Bienvenidos Benvinguts Benvidos Ongi etorri Welcome Bienvenue

GOBIERNO DE ESPAÑA MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Inicio BOE BORME Legislación Alertas Anuncios Publicaciones Tienda La Agencia Buscar

Está Vd. en Inicio Buscar **Documento 2013-18** volver

Consejo de Estado: Dictámenes

Número de expediente: 18/2013 (HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS)

Referencia: 18/2013
Procedencia: HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
Asunto: Recurso de inconstitucionalidad contra el apartado nueve del artículo 2 de la Ley de la Comunidad de Madrid 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.
Fecha de Aprobación: 17/1/2013

TEXTO DEL DICTAMEN

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 17 de enero de 2013, , emitió, por mayoría, el siguiente dictamen, con los votos particulares de los Consejeros Sr. Alonso, Sra. Fernández de la Vega y Sr. Ledesma que se copian a continuación:

"En virtud de la Orden comunicada de V. E. de 11 de enero de 2013, registrada de entrada el 12 de enero, el Consejo de Estado ha examinado, en trámite de urgencia, el expediente relativo a la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el apartado nueve del artículo 2 de la Ley de la Comunidad de Madrid 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

Resulta de antecedentes:

1. La Ley 8/2012 se publica en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 29 de diciembre de 2012. Consta de un preámbulo, sesenta y cinco artículos, organizados en seis títulos y estos, a su vez, en capítulos, seis disposiciones adicionales, otras seis transitorias, una derogatoria y tres finales. En concreto y por lo que se refiere al objeto de la consulta, el artículo 2, situado dentro del título I relativo a medidas fiscales, procede a modificar el texto refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de octubre. El apartado nueve de este artículo 2, específicamente, procede a añadir al texto refundido un nuevo capítulo, numerado CVII (107) comprensivo de los artículos 530 a 535, en el cual se regula la "Tasa por prestación de servicios administrativos complementarios de información, con ocasión de la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación, por los órganos competentes de la Comunidad de Madrid". Los elementos principales de esta regulación son los siguientes:

- El hecho imponible de la tasa lo constituye la prestación de servicios administrativos complementarios y de información ajenos al acto médico, que "redundan en beneficio directo del paciente..." y que consisten en la inclusión de la prescripción en la historia clínica del paciente, el seguimiento de las prescripciones emitidas en relación con pacientes polimedicados, crónicos o con tratamientos de duración superior a cuatro meses y la entrega, en los casos en que proceda, a cada paciente de la hoja de medicación comprensiva de la pauta de tratamiento farmacológico. - El sujeto pasivo a título de contribuyente es la persona física a quien se prescribe un medicamento o producto sanitario documentado en una receta u orden de dispensación. No obstante, se determinan varias categorías de sujetos exentos del pago de la tasa. - La cuota es de un euro por receta u orden de dispensación "correspondiente a un medicamento o producto sanitario, efectivamente dispensado". - El devengo se produce en el momento de la emisión de la receta u orden de dispensación aunque el pago deberá efectuarse en las oficinas de farmacia concertadas en el momento de la dispensación. - Se encomienda la gestión, liquidación y recaudación de la tasa al Servicio Madrileño de Salud y se establece que la recaudación de la tasa se minorará de los ingresos del importe de la factura de la prestación farmacéutica que las oficinas de farmacia cobran del referido Servicio.

2. El expediente remitido se integra de un informe de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 9 de enero de 2013, el Acuerdo del Consejo de Ministros por virtud del cual se insta del Presidente del Gobierno la interposición del recurso de inconstitucionalidad, acuerdo que figura adoptado el 11 de enero de 2013 y en el cual se determina que su aplicación efectiva "se condiciona a que el mismo sea dictaminado favorablemente por la mayoría de la Comisión Permanente del Consejo de Estado," así como de un segundo Acuerdo del Consejo de Ministros, igualmente aprobado el 11 de enero, por el que se solicita a la Comisión Permanente de este Consejo de Estado la emisión de dictamen "en un plazo máximo de cinco días". Se razona en el Acuerdo que esta urgencia obedece al carácter perentorio de los plazos disponibles "antes de que se aplique la decisión que se plantea impugnar" y a las especiales características "del conflicto planteado".

