca haya entrado en vigor y el demandante haya pagado dicho impuesto. La *US Court of Appeals for the Fourth Circuit* había considerado que la obligación de pago por incumplimiento del mandato individual era un impuesto y, por consiguiente, la *AIA* impedía juzgarlo; sin embargo, otros tribunales habían mantenido que no era un impuesto y habían emitido decisiones sobre su constitucionalidad. Finalmente, la *Supreme Court* declaró unánimemente que la *AIA* no impedía el enjuiciamiento constitucional del mandato individual, a pesar de que finalmente se considerase que sí era un impuesto.

⁴⁸ Como señala Law (2012, p. 9): “*The most politically rhetorically powerful challenge was that the individual mandate interfered with individual liberty*”.

⁴⁹ Rosenbaum; Frankford; Law; Rosenblatt (2012), p. ix.

Commerce Clause (Art. I, § 8, cl. 3 de la Constitución, que garantiza el poder del Congreso de “regular el comercio”).

La decisión fue muy ajustada, por cinco votos a cuatro. La opinión mayoritaria de la *Supreme Court* (la opinión propia del Juez Presidente Roberts y la opinión conjunta de los Jueces Scalia, Kennedy, Thomas y Alito) fue la de que esta disposición legal no puede ampararse en la *Commerce Clause*, porque excede el poder regulatorio del Congreso. Por el contrario, los otros cuatro Jueces (Ginsburg, Breyer, Sotomayor y Kagan) mantuvieron que el mandato individual sí se encuentra amparado por la *Commerce Clause*.

Dicho de otro modo, la *Supreme Court* ha declarado, por mayoría de 5 a 4 votos, que el Congreso no tiene poder para obligar a los ciudadanos a participar activamente en el comercio, adquiriendo un determinado producto, en este caso, un seguro médico.

A continuación, analizaremos los argumentos mantenidos por el Juez Presidente Roberts y la opinión mayoritaria conjunta de la *Supreme Court*, frente a las alegaciones del Gobierno; tanto por lo que respecta a la *Commerce Clause*, como a la *Necessary and Proper Clause*. Posteriormente, abordaremos los argumentos sostenidos por la opinión minoritaria de la *Supreme Court* en este punto.

La primera alegación del Gobierno en defensa del mandato individual es que, con su establecimiento, pretendía resolver el problema de la transferencia de los costes de la asistencia sanitaria prestada a las personas no aseguradas (costes que los hospitales en gran parte no recuperan) y que se trasladan a los precios que deben pagar las compañías aseguradoras y, en última instancia, al importe de las primas de seguro que deben pagar los ciudadanos (se calcula que estos costes incrementan las primas en más de 1.000 dólares al año como media). Frente a esta alegación, la opinión del Juez Presidente Roberts sostiene que el Congreso no puede obligar a los ciudadanos a contratar un seguro de salud, del mismo modo que no puede obligar a todos los ciudadanos a mantener una dieta equilibrada, aunque el hecho de no mantenerla incrementa los costes de la asistencia sanitaria y estos se trasladan al resto de ciudadanos⁵⁰.

En segundo lugar, el Gobierno argumenta que la asistencia sanitaria es imprevisible pero inevitable en algún momento u otro de la vida, de forma que las personas no aseguradas también son “activas” en el mercado de la asistencia sanitaria. De ahí que el mandato individual solo esté regulando cómo deben financiar y pagar los ciudadanos su

⁵⁰ La opinión minoritaria de los Jueces Ginsburg, Breyer, Sotomayor y Kagan, es crítica con esta analogía, entre otros motivos, porque el Congreso tendría que obligar, no sólo a comprar productos saludables, sino también a consumirlos, cocinarlos de forma saludable y a no consumir otros productos no saludables.

participación en el mercado, requiriendo que sea mediante la contratación de un seguro, y no mediante pago directo, debido a la transferencia de costes que ellos supone. No obstante, la opinión del Juez Presidente Roberts mantiene que la *Commerce Clause* no autoriza al Congreso a obligar a los ciudadanos a contratar determinados productos, aunque sea previsible que vayan a participar en determinadas transacciones.

Como argumento adicional para no aceptar que el mandato individual esté amparado por la *Commerce Clause*, el Juez Presidente Roberts aduce lo novedoso de este mandato. Concretamente, se objeta la inexistencia de precedentes en los que el Congreso hubiera ejercido su poder de obligar a los ciudadanos a entrar en el comercio amparándose en la *Commerce Clause*.

Por su parte, la opinión conjunta de los Jueces Scalia, Kennedy, Thomas y Alito (que se añade a los argumentos del Juez Presidente) aduce que el Gobierno no puede imponer cuándo y qué productos deben comprar los ciudadanos (como puede ser la comida o los seguros de salud), incluso cuando sea previsible que todos vayan a participar en el “mercado” de esos productos.

Junto a la *Commerce Clause*, la *Supreme Court* examinó si el mandato individual podía considerarse constitucional, como ejercicio legítimo del poder del Congreso conferido por la *Necessary and Proper Clause* (Art. I, § 8, cl. 18 de la Constitución, que confiere el poder de aprobar todas las leyes que sean necesarias y adecuadas para ejecutar los poderes del Congreso enumerados en la Constitución).

El argumento del Gobierno era que el mandato individual es “una parte integral de un esquema comprensivo de la regulación económica”. Dicho de otro modo, la regulación de la actividad comercial en el mercado de los seguros de salud (introduciendo las obligaciones de *guaranteed-issue* y *community-rating*) no puede hacerse efectiva sin regular la inactividad de los individuos respecto a la contratación de los seguros. En este sentido, el mandato individual es un componente esencial de la reforma.

Pues bien, la opinión del Juez Presidente Roberts es que, aunque el mandato individual se pudiera considerar “necesario”, tal expansión del poder federal no es el medio “adecuado” para hacer efectivas dichas reformas. En la opinión conjunta de los Jueces Scalia, Kennedy, Thomas y Alito, se considera que habría otras formas de conseguir los mismos objetivos, como por ejemplo, exigir un recargo a aquellos que no tuviesen seguro de salud cuando accedieran al sistema de seguros; o bien denegarles un crédito en el impuesto sobre la renta, que sí se concediera a los que compraran el seguro de salud.

Por el contrario, la opinión minoritaria de los otros cuatro Jueces (la opinión del Juez Ginsburg, compartida por los Jueces Breyer, Sotomayor y Kagan) era la de que el mandato individual se encuentra amparado por la *Commerce Clause*, según el cual el Congreso tiene el poder de regular las actividades económicas “que afectan sustancialmente al comercio interestatal” (*Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1, 17, 2005). Las personas no aseguradas son un colectivo que “afecta sustancialmente al comercio interestatal” (consumen billones de dólares de productos y servicios sanitarios cada año en diferentes Estados, una parte importante de los cuales no pueden pagar, con lo que elevan los precios para otros consumidores y reducen la eficiencia del mercado). El mandato individual tiene una “razonable conexión” con el objetivo del Congreso de proteger el mercado nacional de asistencia sanitaria.

