

..NEXP: 796/2012

..PROC: HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

..ASUN:

Conflicto positivo de competencia al Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

..FAPR: 12/07/2012

..DICT:

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 12 de julio de 2012, emitió, por mayoría, el siguiente dictamen, con el voto particular del Consejero Sr. Herrero que se copia a continuación:

<P>

"En cumplimiento de la Orden de V. E. de 3 de julio de 2012, con registro de entrada de 4 de julio, el Consejo de Estado ha examinado con carácter urgente el expediente relativo al planteamiento de conflicto positivo de competencia al Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

<P>

Resulta de antecedentes:

<P>

1. El Decreto 114/2012 se publicó en el Boletín Oficial del País Vasco de 29 de junio de 2012. Consta de un preámbulo, ocho artículos, una disposición adicional y dos finales. El preámbulo se refiere al artículo 43 de la Constitución (CE) en el que se reconoce el derecho a la protección de la salud; para su efectividad -dice- se exige el aseguramiento sanitario financiado por la Comunidad Autónoma y el acceso a los servicios sanitarios proporcionados por su sistema sanitario. Se invoca el artículo 18 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV) que atribuye a la Comunidad Autónoma competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior dentro del marco establecido en el artículo 149.1.16ª de la CE.

<P>

Se refiere al marco normativo autonómico en materia de sanidad (Decreto 26/1988, de 16 de febrero, por el que se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud y Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi) y a las recientes modificaciones operadas en la legislación básica estatal a través del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (en adelante RDL 16/2012).

<P>

Con relación a la modificación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LSNS), señala que hace preciso "que la Comunidad Autónoma de Euskadi articule las medidas para hacer efectivos los principios establecidos en el ordenamiento jurídico en ejercicio de sus competencias, garantizando la asistencia sanitaria a la población que reside en su ámbito territorial". "Se mantiene -se dice- el "statu quo" porque la actual situación de crisis económica constituye el momento menos oportuno para restringir la cobertura sanitaria".

<P>

El Decreto tiene como primer objetivo procurar la aplicabilidad de la nueva normativa estatal y, además, profundizar en el desarrollo del ordenamiento básico de manera que permita a la Comunidad Autónoma consolidar sus propias directrices de política sanitaria y al mismo tiempo extender el compromiso con la ciudadanía mediante "la complementación del estatus prestacional básico estatal". La funcionalidad de las normas del Decreto permitirá, por otra parte, "la complementación de las condiciones financieras en que se desarrolla la prestación farmacéutica ambulatoria del Sistema Nacional de Salud".

<P>

Indica que los términos de la reforma son los propios de la ampliación o mejora del ordenamiento básico, conforme a las competencias autonómicas y en particular a la prevista en el citado artículo 18.1 del EAPV.

<P>

El artículo 1 establece que el objeto del Decreto es regular el acceso a las prestaciones sanitarias contenidas en la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud a aquellas personas "excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del SNS", así como la complementación de las condiciones financieras básicas de la prestación farmacéutica.

<P>

El artículo 2 regula el acceso a las prestaciones sanitarias públicas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi atribuyéndolo a las personas incluidas como asegurados o beneficiarios en el SNS y, además, a otras categorías de personas que cumplan los requisitos que especifica. El 3 precisa que las prestaciones a estas personas, adicionales a las beneficiarias del SNS se realizarán en las mismas condiciones de calidad y extensión que las correspondientes al SNS. Los artículos 4 y 5 regulan el reconocimiento del derecho a acceder a las prestaciones sanitarias. El 6 y 7 dan reglas sobre la gestión asociada a la prestación farmacéutica ambulatoria del SNS. El artículo 8 determina la extensión de la cobertura farmacéutica fijando en el 40% sobre el precio de venta al público el porcentaje de la aportación económica que, con carácter general, corresponderá satisfacer a las personas usuarias y definiendo las categorías de usuarios que estarán exentos de aportación.

