

**EXAMEN CONSTITUCIONAL DE LAS
REGULACIONES CATALANA Y
MADRILEÑA DEL EURO POR RECETA**

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

SUMARIO

1. PRETENSIÓN. 2. EL EURO POR RECETA EN CATALUÑA Y EN MADRID. 3. LA IMPUGNACIÓN DE ESTAS REGULACIONES: 3.1. El recurso interpuesto contra Cataluña y la defensa por parte de la Administración autonómica; 3.2. Los recursos interpuestos contra Madrid y la defensa de la regulación por parte de la Administración autonómica. 4. LA INDEBIDA ADMISIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO CONTRA LA REGULACIÓN CATALANA (INTERLUDIO). 5. EXAMEN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REGULACIONES CATALANA Y MADRILEÑA DEL EURO POR RECETA: 5.1. ¿Qué gravan las nuevas tasas autonómicas? La prestación farmacéutica; 5.2. La prestación farmacéutica como competencia concurrente; 5.3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia: 5.3.1. ¿Cuál es el título competencial presuntamente afectado? Las bases de la sanidad (art. 149.1.16 CE), 5.3.2. La normativa básica dictada sobre prestaciones farmacéuticas; 5.4. La aplicación de esta jurisprudencia a las normativas impugnadas: 5.4.1. Una operación previa: ¿pueden ser inconstitucionales las bases?, 5.4.2. Las nuevas tasas son inconstitucionales. 6. CODA.

Fecha recepción: 10.10.2013
Fecha aceptación: 10.03.2014

EXAMEN CONSTITUCIONAL DE LAS REGULACIONES CATALANA Y MADRILEÑA DEL EURO POR RECETA

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

Profesor (ApC) de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

1. PRETENSIÓN

Es bien sabido que a raíz de la crisis económica que nuestro país está atravesando se han producido muchas medidas que inciden en el ámbito de la sanidad. Mientras que algunas han buscado disminuir las partidas presupuestarias relacionadas con la salud (nuevo régimen jurídico relacionado con la tarjeta sanitaria, exclusión de medicamentos de la financiación pública y aumento de las aportaciones de los asegurados, etc.), otras han buscado aumentar los ingresos que pudieran dedicarse a este fin. Así, por ejemplo, las Comunidades Autónomas de Cataluña y Madrid han creado dos nuevas tasas vinculadas con la prestación farmacéutica.

El trabajo que el amable lector tiene entre manos pretende centrarse, exclusivamente, en el examen de la constitucionalidad de esta última medida, discutida ante el Tribunal Constitucional¹. No pretendemos realizar un trabajo general sobre la competencia «sanidad» y su delimitación entre el Estado central

¹ El origen de esta preocupación se encuentra en la ponencia «El euro por receta: los límites del art. 149.1.1 de la Constitución», impartida en el Curso de Verano *Estado autonómico-Estado federal* (Miraflores de la Sierra, 5 de septiembre de 2013), cuya preparación me hizo entender que el problema suscitado planteaba problemas técnicos complejos, sobre los que merecía la pena profundizar seriamente.

y las Comunidades Autónomas. Tampoco, como luego se justificará, sobre 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» del art. 149.1.1º CE².

Nuestra pretensión es mucho más concreta: se trata de determinar si la implantación del denominado euro por receta en Andalucía y Cataluña es, o no, constitucional. Para responder a esta cuestión, de la que la doctrina no se ha ocupado³, será preciso usar como parámetro la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vertida en relación con las prestaciones farmacéuticas y adelantar una visión crítica de su aplicación al novedoso asunto que ahora se plantea ante el alto Tribunal.

Para ello, será preciso recordar los términos de esas novedosas regulaciones (2), que se inscriben en un contexto en el que todas las Administraciones del Estado han aumentado la presión tributaria de los administrados, ya sea mediante el incremento de los impuestos, tanto directos como indirectos, como de la creación de nuevas tasas y el aumento de los precios públicos.

Lo cierto es que el euro por receta ha sido cuestionado tanto en Cataluña como en Madrid a través de la interposición de recursos de inconstitucionalidad, cuyo contenido será examinado a continuación (3).

La parte nuclear de este estudio es opinar sobre cuál será la respuesta que el Tribunal Constitucional dará a estos recursos (5). Para afrontar seriamente este interrogante resulta preciso determinar previamente si existen defectos que impidan la tramitación de alguno de estos recursos (especialmente, del interpuesto por la Presidenta del Gobierno en funciones contra la regulación catalana) (4). Con independencia de la respuesta que se dé a esta cuestión, se entrará en el examen sobre el fondo del asunto, centrandó nuestro análisis, en particular, en la vertiente competencial que presenta. Adoptada esta perspectiva, será preciso establecer, de un lado, cuál sería el título competencial en juego y recordar, de otro, cuál es la normativa básica en la materia. Una vez que hayamos establecido ambos extremos, estaremos en condiciones de ofrecer una opinión fundada sobre si la

² Sobre esta cláusula constitucional son ilustrativas las consultas de los trabajos de José Luis Carro Fernández-Valmayor [«Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1, 1ª de la Constitución». En *Revista española de derecho constitucional* 1 (1981), pp. 133 ss.] y de Javier Barnés Vázquez (*Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1ª CE*. Institut d'Estudis Autònòmics. Barcelona, 2004), porque su lectura evidencia su importancia y la interesante evolución interpretativa que de ella ha hecho el Tribunal Constitucional.

³ Justo antes de que este trabajo entre en imprenta he tenido conocimiento del estudio de Lilo Piña Garrido («El euro por receta de Cataluña y Madrid». *Tribunal Fiscal* 270, 2014).

tasa del euro por receta aprobada en Cataluña y Madrid vulnera, o no, el orden competencial constitucionalmente previsto.

2. EL EURO POR RECETA EN CATALUÑA Y EN MADRID

Las tasas de Cataluña y Madrid recaen «sobre los actos preparatorios y los servicios accesorios de mejora de la información inherentes al proceso para la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios mediante la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación» (art. 21.22.1 Ley de Cataluña 5/2012) y sobre la «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» (art. 2.Nueve de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas), respectivamente.

La tasa farmacéutica se justifica, formalmente, en el texto legislativo catalán, en «los actos preparatorios y los servicios accesorios de mejora de la información inherentes al proceso para la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios mediante la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación que deben dispensarse en las oficinas de farmacia».

Más detallada es la normativa madrileña, en el que se describen los siguientes extremos:

a) Hecho imponible: «la prestación, por los órganos competentes de la Comunidad de Madrid y con ocasión de la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación, de servicios administrativos complementarios de información, ajenos al acto médico, que redundan en beneficio directo del paciente». Dichos servicios son descritos en la norma: (1) la inclusión de la prescripción íntegra en la historia clínica del paciente; (2) el seguimiento permanente y actualizado de las prescripciones emitidas en relación con pacientes polimedicados, crónicos o con tratamientos de duración superior a cuatro meses y (3) la entrega a cada paciente, cuando proceda, de la hoja de medicación, comprensiva de la pauta del tratamiento farmacológico.

b) La tasa se devenga en el momento de la emisión de la receta.

En ambos casos, el ingreso de la tasa se produce por la minoración de las cantidades recaudadas de las deudas que mantenga la administración con los despachos de farmacia. De esta forma se producirá una reducción de la factura farmacéutica para las dos administraciones autonómicas.

Aunque con esta sumaria descripción podríamos dar por cumplida la idea de ofrecer los perfiles básicos de la regulación impugnada, puede adelantarse ya que tanto los responsables de una y otra Comunidad Autónoma, han defendido que con su instauración no se pretende tanto recaudar ingresos, sino conseguir una reducción de la demanda farmacéutica por parte de los usuarios, propiciando así un uso más responsable de los medicamentos.

3. LA IMPUGNACIÓN DE ESTAS REGULACIONES

3.1. *El recurso interpuesto contra Cataluña y la defensa por parte de la Administración autonómica*

La Presidenta del Gobierno (se indica en femenino intencionadamente, y este aspecto puede ser relevante para la resolución del proceso constitucional), ha interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos.