También aducen que el carácter novedoso del mandato individual no puede ser un argumento y que el Congreso debe adaptarse a las cambiantes circunstancias de la economía nacional.

Además, señalan estos cuatro Jueces, la asistencia sanitaria no puede compararse con otros bienes y servicios, como la compra de alimentos saludables, p.ej. brócoli. El mandato individual no está obligando a adquirir un producto no querido, sino que simplemente está definiendo cómo deben pagar los ciudadanos un bien que consumen a nivel interestatal: tienen que pagar la asistencia sanitaria por adelantado (en lugar de hacerlo en el mismo momento del servicio) y a través de un seguro (en lugar de pagarla de su bolsillo). La opinión minoritaria de la *Supreme Court* considera que ello sí está amparado por la *Commerce Clause*.

No obstante, como sabemos, prevaleció la opinión mayoritaria de la *Supreme Court* según la cual el mandato individual no puede ampararse ni en la *Commerce Clause*, ni en la *Necessary and Proper Clause*. Por ello, se examinó si podía considerarse admisible constitucionalmente al amparo del poder tributario del Congreso.

B. El Individual Mandate como ejercicio legítimo del poder tributario

La opinión mayoritaria de la *Supreme Court* (mantenida por el Juez Presidente y secundada por los Jueces Breyer, Ginsburg, Sotomayor y Kagan) ha declarado constitucional el mandato individual, por considerarlo una manifestación legítima del poder tributario del Congreso, garantizado en el Artículo I, Sección 8, cláusula 1 de la Constitución⁵¹.

⁵¹ The Constitution of the United States of America, Article I, Section 8, cl. 1: “*The Congress shall have power to lay and collect taxes, duties, imposts and excises, to pay the debts and provide for the common defense and general welfare of the United States; but all duties, imposts and excises shall be uniform throughout the United States*”.

Por su parte, los cuatro Jueces disidentes (Scalia, Kennedy, Thomas y Alito), consideraron el mandato individual inconstitucional, por entender que la consecuencia de su incumplimiento es una multa (“*penalty*”) y no un impuesto (“*tax*”)⁵².

Como sabemos, la ACA impone una obligación de pago (“*shared responsibility payment*”) como consecuencia del incumplimiento del mandato individual y la describe como “*penalty*” (26 U.S.C. §5000A). No obstante, el Juez Presidente Roberts señala que esta etiqueta no es determinante (más allá de la designación, hay que atender a su sustancia) y observa varios elementos de la regulación que la aproximan a un impuesto: 1) debe pagarse por los contribuyentes cuando presentan su declaración tributaria y, por el contrario, no se aplica a aquellos ciudadanos que no pagan impuestos federales sobre la renta porque su renta es inferior a los límites establecidos para la obligación de declarar; 2) su importe se determina atendiendo a factores como la renta imponible, el número de familiares dependientes o el régimen de tributación individual o conjunta; 3) se trata de una prestación establecida en el *Internal Revenue Code* y exigida por la Administración tributaria (*IRS*), que debe determinarla y recaudarla “de la misma forma que los impuestos”⁵³.

⁵² El Gobierno Federal, y concretamente el *Department of Health and Human Services (HHS)* siempre defendió que la obligación de pago prevista en la ACA por incumplimiento del mandato individual, pese a su denominación (“*penalty*”), es en realidad un impuesto (“*tax*”) establecido en el ejercicio legítimo del poder tributario del Congreso. En cambio, sus detractores (entre ellos, varios Estados), consideraban que era una multa inconstitucional.

Los argumentos empleados por el *HHS* para defender que se trata de un impuesto es que, aunque tenga efectos “regulatorios”, su principal finalidad es obtener ingresos públicos. Dicho impuesto se establece asimismo en aplicación de la “*Commerce Clause*” (que otorga al Congreso el poder para regular todo lo que tenga un “efecto sustancial” en el comercio interestatal) y de la “*Necessary and Proper Clause*” (que otorga al Congreso el poder de regular lo que considere necesario y adecuado para hacer cumplir otros poderes). El impuesto es una forma de regular las economías de los Estados y también el comercio interestatal.

En cambio, para sus detractores, la consecuencia del incumplimiento del mandato individual sí es una sanción, no solo por el término usado en la Ley (“*penalty*”), sino porque castiga el incumplimiento de una obligación impuesta por la Ley. Además, incluso en el caso de que se considerase un impuesto, los reclamantes consideran que se vulnerarían los límites del poder tributario del Congreso.

⁵³ En aplicación del “*shared responsibility payment*”, se prevé una recaudación de 4 billones de dólares para el año 2017. No obstante, la *Congressional Budget Office* prevé que el número de personas que deberá pagarlo será tan solo del 1,2% (4 millones de personas), porque la gran mayoría de los ciudadanos, o bien ya tienen seguro de salud proporcionado por su empleador, o bien tienen cobertura pública (esencialmente, bajo los programas Medicare o Medicaid), o bien se espera que contratarán un seguro de salud subvencionado a través de los *Exchanges* a partir del año 2014. Véase *Congressional Budget Office, Selected Health Care Publications, December 2010*; y Van de Water, Paul, *CBO Estimates that only 1.2 Percent of Americans will Pay a Penalty for Not Getting Health Coverage (Center on Budget and Policy Priorities, 2012)*.

El origen de la distinción entre impuestos y multas en la jurisprudencia constitucional norteamericana puede situarse en la Decisión de la *Supreme Court* del año 1922, *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, comúnmente conocida como *Child Labor Tax Case*. En aquella Decisión, la *Supreme Court* anuló una disposición de la *Revenue Act* de 1918 que imponía un gravamen del 10% de los beneficios netos a todas las empresas que emplearan niños en determinadas condiciones. Se consideró que se trataba de una multa inconstitucional y no de un impuesto.

El Juez Presidente Roberts considera que existen al menos tres diferencias significativas entre el *Child Labor Tax Case* y el caso del “*shared responsibility payment*” establecido por la ACA⁵⁴. Por lo que respecta al *Child Labor Tax Case*: primero, se imponía una carga gravosa (10% de los beneficios netos) con independencia de la gravedad de la infracción. Segundo, solo se exigía la exacción a aquellos que conscientemente empleasen a niños. Y tercero, este “impuesto” se exigía por el Departamento de Trabajo, organismo responsable de sancionar vulneraciones de las leyes laborales, no de recaudar impuestos.