<P>

La disposición adicional remite al Departamento de Sanidad y Consumo la adopción de las medidas oportunas para integrar las normas del Decreto en el ámbito del Concierto vigente y para fijar las condiciones para la colaboración de las oficinas de farmacia en la dispensación de medicamentos correspondiente a la prestación ambulatoria del SNS. En las finales, se faculta al Consejero de Sanidad y Consumo para realizar las adaptaciones que sean precisas en el modelo oficial de receta y órdenes de enfermería y para dictar disposiciones relativas a la emisión del documento identificativo para el acceso a las prestaciones sanitarias y al reintegro de gastos con relación a las dispensaciones realizadas en oficinas de farmacia ubicadas fuera de la Comunidad Autónoma.

<P>

2. El expediente viene integrado por una copia del Decreto 114/2012, por los informes del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, la propuesta de acuerdo del Consejo de Ministros por el que se plantea el conflicto positivo de competencia y una nota de presentación que resume los argumentos de dicha propuesta.

<P>

a) El informe del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación) es de fecha 2 de julio de 2012. Aprecia en el Decreto vasco tres cuestiones que pudieran incurrir en inconstitucionalidad. La primera es el hecho mismo de regular el "aseguramiento en el Sistema vasco de Salud" como si éste no fuera parte intrínseca del SNS ya que esta regulación corresponde en exclusiva al Estado y supone la quiebra de la igualdad de derechos, la "inequidad" de la cartera de servicios y la exclusión de la atención sanitaria en el SNS de ciudadanos que sí la tienen reconocida en el País Vasco. Argumenta, en segundo término, que supone una extralimitación en las competencias de la Comunidad Autónoma a la luz del dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea dirigido al Reino de España, el cual considera que las regulaciones autonómicas son legislación del Estado a los efectos del Reglamento(CE) 883/2004. El reconocimiento del derecho a la prestación a personas que no lo tienen conforme a la legislación estatal puede dar lugar a que tales personas exijan la emisión de la Tarjeta Sanitaria Europea por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social lo cual evidencia la invasión de competencias del Estado. Finalmente, la regulación de la aportación de los usuarios en la prestación farmacéutica supone una arrogación de la

competencia del Estado consagrada en la Ley 29/2006, de garantías y uso racional del medicamento, según ha sido modificada por el RDL 16/2012.

<P>

b) La Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas informa el 3 de julio de 2012 en términos sustancialmente coincidentes con la propuesta de acuerdo del Consejo de Ministros por el que se plantea el conflicto de competencia. Consideran que la propia finalidad de la norma vasca, expresada en su artículo 1, pone de relieve que tiene por objeto establecer una regulación que corresponde en exclusiva al Estado al amparo de la atribución establecida en el artículo 149.1.16ª de la CE. Por ello, casi la totalidad de los preceptos del Decreto incurren en inconstitucionalidad, directamente o por conexión, al vulnerar la normativa del Estado sobre la condición de asegurado, cartera común de servicios y financiación de las prestaciones sanitarias.

<P>

Citan en apoyo de esta argumentación la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en la reciente sentencia de 19 de junio de 2012, según la cual la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean estas prestaciones pertenece al núcleo básico de la materia de sanidad referida en la CE. Asimismo, reiterando doctrina de sentencias anteriores (SSTC 98/2004 y 22/2012), es básica la definición del sistema de financiación de la sanidad y de la modalidad aplicable a las diferentes prestaciones así como en concreto la determinación de los supuestos en que procede el pago de aportaciones por los destinatarios.

<P>

La regulación del Decreto invade así competencias del Estado y contraviene la legislación básica contenida en la LSNS, Ley 16/2003, de 28 de mayo, con cuyo artículo 3 entra en contradicción el artículo 2, apartados 2 y 3, del Decreto vasco, así como en la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, cuyo artículo 94 bis regula el copago farmacéutico, en los términos en que ambas leyes han sido modificadas por el RDL 16/2012.