El Acuerdo por el que se solicita del Presidente del Gobierno la interposición del recurso está formulado en términos coincidentes con los del informe inicialmente mencionado.

Parte de invocar la competencia exclusiva del Estado en relación con las bases y coordinación general de la sanidad y con la legislación sobre productos farmacéuticos establecida en el artículo 149.1.16ª de la Constitución (CE). Seguidamente, identifica las principales disposiciones estatales a través de las cuales dicha competencia ha sido ejercida, Leyes 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LSNS), y 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos (LM), así como el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre por el que se aprobó la cartera de servicios comunes del SNS, y analiza el sentido y alcance de estas normas básicas a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, esencialmente de la Sentencia (STC) 98/2004, doctrina que establece que las normas básicas suponen un mínimo común que garantice el acceso a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad efectiva entre las cuales considera la propuesta que se encuentran la financiación pública y la atribución de naturaleza asistencial y no contributiva a las prestaciones de la asistencia sanitaria.

Invoca también la competencia exclusiva reconocida en el artículo 149.1.1ª de la CE para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales con atención expresa, en este caso, del derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 de la CE.

Considera la propuesta que el establecimiento de la tasa referida por parte de la Comunidad de Madrid invade las competencias atribuidas al Estado en los preceptos constitucionales indicados.

El Acuerdo indica que el plazo para formular el recurso finaliza el 29 de marzo de 2013 y hace invocación expresa del artículo 161.2 de la

CE según lo establecido en el artículo 30 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), a fin de que se produzca la suspensión de las disposiciones objeto de impugnación.

3. Mediante la Orden de V. E. al principio indicada, se remite el expediente y con él el Acuerdo del Consejo de Ministros en el cual se solicita la emisión de dictamen con carácter urgente en plazo de cinco días según lo referido.

I. La consulta se produce de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.6 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (LOCE) que la prescribe con relación a la impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional con carácter previo a la interposición del recurso.

Con relación a los términos en que la consulta ha sido formulada, que repiten los empleados en otra ocasión reciente, este Consejo de Estado considera necesario reiterar lo que ya manifestó en el dictamen 1.467/2012 en el sentido de que, después de que el artículo 22.6 de la LOCE fuera reformado mediante la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, suprimiendo la posibilidad de que el dictamen fuera emitido después de la interposición del recurso ante el Tribunal Constitucional, este precepto debe ser entendido en el sentido de que la consulta debe producirse antes de que el Gobierno haya tomado decisión respecto de la impugnación así como que la adopción de un acuerdo dejando condicionada su efectividad a la emisión por el Consejo de Estado de un dictamen favorable distorsiona su sentido y su funcionalidad, funcionalidad que ha de ser la de un informe que complemente la instrucción previa a la decisión por parte de quien debe adoptarla. La condición establecida, por el contrario, da lugar a que el dictamen opere como una suerte de acto aprobatorio propio de un órgano co- decisor, condición que, con carácter general, es extraña a la función consultiva.

Tal criterio, por lo demás, es el que, a juicio de este Consejo de Estado, corresponde con su caracterización constitucional como Supremo Órgano Consultivo del Gobierno (artículo 107 CE).

II. La norma autonómica que se cuestiona tiene por objeto establecer una tasa cuyo devengo tiene lugar con ocasión de la expedición de recetas u órdenes de dispensación de medicamentos o productos sanitarios dentro del Sistema Nacional de Salud (SNS) en el ámbito de la Comunidad de Madrid. Esta norma presenta un contenido paralelo al del artículo 41 de la Ley 5/2012, de 20 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Cataluña en relación con cuya impugnación ante el Tribunal Constitucional el Consejo de Estado emitió el dictamen 623/2012 al que procede remitirse en este caso.