En cambio, este mismo análisis lleva al Juez Presidente Roberts a considerar que el “*shared responsibility payment*” es, a efectos de su enjuiciamiento constitucional, un impuesto y no una multa. Primero, para la mayoría de americanos la cuantía a pagar será mucho menor que el precio de la prima de seguro y, por disposición legal, nunca podrá ser superior⁵⁵. Por ello, a menudo será una decisión razonable desde un punto de vista financiero realizar este pago en lugar de contratar el seguro de salud (lo que no sucedía en el caso del *Child Labor Tax Case*). En segundo lugar, el mandato individual no contiene el requisito del “conocimiento”. Y, en tercer lugar, se recauda exclusivamente por la Administración tributaria. Las razones que en el *Child Labor Tax Case* llevaron a concluir que lo que se denominaba “impuesto” era en realidad una “multa”, en el caso del mandato individual previsto en la ACA llevan a concluir que lo que se denomina “multa” es en realidad un “impuesto”.

Con este impuesto se obtendrán significativos ingresos, pero tiene una evidente finalidad extrafiscal. Se trata de un impuesto diseñado claramente para influir en la actividad de los ciudadanos, incentivándoles a contratar un seguro de salud. No obstante, ello no obsta a su calificación como impuesto.

⁵⁴ En sentido contrario, puede verse Cushman, Barry (2013). *NFIB v. Sebelius & The Transformation of the Taxing Power*. *Notre Dame Law Review*, vol. 89, pp. 134-198.

⁵⁵ Por ejemplo, en el año 2016 una persona con ingresos de 35.000 dólares al año debería pagar en concepto de “*shared responsibility payment*” unos 60 dólares por cada mes en el que no tenga seguro de salud; y alguien con ingresos anuales de 100.000 dólares debería pagar unos 200 dólares mensuales. En cambio, la media del precio de la prima de seguro que contratase sería de unos 400 dólares al mes. Véase Newman, D. (2011), *CRS Report for Congress, Individual Mandate and Related Information Requirements Under PPACA 7*, and n. 25.

También argumenta el Juez Presidente Roberts que una multa es una exacción que castiga un acto u omisión ilícito; en cambio, el hecho de no contratar un seguro de salud, no tiene otra consecuencia legal que el nacimiento de la obligación de pagar una cantidad de dinero a la Administración tributaria. Si alguien decide pagar en lugar de contratar un seguro de salud, habrá cumplido plenamente con la ley. De hecho, se prevé que 4 millones de ciudadanos pagarán el “*shared responsibility payment*” en lugar de contratar el seguro de salud; y no por ello se les considerará “infractores”.

Finalmente, la mayoría de la *Supreme Court* examina la siguiente objeción: del mismo modo que la *Commerce Clause* no autoriza al Congreso a obligar a los ciudadanos a participar en el comercio, se plantea si es admisible que se imponga un tributo por no realizar una determinada actividad. Al respecto, la mayoría de la *Supreme Court* observa que los impuestos pueden gravar hechos negativos; un impuesto puede gravar precisamente determinada inactividad⁵⁶. En sentido inverso, el Congreso puede usar el poder tributario para incentivar la compra de determinados productos (como por ejemplo una vivienda). Se trata de un poder federal ya existente (a diferencia del enjuiciamiento constitucional que se hizo bajo la *Commerce Clause*, en el que se consideró que no se podía otorgar un nuevo poder federal). Ello no obsta a que el uso del poder tributario con fines extrafiscales tenga sus límites, pero en este caso se considera que se ha realizado un ejercicio legítimo del poder tributario.

La opinión contraria, de los Jueces Scalia, Kennedy, Thomas y Alito, sostiene que el mandato individual prevé una multa, y no un impuesto, y por tanto es inconstitucional. El Legislador puede decidir si un hecho es lícito y se grava con un impuesto; o bien si es un ilícito y se castiga con una multa. Lo que sostiene la minoría de la *Supreme Court* es que el legislador configuró el incumplimiento del mandato individual como un hecho ilícito castigado con una sanción (independientemente de que podría haberlo configurado como un hecho lícito gravado por un impuesto). Precisamente citan el *Child Labor Tax Case*, 259 U.S. 20, 38 (1922) para sostener que, cuando una ley impone una multa como la principal consecuencia para aquellos que transgreden una obligación, está previendo una multa regulatoria, no un impuesto.

Otro argumento que aduce la opinión minoritaria de la *Supreme Court* en este punto es la distinción que establece la ACA entre aquellos ciudadanos que no están obligados por el mandato individual (§5000A(d)) y aquellos ciudadanos que, aun estando obligados por el mandato, están exentos de pagar el impuesto (§5000A(e)). No están obligados a tener una cobertura mínima de salud determinados colectivos de personas por motivos

⁵⁶En el ordenamiento jurídico español, puede verse la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1987, relativa al Impuesto andaluz sobre Tierras Infrutilizadas, a la que nos referimos *infra* en el texto.

religiosos, personas indocumentadas y personas en prisión. Por otra parte, aunque estén obligados al mandato de tener cobertura de salud, quedan exentos de la obligación de pago, entre otros, los que no puedan costearlo y los que tengan ingresos inferiores a los que determinan el deber de presentar declaración tributaria. Según la opinión minoritaria de la *Supreme Court*, si se tratase de un impuesto, todas las exenciones lo serían del impuesto, y no habría esta distinción.

En cuanto al argumento de que la capacidad de pago es un elemento para determinar el importe de la multa y su propia exigencia (ya que el importe de la multa se calcula como un porcentaje de la renta familiar gravada por el impuesto federal sobre la renta, dentro de un límite mínimo y máximo; y, por otra parte, no deben pagar aquellos ciudadanos que obtengan renta por debajo del límite de la obligación de declarar), la opinión minoritaria de la *Supreme Court* señala que ello no es una objeción para su consideración como multa, ya que estas pueden tener en cuenta la capacidad económica de los infractores.

Por otra parte, tampoco consideran una objeción que no se requiera el “conocimiento”, porque las infracciones pueden ser dolosas o culposas.

Finalmente, la opinión de la *Supreme Court* que prevaleció fue la de que, a pesar de su denominación en la ACA, el “*shared responsibility payment*” debe calificarse como un impuesto y no como una multa⁵⁷.

Aunque podría pensarse que la mayoría de la *US Supreme Court* calificó esta obligación de pago como “impuesto” simplemente porque de esta forma se salvaba la constitucionalidad de la ley, lo cierto es que, a mi juicio, hay argumentos jurídicos suficientes en defensa de esta postura.

En primer lugar, aunque la ley califique la prestación como “multa”, el criterio de interpretación literal o gramatical queda en este caso superado, porque en todo caso hay que prescindir del *nomen iuris* (“penalty”) y atender al fondo o sustancia de la figura regulada.