<P>

La propuesta señala como objeto de la controversia los artículos 1, 2 (2 y 3), 3, 4, 5, 6 (1 y 2), 7 (2 y 3), 8.1 y la disposición final primera del Decreto 114/2012, de 26 de junio, y puntualiza que constituye una extralimitación competencial respecto de las competencias asignadas al Estado en la CE, artículo 149.1, en las reglas 16ª y también 17ª ya que la materia de Seguridad Social está vinculada a las normas sobre reconocimiento y control de la condición de asegurado.

<P>

La propuesta contiene la invocación expresa del artículo 161.2 de la CE e indica que el plazo para formalizar el conflicto finaliza el 29 de agosto de 2012.

<P>

3. Mediante la Orden al inicio referenciada, V. E. formuló consulta a este Consejo de Estado haciendo constar la urgencia del dictamen. Con fecha 9 de julio de 2012, ha tenido entrada una nueva comunicación de V. E. en la que se informa del acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros el 6 de julio anterior en cuya virtud se fija en tres días naturales el plazo para la emisión del presente dictamen de conformidad con lo previsto en el artículo 19.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (LOCE). El escrito viene acompañado de una copia del acuerdo propuesto al Consejo de Ministros en la que figura una diligencia, firmada por la Ministra-Secretaria, haciendo constar la aprobación del mismo en la reunión del 6 de julio según lo referido.

<P>

I. Corresponde dictaminar en el asunto objeto del expediente por establecerlo así el artículo 22.6 de la LOCE con relación a la impugnación ante el Tribunal Constitucional de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas.

<P>

En el caso presente, la objeción al Decreto del Gobierno de la Comunidad Autónoma se formula como planteamiento de un conflicto positivo de competencia al entender que a través de dicho Decreto se han dictado regulaciones que corresponden a la competencia exclusiva del Estado como legislación básica en materia de sanidad interior con base en el artículo 149.1.16ª de la CE. Puede advertirse respecto de este planteamiento que la norma cuestionada no procede exactamente a producir normas básicas en materia de sanidad en el sentido del precepto constitucional citado que, por su naturaleza, se proyectan sobre el conjunto del ordenamiento, sino a dictar, con relación a la Comunidad Autónoma del País Vasco, reglas que se entiende que conciernen al ámbito de las bases de la sanidad y por tanto a la competencia exclusiva del Estado. Se entiende asimismo que estas disposiciones están en contradicción con las dictadas por el Estado en ejercicio de la referida competencia. Desde este punto de vista, la pretensión invalidatoria con relación al Decreto 114/2012 podría también encauzarse por la vía del artículo 76 de la LOTC como impugnación de una disposición normativa sin fuerza de ley.

<P>

La cuestión objeto de la consulta consiste en determinar si existen fundamentos jurídicos que sean suficientes para sustentar esta impugnación ante el Tribunal Constitucional.

<P>

II. El Decreto 114/2012 contiene una regulación de dos aspectos relativos a las prestaciones sanitarias del SNS en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi: el acceso a dichas prestaciones por parte de personas "excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios" y la "complementación de las condiciones financieras en que se desarrolla la prestación farmacéutica" (artículo 1). Las determinaciones esenciales correspondientes a cada uno de estos dos aspectos se encuentran respectivamente en los artículos 2 y 8 del Decreto.

<P>

Los órganos que han informado con anterioridad y la propuesta consideran que la Comunidad Autónoma carece de competencia para establecer estas regulaciones por corresponder al ámbito material de competencias exclusivas del Estado establecido en la regla 16ª del artículo 149.1 de la CE y, además, que su contenido contraviene la legislación básica del Estado por lo que incurriría en inconstitucionalidad de manera mediata.