Corresponde plantear el análisis de la adecuación constitucional de la disposición de la Comunidad de Madrid mediante la confrontación de las competencias correspondientes al Estado y a esta Comunidad Autónoma en la materia que aquella regula. El Estado es titular de la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad conforme a la regla 16ª del artículo 149.1 de la CE. Este título competencial es el único y suficiente para abordar este análisis pues, como el Tribunal Constitucional ha entendido a través de las sentencias a que más adelante se aludirá, el título relativo a la legislación de productos farmacéuticos debe considerarse referido a la ordenación de los medicamentos en tanto "sustancias" a efectos del control por los poderes públicos de su fabricación y comercialización y no como objeto de la prestación farmacéutica dentro del SNS. Con relación a la competencia asignada al Estado en la regla 1ª del mismo artículo 149.1 para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, el Tribunal Constitucional ha considerado que esta competencia viene incorporada en el concepto de bases de la sanidad por cuanto que, como se indicará, una de las funciones esenciales de las bases en esta materia viene a ser precisamente garantizar las condiciones de igualdad en el acceso a las prestaciones del SNS por lo que no debe ser considerada como fuente autónoma y adicional de competencia en esta materia (SSTC 98/2004 y 136/2012).

Como es inherente al concepto constitucional de bases, las competencias autonómicas en materia sanitaria que concurren con las del Estado están supeditadas al contenido de dichas normas estatales expresivas de las bases en tanto estas se ajusten a la Constitución. Esta subordinación está, además, explicitada en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid -EACM- (Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero) al atribuirle competencias en esta materia (artículos 27.4 y 28.1.1).

Por otra parte, la Comunidad de Madrid, a través de la Ley 8/2012, hace ejercicio de su potestad tributaria para establecer tasas (artículos 7.1 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades autónomas -LOFCA- y 53.1 del EACM). No cabe oponer reparo respecto de la efectiva concurrencia de esta potestad. Cosa diferente es analizar los efectos que este ejercicio pueda suponer desde un punto de vista extratributario en la ordenación de las materias sobre el cual recae el tributo, el ámbito de la sanidad y más en concreto de las condiciones de acceso a la prestación farmacéutica dentro del SNS en el caso presente.

Así pues, se trata de establecer si la norma por la que se crea esta tasa supone o no la vulneración del orden constitucional de competencias en materia de sanidad, vulneración que vendría dada, en su caso, por la quiebra de normas básicas producidas por el Estado (artículo 28.1 LOTC).

III. La competencia estatal en materia de sanidad (149.1.16) ha sido perfilada por la doctrina del TC fundamentalmente a través de las sentencias -algunas ya citadas- 98/2004, 22/2012 y 136/2012. Esta competencia ha sido desarrollada sustancialmente a través de las leyes antes citadas: LGS, LSNS y LM. Sobre la base de la legislación y la jurisprudencia contenidas en estas leyes y sentencias, pueden decantarse varios rasgos esenciales:

o Las normas básicas tienen la función de configurar una uniformidad mínima en el acceso a las prestaciones, "un mínimo igualitario de vigencia en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias..." (SS 98/2004, 22/2012 y 136/2012), y a "garantizar en todo el Estado un común denominador normativo" (STC 69/1988).

o Este marco mínimo común se orienta a garantizar unas condiciones de igualdad en el acceso a las prestaciones conforme al cual "se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud" (STC 98/2004). Este principio de igualdad ha quedado consagrado legalmente como uno de los fundamentos en la ordenación del SNS. Así el artículo 2, en su apartado a), de la LSNS establece como uno de los principios informadores de la Ley "la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad" y el artículo 23 dice que "todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas en esta ley en condiciones de igualdad efectiva".

o La prestación farmacéutica, que es la que viene afectada por la norma autonómica, está incluida dentro del conjunto de las que integra el SNS. Así se dispone expresamente en el artículo 7.1 de la LSNS y se regula en el artículo 8 ter de la misma Ley en cuyo apartado 2 se incluye la prestación farmacéutica dentro de la denominada cartera común suplementaria del SNS. Esta prestación, por tanto, está concernida por las exigencias derivadas del principio de igualdad, base del sistema en los términos que la legislación establece.

o El régimen de financiación de las prestaciones y, en particular, el de la prestación farmacéutica forman parte de las bases cuya determinación corresponde en exclusiva al Estado (disposición final primera de la LSNS). A este respecto, la STC 136/2012 ha declarado:

En efecto, la definición de la modalidad de financiación aplicable a las diferentes prestaciones sanitarias, y en qué supuestos procede el pago de aportaciones por sus destinatarios, tiene una incidencia central en la forma de prestación del propio servicio, constituyendo así también un elemento nuclear del propio ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, que en consecuencia debe ser regulado de manera uniforme, por garantizar el mínimo común de prestaciones sanitarias cubierto por financiación pública en todo el territorio nacional.