⁵⁷ Actualmente, en el *Exchange* del Gobierno Federal (www.healthcare.gov), se denomina a esta cuantía “*fee*” (tasa y, por tanto, tributo): “*If you can afford health insurance but choose not to buy it, you must pay a fee called the individual shared responsibility payment. (The fee is sometimes called the "penalty," "fine," or "individual mandate")*”.

No obstante, en el ordenamiento español no podría calificarse como “tasa” (artículo 2.2.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria – LGT -) porque el hecho imponible no hace referencia a ninguna actividad administrativa que afecte o beneficie al particular; por lo que la categoría tributaria aplicable en este caso sería la de impuesto (art. 2.2.c) LGT).

En segundo lugar, conforme al criterio de interpretación sistemático, nótese que el §5000A se incluye en el IRC (26 U.S.C.)⁵⁸, bajo el Subtítulo D - Miscellaneous Excise Taxes - y Capítulo 48 - *Maintenance of minimum essential coverage*⁵⁹. Por tanto, es una disposición que se incluye en la normativa tributaria, en sede de impuestos indirectos⁶⁰.

En tercer lugar, siguiendo un criterio de interpretación teleológica, por lo que respecta a la finalidad de la medida, parece difícil negar que el 26 U.S. Code § 5000A (a) está estableciendo una obligación jurídica, dirigida a los ciudadanos, de tener una cobertura mínima de salud. La estructura condicional o hipotética de la norma jurídica (26 U.S. Code § 5000A) determina que, si se realiza el presupuesto de hecho previsto en la norma (no cumplir la obligación de tener una cobertura sanitaria mínima⁶¹), se producirá el efecto previsto en la consecuencia de la norma (excepto en los supuestos previstos en la ley, nacerá una obligación de pago para el contribuyente frente a la Administración tributaria⁶²).

También parece difícil negar que el 26 U.S. Code § 5000 (b) está estableciendo una obligación de pago de carácter tributario. Los obligados son los contribuyentes y deben realizar el pago a la Administración tributaria, en el marco de los procedimientos tributarios (concretamente, esta obligación de pago debe ser determinada y recaudada a

⁵⁸ La regulación básica del Derecho tributario federal en EEUU se encuentra recogida en el *Internal Revenue Code (IRC)*, aprobado por el Congreso en el Título 26 del *United States Code* (26 U.S.C.).

⁵⁹ El *Internal Revenue Service* informa de que: “*Under the Affordable Care Act, the federal government, state governments, insurers, employers and individuals are given shared responsibility to reform and improve the availability, quality and affordability of health insurance coverage in the United States. Starting in 2014, the individual shared responsibility provision calls for each individual to have qualifying health care coverage (known as minimum essential coverage) for each month, qualify for an exemption, or make a payment when filing his or her federal income tax return*”. Source: www.irs.gov

⁶⁰ Por lo que respecta a los impuestos indirectos, cabe señalar que en los Estados Unidos hay impuestos sobre las ventas a nivel estatal y local, pero no a nivel federal. En todo caso, se trata de impuestos diferentes del IVA (se aplican solo a las ventas realizadas a los consumidores finales, pero no en las transacciones entre empresarios). Precisamente, Shaviro propone la adopción de un IVA en los Estados Unidos, como una de las medidas para financiar el Medicare en el futuro. Shaviro, D. (2004). *Who Should Pay for Medicare?*, pp. 136-139.

⁶¹ 26 U.S. Code § 5000A (a) *Requirement to maintain minimum essential coverage*. “*An applicable individual shall for each month beginning after 2013 ensure that the individual, and any dependent of the individual who is an applicable individual, is covered under minimum essential coverage for such month*”.

⁶² 26 U.S. Code § 5000A (b) (1). *Shared responsibility payment*. (1) In general: “*If a taxpayer who is an applicable individual, or an applicable individual for whom the taxpayer is liable under paragraph (3), fails to meet the requirement of subsection (a) for 1 or more months, then, except as provided in subsection (e), there is hereby imposed on the taxpayer a penalty with respect to such failures in the amount determined under subsection (c)*”.

través del procedimiento regulado en el 26 U.S. Code Chapter 68⁶³, Subchapter B - *Assessable Penalties*), con algunas especialidades.

En el marco jurídico-tributario, la siguiente cuestión que debemos plantearnos es si esta obligación de pago tiene naturaleza tributaria o sancionadora.

El hecho de que los ciudadanos norteamericanos estén obligados a tener una cobertura de salud mínima, no implica que, en caso de incumplimiento, se les imponga una sanción (*penalty*). La obligación de pago que surge como consecuencia de ese hecho (no estar asegurado) puede consistir en otro tipo de prestación patrimonial⁶⁴. Hay que examinar el conjunto de la regulación, para poder determinar cuál es la calificación jurídica de la prestación y, por ende, su régimen jurídico.

¿Cuál es la diferencia entre un impuesto y una sanción? La sanción tiene una finalidad preventivo-represiva frente a conductas antijurídicas. El impuesto grava hechos que manifiestan capacidad económica y tiene la finalidad esencial de financiar el gasto público. Como señala acertadamente Agulló (1982), en su estudio sobre el principio constitucional de no confiscatoriedad: “*A nuestro entender la prohibición de confiscatoriedad debe ser contemplada en función de la justicia del sistema tributario y no únicamente en función de la defensa de la propiedad, es decir, no como una garantía directa de la propiedad, sino como una garantía del propio sistema tributario frente a posibles desviaciones (utilización sancionadora del sistema tributario desvirtuando su naturaleza de instrumento recaudatorio y redistributivo), y como norma de colisión*”⁶⁵ (el subrayado es nuestro).

A *sensu contrario*, solo podemos considerar que el “*shared responsibility payment*” es una prestación tributaria constitucionalmente amparada por el poder tributario si se confirma esta finalidad recaudatoria y redistributiva. De lo contrario, estaremos ante una utilización impropia del tributo o, lo que es lo mismo, confiscatoria (Agulló, 1993)⁶⁶.

⁶³ 26 U.S. Code Chapter 68 - Additions to the Tax, Additional Amounts, and Assessable Penalties.

⁶⁴ En el ordenamiento jurídico español, pensemos en los recargos del período ejecutivo, por incumplimiento de la obligación de pago en el período voluntario de una deuda tributaria conocida por la Administración (art. 28 LGT).

⁶⁵ Agulló Agüero, Antonia (1982). “Una reflexión en torno a la prohibición de confiscatoriedad del sistema tributario”. *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 36, pp. 555-562, p. 561. Véase también: Martín Delgado, J. M. (1979), “Los principios de capacidad económica e igualdad en la Constitución española de 1978”, *Hacienda Pública Española*, núm. 60, pág. 83.