<P>

De otro lado y atendiendo al preámbulo del Decreto 114/2012, este se considera amparado por la asignación a la Comunidad Autónoma de competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior que se contiene en el artículo 18.1 del EAPV. Desde un punto de vista material, el mismo preámbulo expresa que los términos de la norma son "los propios de toda ampliación o mejora del ordenamiento básico que le es propio al espacio competencial autonómico con capacidades de desarrollo y ejecución de las políticas públicas correspondientes...". Corresponde considerar separadamente los dos aspectos antes señalados.

<P>

III. Por lo que se refiere a la regulación del acceso a las prestaciones sanitarias públicas, el artículo 2 del Decreto dice:

<P>

Artículo 2. El acceso a las prestaciones sanitarias públicas en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

<P>

1. En la Comunidad Autónoma de Euskadi podrán recibir las prestaciones de la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por tener la condición de asegurados o beneficiarios del mismo.

<P>

2. También recibirán idénticas prestaciones sanitarias aquellas personas que dispusiesen de la Tarjeta Individual Sanitaria emitida en la Comunidad Autónoma de Euskadi con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012.

<P>

3. Así mismo, podrán recibir las prestaciones de la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud las personas que cumplan simultáneamente los siguientes requisitos:

<P>

a) Estar empadronadas en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de Euskadi en el que tengan su domicilio habitual, por un periodo continuado de, al menos, un año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud de reconocimiento de la asistencia sanitaria.

<P>

b) Ser persona perceptora de prestaciones económicas integradas en el Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inclusión o tener ingresos inferiores a la cuantía correspondiente a la renta básica para la inclusión y protección social de acuerdo a su normativa reguladora.

<P>

c) No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título.

<P>

La misma estructura del precepto que se aprecia a partir de la lectura de su apartado 1 pone de manifiesto que se dirige a establecer el acceso a las prestaciones de categorías de personas que son adicionales a las que resultan incluidas conforme a la norma básica del Estado. En este caso, el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo (LSNS) según ha quedado modificado por el artículo 1 del RDL 16/2012, Decreto-ley dictado en un contexto de restricción y crisis económicas y orientado a instrumentar el necesario ajuste del gasto público.

<P>

Es clara, pues, la divergencia entre la norma básica estatal y la establecida por el Decreto vasco así como que el sentido de tal divergencia es ampliar en la Comunidad Autónoma el ámbito de personas con derecho para acceder a las prestaciones del SNS respecto del que rige en el conjunto del Estado. La incorrección jurídica de esta situación deriva de tres razones a juicio de este Consejo de Estado.

<P>

a) Las Comunidades Autónomas ciertamente carecen de competencia para regular materialmente el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias por corresponder esta regulación al Estado en virtud del artículo 146.1.16ª de la CE y dados los términos en que el Estado ha hecho ejercicio de la competencia que este precepto le atribuye por cuanto que el Estado, en su regulación, no ha dejado espacio a la adición por las Comunidades Autónomas de nuevas categorías de personas con acceso a las prestaciones. Es ciertamente oportuno citar la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional en su STC 136/2012, de 19 de junio, en la que, por lo demás, hace aplicación de la formulada en sentencias anteriores (SSTC 98/2004 y 22/2012):

<P>

"Pues bien, en aplicación de la doctrina supra recogida, cabe concluir que la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, pues define los ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia. En efecto, la definición de quiénes pueden considerarse asegurados y en consecuencia tener acceso al Sistema Nacional de Salud así como las concretas prestaciones sanitarias que deben ser garantizadas a todos ellos... permite establecer un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, el acceso a la sanidad por parte de todos los ciudadanos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma, con independencia de su lugar de residencia".