Este sistema de financiación, en lo que se refiere a la prestación farmacéutica, ha quedado regulado en el apartado 5 del artículo 8 ter de la LSNS, reformado por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de manera que la financiación pública viene acompañada de la

aportación por el usuario de un porcentaje del precio final del producto (copago) en los términos fijados en el artículo 94 bis de la LM según el cual dichos porcentajes son proporcionales al nivel de renta del usuario, entre el 10% y el 60%, con topes de aportación para ciertas categorías de medicamentos y de asegurados y estableciendo exenciones para determinados usuarios y sus beneficiarios.

El artículo 89.1 de esta LM es un precepto de carácter básico que, en cierta manera, supone un corolario de estos principios. En él, se prohíbe que las Comunidades Autónomas establezcan de forma unilateral "reservas singulares de prescripción, dispensación y financiación de fármacos o productos sanitarios" y tal prohibición, según dice el precepto, se establece en aras de garantizar el acceso a la prestación farmacéutica en condiciones de igualdad.

IV. Corresponde ahora determinar si la Ley de la Comunidad de Madrid, con el establecimiento de la tasa regulada en su artículo 2, apartado nueve, infringe el orden constitucional de competencias o la legislación básica del Estado en materia de sanidad.

En primer término y como ya constató el Consejo de Estado en el precedente dictamen 623/2012, la imposición de esta tasa rompe el principio de igualdad en las condiciones de acceso a las prestaciones dentro del SNS por cuanto que asocia a la adquisición del medicamento o del producto sanitario la obligación de abonar una cantidad adicional a la que pueda corresponder al usuario conforme al sistema de financiación con copago establecido en el SNS y esta obligación adicional supone un incremento del coste soportado por el usuario, incremento que queda circunscrito al ámbito de la Comunidad de Madrid. El hecho de que el concepto de esta obligación sea tributario y se presente en términos tales que opera al margen del sistema legal de financiación de la prestación no empece al hecho de que el efecto que produce su establecimiento es el de configurar un coste económico a cargo del usuario para acceder a la prestación farmacéutica distinto y superior al que rige en el conjunto del SNS lo que constituye una quiebra del principio esencial de igualdad efectiva consagrado en los artículos 2 y 23 de la LSNS y 89.1 de la LM.

De igual manera, la imposición de la tasa tiene un efecto material modificativo del sistema de financiación establecido con carácter básico por el Estado con relación a la prestación farmacéutica. Por más que la naturaleza jurídica de la tasa sea tributaria y diferente por tanto a la que corresponde al denominado copago, propio de las prestaciones integradas en la cartera común suplementaria, que su hecho imponible se vincule a la prestación de determinados servicios administrativos "con ocasión de la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación" y que su devengo se sitúe en el momento de la emisión de la receta y no en el de dispensación, es lo cierto que el régimen de la tasa supone una modificación del sistema de financiación establecido para la prestación en cuanto se refiere a la contribución económica del usuario. Hay que reparar en que, con independencia de cuantas diferencias puedan apreciarse entre la tasa y el régimen de financiación, el pago efectivo de la tasa solo se produce en la oficina de farmacia en el momento de la dispensación (nuevo artículo 535.2 de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid) así como que, conforme al artículo 533, la cuota tributaria se define como "... correspondiente a un medicamento o producto sanitario efectivamente dispensado".

Así, el efecto resultante de la imposición de la tasa es, de todo punto, equivalente a una reforma del sistema de financiación de manera que, conforme a lo que razonaba el Tribunal Constitucional en la STC 136/2012 con relación a una ley autonómica cuyo contenido guarda cierto paralelismo con la que ahora se considera, la falta de competencia de la Comunidad Autónoma, en este caso de Madrid, para fijar las condiciones de acceso a las prestaciones supone que carece de competencia para establecer una tasa en esta materia.

De todo lo cual se concluye que la Ley 8/2012, con la creación de la tasa objeto de consideración, puede haber incurrido en inconstitucionalidad al carecer de la competencia necesaria para modificar el sistema de acceso a la prestación farmacéutica y por vulnerar normas básicas del Estado recogidas en los artículos 2, 7, 8 ter y 23 de la LSNS y 89.1, 94 y 94 bis de la LM.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por mayoría, es de dictamen:

Que existen fundamentos jurídicos suficientes para interponer recurso de inconstitucionalidad contra el apartado nueve del artículo 2 de la Ley de la Comunidad de Madrid 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas."