⁶⁶ Como señala Agulló (1993): “*La Constitución no prohíbe la pluralidad de regímenes o de sistemas de financiación del gasto público. Sólo exige que tales sistemas se ajusten a sus propios principios. Y que el sistema tributario cumpla con su función redistributiva y de reparto del gasto público*”. Vid. Agulló Agüero, Antonia (1993). “Los precios públicos: prestación patrimonial de carácter público no tributaria”. *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 80, pp. 547-570, en particular pp. 550 y 551.

Al respecto, no es una objeción que grave un hecho negativo, con una clara finalidad extrafiscal (incentivar que los ciudadanos realicen una determinada conducta). En este sentido, puede citarse el caso del Impuesto sobre Tierras Infrutilizadas, que fue declarado constitucional en la STC 27/1987. El artículo 31 de la Ley andaluza 8/1984, de 3 de julio, de reforma agraria, establece lo siguiente: “*Constituye el hecho imponible del Impuesto la infrutilización de las fincas rústicas, por no alcanzar en el periodo impositivo el rendimiento óptimo por hectárea fijado para cada Comarca en el correspondiente Decreto de Actuación Comarcal*”. “No alcanzar el rendimiento óptimo” es un hecho negativo, del mismo modo que “no tener una cobertura de salud mínima”.

En este caso, se trata de una obligación de pago frente al Estado (concretamente, frente a la Administración tributaria). Dicha obligación (y sus exenciones) se establecen por Ley atendiendo a distintos criterios, entre ellos, criterios de capacidad económica.

A nuestro juicio, podemos concluir que esta prestación consiste en pagar la cuota tributaria de un impuesto (obligación tributaria principal por la realización de un hecho imponible), atendiendo a su presupuesto de hecho (hecho imponible); cuantificación; y procedimiento.

Para finalizar, podemos preguntarnos qué hubiese sucedido si se hubiera declarado inconstitucional el mandato individual. ¿Ello hubiera supuesto la inaplicabilidad de la ACA? Ante esta hipótesis, algunos autores – en trabajos anteriores a la Decisión de la *US Supreme Court* de 28 de junio de 2012 - consideraban que habrían cabido otras opciones⁶⁷.

En cambio, la inconstitucionalidad de la expansión del Medicaid resulta más problemática. Antes de la Decisión de la *Supreme Court* de junio de 2012, algunos autores habían observado que tal declaración de inconstitucionalidad podría tener un

Esta afirmación, a pesar de referirse al ordenamiento constitucional español, a mi entender es igualmente válida a la hora de definir un concepto común de tributo, que es previo a su constitucionalización. Y ello, a pesar de que este concepto carezca de una construcción dogmática pacífica en la doctrina. Vid. Agulló, 1993, p. 552. Véase también: Vicente-Arche Domingo, F. Apuntes sobre el instituto del tributo con especial referencia al Derecho español, Civitas. REDF, núm. 7. En este concepto común de tributo, es fundamental como nota definitoria su estructura contributiva (Agulló, 1993, p. 555).

⁶⁷ Rosenbaum; Frankford; Law; Rosenblatt (2012), p. 642. Una alternativa al “mandato individual” podría haber sido un sistema de seguro voluntario, con unos períodos preestablecidos para la contratación de seguro, y la previsión de multas estrictas para los supuestos de contratación fuera de estos plazos. Véase también: Oberlander, Jonathan, *Under Seige – The Individual Mandate for Health Insurance and its Alternatives*, 364 New Eng. J. Med. 1085 (2011).

mayor impacto que la declaración de inconstitucionalidad del mandato individual⁶⁸. De hecho, resultó inesperado que una amplia mayoría de la *Supreme Court* (por siete votos) declarase que la expansión del Medicaid era inconstitucionalmente coercitiva. Examinemos a continuación esta cuestión.

2. La expansión del Medicaid por los Estados: inconstitucionalidad de la retirada de fondos federales en caso de no adoptar la expansión

Igual que Medicare, el programa Medicaid se estableció en el año 1965 mediante una enmienda a la Ley de la Seguridad Social. A diferencia de Medicare (que es un programa federal), el programa Medicaid es un programa conjunto del Gobierno Federal y del Estado. De ahí que la cuestión examinada bajo este epígrafe deba enmarcarse en el ámbito de la distribución de competencias entre el Gobierno federal y los Estados, así como la financiación de las competencias de estos últimos. Se trata de una amplísima e interesante temática que, por motivos de extensión, limitaremos en este trabajo a la reforma legal y a lo decidido en *NFIB v Sebelius*.

Bajo el programa Medicaid, el Gobierno Federal financia a los Estados para la prestación de asistencia sanitaria a personas con escasos recursos, que sean elegibles bajo este programa; mujeres embarazadas, niños, familias sin recursos, personas ciegas, personas mayores y discapacitadas (42 U. S. C. §1396a (a) (10)). Para recibir dicha financiación, los Estados deben cumplir con los criterios establecidos a nivel federal (en cuanto a elegibilidad, prestaciones, coste, etc.). En el año 1982, todos los Estados habían decidido participar en el programa Medicaid (nótese que la participación fue progresiva y tardó casi 20 años en culminarse). Actualmente, los fondos que los Estados reciben del Gobierno Federal para financiar el Medicaid suponen más del 10% del total de sus ingresos⁶⁹.

La ACA prevé que, a partir del año 2014, los Estados puedan expandir el programa Medicaid a todos los ciudadanos mayores de edad con ingresos hasta el 133% del nivel federal de pobreza (actualmente, muchos Estados solo cubren a aquellos ciudadanos con hijos a cargo y que además tengan un nivel de ingresos muy inferior). Para cubrir los costes de la expansión del Medicaid por parte de los Estados, la ACA incrementa la financiación federal; ahora bien, también prevé que, si un Estado no adopta la expansión

⁶⁸ AA.VV. (2012). *Law and the American Health Care System*, 2nd ed., p. 643: “*Striking down the individual coverage requirement would leave Congress and the President with possible alternatives. Striking down the Medicaid expansion as coercive calls into question all Spending Clause statutes that impose minimum state operational requirements as a quid pro quo for federal funding*”.

⁶⁹ Rosenbaum, S.; Frankford, D. M.; Law, S. A.; Rosenblatt, R. E. *Law and the American Health Care System*, Second edition, 2012-15 Update, Foundation Press, NY, 2015, p. 80.

del Medicaid, perderá toda la financiación federal que tenía para este programa (42 U. S. C. §1396c)⁷⁰.