Interesa centrarnos⁴ en la impugnación del artículo 41 de la Ley de Cataluña 5/2012, que, como ya se ha indicado, establece una tasa sobre «los actos prepa-

⁴ Se cuestiona también la regularidad del art. 16 de la Ley, que incorpora un nuevo art. 3bis-1-1 del Texto refundido de la Ley de tasas y precios públicos de la Generalidad de Cataluña, estableciendo nuevas tasas relacionadas con «la prestación de servicios personales y materiales en el ámbito de la administración de la Administración de Justicia de competencia de la Generalidad, a instancia de parte, en los órdenes civil y contencioso-administrativo, en órganos judiciales con sede en Cataluña». En el recurso de inconstitucionalidad interpuesto se considera que la primera previsión en materia de justicia vulnera el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas, que establece que «Los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos impositivos gravados por el Estado». Es oportuno recordar que esta materia ha sido regulada por el Estado (primero, en el art. 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y ahora, por la polémica Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, que, por cierto, ha sido también impugnada ante el alto Tribunal). En este punto el debate se contrae a determinar si el hecho imponible gravado por la autoridad catalana coincide, o no, con el contemplado por la normativa estatal. Aunque no sea este el objeto de la presente investigación, resulta de justicia apuntar que existen poderosos argumentos para defender que se está produciendo una doble imposición, a la vista de que el devengo de la tasa se vincula, expresamente, con el mismo acto gravado por el Estado, y existen otros elementos idénticos entre los gravámenes estatal y autonómico, con excepción de la vinculada a la demanda de ejecución de título judicial en el ámbito civil, que solamente está prevista en la norma

ratorios y los servicios accesorios de mejora de la información inherentes al proceso para la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios mediante la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación».

Se afirma en el recurso interpuesto que esta nueva tasa es inconstitucional porque vulnera el reparto de competencias constitucionalmente declarado. Se recuerda que la materia de sanidad está compartida entre el Estado (al que le corresponden las bases y su coordinación general, *ex art.* 149.1.16 CE) y las Comunidades Autónomas. En particular, Cataluña asume como competencia compartida la referida a la «ordenación, la planificación, la determinación, la regulación y la ejecución de las prestaciones y los servicios sanitarios» (art. 162.3.a de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña) y la competencia de establecer tributos propios (art. 203.5).

En el recurso de inconstitucionalidad se sostiene también que «si la decisión acerca del concreto modelo o tipo de financiación para la prestación farmacéutica [...] debe conceptuarse *base* de la sanidad, sólo el Estado será competente para establecer una tasa». Esta competencia estatal para fijar bases de la sanidad «lleva implícito un mandato igualitario», debiendo deducirse de la posición del Tribunal Constitucional en esta materia que «por financiación pública de la prestación farmacéutica se entiende lo que no supone carga para cada usuario del servicio, sea en forma de aportación (copago) o sea en forma de tasa», sin que puedan las Comunidades Autónomas «empeorar el régimen básico de condiciones de acceso del usuario al medicamento». Resulta irrelevante que se trate específicamente de un supuesto de aportación del usuario o copago, siempre que, como aquí ocurre, tenga un efecto equivalente (ver STC 136/2012/7) a dicha medida: «Crea así el legislador autonómico una extraña estructura de delegación *solvendi* de un crédito de Derecho público, en cuya virtud el delegante (la Administración autonómica) invita al delegado (el usuario) a que pague la tasa al delegatario (el farmacéutico, un particular colaborador del Servicio de Salud), y este reduzca con el importe de la tasa la factura que pasa al Servicio de Salud. La tasa aparece así como un mecanismo para aumentar la parte de la prestación farmacéutica a cargo del patrimonio del usuario catalán, que no sólo deberá pagar la aportación que establecen las normas básicas —en igualdad con el resto de españoles— sino, además, la tasa autonómica de un euro por receta u orden de dispensación (arts. 21.22-2 y 21.22-4) en el momento de la dispensación (art. 21.22-3), salvo que resulte exento en virtud

autonómica. Ello no supone, necesariamente, que el sometimiento a tributación de ésta última deba ser considerada plenamente constitucional, puesto que está gravando un servicio materialmente vinculado con la Administración de Justicia, que es una competencia estatal.

del art. 21.22-5». Se violenta así la competencia estatal de bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE).

El Consejo de Estado estima⁵, por su parte, que el precepto impugnado puede ser inconstitucional, por vulnerar los arts. 149.1.1 y 149.1.16 CE. A juicio del máximo órgano consultivo del Estado, «no cabe admitir que, en ejercicio de su potestad tributaria, las Comunidades Autónomas impongan gravámenes cuya exacción comporte, en última instancia, un incremento del coste que los ciudadanos hayan de abonar para obtener un determinado medicamento o producto sanitario. Este es precisamente el efecto que provoca la tasa prevista en el artículo 41 de la Ley catalana 5/2012, cuyo establecimiento tiene una clara repercusión sobre el coste final de los medicamentos o productos sanitarios que se dispensen en el territorio de Cataluña, ya que, como consecuencia de la exacción de este tributo, las personas a las que se prescriba un medicamento en dicho ámbito territorial se verán obligadas a pagar por cada receta un euro más que los restantes usuarios del Sistema Nacional de Salud». Se separan de este parecer los Consejeros Ledesma Bartret, Fernández de la Vega, y Alonso García, al defender que «toda tasa incide en los precios» y que «no hay argumentos suficientes en el dictamen mayoritario para recurrir el art. 41».

El Letrado del Parlamento de Cataluña defenderá, lógicamente, la plena constitucionalidad de la tasa autonómica, entendiendo que la misma no grava la adquisición de medicamentos. Con su instauración no se persigue ni recortar la prestación farmacéutica, ni afectar a los precios de los medicamentos. Lo que se grava con ella son los servicios sanitarios que presta la Comunidad Autónoma, como puede ser la prescripción de recetas farmacéuticas (ver art. 85.bis, apartados 1 y 3, de la citada Ley 29/2006, introducido por Real Decreto-Ley 16/2012). No se grava la dispensación del medicamento (aunque en ese momento se devengue la tasa), sino su diagnóstico y tratamiento, aspectos que no guardan relación con las tasas estatales previstas en el Título X de la Ley estatal 29/2006. No hay pues, doble imposición.

Tampoco se contraviene el principio de igualdad, dado que esta tasa pretende racionalizar la utilización de medicamentos, moderando un aumento en su demanda.

⁵ Dictamen 623/2012, de 21 de junio de 2012, sobre Recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 16, 41, 94.1 de la Ley de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos.

3.2. *Los recursos interpuestos contra Madrid y la defensa de la regulación por parte de la Administración autonómica*

El euro por receta creado en la Comunidad de Madrid ha sido impugnado tanto por el Gobierno de la Nación como por senadores del Grupo Parlamentario Socialista⁶. En este último recurso se estima, en primer lugar, que es contrario al artículo 31 CE porque la nueva figura tributaria no respeta los principios de capacidad económica, igualdad y progresividad, dado que los servicios objeto de la tasa son «exigencias generales e imprescindibles del funcionamiento del servicio público de sanidad», ya que constituyen «requisitos necesarios para que el acto médico pueda ejercerse en unas condiciones adecuadas». Esto ocurre, especialmente, al entregar al enfermo una hoja de medicación sobre la pauta del tratamiento farmacológico. El carácter ficticio de la tasa se pone de manifiesto cuando se excluye de la misma a quienes no adquieran finalmente el medicamento, aunque se haya producido el hecho imponible, o cuando no pagan el servicio público presuntamente utilizado en la Comunidad de Madrid, al presentar su receta en farmacias asentadas fuera de dicho territorio.