<P>

b) La invocación por el Decreto 114/2012 en su preámbulo del título competencial correspondiente al desarrollo legislativo y la ejecución de la

legislación básica del Estado (artículo 18.1 EAPV) no parece tener virtualidad para justificar la regulación que incorpora ya que no es ésta un desarrollo, sino, al contrario, una disciplina divergente con la estatal e incompatible con ella. Ni la legislación básica del Estado deja espacio, como se ha dicho, para, en este concreto punto, modificar su regulación material de las condiciones de asegurado y beneficiario ni puede presentarse como un desarrollo de la ley estatal una norma que explícitamente tiene por finalidad establecer el acceso de personas que denomina "excluidas" (artículo 1 del Decreto 114/2012) por la ley que supuestamente desarrolla.

<P>

c) Como se señaló, la norma autonómica considera su contenido como una ampliación y mejora de la cobertura sanitaria y parece partir del entendido de que estos efectos de mejora son propios del espacio competencial autonómico en este ámbito de una manera tal que la regulación que implique un incremento en los niveles de protección se legitiman de una manera natural. Considera este Consejo de Estado que este planteamiento no se corresponde con la mecánica de relación entre la legislación básica del Estado y las competencias de desarrollo normativo y ejecución que puedan tener las Comunidades Autónomas en virtud de sus Estatutos de Autonomía como de hecho las tiene la del País Vasco.

<P>

La norma básica, en materia de sanidad en este caso no tiene por función necesariamente fijar un mínimo de cobertura que debe ser respetado y que pueda ser excedido a través de la norma autonómica. Será así o no en función del tenor de la norma básica al que hay que estar en cada caso. Es claro que el artículo 3 de la LSNS no tiene tal sentido, sino más bien el de cumplimentar la función de determinar el ámbito de personas con acceso a las prestaciones sanitarias del SNS de manera uniforme para todo el Estado en la línea de lo expresado por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada. En consonancia con ello, el citado artículo 3 de la LSNS, en su apartado 5, establece como vía para instrumentar el acceso a las prestaciones de personas que no tengan la condición de asegurado ni de beneficiario "el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial".

<P>

Conviene subrayar sobre este punto que la ampliación del ámbito de cobertura propio del SNS de manera particular en una Comunidad Autónoma, además de no corresponderse con las reglas de distribución de competencias, no solo supone el efecto positivo para las personas favorecidas, sino que conlleva efectos perturbadores importantes como son la ruptura del principio de igualdad proclamado en el artículo 2.a) de la LSNS al configurar categorías de personas con acceso a las prestaciones sanitarias en una parte del territorio que no lo tienen en el resto o la circunstancia señalada por el Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad con relación a la aplicación del Decreto a personas extranjeras residentes en el País Vasco con la eventual extensión fuera de la Comunidad Autónoma del derecho a las prestaciones que reconoce.

<P>

IV. El segundo de los aspectos centrales que son objeto del Decreto cuestionado es el relativo a la extensión de la cobertura farmacéutica.

<P>

El RDL 16/2012 ha incluido esta prestación dentro de la "cartera común suplementaria" del SNS, cartera que "incluye todas aquellas prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y están sujetas a aportación del usuario" (artículo 8 ter. 1 de la LSNS). El porcentaje de aportación del usuario en la prestación farmacéutica ambulatoria, de acuerdo con la configuración que establece el apartado 5 del artículo 8 ter LSNS, ha sido fijado por el RDL 16/2012 a través de la reforma de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, concretamente en su nuevo artículo 94 bis. Se disponen unos porcentajes de aportación sobre el precio de venta, proporcionales al nivel de renta del usuario, entre el 60% y el 10% con topes de aportación para determinadas categorías de medicamentos y de asegurados y con exención de aportación para ciertos usuarios y sus beneficiarios.

<P>

El Decreto 114/2012 del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco contiene un artículo 8 que dice:

<P>

Artículo 8. Alcance de la extensión de la cobertura financiera.

<P>

1. La cobertura prevista en el artículo anterior, en cuanto a la aportación de las personas usuarias a la prestación farmacéutica ambulatoria del Sistema Nacional de Salud supone las siguientes condiciones económicas:

<P>

a) Con carácter general, el porcentaje de aportación económica que corresponderá satisfacer a las personas usuarias, será del 40% sobre el precio de venta al público. Se exceptúan de tales condiciones los medicamentos sujetos al sistema de aportación reducida.