La expansión del Medicaid por los Estados supone una cierta aproximación a la cobertura universal, hacia un sistema nacional de salud, evidentemente sin llegar a serlo⁷¹. Recordemos que, incluso con la aplicación de la ACA, todavía hay millones de personas que residen en los EEUU y no pueden tener cobertura de salud, como es el caso de los inmigrantes indocumentados (unos 11,5 millones de personas en el año 2011)⁷².

Pues bien, en el recurso presentado contra la ACA, además de impugnarse el mandato individual, los reclamantes consideraban que la expansión del Medicaid era inconstitucional.

En su Decisión de junio de 2012, *NFIB v Sebelius*, la *US Supreme Court* declaró inconstitucional que el Estado Federal retirase a los Estados la financiación ya existente para el Medicaid, si no adoptaban la ampliación del Medicaid prevista en la ACA. De esta forma, la ampliación del Medicaid es voluntaria para los Estados. Muchos Estados han decidido continuar con los niveles actuales de financiación y mantener para sus ciudadanos los actuales requisitos de elegibilidad para acceder al programa Medicaid.

No obstante, las proyecciones elaboradas por la Oficina de Presupuestos del Congreso de los EEUU (*Congressional Budget Office, CBO*)⁷³ muestran que la expansión del Medicaid favorece financieramente a los Estados. El modesto incremento de gastos estatales por la expansión del Medicaid (el Gobierno Federal asume el 100% de los gastos en los tres primeros años y hasta el 90% en los años siguientes) resulta compensado (y a veces superado) por la reducción de gastos a nivel estatal y local destinados a pagar los servicios sanitarios prestados a personas sin seguro médico. A ello se suma que la expansión del Medicaid provee de cobertura sanitaria a más de 17

⁷⁰ Puede verse también: 42 CFR Parts 431, 433, 438, 440, 457 and 495. Centers for Medicare & Medicaid Services (CMS) of the U.S. Department of Health and Human Services (HHS). CMS - HHS. Medicaid and Children's Health Insurance Program (CHIP) Programs. Federal Register, Vol. 80, núm. 104, June 2015. *The Centers for Medicare & Medicaid Services (CMS)* es la Agencia federal del *HHS* que gestiona el Programa Medicare y controla los programas Medicaid que se ofrecen en cada Estado.

⁷¹ Law (2012): p. 19.

⁷² Rosenbaum, S.; Frankford, D. M.; Law, S. A.; Rosenblatt, R. E. (2015). *Law and the American Health Care System*, Second edition, 2012-15 Update, Foundation Press, NY, p. 166.

⁷³ Entre otros, puede verse: Congressional Budget Office. *Effects of the Affordable Care Act on Health Insurance Coverage - Baseline Projections*, marzo de 2015.

millones de personas con escasos recursos. Pese a ello, todavía 19 Estados no han expandido el Medicaid⁷⁴. El desarrollo en los próximos años está por ver.

V. La Decisión de la *Supreme Court* de 25 de junio de 2015 (*King v Burwell*): el ámbito de aplicación de los *tax credit*

La sentencia de la US *Supreme Court* de 25 de junio de 2015 (*King v Burwell*) se pronuncia sobre un aspecto más concreto que la sentencia de 2012, pero absolutamente relevante para la aplicabilidad de la ley, como es la interpretación del ámbito de aplicación de los *tax credit*.

Como hemos visto, la ACA prevé la aplicación de créditos fiscales para los contribuyentes que contraten un plan de seguro a través de un *Exchange* (26 U.S.C. §36B), siempre que los ingresos familiares se encuentren entre el 100% y el 400% del umbral federal de pobreza.

El *Internal Revenue Service* (IRS) aprobó una disposición interpretativa según la cual los créditos fiscales se aplican “*con independencia de si el Exchange está establecido y gestionado por el Estado... o por el HHS*” (45 CFR §155.20)⁷⁵.

El origen de la Decisión *King v Burwell* se encuentra en el recurso presentado por cuatro ciudadanos residentes en Virginia (Estado que tiene un *Exchange* Federal), que se negaban a comprar un seguro médico a través de dicho *Exchange* porque, en su opinión, no podrían disfrutar de los créditos fiscales previstos en la ACA, por no tratarse de “un *Exchange* establecido por el Estado conforme a 42 U. S. C. §18031”. Sin los créditos fiscales, el coste de comprar el seguro excedería del 8 % de sus ingresos y, por tanto, quedarían exentos del mandato legal de cobertura. En cambio, aplicando la normativa reglamentaria del IRS antes citada, sí que recibirían créditos fiscales y el coste del seguro sería inferior al 8% de sus ingresos, por lo que en ese caso resultarían obligados por el mandato individual. Los reclamantes impugnaron la normativa del IRS ante los tribunales y la duda sobre su constitucionalidad llegó hasta la *Supreme Court*.

En *King v Burwell*, la US *Supreme Court* decidió por mayoría (6-3 votos) que los créditos fiscales previstos en 26 U.S.C. §36B se aplican también a los ciudadanos de aquellos Estados que tienen un *Exchange* Federal. De acuerdo con la opinión

⁷⁴ The Henry J. Kaiser Family Foundation, *State Decisions on Health Insurance Marketplaces and the Medicaid Expansion*, November 2015.

⁷⁵ En desarrollo de las disposiciones del IRC (26 U.S.C.), pueden verse también los Reglamentos del Departamento del Tesoro (*Treasury Regulations*) contenidos en el Título 26 del *Code of Federal Regulations* (CFR).

mayoritaria del Tribunal, la Ley aprobada por el Congreso estableció para las compañías aseguradoras las obligaciones de admisión (*guaranteed issue*) y de precios (*community rating*) en todos los Estados y dichas obligaciones solo funcionan si se combinan con el mandato de cobertura y con los créditos fiscales. Por tanto, debe interpretarse que el Congreso también quiso que estas disposiciones se aplicaran en todos los Estados, con independencia de que exista en ellos un *Exchange* estatal o un *Exchange* federal.

Por el contrario, el Voto Particular formulado por el Juez Scalia (al que se unieron los Jueces Thomas y Alito) mantiene una interpretación literal o gramatical, según la cual, cuando la ACA dice “Exchange establecido por el Estado” no quiere decir “Exchange establecido por el Estado o por el Gobierno Federal”.

En conclusión, la *US Supreme Court* ha declarado que la disposición prevista en 26 U.S.C. §36B debe interpretarse en el sentido de permitir la aplicación de los *tax credits* en los Estados que tienen un *Exchange* Federal, pues de lo contrario el cumplimiento del mandato individual para los ciudadanos de estos Estados no sería asequible (recordemos que en noviembre de 2015 sigue habiendo 19 Estados que tienen un *Exchange* Federal). Ello ha supuesto un nuevo respaldo constitucional a la ACA, que ha hecho posible el mantenimiento de su aplicabilidad.