No se trata, pues, a juicio de los recurrentes, de que los pacientes contribuyan al coste de unos servicios administrativos, ajenos al acto médico, que le afectan o benefician de modo particular, como es preceptivo al tratarse de tasas, sino de instaurar, más correctamente, un sistema de copago sobre la prestación farmacéutica. Partiendo de este dato, se considera que la tasa impugnada infringe tanto el principio de capacidad económica como los de igualdad y progresividad.

El segundo motivo de impugnación es que la nueva tasa vulnera las competencias estatales en materia de coordinación y bases de la sanidad (art. 149.1.16º CE) y el principio de igualdad de todos los ciudadanos (art. 149.1.1º CE) en el ejercicio del derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 CE. Forman parte de la cartera común básica de servicios del Sistema Nacional de Salud «todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación», y todas estas actividades son «cubiertas de forma completa por financiación pública», sin que las Comunidades Autónomas puedan exigir aportaciones suplementarias de los usuarios (sí que pueden, por el contrario, mejorarlas, *ex* STC 136/2012). Además, constituye legislación básica no sólo la garantía general de financiación pública, sino también «los supuestos en los que

⁶ No daremos cuenta detallada del recurso el interpuesto por el Presidente del Gobierno porque no lo hemos localizado en internet. A la vista de las alegaciones presentadas por la Asamblea de Madrid en relación con los dos recursos de inconstitucionalidad presentados contra este precepto, puede concluirse que la fundamentación contenida en uno y otro es de muy similar contenido y alcance.

otras prestaciones comunes, no básicas, puedan estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del sistema».

El Consejo de Estado⁷ considera que, efectivamente, el copago farmacéutico «constituye una quiebra del principio esencial de igualdad efectiva consagrado en los artículos 2 y 23 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y 89.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios». Además, «supone una modificación del sistema de financiación establecido para la prestación en cuanto se refiere a la contribución económica del usuario», sistema que resulta indisponible para una Comunidad Autónoma (STC 136/2012).

El Dictamen se acompaña de dos Votos Particulares. Uno firmado por Enrique Alonso García, en el que se defiende que «La Comunidad Autónoma, salvo que la legislación básica lo diga, tiene competencia para gravar los hechos imposibles vinculados a, pero no materialmente idénticos a, los regulados por la legislación básica», como puede ser el servicio de informatización. El Consejero se cuestiona, además, si el citado art. 89.1 de la Ley 29/2006 puede anular «la competencia autonómica de financiación de la sanidad gravando hechos imposibles no gravados por ley estatal alguna» y estima, finalmente, que el conflicto normativo debería ser solventado a través de una mejor delimitación de las bases.

Los Consejeros Fernández de la Vega y Ledesma Bartret firman el segundo Voto Particular, en el que fundamentan la inconstitucionalidad de la normativa cuestionada por razones diferentes a las manejadas en el Dictamen, y que centrarían en la lesión del art. 149.1.1º CE. Consideran que no se ve afectada la competencia básica en materia de sanidad, dado que el precepto legal no altera el precio del medicamento en sí mismo considerado. Sin embargo, sí resulta cuestionable que se grave un servicio que no es ajeno al acto médico, comprometiendo el principio de igualdad en el acceso y disfrute de prestaciones sanitarias básicas.

La Asamblea de Madrid ha defendido, como no podía ser de otro modo, la constitucionalidad de la tasa impugnada. En sus alegaciones, presentadas en relación con el recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno, recuerdan, inicialmente, la libertad de configuración normativa que ostenta dicha Cámara en la legislación de desarrollo de la sanidad (art. 149.1.16 CE y 27.4 EACM) y la autonomía financiera de la que disfruta la Comunidad de Madrid (art. 156.1 CE).

Por otra parte, niega la Asamblea que se haya producido ninguna doble imposición que deba ser controlada por el Tribunal Constitucional. En efecto,

⁷ Dictamen 18/2013, de 17 de enero, sobre 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.

los actos sometidos a gravamen, que tienen lugar entre la emisión y la dispensación de medicamentos, no guardan relación con el pago de las medicinas. No puede hablarse de doble imposición, en primer lugar, porque «el precio o aportación del usuario a la hora de obtener un medicamento en las oficinas de farmacia no tiene la consideración legal de tributo». Esta afirmación es temeraria puesto que el copago farmacéutico tiene indudable naturaleza tributaria, por tratarse de una tasa⁸.

Demostrando una cierta contradicción interna con la argumentación que acaba de realizar, la Asamblea de Madrid sostiene a continuación que la competencia tributaria de la Comunidad de Madrid encuentra natural acomodo en el art. 107.3 de la citada Ley 29/2006, que regula la tasa estatal, «sin perjuicio de las facultades que correspondan a las Comunidades Autónomas». Al igual que el Estado puede gravar «las pertinentes advertencias [del facultativo] para el farmacéutico y el paciente», así como las «instrucciones para un mejor seguimiento del tratamiento» (art. 77.5), las Comunidades pueden gravar su modelo de documento clínico (al que se alude en el art. 3 y en el Anexo VIII del Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre). Dado que son servicios, vinculados a la Administración autonómica, resulta evidente la inexistencia de duplicidad de hechos imposables. Si bien es cierto que las tasas estatal y autonómica recaen sobre una misma materia, son diferentes los hechos imposables (ver SSTC 289/2000/4, de 20 de noviembre; 168/2004/6, de 5 de octubre; 179/2006/4, de 13 de junio). Desde un punto de vista estrictamente tributario, se evidencia la existencia de dos hechos imposables distintos. Cuestión diferente es que la finalidad de la tasa prevista por la Comunidad de Madrid (el beneficio directo del paciente) solamente se entienda completada, dado su carácter complejo, cuando el medicamento se dispensa.

Los letrados de la Asamblea de Madrid consideran, además, que la tasa se dicta en el ejercicio de competencias propias (en concreto, las relacionadas con las de sanidad e higiene *ex* art. 27.4 EACM). Este aserto se fundamenta en la premisa de que los servicios administrativos gravados son distintos al acto médico, y son de competencia autonómica. Partiendo del art. 7.1 LOFCA, se vincula a la emisión de la receta «en sus aspectos administrativos y organizativos» (y no

⁸ Lilo Piña Garrido entiende que, aunque las Comunidades Autónomas lo hayan regulado como tasa, el euro por receta es, en realidad, un precio público (ver art. 24 ss. Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos), dado que, a su juicio, también pueden emitir recetas médicos privados (En «El euro...», *cit.*, apartado 2). Sin embargo, el objeto de la medida afecta a la emisión de recetas farmacéuticas a cargo de la Seguridad Social, que son las afectadas por un régimen específico de subvención estatal (total o parcial, según los casos y la capacidad económica del enfermo), y que, lógicamente, debe ser realizada por médicos públicos.

concebida como acto médico), centrados en los tres aspectos expresamente contemplados en la normativa impugnada (que son servicios complementarios de información). No se tributa, pues, ni sobre la prestación farmacéutica ni sobre la cartera común básica del sistema nacional de salud reservada al Estado. Tampoco incide, entonces, en el régimen de fijación de los precios de productos farmacéuticos. Estamos en presencia de unos servicios adicionales que mejoran el *minimum* estatal, y que pueden ser gravados con una tasa por justificarlo así el principio de suficiencia de recursos (STC 13/2007/5, de 18 de enero y 109/2011, de 22 de junio) y estando en presencia de una mera cuestión de legalidad ordinaria, que encuentra, además, apoyo en el art. 88.1 de la Ley 26/2009, precepto que permite a las Comunidades Autónomas adoptar medidas tendentes a racionalizar la prescripción y utilización de medicamentos⁹.

4. LA INDEBIDA ADMISIÓN DEL RECURSO INTERPUESTO CONTRA LA REGULACIÓN CATALANA (INTERLUDIO)

Nuestro siguiente cometido debería ser realizar el examen competencial que alienta el presente trabajo, centrado, como ya se ha indicado en la prestación farmacéutica. Sin embargo, como es bien sabido, el Tribunal Constitucional no deberá entrar a examinar el fondo del asunto si concurren defectos procesales en el recurso que motiven su inadmisión. Y es probable que en el recurso interpuesto contra la regulación catalana se haya producido un vicio formal.