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO PERMANENTE DE ESTADO DON ENRIQUE ALONSO GARCÍA AL DICTAMEN MAYORITARIO NÚMERO 18/2013

1. Solicitado el dictamen del Consejo de Estado con carácter urgente en plazo de 5 días y teniendo en cuenta la fecha de entrada de la solicitud (12 de enero) y de la celebración de la Comisión Permanente (17 de enero), el mínimo tiempo de que se dispone explica la brevedad del contenido de este voto particular.

2. El presente dictamen mayoritario es radicalmente distinto del emitido el 26 de junio de 2012 por este Consejo de Estado (dictamen nº 623/2012). La diferencia radica en que, mientras aquel dictamen 623/2012, al que este Consejero formuló voto particular, no hacía ni siquiera la más mínima alusión ni examinaba el contenido de la legislación básica reguladora de la prestación farmacéutica [esencialmente, los artículos 89.1 y 94 y 94.bis de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías, en la redacción dada a los mismos por el Real Decreto-ley 16/2012 que, aunque el 26 de junio ya había sido promulgado y publicado -es de abril de 2012-, no entraba en vigor hasta pocos días después], en este dictamen no lo hace.

Aquella total ausencia de examen alguno (sin siquiera la más mínima referencia a esta legislación básica) fue lo que motivó el voto particular de este Consejero, contrario al argumento del entonces también dictamen mayoritario de que bastaba el argumento abstracto del artículo 149.1.1ª para impugnar la Ley de Cataluña que creó una tasa muy similar a la ahora examinada de la Comunidad de Madrid.

3. Esta legislación básica sí se examina ahora y sobre ello pivota gran parte del dictamen y su preconclusión final. Por eso gran parte del fundamento de aquel voto particular ahora carece de sentido.

Dicha legislación básica, sin embargo, tampoco entra a fondo a regular la prestación farmacéutica ligada al hecho mismo de dispensar recetas, en todo su detalle. Pero sí procede, en cambio, a regular detalladamente el sistema de copago. Sigue, sin embargo, sin ser clara respecto a si mediante otros mecanismos (por ejemplo, obligando a financiar otros aspectos ligados a la dispensación -la informatización en el caso de Ley de la Comunidad de Madrid-) pueden o no regularse, en lo no abarcado claramente por la legislación básica, esos otros aspectos materialmente vinculados a dicho hecho (dispensación de las recetas). Se adentra dicha legislación, en vigor a partir del 1 de julio de 2012, algo más que la hasta entonces en vigor en esta materia. Quizás incluso lo suficiente como para que haya menos dudas que antes de su entrada en vigor acerca del ámbito de financiación de los servicios sanitarios dejados a las Comunidades Autónomas y sobre ello se volverá inmediatamente.

Pero el mero argumento abstracto de que la tasa creada por la Ley de la Comunidad de Madrid incide sobre los precios de los medicamentos y por ello viola directamente la Constitución (artículo 149.1.1ª) no es correcto y discrepa este Consejero del mismo. La Comunidad Autónoma, salvo que la legislación básica lo diga, tiene competencia para gravar los hechos imponibles vinculados a, pero no materialmente idénticos a, los regulados por la legislación básica. Su autonomía financiera para gestionar los servicios transferidos alcanza a gravar los hechos imponibles (servicios de informatización) sin que ello infrinja el artículo 149.1.1ª de la Constitución, o por lo menos, existiendo el principio de autonomía territorial, no puede argumentarse la inconstitucionalidad de la Ley de la Comunidad de Madrid sobre la base de que los ciudadanos de distintas Comunidades Autónomas no pueden tener distintos derechos en relación con los servicios de dispensación de recetas. En suma, aunque con el examen de la legislación básica es más visible en este dictamen mayoritario -si se compara con el dictamen sobre la ley catalana- la competencia estatal del artículo 149.1.1ª de la Constitución, no es tan claro como

indica el dictamen mayoritario que la Ley de la Comunidad de Madrid sea inconstitucional, salvo -y con dudas- que se interprete que los nuevos artículos 89.1, 94 y 94 bis de la Ley 29/2006 vacían (por la materia regulada como bloque, porque nada se dice acerca de los servicios anexos a la dispensación de recetas) -"preemption" se dice en técnica jurídico-constitucional- la competencia estatal.