VI. Balance del primer año de aplicación de la ACA y perspectivas de futuro

1. Evolución de la cobertura de salud y del gasto sanitario en EEUU

Para finalizar, cerraremos este epígrafe con algunos datos estadísticos, relativos a la cobertura del seguro de salud (número de personas aseguradas, que tienen acceso a los servicios sanitarios) y al gasto en servicios sanitarios en EEUU, distinguiendo las diversas formas de financiación (públicas y privadas). Aunque la cobertura sanitaria y el pago por los servicios sanitarios son cuestiones distintas, están claramente relacionadas; la financiación de los servicios sanitarios condiciona su provisión y con frecuencia limita el acceso a la asistencia sanitaria⁷⁶.

⁷⁶ Meade, R. (2014), *Healthcare Payment Systems*, in: John E. Steiner, Jr. Ed., *Problems in Health Care Law. Challenges for the 21st Century*, Tenth edition, Jones & Bartlett Learning, p. 300.

Las disposiciones más importantes de la ACA entraron en vigor el día 1 de enero de 2014⁷⁷. Por tanto, los datos de los que disponemos son básicamente los relativos al primer año de aplicación de la ACA y a las proyecciones de futuro.

Según los datos proporcionados por la Oficina del Censo de los Estados Unidos⁷⁸, el número de ciudadanos sin cobertura sanitaria (que se había mantenido relativamente estable entre los años 2008 y 2013) se redujo en 8,8 millones de personas entre 2013 y 2014. Concretamente, se pasó de 41,8 millones de personas en el año 2013 a 33,0 millones de personas en el año 2014 (situando el porcentaje de personas no aseguradas en un 10,4% del total).

Del total de personas aseguradas en el año 2014 (del 86,7% en el año 2013 se pasó al 89,6% en el año 2014), la mayoría tienen cobertura privada, sea proporcionada por su empleador (55,4%), sea adquirida por la compra directa a una compañía privada o a través de un *Exchange* (el porcentaje de compra directa se incrementó entre 2013 y 2014 del 11,4% al 14,6% en 2014). Seguidamente, se encuentra la cobertura de salud pública, esencialmente proporcionada por los programas de Medicaid (19,5%) y Medicare (16,0%)⁷⁹.

Los mayores incrementos en los porcentajes de cobertura entre los años 2013 y 2014 se dieron en el grupo de personas que adquieren directamente un contrato de seguro y en el de aquellas personas cubiertas por el programa público Medicaid (debido a las ampliación de las condiciones de elegibilidad para la aplicación de Medicaid que también introdujo la ACA, examinadas *supra* – epígrafe IV.2 -).

En cuanto al gasto en servicios sanitarios en los Estados Unidos, en primer lugar hay que identificar cuatro fuentes principales de financiación: pago directo por los usuarios (*out-of-pocket*); programas de seguro privado; programas de seguro público (principalmente, Medicare y Medicaid); y otros pagos. De forma sintética, puede decirse que los servicios sanitarios en los EEUU se pagan esencialmente a través de

⁷⁷ Otras disposiciones de la ACA entraron en vigor en el mismo año 2010, como la posibilidad de que los hijos mayores de edad estuvieran cubiertos por los planes de seguro de sus padres hasta los 26 años de edad. Véase: 42 U.S. Code § 300gg-14 - *Extension of dependent coverage*.

⁷⁸ Smith, Jessica C. and Carla Medalia, U.S. Census Bureau, *Current Population Reports, P60-253, Health Insurance Coverage in the United States: 2014*, U.S. Government Printing Office, Washington, DC, 2015, pp. 3-4.

⁷⁹ Otros programas públicos que ofrecen cobertura sanitaria en Estados Unidos son: *Children's Health Insurance Program (CHIP)*; *individual state health plans*, TRICARE, CHAMPVA (*Civilian Health and Medical Program of the Department of Veterans Affairs*), así como *Health and Medical Program of the Department of Veterans Affairs and the military (VA Care)*.

programas de seguro médico, que son una combinación de programas con financiación pública y programas de seguros privados⁸⁰.

El *U.S. Department of Health and Human Services (HHS)*⁸¹ estima que en el año 2015 se gastarán 3.243,5 billones de dólares en servicios sanitarios en los Estados Unidos y en el año 2024 se gastarán 5.425,1 billones de dólares⁸², distribuidos de la siguiente forma:

Gasto nacional sanitario en los EEUU (cantidades en billones de dólares y distribución porcentual)								
			Seguro médico ⁸³					
Año	Total	Pago directo (Out-of-Pocket)	Total	Seguros médicos privados	Medicare	Medicaid	Otros programas de seguro médico ⁸⁴	Otros pagadores ⁸⁵
2013	2.919,1	339,4	2.102,9	961,7	585,7	449,4	106,1	476,8
2024 (estimado)	5.425,1	543,0	4.053,4	1.746,4	1.221,3	890,1	195,6	828,7
2013	100%	11,6%	72,0%	32,9%	20%	15,4%	3,6%	16,3%
2024 (estimado)	100%	10,0%	74,7%	32,2%	22,5%	16,4%	3,6%	15,3%

Fuente: elaboración propia, basada en los datos proporcionados por *Centers for Medicare & Medicaid Services, Office of the Actuary, HHS* (Julio 2015).

⁸⁰ Meade, R. (2014). *Healthcare Payment Systems*, in: John E. Steiner, Jr. Ed., *Problems in Health Care Law. Challenges for the 21st Century*, Tenth edition, Jones & Bartlett Learning, p. 300.

⁸¹ Véase U.S. Department of Health & Human Services, “National Health Expenditure Projections 2014-2024”, Table 3 (July 2015).

⁸² El *U.S. Department of Health and Human Services* indica que: “Although projected health spending growth is faster than in the recent past due to the combined effects of the Affordable Care Act’s (ACA’s) major coverage expansions, stronger expected economic growth, and population aging, it is still slower than the growth experienced over the last three decades prior to this most recent recession” (National Health Expenditure Projections 2014-2024 Forecast Summary, p. 1).

⁸³ Incluye: Private Health Insurance (Employer Sponsored Insurance and other private insurance, which includes Marketplace plans), Medicare, Medicaid, Children's Health Insurance Program (Titles XIX and XXI), Department of Defense, and Department of Veterans’ Affairs.

⁸⁴ Children's Health Insurance Program (Titles XIX and XXI), Department of Defense, and Department of Veterans' Affairs.

⁸⁵ Incluye: “worksites health care, other private revenues, Indian Health Service, workers' compensation, general assistance, maternal and child health, vocational rehabilitation, other federal programs, Substance Abuse and Mental Health Services Administration, other state and local programs, and school health”.