Para determinar su eventual existencia resulta preciso recordar algunos datos sobre la presentación del recurso. El Consejo de Ministros celebrado el 14 de diciembre de 2012 se desarrolló bajo la presidencia de la Vicepresidenta del Gobierno, Sra. Sáenz de Santamaría, dado que el Presidente del Gobierno se encontraba en viaje oficial en Bruselas. El Ministro Secretario del Consejo de Ministros, Sr. Ruiz-Gallardón, certifica que se ha aprobado en dicha sesión un acuerdo por el que se solicita del Presidente del Gobierno la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley de Cataluña 5/2012¹⁰. La Vicepresidenta emite otro certificado de la misma fecha en el que

⁹ Se remiten, sobre medidas tributarias con finalidad racionalizadora con carácter general, a la STC 98/2004, de 25 de mayo y al ATC 147/2012/6, de 16 de julio.

¹⁰ «El Consejo de Ministros ha aprobado un Acuerdo por el que se solicita al Presidente del Gobierno la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 16 y 41 de la Ley de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos. El recurso cuenta con el preceptivo dictamen del Consejo de Estado con fecha de 21 de junio de 2012» (información

se da cuenta de su decisión de interponer el citado recurso de inconstitucionalidad en su calidad de Presidenta en funciones, dando instrucciones a la abogacía del Estado para que proceda a su formulación. El recurso de inconstitucionalidad se presenta ante el Tribunal Constitucional el posterior día 21 de diciembre en nombre de la Sra. Presidenta del Gobierno en funciones.

¿Existe un defecto de legitimación que impida la tramitación del recurso? Así lo estima el Letrado del Parlamento de Cataluña, y lo hace con argumentos sólidos. En primer lugar, resulta discutible que la actuación de la Vicepresidenta del Gobierno en el Consejo de Ministros fuera a título de «Presidenta en funciones», dado que ese mismo día el Presidente actuaba como tal en un Consejo Europeo celebrado en Bruselas. Es más correcto considerar que la Vicepresidenta asumía la presidencia del Consejo de Ministros, sin que ello suponga su actuación «en funciones», que solamente puede producirse cuando el puesto del Presidente está vacante, o cuando éste se encuentre inhabilitado para ocupar el cargo por motivos de enfermedad.

Si se acepta que el Presidente del Gobierno actuó como tal el 14 de diciembre de 2012 en el Consejo Europeo celebrado en Bruselas, resulta imposible que opere, simultáneamente, una Presidenta en funciones, y más aún que adopte decisiones reservadas constitucionalmente a dicho cargo unipersonal de forma exclusiva (como es la convocatoria de elecciones anticipadas o la interposición de un recurso de inconstitucionalidad). En segundo lugar, que el Presidente del Gobierno esté fuera de España no le incapacita para cumplir con sus funciones, como es la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, ni le impide adoptar dicho acuerdo un día después. De hecho, y en tercer lugar, y aunque esto no se indica en las alegaciones del Letrado del Parlamento de Cataluña, resulta palmario que el día 21 de diciembre el recurso se presenta por una Presidenta en funciones que, en esos momentos, manifiestamente, ya no lo era.

Esta argumentación se compadece cabalmente con las previsiones contenidas en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Según su artículo 3.1, le corresponde al vicepresidente «el ejercicio de las funciones que les encomiende el Presidente». Por otra parte, «en los casos de vacante, ausencia o enfermedad, las funciones del Presidente del Gobierno serán asumidas por los Vicepresidentes, de acuerdo con el correspondiente orden de prelación, y, en defecto de ellos, por los Ministros, según el orden de precedencia de los Departamentos» (art. 13.1). Este precepto es suficiente para justificar, sin mayor problema, que asumiera la Vicepresidenta del Gobierno la presidencia del Consejo de Ministros celebrado el 14

extraída de la referencia del Consejo de Ministros, en http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2012/refc20121214.htm).

de diciembre de 2012 (ver art. 18.1). Es más discutible, sin embargo, que asuma otras facultades diferentes, sobre todo si no media la oportuna delegación de competencias que se regula en el art. 20.1.a. E incluso en este supuesto, debe recordarse que dicha delegación no podría alcanzar a competencias directamente atribuidas por la Constitución (art. 20.3.a), como son la disolución de las Cámaras o la interposición de un recurso de inconstitucionalidad (arts. 115 y 162.1.a CE).

Estas razones podrían justificar que el Tribunal acordara la inadmisión del recurso de inconstitucionalidad, por defecto de legitimación activa para su interposición. Sin embargo, es oportuno recordar (en este caso, críticamente) que el Tribunal Constitucional siempre ha sido muy generoso con los óbices procesales en lo que atañe al recurso de inconstitucionalidad, excepto en los defectos que no admiten reparación alguna (fundamentalmente aludimos al tema de los plazos).

5. EXAMEN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REGULACIONES CATALANA Y MADRILEÑA DEL EURO POR RECETA

Más allá de la respuesta que dé el Tribunal a esta cuestión previa, que atañe a la admisión del recurso interpuesto contra la normativa catalana, nuestra intención es analizar la constitucionalidad del euro por receta en clave competencial, aportando un enfoque que permita desentrañar, en primer lugar, cuál es el concreto título competencial concernido y, en segundo lugar, cuál es la normativa básica que lo desarrolla. El contraste entre dicha regulación estatal y las leyes autonómicas que regulan el euro por receta nos permitirá ofrecer una respuesta, una opinión, a la cuestión inicialmente planteada.

Nuestra primera tarea será determinar cuál es la materia sobre la que versan las novedosas regulaciones madrileña y catalana que han sido impugnadas ante el Tribunal Constitucional, para examinar, posteriormente, cuál es la doctrina del Tribunal Constitucional en dicha materia. Finalmente, aplicaremos esta doctrina al supuesto ahora enjuiciado en sede constitucional para tratar de avanzar una opinión sobre si se ha producido, o no, una vulneración competencial de calado constitucional.

5.1. *¿Qué gravan las nuevas tasas autonómicas? La prestación farmacéutica*

Las asambleas legislativas de Cataluña y Madrid han defendido la constitucionalidad de la nueva tasa, apoyándose para ello, fundamentalmente, en dos argumentos de distinta índole.

El primero es que su instauración grava servicios de su competencia, ya sean referidos estos a actos preparatorios del proceso para la prescripción y dispensación de medicamentos (Cataluña) y para servicios accesorios (Cataluña) o complementarios (Madrid) de información relacionados con la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación¹¹.

El Letrado del Parlamento de Cataluña defiende, en esta dirección, que la tasa catalana no incrementa el precio de los medicamentos, sino que somete a gravamen los actos previos a la emisión de la receta: «lo que se grava con la tasa no es la entrega del producto sino las actuaciones en el ámbito de la prestación sanitaria para coadyuvar al hecho de que el medicamento que se dispense sea el más seguro, efectivo y eficiente en el ámbito del tratamiento médico prescrito».

Esta argumentación no parece de recibo, por diversas razones. Resulta llamativo en una normativa de este tipo que la norma no exprese claramente cuándo se devenga la tasa. Podría deducirse del art. 21.22-3 de la normativa catalana que la misma se devenga «en el momento en que la receta u orden es dispensada en la oficina de farmacia», dado que es en ese momento cuando su existencia «se acredita». Si esta aseveración fuera correcta, se producen algunas paradojas que merece la pena destacar, como son que las personas que presentan recetas emitidas en Cataluña puedan evitar el pago de la tasa presentándolas en farmacias situadas fuera de su territorio u optando, finalmente, por no adquirir el medicamento. Estas hipótesis conducen a pensar que la nueva tasa se vincula, directa y materialmente, con la presentación de la receta, lo que tiene por efecto inevitable incrementar el precio que se paga por el medicamento, lo que podría resultar contrario a la normativa básica anteriormente descrita.