4. En realidad, el único párrafo de la Ley 29/2006, que permitiría defender que la Comunidad Autónoma de Madrid carece de competencias para regular la tasa objeto del futuro potencial recurso es el penúltimo del artículo 89.1 que dice literalmente: "Con el fin de garantizar el derecho de todas las personas que gocen de la condición de asegurado y beneficiario en el Sistema de un acceso a la prestación farmacéutica en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, las comunidades autónomas no podrán establecer, de forma unilateral, reservas singulares específicas de prescripción, dispensación y financiación de fármacos o productos sanitarios".

Argumentar que la legislación básica estatal con esa mención abstracta de unas "reservas singulares específicas", está anulando la competencia autonómica de financiación de la sanidad gravando hechos imposibles no gravados por ley estatal alguna, cuando en la transferencia originaria de estos servicios la estructura de la población beneficiada por el servicio nacional de salud y el costo de los servicios, medicamentos, y tecnologías sanitarias eran muy distintos de los actuales, requiere, como mínimo, un esfuerzo importante y más profundo de interpretación que el que realiza el dictamen mayoritario.

Siendo la función de este Consejo examinar si existen mínimamente fundamentos para un recurso, se está al límite de lo que debe entenderse por "fundamentos", a efectos de una adecuada estrategia procesal-constitucional.

5. Es más, el 27 de diciembre de 2012 el Pleno de este Consejo de Estado examinó una nueva reforma, muy extensa, de esta Ley 29/2006. Conociéndose ambas leyes (la de Cataluña y la de la Comunidad de Madrid) el Gobierno, que defiende que su legislación básica impide a ambas Comunidades Autónomas aprobar ambas tasas, y pretende recurrirlas ante el Tribunal Constitucional, y lo hace sobre una legislación básica tan ambigua, sin embargo, vuelve a guardar silencio y no acomete una regulación básica más precisa y clara para que las Cortes Generales se pronuncien sobre ello.

Ello remite la solución de ambos conflictos a órganos constitucionales que no son los llamados a analizar y dar soluciones a los problemas sociales, en concreto al Tribunal Constitucional. Esta forma de rehuir los problemas no se corresponde con lo que debería ser un ejercicio correcto de responsabilidades jurídico-constitucionales.

En suma, existen fundamentos relativamente débiles para plantear el recurso, pero no son los que articula el dictamen, especialmente en su primera mitad, sino los que se derivarían de un más detallado examen del contenido exacto de la legislación básica, y debería ser el ejercicio por el Gobierno (iniciativa legislativa) y las Cortes Generales (ley) de la potestad de fijación de las bases de la sanidad, los que constitucionalmente debieran dar la solución adecuada a este tipo de conflictos. _____

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS CONSEJEROS PERMANENTES DE ESTADO DOÑA MARÍA TERESA FERNÁNDEZ DE LA VEGA Y DON FERNANDO LEDESMA BARTRET AL DICTAMEN MAYORITARIO NÚMERO 18/2013.

Los Consejeros que suscriben discrepan de la opinión mayoritaria expresada en el presente dictamen por considerar que el apartado 9 del artículo 2 de la Ley de la Comunidad de Madrid 8/2012 de 28 de diciembre de medidas fiscales y administrativas, por el que se establece una nueva tasa por prestación de servicios administrativos complementarios de información con ocasión de la emisión de recetas médicas y además de dispensación por los órganos competentes de la Comunidad de Madrid, no es ajustado a Derecho por razones que no coinciden con las que se contienen en el dictamen mayoritario, por lo que se formula el presente voto particular:

1º. Se considera que los motivos fundamentales a dilucidar para la interposición del recurso sean los referidos a la competencia exclusiva del Estado respecto a "la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales" (artículo 149.1.1 de la Constitución).

Ha de señalarse, ante todo, que es clara la atribución constitucional al Estado de la competencia para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes, y, por tanto, en el acceso a la protección de su salud, por lo que puede y debe el mismo establecer para ello las bases y condiciones que permitan el ejercicio de ese derecho desde la perspectiva del respeto al principio de igualdad de los españoles ante la ley.