La reforma introducida por la ACA (ampliación de la cobertura y de la financiación pública), unida al factor del envejecimiento de la población, determina un incremento del gasto público (a nivel federal, estatal y local) en el conjunto del gasto nacional sanitario en EEUU entre los años 2013 a 2024. Como puede apreciarse en la tabla, se estima que para el año 2024 los programas públicos de Medicare y Medicaid habrán doblado el importe de la financiación.

Existe un intenso debate sobre cómo deben financiarse estos programas públicos, en particular Medicare, que, desde su establecimiento en 1965, es ya el segundo mayor programa gubernamental en EEUU, después de la Seguridad Social (establecida en 1935)⁸⁶, y va en camino de convertirse en el programa más importante (Shaviro, 2004)⁸⁷. Aunque, por razones de extensión, no podemos detenernos en esta problemática, resulta interesante apuntar la existencia de esta controversia sobre las vías de financiación de la sanidad pública en EEUU, cuyo recorrido a lo largo de los siguientes años está por ver.

Como señalan Denis y Forest (2012)⁸⁸: *“Health programs occupy a central place in modern systems of social protection, and it is now quite difficult — albeit not impossible, as exemplified by the United States — to conceive of social justice without including health care in the list of goods that should be provided to all as a right of citizenship. Accordingly, questions about the legitimacy and long-term viability of the welfare state usually aim directly at publicly financed health services. The spiraling cost of providing care and the growing demand for services are pinpointed as major factors contributing to the increase in public deficits and related financial instability”*.

Propuestas relativas a nuevos impuestos (entre ellos, la introducción de un impuesto sobre el consumo similar al IVA, inexistente en EEUU), la regulación de los copagos o la racionalización de las prestaciones, son cuestiones que ya apuntaba Shaviro (2004), cuando en noviembre de 2003 el Congreso de los EEUU introdujo la mayor ampliación del programa Medicare desde su adopción en 1965 (al añadir el derecho a la

⁸⁶ El Programa de Seguridad Social en EEUU fue creado en 1935 y se encuentra regulado en 42 U.S.C. §§ 301 y sigs. En sentido amplio, la Seguridad Social incluye diversos programas sociales, entre ellos, Medicare (regulado en §§ 1395 a 1395 III - *“Health Insurance for Aged and Disabled”*). Sin embargo, en el sentido estricto que utilizamos en este trabajo, el Programa de Seguridad Social proporciona esencialmente las prestaciones de jubilación, supervivencia y discapacidad (*Old-Age, Survivors, and Disability Insurance – OASDI* -). Estas prestaciones públicas se pagan a los trabajadores y a sus familias sobre la base de la vida laboral y las contribuciones previas al sistema. En este sentido estricto, por tanto, distinguimos en el texto los programas de Medicare y de la Seguridad Social; aunque, por supuesto, ambos se encuentran estrechamente relacionados.

⁸⁷ Daniel Shaviro. *Who Should Pay for Medicare?* (2004) University of Chicago Press, p. ix.

⁸⁸ Forest, Pierre-Gerlier; Denis, Jean-Louis (2012). *Real Reform in Health Systems: An Introduction*. *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 37, núm. 4: 575-586.

prescripción de medicamentos sin financiación)⁸⁹. Entre las propuestas, destacamos que el importe de los seguros privados provistos por el empleador deberían, al menos en lo que exceda de un límite máximo, incluirse en la base imponible del impuesto sobre la renta y de los impuestos sobre las nóminas (*payroll taxes*).

2. Algunas cuestiones a debate sobre la futura aplicación de la ACA: el *Cadillac Tax*

Tras estas dos Decisiones de la *US Supreme Court*, que en gran medida han afirmado la constitucionalidad de la ACA (con los matices apuntados en los epígrafes anteriores sobre la inconstitucionalidad de la obligatoriedad para los Estados de ampliar el Medicaid), sin duda, uno de los aspectos más controvertidos sigue siendo el *Excise Tax on High Cost Employer-Sponsored Health Coverage* (26 USC Section 4980I), conocido comúnmente como *Cadillac Tax* (con este nombre, los seguros de salud de alto coste se comparan con el conocido vehículo de lujo estadounidense)⁹⁰.

El *Cadillac Tax* fue introducido por la ACA en el año 2010, pero no entrará en vigor hasta el año 2018, y todavía está pendiente de desarrollo reglamentario. En el Código Tributario, este impuesto se encuentra recogido en sede de impuestos indirectos (*Miscellaneous Excise Taxes*) y grava, como su nombre indica, la cobertura médica proporcionada por el empleador que se considere de alto coste (la que exceda de los límites establecidos normativamente, que se irán actualizando en función de la inflación). Si el coste del seguro médico sobrepasa dichos límites, el exceso se gravará con este impuesto, que tiene un tipo de gravamen del 40%. Es importante señalar que este impuesto no es deducible fiscalmente en el impuesto sobre sociedades.

Se trata de un impuesto que tiene la clara finalidad de desincentivar la contratación por los empleadores de planes de seguro para sus empleados que sean excesivamente caros (recuérdese que el coste de estos seguros sí es deducible en el impuesto sobre sociedades). Aunque no entrará en vigor hasta el año 2018, este impuesto está siendo

⁸⁹ Shaviro (2004) apuntaba que: “*The first problem is that it is Robin Hood in reverse, giving money to affluent seniors at the expense, in many cases, of poorer workers [...]. The second big problem is that our current budgetary policy does not even remotely suggest how this benefit can be paid for*”. Por ello, en respuesta a la pregunta formulada en el título de su libro (*Who Should Pay for Medicare?*), Shaviro realizaba una serie de propuestas para modificar Medicare, propuestas relativas tanto a las prestaciones, como a los impuestos para financiarlas y a la regulación de los copagos, entre otras. *Vid.* Shaviro, D. *Who Should Pay for Medicare?* University of Chicago Press, 2004, p. x. y pp. 145-146. Más recientemente, puede verse: Shaviro, D., “Should Social Security and Medicare Be More Market-Based?” (2013), *The Elder Law Journal*, vol. 21, pp. 87-148.

⁹⁰ Además de la regulación legal (26 USC Section 4980I), para más detalle puede verse la publicación del IRS: *Notice 2015-16. Section 4980I —Excise Tax on High Cost Employer-Sponsored Health Coverage* (disponible en <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-15-16.pdf>).

muy controvertido, entre otros motivos, porque se considera un ataque a la libertad individual. No obstante, todo parece indicar que esta cuestión no va a ser objeto de decisión de la *Supreme Court*, sino que se dirimirá en el plano político, a fin de decidir bien su mantenimiento, bien su derogación legislativa.