<P>

b) Con carácter singular, estarán exentos de aportación los usuarios y sus beneficiarios que pertenezcan a alguna de las siguientes categorías:

<P>

- Pensionistas, incluidas las personas perceptoras de pensiones no contributivas.

<P>

- Personas afectadas de síndrome tóxico y personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica.

<P>

- Personas perceptoras de Renta de Garantía de Ingresos.

<P>

- Personas paradas que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo en tanto subsista su situación.

<P>

- Personas con tratamientos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

<P>

- Así mismo, están exentas de aportación aquellas personas que, comprendidas en los apartados 2 y 3 del artículo 2, se relacionan a continuación:

<P>

- Mayores de 65 años.

<P>

- Personas viudas.

<P>

- Personas huérfanas menores de 18 años.

<P>

- Personas con minusvalía en grado igual o superior al 33%.

<P>

2. La referida aportación se realizará en el momento de la dispensación. Si la dispensación se realiza en una oficina de farmacia ubicada fuera de la Comunidad Autónoma de Euskadi, el reintegro de lo abonado en exceso se ajustará a lo dispuesto en el artículo 7.3.

<P>

La remisión al artículo 7.3 supone el reintegro del exceso abonado cuando la dispensación haya tenido lugar en oficinas de farmacia ubicadas fuera del País Vasco.

<P>

Esta regulación difiere de la estatal de carácter básico tanto en la fijación del porcentaje de aportación como en la relación de los usuarios y beneficiarios exentos que es más amplia. Es decir, supone una contravención de la normativa básica del Estado y por ende de la CE (artículo 149.1.16ª) sin que pueda justificarse esta divergencia ni por el ejercicio de competencias de desarrollo normativo y ejecución ni por la mejora en la cobertura de prestaciones que la norma vasca pueda suponer, todo ello según lo razonado en el apartado anterior.

<P>

Cumple a este respecto señalar que en la reforma operada por el RDL 16/2012 en el sistema de prestaciones correspondientes a la asistencia sanitaria del SNS, se ha previsto un cauce, único y de necesario uso, para que las Comunidades Autónomas puedan mejorar o ampliar sus carteras de servicios con relación a las carteras comunes del SNS. Este es el de aprobación de una cartera de servicios complementaria conforme al nuevo artículo 8 quinquies de la LSNS con establecimiento de los recursos adicionales que sean necesarios y con información previa al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

<P>

Estas carteras complementarias podrán incorporar una técnica, tecnología o procedimiento no contemplados en la cartera común (apartado 2 del artículo 8 quinquies). No parece así que lo que pueda hacer es ampliar la cobertura financiera de una prestación sujeta a copago conforme a las normas básicas del Estado a quien, de acuerdo con la misma doctrina constitucional antes referida, corresponde en exclusiva definir la financiación del SNS. En cualquier caso, este no es el caso de lo regulado por el Decreto 114/2012.

<P>

Y, además de las razones expuestas, existe en las normas básicas del Estado un precepto que puede entenderse prohibitivo de la ampliación de la cobertura de la prestación farmacéutica. Es el artículo 89.1 de la Ley 29/2006 en la redacción dada por el RDL 16/2012, el cual en su párrafo quinto, dice:

<P>

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.

<P>

Si el derecho del Estado prohíbe a las Comunidades Autónomas reservas singulares con relación a la financiación de fármacos o productos sanitarios y lo hace en aras de preservar las condiciones de igualdad en todo el SNS, con más razón habrá que entender prohibido un sistema de financiación de toda la prestación farmacéutica ambulatoria que es particular de una Comunidad Autónoma.

<P>

Corresponde concluir, por tanto, que existen fundamentos para objetar la regulación establecida en el artículo 8 y concordantes del Decreto 114/2012.