Pero es que además, de otro lado, podría cuestionarse si se puede prever una tasa autonómica sobre actos de naturaleza específicamente médica y que constituyen prestaciones básicas del sistema nacional de salud, como es el diagnóstico de enfermedades y, en su caso, la determinación del tratamiento farmacológico para combatirlas. No parece que tal posibilidad exista.

Parece, pues, que lo que se grava con la tasa catalana es la prestación farmacéutica¹², lo que, como veremos con más detalle, vulnera manifiestamente la

¹¹ Debe recordarse, con carácter previo, que las Comunidades Autónomas pueden «establecer y exigir sus propios tributos de acuerdo con la Constitución y las Leyes» (arts. 157.1.b CE y 6.1 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas). Ahora bien, estos no podrán recaer ni sobre hechos imponderables gravados por el Estado (art. 6.2) ni sobre materias que sean competencia estatal.

¹² Sobre estas materias puede consultarse Dopico Plazas, José Luis: «La prestación farmacéutica en el ámbito del sistema nacional de salud. Cambios normativos». En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 26 (2011), pp. 108 ss.

legislación básica de sanidad. ¿Ocurre esto también con la regulación madrileña? Aunque a nuestro juicio la respuesta es igualmente positiva, es de justicia reconocer que la regulación aprobada por la Asamblea de Madrid aporta algunas diferencias con la catalana.

Así, por ejemplo, se indica con nitidez, que la tasa se devenga con la emisión de la receta, y no con su dispensación. Lo que ocurre es que la tasa se liquida, al igual que en el caso catalán, cuando el usuario acude a la oficina de farmacia.

Por otra parte, se delimita con mayor precisión qué concretos servicios complementarios de información son los que generan la tasa, y que son los siguientes: (1) la inclusión de la prescripción íntegra en la historia clínica del paciente; (2) el seguimiento permanente y actualizado de las prescripciones emitidas en relación con pacientes polimedcados, crónicos o con tratamientos de duración superior a cuatro meses y (3) la entrega a cada paciente, cuando proceda, de la hoja de medicación, comprensiva de la pauta del tratamiento farmacológico. Aunque existe una muy posible intención de dotar de contenido (contenido propio, se entiende) a la tasa madrileña, superando la indeterminación detectada en la legislación catalana, dicho fin no se consigue. Los tres servicios que pretenden gravarse inciden, manifiestamente a nuestro parecer, en la prestación médica (en lo que atañe a los dos primeros servicios) y farmacéutica (en cuanto al tercero). Ambas son materias que son competencia estatal.

Buena prueba de esta afirmación se pone de manifiesto en la propia justificación que los responsables autonómicos han hecho de la tasa. No han vinculado ésta con los problemas que atraviesan las cuentas públicas autonómicas (especialmente las de Cataluña), pero sí con la pretensión de «moderar lo que los académicos americanos denominan el *moral hazard* o riesgo moral que determina un aumento de la demanda, sin ninguna consecuencia beneficiosa para su salud, cuando una persona accede de forma ilimitada a una prestación farmacéutica». Esta última idea se recoge, expresamente, en las alegaciones del Letrado del Parlamento de Cataluña, y el Presidente de la Comunidad de Madrid ha defendido la medida adoptada en su comunidad en argumentos muy parecidos. Con su instauración se pretende que los usuarios hagan un uso más responsable de los medicamentos. No se trata, pues, tanto de asegurar ingentes ingresos en las arcas autonómicas como de conseguir una menor factura farmacéutica¹³.

¹³ Desde esta perspectiva, pueden recordarse otras iniciativas autonómicas que persiguen este mismo fin, como son la creación de Comisiones de evaluación o asesores que restringen la prescripción y el uso de determinados medicamentos (La Orden 851/2009, de 30 de noviembre, que creaba el Consejo Asesor de Farmacia de la Comunidad de Madrid, fue anulada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de octubre de 2010), la exclusión de determinados medicamentos de la prescripción electrónica, la previsión de establecer condiciones especiales para

Si estas pretensiones son las efectivamente perseguidas, resulta evidente que el objeto de la tasa no guarda relación con ningún servicio prestado por la Comunidad Autónoma, sino que su objeto material es la prestación farmacéutica. Es, pues, desde esta perspectiva desde la que debe examinarse la validez de las regulaciones autonómicas impugnadas.

5.2. *La prestación farmacéutica como competencia concurrente*

Como ya se ha indicado en líneas anteriores, el Estado central asume la competencia de fijar las bases de la sanidad (art. 149.1.16 CE) y, en lo que ahora nos interesa, la prestación farmacéutica se integra en la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud (art. 8.2.a de la citada Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud).

Pero por estar en presencia de una competencia concurrente, resulta igualmente evidente que también las Comunidades Autónomas disponen de competencias en esta materia. Pueden señalarse, en esta dirección, tres preceptos de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios que han sido invocados por las Comunidades para justificar la instauración del euro por receta.

El primero es el artículo 88.1, que permite a las Comunidades Autónomas adoptar «medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la utilización de medicamentos y productos sanitarios». Debe aceptarse con naturalidad que éste ha sido el principal argumento empleado por los responsables de las autonomías que han instaurado esta tasa.

También se invoca, en segundo lugar, el art. 107.3 del mismo cuerpo normativo, en el que, tras crear la tasa estatal en materia de medicamentos, se indica que ésta «será de aplicación en todo el territorio nacional de acuerdo con lo previsto en el artículo 112 de esta Ley, y sin perjuicio de las facultades que correspondan a las Comunidades Autónomas». La Asamblea de Madrid invocará este precepto para defender la legitimidad que grave los servicios autonómicos relacionados con la dispensación de medicamentos.

Finalmente, y en tercer lugar, el Parlamento de Cataluña invoca el artículo 85 bis de la Ley 29/2006, precepto que dispone, tras su modificación por Real

la prescripción y dispensación para determinados medicamentos o la elaboración de un catálogo priorizado de medicamentos. Como acertadamente sostiene Susana Guerrero Trevijano, todas estas medidas vulneran la legislación sanitaria básica [en «Análisis legal de determinadas medidas anticrisis adoptadas por las Comunidades Autónomas para reducir el gasto farmacéutico». En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 30 (2011), pp. 96 ss.].

Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, que la prescripción de recetas farmacéuticas compete a las Comunidades Autónomas en lo que atañe a los sistemas de información para apoyo a la prescripción.

Asumiendo pues que, indudablemente, las Comunidades Autónomas disponen de competencias relacionadas con la prestación farmacéutica, la duda que el Tribunal Constitucional debe resolver es si, en su legítimo ejercicio, resulta admisible adoptar medidas que, con independencia de que encarezcan o no el precio del medicamento en sí mismo considerado (en cuyo caso se plantearía el problema añadido de una eventual doble imposición), tengan por efecto dificultar por razones económicas el acceso de los usuarios a los medicamentos que precisan. Optar por una respuesta positiva determinará que estamos ante una medida plenamente constitucional. Defender lo contrario debería llevar a decretar la nulidad de las normas impugnadas.

5.3. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia.*

5.3.1. ¿Cuál es el título competencial presuntamente afectado? Las bases de la sanidad (art. 149.1.16 CE)

En líneas anteriores se ha hecho ver que aunque tanto los autores de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la normativa catalana y madrileña como el Consejo de Estado defienden su inconstitucionalidad, no siempre hay acuerdo sobre cuál sería el título competencial vulnerado. En algunos casos, se estima que se ha contravenido la competencia sobre las bases de la sanidad (art. 149.1.16), en otros casos, se considera que se vulnera «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles» (art. 149.1.1) y se ha defendido también la vulneración simultánea de estas dos previsiones constitucionales.

Nuestra primera tarea debe ser, entonces, determinar cuál o cuáles son los títulos competenciales que pueden verse afectados por las normativas impugnadas. A tal fin, interesa recordar, de entrada, que el Tribunal Constitucional ha señalado que la financiación de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud se encuadra, en concreto, en la competencia de «bases y coordinación de la sanidad» (art. 149.1.16 CE), descartando sus eventuales implicaciones con otros títulos competenciales (en concreto, «legislación sobre productos farmacéuticos» y «régimen económico de la Seguridad Social», contemplados en los apartados 16 y 17 del art. 149.1 CE) (SSTC 98/2004/3-6, 22/2012/3, de 26 de febrero, y 136/2012/3). No desvirtúa esta aseveración el que la Ley 16/2013 afirme desarrollar también la competencia sobre el régimen económico de la

Seguridad Social (art. 149.1.17 CE) en su Disposición Final Primera, dado que el Tribunal Constitucional «no se encuentra vinculado por los encuadramientos competenciales que realizan las propias normas sometidas a su enjuiciamiento (por todas, STC 144/1985/1, de 25 de abril)» (STC 152/2003, de 17 de julio, entre otras muchas).

También ha mantenido el Tribunal Constitucional que la competencia estatal referida a «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles» (art. 149.1.1 CE) queda «absorbida por la que le corresponde al Estado en la regulación de las bases de la sanidad que es más específica y puede dotarse también de mayor contenido» (SSTC 109/2003/3, de 5 de junio, 136/2012/3, de 19 de junio, y 137/2013/3, de 6 de junio).

Especialmente interesante es la doctrina contenida en las SSTC 98/2004, de 25 de mayo, 136/2012/8, de 19 de junio y 137/2013, de 6 de junio, porque contribuyen a delimitar la normativa básica, su anclaje constitucional y la interpretación que de ella ha realizado el alto Tribunal. Baste con recordar ahora que el Tribunal Constitucional establece en la primera de ellas que la financiación pública del medicamento, constituye «un aspecto esencial o nuclear de la regulación de la prestación farmacéutica, al ser un presupuesto necesario para el acceso de los ciudadanos a los medicamentos en condiciones de igualdad, a precio razonable y con un precio público ajustado», quedando garantizada «una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud»¹⁴. El Tribunal entiende así que el Estado establece un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos, y que las Comunidades Autónomas pueden favorecer, pero no limitar (SSTC 98/2004/7, de 25 de mayo, y 22/2012/3, de 16 de febrero).

Resulta evidente, a la vista de estos datos, que el enfoque adecuado de la cuestión debe tomar en consideración, como título competencial eventualmente vulnerado por las legislaciones catalana y madrileña del euro por receta, el referido a las bases de la sanidad (art. 149.1.16 CE). No es que no en este conflicto no se ventile un problema de igualdad entre todos los usuarios del sistema sanitario, que pudiera enfocarse desde la perspectiva del art. 149.1.1 CE, sino que el Tribunal entiende que dicha igualdad juega un destacado papel en lo referido a las bases de la sanidad, por lo que posee un más específico contenido desde la perspectiva del art. 149.1.16.

¹⁴ Fundamento Jurídico 7.

Esto no supone, obviamente, que las Comunidades Autónomas no dispongan de un margen normativo propio. Dado que la sanidad es una competencia concurrente, las Comunidades Autónomas mantienen también competencias de desarrollo normativo y ejecución en el campo de Sanidad. Limitando nuestro examen a las Comunidades Autónomas de Madrid y Cataluña, conviene recordar que ambas recogen las competencias de desarrollo legislativo, potestad reglamentaria y ejecución sobre sanidad y ordenación farmacéutica (arts. 27, apartados 4 y 12, EACM y 162, apartados 1 y 2 —ver STC 31/2010/102, de 28 de junio—, EAC) y de ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos (arts. 28.1.10 EACM y 162, apartado 5, EAC). Resulta claro, entonces, que «el titular de un establecimiento de farmacia presta un servicio público en las condiciones que a la Comunidad Autónoma compete establecer y con las obligaciones que de dicha condición se derivan» (STC 161/2011/3, de 19 de octubre).

Estamos, pues, ante una normativa básica, que no puede ser cuestionada por otras Administraciones. Al contrario, éstas tienen el deber de respetar la legislación básica y ésta, a su vez, debe ser respetuosa con la Constitución. Por eso resulta esencial tratar de sistematizar la legislación básica vinculada con la sanidad, porque será parámetro de constitucionalidad de la normativa autonómica impugnada. A ese fin dedicamos las siguientes páginas de este estudio.

5.3.2. La normativa básica dictada sobre prestaciones farmacéuticas

El propio Tribunal ha señalado algunos preceptos legales que nos interesa recordar, porque también son aplicables al caso que nos ocupa, y que se contienen en las Leyes 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema Nacional de Salud y 29/2006, de 26 de julio, de garantías y de uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. De la primera interesa recordar los arts. 2.a, que asegura la «prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad» (STC 98/2004/5, de 25 de mayo¹⁵) y 2.e, que establece la garantía de financiación pública del Sistema Nacional de Salud. También deben ser recordados los arts. 7 y 8 a 8 *quater*, que

¹⁵ En esta Sentencia también se cita, en el Fundamento Jurídico 2, el art. 93.1 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, vigente hasta el 28 de julio de 2006. Este precepto, cuyo contenido actualizado se encuentra hoy en el art. 88.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, reconocía «el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional dentro del Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la utilización de medicamentos que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias».

recogen las diferentes modalidades de prestaciones sanitarias (STC 136/2012/5, de 19 de junio), entre las que se incluye la prestación farmacéutica como integrante de la cartera común complementaria del sistema (art. 8ter.2.a de la Ley, incorporado por 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). También «cabe considerar como básica la definición del sistema de financiación de la sanidad, lo que incluye tanto la garantía general de financiación pública como, dentro de esta garantía, los supuestos en los que algunas prestaciones comunes que no son básicas (las “suplementarias” y de “servicios accesorios” pueden estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del servicio (tasa o “copago”))» (STC 136/2012/5, de 19 de junio). Por este motivo, «las Comunidades Autónomas podrán mejorar el mínimo estatal, pero en ningún caso empeorarlo» (ídem).

El Tribunal Constitucional también considera relevante, en términos de legislación básica, el art. 88.1.d de la hoy derogada Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, que establece que «Las oficinas de farmacia vienen obligadas a dispensar los medicamentos que se les demanden tanto por los particulares como por el Sistema Nacional de Salud en las condiciones reglamentarias establecidas». El Tribunal ha señalado, en relación con este precepto, que la «normativa [autonómica] de desarrollo del deber básico establecido en el art. 88.1 d) de la Ley 25/1990 deviene así imprescindible para colmar la garantía de la asistencia farmacéutica que deriva del derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional» (STC 137/2013/5, de 6 de junio). Eso sí, al «abordar este desarrollo normativo, necesariamente habrá de respetarse el núcleo esencial del deber de dispensación, que es de naturaleza legal y de indiscutible naturaleza básica, por estar vinculado al interés público sanitario y a la garantía de acceso a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva para todos los ciudadanos» (ídem).

Debe considerarse igualmente básico el art. 88.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en el que «se reconoce el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la utilización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias», añadiéndose, en un segundo párrafo, incorporado por Ley 10/2013, de 24 de julio¹⁶, que las «medidas tendentes a racionalizar la pres-

¹⁶ Ley 10/2013, de 24 de julio, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre

cripción y utilización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las comunidades autónomas no producirán diferencias en las condiciones de acceso a los medicamentos y productos sanitarios financiados por el Sistema Nacional de Salud, catálogo y precios. Dichas medidas de racionalización serán homogéneas para la totalidad del territorio español y no producirán distorsiones en el mercado único de medicamentos y productos sanitarios», como establece el propio legislador en la Disposición Final Primera.³ Aunque el legislador vincula este precepto con la competencia prevista en el art. 149.1.17 CE, resulta evidente su principal conexión con la contemplada en el apartado anterior.

Por otra parte, podría traerse a colación el carácter básico de los arts. 94 y 94 bis de la citada Ley 29/2006, que reserva al Gobierno revisar «periódicamente la participación en el pago a satisfacer por los ciudadanos por la prestación farmacéutica incluida en la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud, y los supuestos de financiación íntegra con cargo a fondos públicos» y que igualmente determina la «aportación de los usuarios y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria»¹⁷.

Finalmente, habría también que hacer alusión al vigente art. 3.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que establece que «La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva». También el derecho «a obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado» (art. 10.14 de esta misma Ley).

El Tribunal Constitucional ha entendido, en aplicación de esta doctrina, que resulta inconstitucional la pretensión de cobrar prestaciones sanitarias a las personas que, pertenecientes a una mutua, como es MUFACE en nuestro caso, pero también MUGEJU e ISFAS, han optado por la sanidad pública, declarando nulo el art. 14 de la Ley de las Cortes Valencianas 16/2008, de 22 de diciembre, de

farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

¹⁷ Preceptos incorporados, respectivamente, por 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 y por Decreto-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social.

medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalidad en la citada STC 136/2012¹⁸.

Cuestión distinta, y ajena en mi opinión al presente proceso constitucional, es que «las Comunidades Autónomas competentes» puedan «regular en relación con la dispensación de medicamentos aspectos que tengan propiamente que ver con la función de las farmacias al dispensarlos, siempre que la regulación correspondiente se oriente al establecimiento de reglas o criterios que atiendan al ejercicio ordinario de esta actividad de los establecimientos de farmacia, sea de índole técnica o meramente de entrega material» (STC 152/2003/7, de 17 de julio), pues que se entreguen en mano o a través del envío de mercancías no compromete ese mínimo de igualdad garantizado por el Derecho estatal en el acceso a la prestación farmacéutica (encontrando mejor acomodo en la actividad de la farmacia para la dispensación de medicamentos que en las garantías de la mentada prestación farmacéutica).

Resulta ilustrativo cerrar este apartado con la contundente declaración contenida en el art. 89.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que establece que, «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». ¿Se ha incumplido este mandato en Cataluña y Madrid?

5.4. *La aplicación de esta jurisprudencia a las normativas impugnadas*

5.4.1. Una operación previa: ¿pueden ser inconstitucionales las bases?

Es oportuno recordar que la legislación básica supondrá un límite a la actuación normativa de las Comunidades Autónomas siempre que, como resulta

¹⁸ El Tribunal señala que «la creación y regulación de las tasas se encuentra estrechamente ligada a la competencia material (por todas, STC 35/2012, de 15 de marzo, FJ 6), de manera que la tasa sigue al servicio. En consecuencia, la distribución de competencias en una materia determina la posibilidad de establecer tasas sobre la misma, así como su configuración. Descartado que la Comunidad Autónoma ostente la competencia para establecer quiénes tienen acceso al sistema público de salud, y descartado también que pueda definir las prestaciones básicas del sistema nacional de salud o las condiciones en las que éstas se prestan, puede concluirse que la Comunidad Autónoma carece también de competencia para establecer una tasa sobre esta materia» (STC 136/2012/8, de 19 de junio).

obvio, dicha legislación respete, a su vez, el reparto constitucional de competencias existente.

Esta aseveración resulta especialmente evidente en un caso como éste en el que, como ya se ha indicado, una buena parte de la legislación básica que puede servir como norma bloque se ha dictado en los últimos meses, con posterioridad a la interposición del recurso contra la normativa catalana. Aludimos a los artículos 8ter.2.a de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema Nacional de Salud¹⁹; 88.1, segundo párrafo, de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios²⁰ y 94 y 94 bis de la citada Ley 29/2006²¹.

Lo cierto es que con todas estas reformas se pretende, de una u otra forma, garantizar la igualdad en el dinero que los usuarios abonarán en las farmacias. Especialmente clarificador resulta, como enseguida veremos, el segundo párrafo del artículo 88.1 de la Ley 29/2006. Aunque se sigue reconociendo, tras esta reforma, que las Comunidades Autónomas pueden adoptar medidas tendentes a racionalizar la prescripción y utilización de medicamentos se indica ahora, de manera taxativa, que éstas «no producirán diferencias en las condiciones de acceso a los medicamentos y productos sanitarios financiados por el Sistema Nacional de Salud, catálogo y precios». Se añade, a renglón seguido, que «dichas medidas de racionalización serán homogéneas para la totalidad del territorio español y no producirán distorsiones en el mercado único de medicamentos y productos sanitarios».

¿Resulta inconstitucional esta previsión? A mi juicio resultaría incompatible con la Constitución el aserto de que dichas medidas «serán homogéneas para la totalidad del territorio español», puesto que viene a impedir el ejercicio de competencias autonómicas propias (y cuya titularidad la propia Ley no altera). Existen posibles medidas autonómicas que pretenden racionalizar el uso de los medicamentos (centrales de compras, subastas de medicamentos), y no parece que su previsión y aplicación pueda quedar supeditada a que dicha decisión se adopte a nivel estatal. La inconstitucionalidad radica en que resulta ilusorio reconocer una competencia autonómica y exigir que sea homogénea en todo el Estado.

¿Esta eventual inconstitucionalidad altera profundamente el problema de fondo? Más allá del concreto exceso cometido por el legislador estatal, resulta

¹⁹ Precepto incorporado por 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.

²⁰ Ver nota 15.

²¹ Ver nota 16.

evidente que la finalidad perseguida con las recientes reformas normativas que se han glosado en líneas anteriores persigue una finalidad concreta: que las Comunidades Autónomas no puedan adoptar medidas ni que incrementen el precio de los medicamentos ni alteren las condiciones de acceso a estos. Este parece ser el parámetro desde el que hay que examinar la normativa autonómica impugnada.

5.4.2. Las nuevas tasas son inconstitucionales

Antes de entrar en materia debemos recordar algunas premisas que han sido examinadas en líneas anteriores, y a las que ahora, simplemente, nos remitiremos.

1. El recurso interpuesto por la Presidenta en funciones contra la normativa catalana incurre en serios defectos de legitimación, lo que podría determinar su inadmisión (ver epígrafe 4).

2. Obviando dicho defecto, si se examina el fondo del asunto, resulta evidente que, atendiendo a la jurisprudencia constitucional dictada en esta materia, la competencia constitucional en juego es la referida a las bases y coordinación de la sanidad (art. 149.1.16 CE). No se vería, pues, afectado ni la referida a la financiación de la seguridad social (art. 149.1.17) ni la que garantiza la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1), dado que el Tribunal Constitucional ha mantenido que ésta es absorbida por aquélla. (ver epígrafe 5.3.1).

3. El recurso de inconstitucionalidad debe ser resuelto a la luz de la normativa básica en vigor hoy, lo que exige tomar también en consideración las numerosas y relevantes reformas habidas en los últimos meses (ver epígrafe 5.3.2), de las que solamente un pequeño aserto contenido en el segundo párrafo del art. 88.1 de la Ley 29/2006 («serán homogéneas para la totalidad del territorio español») podría considerarse, *prima facie*, incompatible con la Constitución (ver epígrafe 5.4.1).

Realizadas estas consideraciones, estamos en condiciones de abordar la cuestión nuclear que alienta este estudio: ¿son compatibles las normativas autonómicas impugnadas con la Constitución?

Pues bien, aunque siempre resulta arriesgado opinar de un asunto *sub iudice*, la aplicación cabal de la jurisprudencia relacionada con la competencia estatal sobre las bases de la sanidad (apartado 5.3.1) y sobre la legislación básica en

materia de prestación farmacéutica (apartado 5.3.2) debería conducir a la declaración de inconstitucionalidad de la normativa autonómica impugnada²².

En efecto, muchas de las normas básicas aprobadas tras la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra la regulación catalana conducen, necesariamente, a la estimación del recurso, como son los citados artículos 8ter.2.a de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema Nacional de Salud²³; 88.1, segundo párrafo, de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios²⁴ y 94 y 94 bis de la citada Ley 29/2006²⁵. Especialmente contundente, por revelador de la voluntad del legislador básico, es el nuevo párrafo añadido al artículo 88 de la Ley 29/2006 por la Ley 10/2013, que excluye que las medidas autonómicas no producirán ni «diferencias en las condiciones de acceso a los medicamentos y productos sanitarios financiados por el Sistema Nacional de Salud, catálogo y precios» ni «distorsiones en el mercado único de medicamentos y productos sanitarios».

Se podrá discutir si la nueva tasa encarece, o no, el precio del medicamento (en sí mismo considerado), pero resulta patente, en todo caso, que la misma produce, inevitablemente una distorsión en el mercado único de medicamentos y productos sanitarios. Curiosamente, nuestro Tribunal ha permitido hasta el momento, que esa distorsión tenga lugar pero en una dirección contraria a la seguida por las Comunidades Autónomas. El Tribunal entiende que las Comunidades pueden facilitar (léase abaratar) el acceso a los medicamentos, pero no dificultarlo (léase encarecerlo), aunque tanto una como otra medida tiene por indudable efecto distorsionar ese mercado único.

En todo caso, y en lo que atañe a los actuales procesos constitucionales, la alteración sobrevenida de las bases debería conducir a la desactivación de la normativa autonómica cuestionada, ya sea por entender que la misma resulta inaplicable en virtud del principio de prevalencia (como defiende el Magistrado Jiménez de Parga en el Voto Particular que acompaña a la STC 178/2004, de 21 de octubre) o por considerar que la misma resulta inconstitucional por vulnerar la norma básica estatal sobrevenida (STC 26/2012/5, de 1 de marzo).

²² Lilo Piña Garrido parece inclinarse también por la inconstitucionalidad del euro por receta, que únicamente podría vincularse, entendida como tasa, con la gestión informática de la receta por parte de los servicios públicos, lo que no se ha hecho. No encuentra asidero suficiente en la pretensión de racionalizar el uso de los fármacos para justificar su validez (en «El euro...», *cit.*, apartado 3).

²³ Ver nota 18.

²⁴ Ver nota 15.

²⁵ Ver nota 16.

Una vez que hemos dado respuesta (subjetiva y provisional, como no puede ser de otra forma) al interrogante inicialmente planteado, podríamos poner, sin más trámite, punto y final al presente estudio. Sin embargo, puede ser adecuado realizar dos consideraciones suplementarias.

En primer lugar, creemos que, aunque no se hubieran producido las recientes modificaciones de la normativa básica a las que acabamos de hacer referencia, el euro por receta resultaría igualmente incompatible con nuestra Constitución. Esta conclusión podría justificarse por entenderse vulnerados los artículos 2.a), 2.e) y 7.1 (éste, hoy derogado²⁶) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema Nacional de Salud y 88.1 (primer párrafo) y 94.1 (hoy derogado²⁷) de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

De esta normativa, básica y, a nuestro juicio, plenamente constitucional (con la salvedad realizada en el apartado 5.4.1 de este estudio), se deduce con cierta nitidez que las Comunidades Autónomas pueden adoptar medidas que pretendan racionalizar el uso de los medicamentos y que disponen de competencias relacionados con los servicios complementarios de información sobre las recetas y órdenes de disposición. Pero también queda claro que dichas autoridades no pueden adoptar medidas de efecto equivalente a un aumento del pago que los usuarios realizan por los medicamentos, como se ha producido en este caso. Resulta relevante recordar, en apoyo de esta opinión, la firme posición mantenida por el Tribunal Constitucional en la reciente Sentencia 137/2013, de 6 de junio, que ha sido examinada *supra* (apartados 5.3.1 y 5.3.2).

Resulta evidente, como ya se ha indicado, que dicha incompatibilidad resulta más patente hoy que hace un año, y eso nos lleva a la segunda consideración suplementaria con la que, ahora sí, damos fin al presente estudio: la inflación de diversas normas recientes que apuntalan las bases en este punto, con posterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra la normativa de Cataluña, evidencia que, como atinadamente ha señalado el Consejero Enrique Alonso García²⁸, conflictos como éstos podrían ser evitados si el legislador esta-

²⁶ Este precepto incluía la prestación farmacéutica en el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

²⁷ Disposición que reservaba al Gobierno la regulación periódica, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, de los supuestos en que la administración de medicamentos y productos sanitarios sería gratuita así como, en su caso, de la participación en el pago por parte de los enfermos.

²⁸ En el Voto Particular que acompaña al Dictamen del Consejo de Estado 18/2013, sobre el 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.

tal fuera más preciso a la hora de determinar las normas básicas. Se duele el Consejero de que ni siquiera en la última reforma de la Ley 29/2006 el Gobierno acometa «una regulación básica más precisa y clara para que las Cortes Generales se pronuncien sobre ello».

Sería deseable, en efecto, reservar al Alto Tribunal aquéllas disputas jurídicas que puedan ser consideradas inevitables, pero resulta llamativo que el Gobierno, que dirige la política interior del país, acuda al Tribunal Constitucional invocando normas básicas en vez de proponer a las Cortes Generales un contenido más acorde, y de paso, más ordenado y claro, que se ajuste a los postulados que, legítimamente, propugna.

6. CODA

El trabajo que el amable lector acaba de leer fue remitido el 10 de octubre de 2013 a la *Revista de Derecho Político* para su eventual publicación. Se aporta este dato porque el Tribunal Constitucional ha resuelto, mediante la SSTC 71 y 85/2014, de 6 y 29 de mayo, declarar la nulidad de las tasas catalana y madrileña relacionadas con la dispensación de recetas. Se confirma, de esta manera, la posición mantenida en este estudio, en cuanto al principal interrogante en su día planteado.

Title:

CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF CATALONIA AND MADRID REGULATIONS ABOUT THE EURO PER PRESCRIPTION

Summary:

1. Objective. 2. The euro per prescription in Catalonia and Madrid. 3. The contestation of these regulations: 3.1. The appeal against Catalonia and the regional Administration defense; 3.2. The appeals against Madrid and the regional Administration defense. 4. The wrongful admission of the appeal against the Catalanian regulation (interlude). 5. Analysis of the constitutionality of Catalonia and Madrid regulations about the euro per prescription: 5.1. What do the new regional taxes tax? The pharmaceutical service; 5.2. The pharmaceutical service as a convergent competency; 5.3. The Constitutional Court jurisprudence on the topic: 5.3.1. What is the presumably affected competence title? The basis of health service (art. 149.1.16 CE), 5.3.2. Basic normative about pharmaceutical services; 5.4. The application of this jurisprudence to the contested regulations: 5.4.1. A previous operation: can the bases be unconstitutional?, 5.4.2 The new taxes are unconstitutional. 6. Coda.

Resumen:

Las Comunidades Autónomas han impulsado unas nuevas tasas sobre servicios de información vinculados con la emisión y/o dispensación de recetas. Este trabajo pretende pronunciarse sobre la eventual inconstitucionalidad de dichas tasas, para lo que resulta preciso determinar el objeto de las tasas, el título competencial estatal que, en su caso, se puede ver afectado, la normativa básica dictada a su amparo y el contraste entre ésta y la Constitución, primero, y entre dicha normativa y las normas autonómicas impugnadas.

Abstract:

The autonomous regions have created new taxes on information services related to prescriptions emission and/or dispensation. The aim of this work consists on give an opinion about the possible unconstitutionality of those taxes. To answer this question it is necessary to determine the object of the taxes, the State competence title that could be affected, the basic regulation promulgated under it and the appealed regional regulations.

Palabras clave:

tasa, euro por receta, Tribunal Constitucional, Bases de la sanidad, Prestación farmacéutica, igualdad.

Keywords:

tax, euro per prescription, Constitutional Court, basis of health service, pharmaceutical service, equality.