Por tanto, el precepto en el que debe entenderse amparada principalmente la competencia estatal a dilucidar en el presente dictamen es la contenida en el mencionado artículo 149.1.1ª de la Constitución.

2º. La prestación farmacéutica se encuentra incluida en el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud (artículo 7 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud), que tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Y se configura como uno de los elementos integrantes de la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud (artículo 8 ter de la Ley 16/2003).

La cartera común de prestaciones básicas del Sistema Nacional de Salud debe quedar cubierta por la financiación pública, sin perjuicio de que pueda preverse la aportación de usuario (artículo 8 ter.1 de la Ley 16/2003), siendo competencia exclusiva del Estado la determinación de ese régimen de financiación y, en concreto, la determinación del régimen de precios de los medicamentos, todo ello amparado en el artículo 149.1.16ª de la Constitución respecto a las "bases y coordinación general de la sanidad". Pero puede sostenerse, a la vista de la regulación llevada a cabo por la Ley madrileña 8/2012, que la competencia del Estado en materia de "legislación sobre productos farmacéuticos" no se ve en realidad afectada por la tasa que en la misma se contempla, puesto que el precio del medicamento no se ve en sí mismo alterado.

Cabe observar que a su vez las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de lo anterior, tienen competencias en materia de gestión y financiación de servicios para dictar normas que mejoren esas prestaciones en su propio ámbito territorial aprobando sus propias carteras, e incluso servicios adicionales para sus usuarios.

3º. Visto el problema de tal modo, la primera cuestión que ha de tenerse en cuenta es la de la consideración que desde la perspectiva de vulneración del principio de igualdad y no discriminación tanto jurídico- constitucional como social suscita una medida -la contemplada en la Ley 8/2012- que supone imponer a algunos ciudadanos un tributo especial por la sola razón de que son usuarios de la sanidad pública, cuando precisamente tales usuarios son aquellos que, por razones de salud, precisan de especial atención, pues tal medida se impone sin atender en ningún caso a su mayor o menor capacidad económica y con la sola finalidad de contribuir a la financiación del sistema público.

4º. Más allá de la verdadera naturaleza del tributo previsto, lo que se pretende por la mencionada Ley 8/2012 es gravar un servicio que no es ajeno al acto médico, sino que forma parte del mismo y que, por tanto, afecta a la esencia de la prestación sanitaria básica de financiación pública prevista en la legislación del Estado, legislación que debe a su vez velar para que se respete el principio de igualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias.

5º. A la vista de la regulación autonómica, puede entenderse que la prestación farmacéutica no se ve afectada por ella, más allá de que se devengue la tasa prevista con motivo de esa prestación y se pague al adquirir medicamentos.

El precio del medicamento no se ve alterado más allá de la incidencia que puede tener en aquél la adopción de cual tributo (impuesto,

tasa, precio público...).

Por todo ello, se entiende que el dictamen mayoritario debería haberse centrado en la afectación que para la igualdad en el acceso y el disfrute de las prestaciones sanitarias básicas tiene la norma autonómica sometida a la consideración del Consejo de Estado, antes que en la presunta vulneración de otros títulos competenciales del Estado.

En suma, razones de competencia exclusiva del Estado no parece que puedan invocarse en este caso concreto como vicios de inconstitucionalidad de una ley autonómica, siempre que ésta respete el Principio de igualdad que la Constitución garantiza, lo que remite a otro tipo de consideraciones distintas de las que sirven de fundamento al dictamen, consideraciones que se hacen en este voto particular y que, en definitiva, habrían de girar sobre el alcance de las condiciones básicas garantizadoras de la igualdad a que se refiere el art. 149.1.1ª de la CE y su ponderación en relación con la autonomía política que a las comunidades autónomas también garantiza la CE (arts. 143, 147 y 156), cuestión reiteradamente tratada por la doctrina del T.C., que no hay tiempo para exponer.

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

Madrid, 17 de enero de 2013

LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. MINISTRO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

subir

Contactar Sobre esta sede electrónica Aviso legal Nuestra web Mapa Accesibilidad RSS

Agencia Estatal BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54 - 28050 Madrid - Tel.: (+34) 902 365 303 / 91 111 4000