<P>

V. La propuesta de acuerdo del Consejo de Ministros puntualiza con precisión los preceptos concretos del Decreto vasco que deben ser objeto del conflicto cuyo planteamiento se propone. Parece a este Consejo de Estado que los defectos jurídicos apreciados afectan a toda la normativa que el Decreto contiene de manera que, pivotando su contenido sobre los artículos 2 y 8 según lo expuesto, el resto de las disposiciones resultan accesorias o instrumentales de tal suerte que, desvinculadas de ellos, no tendrían una funcionalidad normativa propia y autónoma. Por ello, parece preferible dirigir la acción contra el Decreto 114/2012 en su conjunto.

<P>

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

<P>

Que existen fundamentos jurídicos suficientes para impugnar ante el Tribunal Constitucional el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi."

<P>

-----

<P>

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO PERMANENTE DE ESTADO DON MIGUEL HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN AL DICTAMEN MAYORITARIO NÚMERO 796/2012.

<P>

El Consejero que suscribe lamenta disentir del parecer mayoritario de la Comisión Permanente y, en consecuencia, formula el siguiente voto particular.

<P>

Por un lado, considera el Consejero que suscribe la necesidad de destacar al evacuar la consulta hecha a este Alto Cuerpo Consultivo, la improcedencia de declarar la urgencia de la misma y dar un plazo de tres días al efecto cuando el plazo para plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional no termina hasta el 29 de agosto. Las eventuales motivaciones estratégicas de esta manipulación de la consulta (por ejemplo, conveniencia de una pronta suspensión de la norma vasca o eventual negociación entre el Gobierno y el Ejecutivo vasco) no justifican la manipulación de un trámite (la consulta previa al Consejo) que contribuye a erosionar el sentido de la intervención de este Alto Cuerpo. La referencia a estos extremos procedimentales es de todo punto coherente con la afirmación hecha por el Consejo en su reciente dictamen número 470/2012.

<P>

Por otro lado, en cuanto al fondo de la cuestión, el Consejero que suscribe considera oportuno y necesario hacer las siguientes consideraciones:

<P>

1ª. El dictamen mayoritario estima que la norma estatal agota la regulación de la materia sanitaria de manera que el artículo 149.1.16 de la Constitución equivaldría a afirmar la competencia estatal sobre la regulación y ejecución de cuanto a la sanidad se refiere, algo que contradice el tenor literal del citado artículo 149.1.16 y la interpretación que de él ha dado el Tribunal Constitucional en abundante jurisprudencia de la que basta citar como ejemplo la Sentencia 98/2004, que reitera otras muchas anteriores, en torno al concepto de lo básico, que deja margen a las competencias autonómicas. Un concepto al que, sin duda, el Estado puede referirse al establecer una norma, pero cuya concreción no puede ser arbitraria. Una doctrina que el Tribunal Constitucional parece haber olvidado en su reciente Sentencia 136/2012, en la que afirma "pertenece indudablemente al núcleo de lo básico" la definición "de los ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia". Ciertamente la regulación estatal sobre lo básico agota la materia, pero cabe preguntarse que si se estima básico de una materia sus elementos subjetivos y objetivos qué es lo que queda fuera de ello.

<P>

2ª. El dictamen mayoritario considera que la norma vasca viola la igualdad proclamada en el artículo 2.a) de la Ley del Sistema Nacional de Sanidad, un principio técnico que ha de ser interpretado lógicamente, extremo en el que después se abundará, a la luz del principio de igualdad constitucional a que se refieren los artículos 14 y 149.1.1 de la Constitución.

<P>

Ahora bien, en primer lugar, es bien sabido que la igualdad ante la Ley no tiene el alcance de imponer una igualdad a toda costa en el ámbito de un Estado compuesto ante el ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de las competencias que tienen asumidas constitucionalmente. Extremo en el que abundó la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1986, según la cual "la divergencia entre normas que emanan de poderes distintos no puede dar lugar a una pretensión de igualdad", porque uno es el ámbito propio del principio constitucional de igualdad y otro el alcance de las reglas integrantes del bloque de constitucionalidad que atribuyen competencias ya al Estado ya a las Comunidades Autónomas.

<P>

En segundo término, estas modulaciones en la proyección práctica del principio de igualdad son aceptables en la medida en que tienen una justificación razonable, justificación razonable cuya ponderación debe hacerse atendiendo a la legitimidad de su fin (STC 158/1993), legitimidad avalada por su coherencia con la propia Constitución (STC 179/2004). Ahora bien, el artículo 43 de la Constitución afirma el derecho a la protección de la salud, derecho que según el mismo artículo compete organizar y tutelar a los poderes públicos, esto es, también a las Comunidades Autónomas, y que tiene según reiterada jurisprudencia constitucional una fuerza expansiva. En consecuencia nada más lógico que una

Comunidad Autónoma con recursos suficientes para ello en uso de sus competencias pueda extender los instrumentos de protección sanitaria más allá del mínimo general del Estado.

<P>

Tal sería el caso de un decreto dictado por el Gobierno Vasco, no solo en ejercicio de las competencias atribuidas en el artículo 18 del correspondiente Estatuto de Autonomía, sino de acuerdo con el imperativo del citado artículo 43 de la Constitución.

<P>

3ª. El Consejo de Estado ejerce su función de acuerdo con la Constitución y las leyes (artículo 1.2 de su Ley Orgánica), y es de acuerdo con la Constitución como debe evacuar sus consultas, según expresa el juramento de toma de posesión de su Presidente y Consejeros (artículos 15 y 29.3 de su Reglamento Orgánico). Por ello es a la Constitución, a su letra y también a sus valores a los que sus dictámenes deben referirse e interpretar las leyes e incluso un Decreto-ley de acuerdo con la Constitución y no como normas susceptibles, caso de no interpretarse así, de deformar cuando no de vaciar de contenido las propias previsiones constitucionales.

<P>

Según la Constitución la igualdad de los españoles excluye la discriminación de individuos o colectivos, así ha sido interpretado por la más autorizada doctrina y jurisprudencia, y a ello responde la letra y el espíritu del artículo 149.1.1 de la misma. Pero ello no debe impedir que más allá de estas condiciones básicas los poderes públicos, sin perjuicio de nadie, y sin discriminación de nadie, puedan mejorar las prestaciones que ofrecen a los individuos nacionales o extranjeros que se sitúan en el ámbito territorial de su competencia. Tal ha sido y es la práctica vigente en sanidad y en otras muchas cuestiones en muy diferentes Comunidades Autónomas y cuya eliminación plantearía en todas ellas arduos problemas y conflictos sobre los que el Consejo en uso de su competencia para dictaminar en cuestiones de oportunidad puede y debe llamar la atención.

<P>

4ª. Es bien sabido que el Real Decreto que toma como piedra angular el dictamen mayoritario se dicta, según resulta de su preámbulo, en una situación de crisis económica y responde más a criterios hacendísticos que sanitarios, algo que el Consejero que suscribe no critica, pero quiere llamar la atención que las soluciones de urgencia a situaciones económicas no pueden amparar la modificación del sistema constitucional, como sería el caso de una alteración de la distribución competencial hasta ahora vigente mediante una extensión de la noción de técnica de bases.

<P>

Por lo expuesto, el Consejero que suscribe es de parecer que no existen fundamentos suficientes para plantear el conflicto positivo de competencias al que se refiere la consulta.

<P>

-----

<P>

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

<P>

Madrid, 12 de julio de 2012

<P>

LA SECRETARIA GENERAL,

<P>

EL PRESIDENTE,

<P>

EXCMO. SR. MINISTRO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

<P>

..FEPU: