

Dictamen n°: **53/20**
Consulta: **Consejo de Gobierno**
Asunto: **Consulta Facultativa**
Aprobación: **13.02.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 13 de febrero de 2020, aprobado por mayoría, sobre la consulta facultativa formulada por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo 5.4 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, respecto a la cuestión planteada por el Servicio Madrileño de Salud relativa a la titularidad de la competencia para la gestión y abono de las prestaciones en materia de reembolso del gasto farmacéutico reconocidas en el Plan Nacional de Síndrome Tóxico a favor de los afectados, tanto de la parte de la prestación financiada por el Sistema Nacional de Salud, como de la parte complementaria de productos no financiados.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 26 de noviembre de 2019, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria planteó al secretario general técnico de la consejería de Sanidad la elevación al Consejo de Gobierno de una petición formal para recabar de la Comisión Jurídica Asesora la emisión de dictamen sobre la titularidad de la competencia para la gestión y abono de las prestaciones en materia de reembolso del gasto

farmacéutico reconocidas en el Plan Nacional de Síndrome Tóxico a favor de los afectados, tanto de la parte de la prestación financiada por el Sistema Nacional de Salud como de la parte complementaria de productos no financiados.

El Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, en su reunión de 3 de diciembre de 2019, acordó: *“Solicitar, de conformidad con el artículo 5.4 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de supresión del Consejo Consultivo, el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid sobre la consulta formulada por el Servicio Madrileño de Salud relativo a la titularidad de la competencia para la gestión y abono de las prestaciones en materia de reembolso del gasto farmacéutico reconocidas en el Plan Nacional de Síndrome Tóxico a favor de los afectados, tanto de la parte de la prestación financiada por el Sistema Nacional de Salud como de la parte complementaria de productos no financiados”*.

SEGUNDO.- Dicha consulta tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora el 3 de diciembre de 2019, por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Laura Cebrián Herranz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada en el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 13 de febrero de 2020 por mayoría y los votos en contra del letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz y la letrada vocal Dña. Laura Cebrián Herranz, que formula el voto particular discrepante, recogido a continuación del dictamen, al que se adhiere D. Carlos Yáñez Díaz.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la certificación del acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno expedido por el secretario del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid; de la consulta efectuada por el Servicio Madrileño de Salud; del informe

de la Dirección General de Coordinación de la Asistencia Sanitaria de fecha 23 de noviembre de 2017; de la carta del secretario de Estado de la Seguridad Social al presidente del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid de fecha 11 de octubre de 2019; del informe del Interventor General de la Seguridad Social de fecha 19 de septiembre de 2017; y de la solicitud de fecha 10 de octubre de 2019, del presidente del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid –COF- a la consejería de Sanidad solicitando que requiera al Instituto Nacional de la Seguridad Social – INSS- para que realice el pago e ingreso de las cantidades abonadas por el COF a las oficinas de farmacia por razón de los medicamentos suministrados a los afectados beneficiarios del Plan de Síndrome Tóxico.

Por oficio de fecha 11 de diciembre de 2019, al amparo de lo dispuesto en los artículos 14.1 g) y 19.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora – ROFCA-, se solicitó por esta Comisión la remisión de la siguiente documentación, necesaria para la emisión del dictamen:

- Escritos en virtud de los cuales y según se afirma en el escrito de consulta, el Instituto Nacional de Seguridad Social viene reclamando a la Comunidad de Madrid desde 2015 que la facturación se realice con los mismos criterios que en el resto de Comunidades. En su caso, contestación a los mismos por parte de esta Administración.

- Comunicación de la Subdirección General de Unidad de Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico del Instituto Nacional de Seguridad Social a la Consejería de Sanidad de la indicación del Interventor General de la Seguridad Social en virtud de la cual a partir del 1 de enero de 2018 sólo se fiscalizará y abonará la factura correspondiente al síndrome tóxico que se corresponda con el importe de los productos no financiados y la parte de la aportación del

importe de los productos financiados, para que por parte del INSS, se pueda proceder al abono de la prestación complementaria.

- Documentación a que se refiere el Informe sobre *“traspaso de competencias de la prestación farmacéutica prescrita a afectados del síndrome tóxico en la Comunidad de Madrid”* elaborado por la Subdirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, que acompaña a la petición del dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora.

- Informes y escritos a los que se refiere el Interventor General de la Seguridad Social en su escrito de 19 de septiembre de 2017.

- Informes solicitados a otros órganos consultivos así como cualquier otro documento que forme parte del expediente a que se refiere la solicitud de dictamen.

Con fecha 13 de diciembre de 2019 tuvo entrada en esta Comisión un oficio del secretario general técnico de la Consejería de Sanidad, acompañado de la documentación relacionada en el índice que acompaña, consistente en los distintos escritos a través de los cuales el Instituto Nacional de Seguridad Social viene reclamando a la Comunidad de Madrid desde 2015 que la facturación se realice con los mismos criterios que en el resto de Comunidades, y en los escritos de contestación a los mismos por parte de esta Administración.

Se adjunta también el informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad de 16 de mayo de 2019 y el informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 16 de septiembre de 2019.

Una vez analizado el oficio de remisión y la documentación remitida, se comprobó que no constaban enviados los informes y escritos a los que se refiere el Interventor General de la Seguridad Social en su escrito de 19 de septiembre de 2017, expresamente solicitados por esta Comisión. Conviene precisar que esta documentación se considera especialmente importante porque incluiría el informe partir del cual la Administración General del Estado cambia el criterio que había mantenido durante más de veinte años, y desencadena el proceso en virtud del cual se solicita el presente dictamen.

Por otro lado, del análisis de los documentos recibidos se colige la existencia de otros adicionales, como sería el caso de las actas de las reuniones de la Comisión bilateral cuya celebración no se menciona en el escrito de solicitud de dictamen.

Estas circunstancias motivaron el envío de un segundo oficio de fecha 19 de diciembre de 2019, de solicitud de cuanta documentación referida a este asunto obre en poder de los órganos gestores.

Con fecha 17 de enero de 2020 se recibe en esta Comisión oficio del secretario general técnico de la Consejería de Sanidad en el que se indica que en relación a los informes y escritos mencionados por el Interventor General de la Seguridad Social en su escrito de 19 de septiembre de 2017, sólo obra en poder de la Administración el que se alude en su página 4 (oficio del director general de Presupuestos y Recursos Humanos enviado a la directora General del INSS de 6 de julio de 2017), que se traslada identificado como documento nº 1.

Se indica que desde esa Secretaría General Técnica se ha solicitado a la Dirección General de Cooperación con el Estado y la Unión Europea la remisión de toda documentación relativa a las

reuniones de la Comisión Mixta de Transferencias sobre este particular o, en su defecto, la documentación que al efecto conste de ponencias técnicas que hayan tenido como objeto el tema en cuestión y que, en atención a lo solicitado, mediante escrito del director general de Cooperación con el Estado y la Unión Europea de 15 de enero de 2020, se informa que en fecha 7 de febrero de 2017 hubo una reunión de Ponencia Técnica en el Ministerio de Presidencia y para las Administraciones Territoriales, de la cual no hubo acta (documento nº 3).

Precisa que, a su vez, la citada Dirección General ha remitido varios documentos y escritos relacionados con el asunto de referencia, y que se incorporan a la documentación que se traslada (documentos nº 4 a 23).

Adjunta índice de la documentación enviada, en la que constan también algunos documentos ya remitidos con el oficio de 13 de diciembre de 2019, y el Acta número 26 de la reunión del Pleno de la Comisión Mixta prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid celebrado el día 26 de diciembre de 2001, y anexos 1, 2 y 3 a la misma.

TERCERO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del Dictamen que, para una mejor sistematización, se agrupan en dos bloques: el primero en el que se relaciona el conjunto de las medidas adoptadas por la Administración General del Estado para atender a los afectados del síndrome tóxico y el segundo se examinan los hechos sobre la cuestión sometida a dictamen desde el momento del traspaso a la Comunidad de Madrid de las funciones y servicios del INSALUD.

1. Medias adoptadas por la Administración General del Estado para atender a los afectados del síndrome tóxico:

1.1. En mayo de 2001 se inició en España un brote epidémico que se diagnosticó como Síndrome del Aceite Tóxico. Se trataba de una enfermedad nueva contraída por la intoxicación por consumo de aceite de colza desnaturalizado con anilina al 2%. La enfermedad se caracteriza por la presencia de una afectación vascular generalizada, afectando tanto a venas como arterias de todos los tamaños y órganos y presentándose con mialgias severas e incapacitantes, marcada eosinofilia e infiltrados pulmonares.

Actualmente se trata de una enfermedad que cumple los criterios de enfermedad rara, en la que se distingue cuatro fases: una fase prodrómica de 4 días; una fase aguda de 1-2 meses; una fase intermedia de 2-4 meses y una fase crónica, a partir de los 6 meses de evolución en la que los pacientes diagnosticados presentan síntoma psiquiátricos, alteraciones digestivas, afectación de la piel y glándulas, afectación cardiopulmonar, problemas osteoarticulares, síndrome neuromuscular y elevada prevalencia de factor de riesgo cardiovascular.

La alarma social causada por la nueva enfermedad determinó que el Gobierno de la nación adoptara medidas administrativas excepcionales para atender a los afectados. En este sentido, a propuesta del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, el Consejo de Ministros de 20 de agosto de 1981 acordó, en relación con los enfermos afectados por dicha enfermedad, la convalidación de los gastos referentes a las prestaciones relacionadas con el citado mal, así como hacer extensiva la atención gratuita a todos los afectados no beneficiarios de la Seguridad Social.

1.2. Con fecha 28 de agosto de 1981 la Dirección General del Instituto Nacional de la Salud dictó una resolución en relación con los gastos referentes a las prestaciones que habían de recibir los enfermos afectados con el síndrome tóxico en relación con las prestaciones farmacéuticas (BOE nº 215, de 8 de septiembre), que decía:

«1. Las prestaciones farmacéuticas a las personas afectadas por el síndrome tóxico tendrán carácter gratuito y estará, por lo tanto, exento de aportación.

2. La prescripción de la medicación se hará en recetas normales de la Seguridad Social, modelo P/3 y estarán estampilladas con la inscripción “Síndrome tóxico; exento de aportación”.

3. Por las direcciones provinciales del Insalud se procederá a suministrar a los servicios médicos, encargados del diagnóstico y seguimiento del síndrome tóxico, de los talonarios de recetas necesarios para cubrir los tratamientos.

Dicha distribución se hará extensiva a los facultativos médicos del medio rural que tengan a su cargo el seguimiento de enfermos afectados del citado mal.

4. Las recetas se cubrirán con todos los datos, referentes a beneficiario y al colegiado. En el caso de enfermos no beneficiarios de la Seguridad Social, se consignará como número de cartilla el 00 y se anotará aparte el número del documento nacional de identidad del titular o de sus progenitores en el caso de menores.

5. Por parte de las oficinas de farmacia, y con objeto de facilitar el control, se facturarán estas recetas al Instituto Nacional de la Salud, separadas de otro tipo de recetas.

6. Dada la urgencia de la implantación del sistema se faculta a las direcciones provinciales del Insalud a adoptar las medidas necesarias para el correcto desarrollo de la presente resolución.

7. Todo ello se entiende sin perjuicio de que por el Insalud se puedan repercutir todos los gastos derivados de estos tratamientos contra las personas que sean declaradas responsables».

1.3. Por acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981 se autorizó la ampliación del Plan de Inversiones al Fondo Nacional de Asistencia Social para 1981 con un nuevo capítulo para hacer frente a las ayudas en favor de los afectados por el síndrome tóxico, facultando al Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, de conformidad con el de Hacienda, para dictar las normas concernientes para su aplicación y que se adoptaron en la Orden de 7 de septiembre de 1981 (BOE nº 215, de 8 de septiembre).

1.4. En ejecución del Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 17 de septiembre de 1981 que adoptaba un plan de medidas urgentes de apoyo a los ciudadanos afectados por el síndrome tóxico que preveía, entre otras, la expedición de una cartilla sanitaria especial. Para acreditar la condición de afectados y facilitar la percepción de las correspondientes ayudas y prestaciones, por Resolución de 1 de octubre de 1981, de la Secretaría de Estado para la Sanidad, se creó la Cartilla Sanitaria Especial de afectados por el síndrome tóxico (BOE nº 237, de 3 de octubre). Según el punto tercero de la citada resolución, esta cartilla sería elaborada por *“el Instituto Nacional de la Salud, con base en el censo oficial de enfermos intoxicados, y facilitada a través del Programa Nacional de Atención y Seguimiento”*.

1.5 Asimismo, se aprobó por el Consejo de Ministros el Real Decreto 2289/1981, de 2 de octubre (en adelante R.D. 2289/1981), por el que se establecían determinadas medidas para la mejor coordinación y agilización de las actuaciones de la Administración en relación con el síndrome tóxico (BOE nº 257, de 27 de octubre). En virtud de esta norma se atribuyó al Secretario de Estado para la Sanidad todas las actuaciones de la Administración del Estado en relación con las tareas de investigación, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social derivadas de síndrome tóxico y se creó una Oficina de Coordinación para auxiliar al Secretario de Estado de Sanidad en estas tareas.

El R.D. 2289/1981 adoptaba medidas relativas a personal y presupuestarias. Así, para una mayor agilización administrativa la Tesorería General de la Seguridad Social facilitaría a la Oficina de Coordinación anticipos a cuenta, cuya disposición sería fiscalizada por la Intervención General de la Seguridad Social.

De conformidad con el artículo tres, las peticiones de reconocimiento de los mecanismos de protección debían presentarse en las Unidades de Seguimiento de las Direcciones de los Programas Provinciales de Atención y Seguimiento del Síndrome Tóxico.

La Oficina de Coordinación antes citada, creada por el R.D. 2289/1981 era el órgano competente para la resolución de estas solicitudes de reconocimiento de los mecanismos de protección que, en determinados supuestos, podía delegar en las Direcciones de los Programas Provinciales.

Según el artículo cuatro del R.D. 2448/1981, la función interventora respecto a los gastos y pagos a que se refería el real decreto se realizaría por la Intervención de la Seguridad Social, con sujeción a las normas vigentes. El abono de las prestaciones

reconocidas se efectuaría a través de los mecanismos de pago establecidos por la Seguridad Social.

En relación con la financiación de estos gastos, el artículo 7 prevé:

“Los mecanismos de protección que se establecen en este real decreto, así como los contratos de personal y de investigación y ayudas a que se refieren los números dos, tres y cuatro del artículo 6, serán financiados mediante anticipos de la Tesorería General de la Seguridad Social, quien se reintegrará del importe de tales anticipos con cargo a la dotación existente en el Plan Complementario de Inversiones del Fondo Nacional de Asistencia Social y, en su día, con cargo a la financiación del expediente de créditos extraordinarios en tramitación y de las consignaciones presupuestarias incluidas al efecto en las Leyes de Presupuestos de ejercicios futuros”.

De acuerdo con el artículo ocho del R.D. 2448/1981, *“los mecanismos de protección que establece este Real Decreto se mantendrán en tanto subsista la razón determinante de su concesión; a estos efectos, las Unidades de Seguimiento comunicarán a la Oficina de Coordinación las variaciones que puedan producirse en la situación contemplada en el momento de reconocer las prestaciones, a fin de dejarlas sin efecto o en su caso, revisarlas”.*

1.6. Posteriormente, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 783/1982, de 19 de abril, por el que se reordenan los órganos administrativos con competencia relacionada con el síndrome tóxico (BOE nº96, de 22 de abril). Esta norma dispone que el director del Programa Nacional de Atención y Seguimiento de los Afectados por el «Síndrome Tóxico», ejercerá, por delegación del Ministro de Sanidad y Consumo, las siguientes funciones:

«a) Dirigir y controlar la actividad de todos los servicios del Ministerio de Sanidad y Consumo encargados de la preparación y ejecución de las distintas actuaciones de atención sanitaria e investigación epidemiológica, biomédica, toxicológica y clínica en relación con los afectados por el “síndrome tóxico”.

b) Mantener la relación y asegurar la coordinación con los distintos Departamentos ministeriales y demás Organismos del Estado competentes, en lo que afecta a las actuaciones de carácter educativo, social, asistencial, económico y financiero dirigidas a los afectados por el “síndrome tóxico”.

c) Elevar las propuestas que se consideren oportunas en orden a la resolución de los problemas de cualquier naturaleza, que se planteen a la población afectada por el “síndrome tóxico”.

d) Ejercer cualesquiera otras funciones que expresamente el Ministro le encomiende».

Para la ejecución de las funciones relacionadas anteriormente, el artículo 2 establecía que se integraban en el Programa Nacional de Ayuda a los Afectados por el Síndrome Tóxico, dependiendo directamente de su director, los siguientes órganos:

a) Las Comisiones de Investigación Biomédica, de Investigación Clínica y de Investigación Epidemiológica, a las que corresponderá el impulso, estímulo y coordinación de las investigaciones que se lleven a cabo en sus respectivos ámbitos.

b) La Oficina de Coordinación creada por Real Decreto 2289/1981, de 2 de octubre, en su actual estructura y competencias.

c) El conjunto de órganos técnicos de apoyo que ya tuviera adscritos el antiguo Programa Nacional de Atención y Seguimiento de los Afectados por el Síndrome Tóxico.

1.7. El siguiente hito en la normativa sobre el síndrome tóxico es el Real Decreto 1276/1982, de 18 de junio, por el que se complementan las ayudas a los afectados por el síndrome tóxico, aprobado por el Consejo de Ministros para dar cauce normativo a las previsiones del Gobierno para los afectados por el síndrome tóxico, así como a las resoluciones de carácter social contenidas en las conclusiones aprobadas por el Congreso de los Diputados en el Pleno de los días ocho y nueve de junio de 1982, y en el Pleno del Senado los días dieciséis y diecisiete del mismo mes y año (BOE nº 146, de 19 de junio).

Se trata de un real decreto aprobado a propuesta de los ministros de Hacienda, de Defensa, de Economía y Comercio, de Educación y Ciencia, de Trabajo y Seguridad Social, de Agricultura, Pesca y Alimentación, y de Sanidad y Consumo en el que se adoptaron diversas ayudas en los ámbitos de dichos ministerios.

Según la disposición adicional primera, al objeto de obtener una máxima agilización en el trámite de la función interventora, por la Intervención General del Estado en la Seguridad Social se designará un Interventor específico para el Plan Nacional del Síndrome Tóxico.

Por su parte, la disposición adicional segunda preveía que el coste de las medidas previstas en el presente real decreto se financiará en la forma establecida en el artículo séptimo del R.D. 2448/1981, anteriormente transcrito.

1.8. Al objeto de cumplimentar las medidas adoptadas por el Congreso de los Diputados y el Senado en sus Sesiones Plenarias de los días 7 y 8, y 16 y 17 de junio de 1982, respectivamente, se hizo necesario crear en la Presidencia del Gobierno el Plan Nacional para el Síndrome Tóxico, a cuyo frente había un coordinador general, con categoría de director general, con la misión de dirigir, coordinar y controlar las diferentes actividades de la Administración del Estado en relación con el síndrome tóxico, y muy especialmente en sus aspectos sanitarios y sociales, a fin de potenciar en todas sus dimensiones la acción de la Administración en favor de los afectados, lo que se hizo mediante la aprobación del Real Decreto 1405/1982, de 25 de junio, por el que se crea en la Presidencia del Gobierno el Plan Nacional para el Síndrome Tóxico (R.D. 1405/1982)(BOE nº 152, de 26 de junio).

Según el artículo 2. Dos del R.D. 1405/1982, los órganos y entidades adscritos o que en lo sucesivo se adscribieran al coordinador general del Plan Nacional permanecerían bajo la dependencia orgánica de sus respectivos departamentos ministeriales, organismos autónomos o entidades gestoras, y actuarían funcionalmente bajo la dependencia del Ministerio de la Presidencia en cuanto se requiriera para el cumplimiento del Plan Nacional.

De conformidad con el artículo 7 del R.D. 1405/1982, el coordinador general del Plan Nacional, a los efectos de lo previsto en este real decreto y de acuerdo con lo establecido en el artículo quinto del Real Decreto 2448/1981 ejercía las facultades que correspondían a las entidades gestoras de la Seguridad Social.

1.9. El siguiente hito de interés en el examen de la normativa sobre el síndrome tóxico se produce con el Real Decreto 415/1985, de 27 de marzo, por el que se reestructura el Ministerio de la Presidencia (en adelante, R.D. 415/1985) (BOE nº 78, de 1 de abril) que en su

Exposición de Motivos explica que “la evolución de la situación médico-social de los afectados por el síndrome tóxico y el acuerdo del pleno del Congreso de los Diputados de 23 de mayo de 1984 hacen necesaria la adopción de medidas organizativas recomendadas en el mismo que posibiliten la racionalización y optimación de los recursos para la atención y seguimiento de los afectados, así, mientras se garantiza, sin limitación temporal, la asistencia sanitaria y la investigación básica, clínica y epidemiológica a través del Ministerio de Sanidad y Consumo, se continua con el actual programa de ayudas económicas, así como las de reinserción y atención social a través del Ministerio de la Presidencia, financiándose, con cargo al crédito que a este fin se consigna en los presupuestos generales del estado, los gastos que origine el ejercicio de las respectivas competencias”.

En este sentido, la disposición adicional primera del R.D. 415/1985 establece:

“Uno. Las funciones y competencias que en relación con el Plan Nacional para el Síndrome Tóxico venía desempeñando el Ministerio de la Presidencia, a través del coordinador general, se ejercerán:

1. Por el Ministerio de Sanidad y Consumo, la atención sanitaria y la investigación básica, clínica y epidemiológica sobre el síndrome tóxico y materias relacionadas.

2. Por el Ministerio de la Presidencia, la evaluación y gestión de las ayudas económicas, así como las de reinserción y atención social de los afectados.

Dos. Para el ejercicio de las funciones y competencias atribuidas al Ministerio de la Presidencia en el apartado anterior se crea, bajo la dependencia directa del subsecretario del departamento y con

rango orgánico de subdirección general, la Oficina de Gestión de Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico con la estructura administrativa que se determine con las unidades provinciales de gestión precisas.

A los efectos previstos en los reales decretos 2448/1981, de 19 de octubre, complementado por el 1276/1982, de 18 de junio, y 1405/1982, de 25 de junio, dicha oficina ejercerá las facultades que correspondan a las entidades gestoras de la seguridad social.

Tres. El Ministerio de Sanidad y Consumo se subrogará en los bienes, derechos, acciones y obligaciones del Plan Nacional para el Síndrome Tóxico respecto de las competencias atribuidas en el apartado uno.

Cuatro. Los servicios prestados en la atención y seguimiento de los afectados por el síndrome tóxico por el personal sanitario, sea en comisión de servicio o por contrato laboral, bajo la dependencia del Plan nacional o anterior Programa Nacional de Atención y Seguimiento de los afectados, se entenderán como desempeñados en centros e instituciones sanitarias de la seguridad social para su computo en los baremos que para valoraciones de méritos establezcan en las convocatorias de acceso o provisión de vacantes en dichos centros o instituciones”.

La disposición transitoria primera dispone:

“Uno. La asunción por el Ministerio de Sanidad y Consumo de las funciones señaladas en la disposición adicional primera, uno, 1, se efectuará en las condiciones y plazos que se establezcan de acuerdo con las propuestas que, sobre medidas organizativas, adscripción de medios personales y asignación de recursos

patrimoniales y financieros, elabore un grupo de trabajo integrado por representantes de los Ministerios de Sanidad y Consumo y de Presidencia. La asignación de recursos financieros al Ministerio de Sanidad y Consumo se hará cuantificando los costes efectivos, directos e indirectos, de las funciones que asume y figurando separadamente los correspondientes a actividades de atención sanitaria de los relativos a investigación.

Dos. En tanto se asumen de hecho por el Ministerio de Sanidad y Consumo las funciones y competencias a que se refiere el apartado anterior, se mantiene la estructura orgánica prevista en el artículo 5 del Real Decreto 1405/1982, de 25 de junio, bajo la inmediata coordinación y control del director de la Oficina de Gestión de prestaciones económicas y sociales del síndrome tóxico.

Tres. Hasta el 31 de diciembre de 1985 los gastos imputables a las funciones y competencias que correspondan a los Ministerios de la Presidencia y de Sanidad y Consumo, conforme al apartado uno de la disposición adicional primera, así como cualquier obligación derivada de la subrogación a que se refiere el apartado tres de dicha disposición adicional, se financiarán con cargo a las dotaciones de los presupuestos generales del estado del presente ejercicio, correspondientes al Plan Nacional para el Síndrome Tóxico.

Cuatro. En los ejercicios sucesivos y de acuerdo con los criterios indicados en el apartado uno de esta disposición, se especificarán por separado en cada una de las secciones presupuestarias correspondientes a dichos departamentos las dotaciones económicas o subvenciones necesarias a tales efectos.

Cinco. Por el Ministerio de la Presidencia se adoptarán las medidas necesarias para proceder a la transferencia al Ministerio de

Sanidad y Consumo de la partida presupuestaria del Plan Nacional para el Síndrome Tóxico, actualmente afectada a la investigación.

Seis. Los recursos, reclamaciones y peticiones derivadas de actuaciones anteriores a la transferencia de las funciones sanitarias y de investigación al Ministerio de Sanidad y Consumo se interpondrán y resolverán ante el Ministerio de la Presidencia”.

El R.D. 415/1985 fue desarrollado por la Orden de 22 de octubre de 1985 (BOE nº 258, de 28 de octubre) sobre asunción de determinadas funciones y competencias por el Ministerio de Sanidad y Consumo en relación con el síndrome tóxico y en la que se desarrollan la asunción las funciones y competencias en orden a la atención sanitaria de los afectados y a la investigación básica, clínica y epidemiológica sobre el síndrome tóxico y materias relacionadas.

Los artículos 2 a 7 están destinados a regular la asunción de las funciones y competencias de investigación básica, clínica y epidemiológica sobre el síndrome tóxico y materias relacionadas, de manera que el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) asumía la gestión de los proyectos de investigación que estaban en ese momento contratados, sin perjuicio de que pudiera modificarlos o cancelarlos, según lo establecido en los mismos. Se indicaba que el INSALUD debía contar con la estructura precisa y dotada a partir de los órganos que se relacionaban en el R.D. 415/1985; que quedaban adscritos al Ministerio de Sanidad y Consumo todos los muebles afectados a los servicios expresados, realizándose también la entrega de los expedientes de investigación y de la documentación de los servicios traspasados, así como que se adoptarían las medidas necesarias para *“proceder a transferir al Instituto Nacional de la Salud la partida presupuestaria del Plan Nacional para el Síndrome Tóxico, actualmente afectada a la investigación”.*

Los artículos 8 a 14 por su parte, se destinaban a regular la asunción de las funciones y competencias por el INSALUD de la atención sanitaria a los afectados por el síndrome tóxico. En este sentido, el apartado del artículo 8 preveía que *“la atención sanitaria de los afectados por el síndrome tóxico queda encomendada al Instituto Nacional de la Salud”*. En este sentido, se establece que la atención sanitaria se prestará *“preferentemente”* por los equipos de Atención Primaria en los Centros de Salud, *“conforme a un programa que considere las peculiaridades de la patología, sin menoscabo de cuantos servicios y prestaciones de otra naturaleza hayan de ser empleados para asegurar el seguimiento clínico en cada momento más adecuado, de acuerdo con la evolución de la enfermedad”* y añadiendo *“todo ello se realizará conforme al régimen ordinario de prestación de servicios sanitarios del Instituto Nacional de la Salud”*.

El artículo 9 prevé que *“El Ministerio de la Presidencia, a través de la Oficina de Gestión de Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico, dotará a los afectados del documento individual que acredite el derecho a las prestaciones sanitarias. Hasta entonces, la actual cartilla sanitaria especial del afectado por el síndrome tóxico seguirá siendo el documento que acredite el derecho a esta asistencia, sin perjuicio de las comprobaciones que el Instituto Nacional de Salud estime oportuno realizar en cada caso”*.

1.10. Por el Real Decreto 1888/1996, 2 agosto, de estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (BOE nº 189, de 6 de agosto) se procedió a la integración a la Oficina de Gestión de Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico en el Instituto Nacional de la Seguridad Social, de manera que la citada oficina dejó estar en la estructura del Ministerio de la Presidencia.

Posteriormente, el Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre, de estructura orgánica y funciones del INSS y de modificación parcial de la Tesorería General de la Seguridad Social (BOE nº 3, de 3 de enero de 1997) mantuvo la Oficina de Gestión de Prestaciones Económica y Sociales del Síndrome Tóxico. Oficina a la que correspondía la gestión y administración de las prestaciones económicas sociales del síndrome tóxico y la ordenación administrativa, el diseño, la implantación y el seguimiento de los procedimientos para reconocer, suspender y extinguir el derecho a las prestaciones a que se refiere el derecho a las prestaciones anteriores.

Por el Real Decreto 469/2003, de 25 de abril, de modificación parcial de la estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social (R.D. 469/2003) (BOE nº 114, de 13 de mayo), se suprimió la Subdirección General de la Oficina de Gestión de Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico que pasó a integrarse a la Subdirección General de Prestaciones, al adscribirse la Unidad de Gestión de Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico, *“a la que corresponde la gestión y administración de las prestaciones sociales y económicas dictadas”*. A partir del Real Decreto 1600/2004, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, la citada unidad pasó a quedar adscrita a la Subdirección General de Gestión de Incapacidad Temporal y otras Prestaciones a Corto Plazo, donde continúa en la actualidad.

1.11. No obstante la asistencia prestada, la situación del colectivo afectado aconsejaba la continuidad y el perfeccionamiento de los mecanismos protectores, a cuyo objeto, y acogiendo la propuesta al respecto de la ponencia especial constituida en el seno de la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados, se estimó conveniente la constitución de un órgano estable de coordinación

interministerial que analizara la evolución del citado colectivo y realizara el seguimiento y la evaluación de las medidas que se hubieran adoptado en cada momento, teniendo en cuenta, de manera prioritaria, los criterios y conclusiones de los investigadores del Fondo de Investigaciones Sanitarias (FIS), en ese momento canalizados a través del Centro de Investigación sobre el Síndrome del Aceite Tóxico.

En este sentido, se aprobó la Orden de 22 de enero de 1998, por la que se crea y regula la Comisión Interministerial de seguimiento de las medidas en favor de las personas afectadas por el Síndrome Tóxico (BOE nº 23, de 27 de enero), elaborada a propuesta de la ministra de Educación y Cultura y los ministros de Sanidad y Consumo y Trabajo y Asuntos Sociales y previa aprobación del Ministro de Administraciones Públicas.

La orden citada regulaba la composición de dicha comisión, que tenía como presidente al titular de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; como vocales a los titulares de la Subdirección General de Atención Primaria, del Instituto Nacional de la Salud; de la Subdirección General de Atención Especializada, del Instituto Nacional de la Salud; al Centro de Investigación sobre el Síndrome del Aceite Tóxico, del Instituto de Salud «Carlos III», adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo; Subdirección General de Educación Especial y Atención a la Diversidad, del Ministerio de Educación y Cultura; Subdirección General de Programas de Servicios Sociales, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y un representante del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Como secretario actuaba el titular de la Subdirección General de la Oficina de Gestión de Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico, del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Esta Comisión Interministerial de seguimiento de las medidas en favor de las personas afectadas por el síndrome tóxico fue suprimida por el Real Decreto 776/2011, de 3 de junio, por el que se suprimen determinados órganos colegiados y se establecen criterios para la normalización en la creación de órganos colegiados en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos.

2. Relación de hechos sobre la cuestión sometida a dictamen desde el momento del traspaso a la Comunidad de Madrid de las funciones y servicios del INSALUD

2.1. El Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad de Madrid de las funciones y servicios del INSALUD, siguiendo la estructura típica de los reales decretos de transferencias, relaciona en el anexo las funciones que asume la Comunidad de Madrid y la identificación de los servicios que se traspasaron; las competencias, servicios y funciones que se reserva la Administración del Estado; las funciones en que han de concurrir la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma; la valoración de las cargas financieras de los medios que se traspasan; bienes, derechos y obligaciones del Estado y de la Seguridad que se traspasan; personal adscrito a los servicios e instituciones que se traspasan; puestos de trabajo vacantes; documentación y expedientes de los servicios que se traspasan; adscripción de financiación provisional a cuenta de la financiación que le corresponda por el sistema general de financiación y fecha de efectividad del traspaso.

2.2. El carácter gratuito de los medicamentos para los afectados por el síndrome tóxico ha sido reconocido en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización; en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y

uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; en el 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 en el Texto Refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio.

2.3. Desde el traspaso de las funciones y servicios del INSALUD a la Comunidad de Madrid y hasta el 31 de diciembre de 2017, el importe total del gasto farmacéutico de los afectados por el síndrome tóxico en la Comunidad de Madrid ha sido satisfecho por la Entidad gestora de la Seguridad Social.

2.4. Por medio de escrito de fecha 14 de julio de 2015, la subdirectora general de Gestión de Incapacidad Temporal y Otras Prestaciones a Corto Plazo, dependiente del INSS, comunica al SERMAS que es competencia de esa Entidad Gestora garantizar, en su condición de prestación de carácter complementario, el reembolso de la parte de producto sanitario o medicamento cuando no está financiado en su totalidad por la Seguridad Social o cualquier otro Sistema Público de Protección Social, siempre que se den las garantías suficientes de prescripción médica y justificación de gasto, a la vez que precisa la información que se debe suministrar cada vez que se soliciten reembolsos de esa naturaleza por parte de la Comunidad de Madrid, con la finalidad de hacer efectivo el abono de esos gastos y permitir su fiscalización.

2.5. La directora general de Presupuestos y Recursos Humanos de la Comunidad de Madrid contesta mediante escrito de fecha 21 de octubre de 2015 en el que, tras referirse a la normativa referida al síndrome tóxico, pone de manifiesto que desde 1981 todas las recetas

con estampillado “*síndrome tóxico*” se vienen facturando a la entonces “*Oficina de gestión de prestaciones económicas y sociales del síndrome tóxico*”. Añade que el presupuesto para el pago de esta prestación ha figurado siempre en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que en el año 1985 el Ministerio de Sanidad y Consumo asumió la atención sanitaria del síndrome tóxico, pero no se le transfirió la partida presupuestaria dedicada a la prestación farmacéutica. Precisa que no consta que en el año 2002 se transfiriera a la Comunidad de Madrid la competencia asociada a la protección de los afectados por el síndrome tóxico en cuanto a la prestación farmacéutica, ni se trasladaron los recursos económicos necesarios. Indica que la Comunidad de Madrid no tiene habilitados en el presupuesto del año 2015 los créditos para poder asumir los costes inherentes a la citada prestación, y manifiesta que solicitará al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que se reabra el proceso de transferencias y se trasladen los fondos existentes para dar cobertura a esta prestación. Concluye señalando que “*En todo caso, y de cara al ejercicio 2016 la Comunidad de Madrid realizará todas las operaciones posibles sobre sus presupuestos para poder asumir el pago de las obligaciones que se deriven del cumplimiento de la referida prestación en beneficio de los afectados del síndrome tóxico, para lo cual, se solicita que se conceda el máximo tiempo posible para ello por parte de ese Instituto Nacional de la seguridad Social*”.

2.6. Por escrito de fecha 3 de diciembre de 2015, el viceconsejero de Hacienda y Empleo dirigido a la secretaria general de Coordinación Autonómica y Local del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, solicita que se reabra el proceso de transferencias y manifiesta que considera oportuno que se revirtiera a la consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid la totalidad de la partida presupuestaria asignada a los gestores del síndrome tóxico y que se

haga cargo esta Administración de la totalidad de la referida prestación a este colectivo.

2.7. Con fecha 25 de mayo de 2016 la Subdirección General de Traspasos y Relaciones Bilaterales con las Comunidades Autónomas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas envía por correo electrónico a la Dirección General de Asuntos Europeos y Colaboración con el Estado de la Comunidad de Madrid un borrador de *“Acuerdo de ampliación de los medios traspasados a la Comunidad de Madrid por Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre, en materia de asistencia sanitaria”*, junto con un documento explicativo de la valoración del coste efectivo de dicho traspaso.

El borrador de acuerdo amplía los medios traspasados a la Comunidad de Madrid en materia de asistencia sanitaria *“con aquellos relativos a la prestación farmacéutica complementaria a los afectados por el síndrome tóxico”*.

La valoración del coste de traspaso a la Comunidad de Madrid en 2016 alcanza la cifra de 5.125.846,97 euros.

2.8. La subdirectora general de Farmacia y Productos Sanitarios de la Comunidad de Madrid emite informe de fecha 6 de septiembre de 2016 *“sobre la documentación relativa al traspaso a la Comunidad de Madrid de los medios relativos a la prestación farmacéutica complementaria a los afectados del síndrome tóxico”*, en el que muestra su conformidad con la valoración del coste efectivo realizada por el Estado y añade que considera fundamental que quede reflejada y asegurada la revisión y actualización anual del importe del coste efectivo de la partida presupuestaria.

2.9. Respecto de la Ponencia Técnica sobre traspasos de medios adscritos a la gestión de prestaciones sanitarias del seguro escolar y de la prestación farmacéutica complementaria a los afectados por el síndrome tóxico, celebrada el día 7 de febrero de 2017, sólo consta en el expediente remitido a esta Comisión la lista de asistentes por parte de la Comunidad de Madrid.

2.10. Por Oficio de fecha 17 de febrero de 2017 de la subdirectora general de Incapacidad Temporal y Prestaciones a Corto Plazo del INSS se hace referencia a la reunión de la citada Ponencia Técnica señalando que *“en el seno de la misma se trasladó que, de cara a continuar con la negociación del traspaso, resulta imprescindible disponer de la información relativa al gasto real exacto en producto farmacéutico y parafarmacéutico que se viene facturando a este Instituto por la Comunidad de Madrid”*.

2.11. Por escrito de fecha 10 de abril de 2017 la directora general de la Seguridad Social comunica al director general de Presupuestos y Recursos Humanos de la Comunidad de Madrid que, superado el plazo concedido tras la celebración de distintas reuniones con representantes de la Comunidad de Madrid -plazo que expiraba en 2016- de manera excepcional, la Intervención General de la Seguridad Social ha acordado ampliar hasta el 30 de junio de 2017 la posibilidad de seguir fiscalizando e interviniendo el abono de los gastos farmacéuticos remitidos por la Comunidad de Madrid en las mismas condiciones que se ha venido haciendo desde el establecimiento de las ayudas del síndrome tóxico.

2.12. Por oficio, de fecha 27 de abril de 2017, del director general de Coordinación de la Asistencia Sanitaria dirigido al director general de Presupuestos y Recursos Humanos de la Comunidad de Madrid se informa de que en la Ponencia Técnica de 7 de febrero de 2017 no se

pudo alcanzar un acuerdo por diferencias de criterio entre ambas Administraciones. Señala que el Estado a través de sus representantes considera que el traspaso de la partida presupuestaria a la Comunidad de Madrid sólo debe contemplar el importe de la prestación complementaria, mientras que los representantes de la Comunidad de Madrid entienden que en la propuesta de traspaso de la partida presupuestaria se debe incluir la totalidad del importe de la factura del síndrome tóxico. Señala que, por tanto, hasta que no se produzca la transferencia de la totalidad de los fondos que el INSS dedica a esta prestación, no se podrán habilitar los créditos necesarios para su pago.

2.13. Por oficio de 14 de junio de 2017, la directora general de la Seguridad Social reitera al director general de Presupuestos y Recursos Humanos de la Comunidad de Madrid que, sin el desglose de los productos financiados y los no financiados, no podrán abordar el pago a partir de 1 de julio de 2017.

2.14. Por oficio de fecha 5 de julio de 2017, el director general de Presupuestos y Recursos Humanos de la Comunidad de Madrid contesta que, aun con las dificultades para efectuar el desglose en los términos indicados, se ha realizado un esfuerzo para obtener una estimación provisional, en virtud de la cual la Comunidad de Madrid considera que de producirse la transferencia de la competencia relativa a la prestación farmacéutica del síndrome tóxico necesitaría incrementar su presupuesto al menos en la cantidad de 7,6 millones de euros para no menoscabar su Hacienda Pública. Indica que en el supuesto de traspaso habría que considerar dos fuentes de financiación: la referida a la prestación complementaria a los afectados del síndrome tóxico a financiar por el INSS -5,4 millones de euros-; y otra segunda vía, considerando el importe de 2,2 millones *“cuya financiación debería provenir de una ampliación de medios vinculada al traspaso de la asistencia sanitaria, ya que el efectuado en su día no*

contemplaba el coste derivado del síndrome tóxico”. Añade que, “a efectos de conjugar ambas vías, se procederá a iniciar los contactos pertinentes con el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad”.

2.15. Por medio de correo electrónico de fecha 25 de abril de 2018, remitido desde la Subdirección General de Traspasos y Relaciones Bilaterales con las CCAA del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Públicas *“en relación con la solicitud de la Comunidad de Madrid de reanudación de las negociaciones para el traspaso relativo a la prestación complementaria a los afectados por el síndrome tóxico”,* se adjunta el borrador de propuesta de acuerdo y el informe de valoración del coste efectivo del traspaso, quedando a la espera de la comunicación sobre la posible celebración de una ponencia técnica y, en su caso, las posibles fechas de la reunión.

Dicho borrador contempla una ampliación de medios traspasados a la Comunidad de Madrid por el Real Decreto 1479/2001 en materia de asistencia sanitaria, con aquellos relativos a la prestación farmacéutica complementaria a los afectados por el síndrome tóxico.

El informe de valoración señala que el gasto farmacéutico en 2017 del síndrome tóxico en la Comunidad de Madrid asciende a 7.163.425,32 euros según los datos proporcionados por el INSS. A continuación, determina las cuantías exactas que de esta cantidad corresponden, de una parte, a productos no financiados por el Sistema Nacional de Salud (parafarmacia, financiados íntegramente por el síndrome tóxico) y de otra, a productos farmacéuticos financiados parcialmente por el Sistema Nacional de Salud. Para ello emplea en términos comparativos, los porcentajes que se han registrado en la Comunidad de Castilla y León en el ejercicio 2017, por tratarse de un supuesto homogéneo al de la Comunidad de Madrid, señalando que tales porcentajes ascienden al 56,33% y 43,67%, respectivamente

según datos proporcionados por el INSS. Precisa que del porcentaje del 43,67% referido a productos farmacéuticos financiados parcialmente, el síndrome tóxico debe sufragar la parte que no debe ser financiada por los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Madrid, tomando a estos efectos como referencia el porcentaje establecido con carácter general para los usuarios de la prestación farmacéutica (40%) de acuerdo con el artículo 94 bis.5.c) de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. En consecuencia, obtiene una valoración del coste efectivo en 2018 sin actualización, según el presupuesto liquidado de 2017, del traspaso a la Comunidad de Madrid de los medios relativos a la prestación farmacéutica complementaria a los afectados por el síndrome tóxico, por importe de 5.286.464,61 euros.

2.16. Con fecha 3 de mayo de 2018, la directora general del INSS remite nuevo escrito al director general de Presupuestos y Recursos Humanos de la Comunidad de Madrid en los mismos términos de los anteriores sobre la expiración del plazo concedido para desglosar las facturas, la constatación de que las facturas de los gastos farmacéuticos del síndrome tóxico de enero y febrero de 2018 de la Comunidad de Madrid se han recibido sin desglosar, y la reiteración de que en dichas circunstancias se mantendrá el criterio de no fiscalizar por parte de la Intervención de la Seguridad Social.

2.17. Por escrito de fecha 17 de mayo de 2018, el director general de Coordinación Sanitaria de la Comunidad de Madrid contesta a la directora general del INSS que se aceptan los porcentajes planteados por la Administración General del Estado por lo que se pueden enviar las facturas mensuales con los importes desglosados. Se solicita información sobre los pasos a seguir para poder tramitar las facturas del síndrome tóxico.

2.18. Por escrito de 7 de junio de 2018, la Subdirección General de Incapacidad Temporal y otras Prestaciones a Corto Plazo aclara que los porcentajes a los que alude el director general en su escrito son los que se corresponden con la estimación realizada de cara al proceso de valoración del coste efectivo del traspaso a la Comunidad de Madrid por la Administración General del Estado, en el seno de la Comisión Mixta de traspaso *“que se encuentra en curso; porcentajes, por tanto, que nada tienen que ver con el desglose que las facturas de los gastos de farmacia deben recoger, hasta tanto se haga efectivo el traspaso”*.

2.19. Efectuada consulta al Servicio Jurídico de la consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, con fecha 16 de mayo de 2019 dicho servicio indica que, *“ante el evidente carácter económico de la cuestión, se considera esencial que se dé traslado a la intervención de la Comunidad de Madrid del informe de la Intervención de la AGE, al objeto de que sean valorados por la misma los argumentos en que se sustenta el cambio de criterio del INSS”*.

2.20. Por medio de informe de 16 de septiembre de 2019, la Intervención de la Comunidad de Madrid concluye que no le corresponde entrar en el fondo del asunto de la consulta planteada ni realizar valoraciones formuladas por otros órganos de fiscalización, procediendo a la devolución del expediente.

2.21. Con fecha 10 de octubre de 2019 el presidente del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid (COFM) presenta escrito dirigido a la Consejería de Sanidad en el que solicita a dicha consejería para que *“efectúe requerimiento al INSS para que realice el ingreso correspondiente de las cantidades abonadas por el COFM a las oficinas de farmacia por razón de los medicamentos suministrados a los afectados beneficiarios del Plan de Síndrome Tóxico que asciende a 30 de septiembre de 2019 a 8.468.373,61 €”*.

El COFM expone en su escrito que desde la adopción de las medidas en materia de síndrome tóxico, los afectados utilizan unos formularios de receta específicos denominada *“Síndrome tóxico exento de aportación”* y que *“todos aquellos que tengan la consideración de afectados estarán exentos de pago de los medicamentos objeto de prescripción y de productos de parafarmacia, siempre que exista una indicación terapéutica y que la patología causante de dicha indicación terapéutica esté relacionada con su condición de afectado por el síndrome tóxico”*.

Según refiere el COFM, el procedimiento llevado hasta la fecha, consistía en la remisión por las oficinas de farmacia de las correspondientes recetas al COFM que, a su vez, las enviaba a la Consejería de Sanidad en soporte papel y de forma separada del resto de recetas. La Consejería de Sanidad procedía a realizar el pago, haciendo constar de forma separada en la factura total, tramitándolo ante el INSS.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora resulta facultativa, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 5.4 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, y reguladora de la Comisión Jurídica Asesora, a cuyo tenor el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid o su Presidencia podrán recabar el dictamen de

la Comisión Jurídica Asesora en aquellos otros asuntos que lo requieran por su especial trascendencia o repercusión.

SEGUNDA. - Planteamiento de la cuestión sometida a dictamen.

La cuestión sometida a dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora se refiere a la titularidad de la competencia para la gestión y abono de las prestaciones en materia de reembolso del gasto farmacéutico reconocidas en el Plan Nacional de Síndrome Tóxico a favor de los afectados, tanto de la parte de la prestación financiada por el Sistema Nacional de Salud como de la parte complementaria de productos no financiados.

En primer lugar, debe precisarse que no es posible hablar de la “*titularidad de la competencia*” porque el R.D. 1479/2001 no efectuó el traspaso de competencia alguna, sino el de las funciones y servicios previstos en el mismo. Todo ello de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los Reales Decretos de traspasos, plasmada entre otras en la Sentencia 9/2001, de 19 de enero:

«Así, en relación con los Reales Decretos de traspasos, “ya en anteriores sentencias sobre temas pesqueros hemos respondido a alegaciones similares, negando valor a los referidos decretos de transferencias para alterar el sistema de reparto de competencias resultante de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, doctrina a la que se ha de estar igualmente en el caso presente. En efecto, como se dijo en tales ocasiones, los Reales Decretos de transferencias no atribuyen ni reconocen competencias, sino que traspasan servicios, funciones e instituciones; no son en consecuencia normas determinantes del sistema constitucional de distribución de competencias, compuesto exclusivamente por la

Constitución, los Estatutos y, en su caso, las demás disposiciones atributivas de competencias, cuyas prescripciones no pueden ser alteradas ni constreñidas por las disposiciones de los Decretos de traspasos; en este sentido las competencias son indisponibles por las Administraciones, lo que impide hacer prevalecer una presunta voluntad, fruto del acuerdo formalizado en los Decretos de transferencias, sobre el sentido objetivo de las normas constitucionales y estatutarias (STC 147/1991, FJ 4 E), y, en idéntico sentido, las SSTC 56/1989, FJ 6, y 44/1992, FJ 1)” (STC 147/1998, de 2 de julio, FJ 10)».

La cuestión sobre el reembolso del gasto farmacéutico, tanto de la parte financiada por el Sistema Nacional de Salud como de la parte complementaria en relación con los afectados por el síndrome tóxico no es una cuestión sencilla porque el conjunto de medidas adoptadas por la Administración del Estado para dar protección a los afectados por el síndrome tóxico a principio de los años 80, transcurridos casi 40 años desde su adopción, se han visto profundamente afectadas por la descentralización de los servicios sanitarios como consecuencia de las transferencias de las funciones y servicios del INSALUD a las comunidades autónomas.

Del relato fáctico sobre la normativa dictada por la Administración General del Estado efectuado en los antecedentes de derecho se observa cómo, si bien inicialmente se adoptaron medidas urgentes en materia de asistencia sanitaria, incluidas prestaciones farmacéuticas que se declararon de carácter gratuito y, por tanto, exentas de aportación, en el marco del, entonces, Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, después se concedieron un conjunto de medidas económicas y sociales a la vez que se fueron dotando órganos administrativos encargados de la coordinación de tales medidas hasta que, llegó a crearse el Plan Nacional para el Síndrome Tóxico por el

Real Decreto 1405/1982, de 25 de junio, en la Presidencia del Gobierno y en el que coordinaron medidas que afectaban a los Ministerios de Hacienda, de Defensa, de Economía y Comercio, de Educación y Ciencia, de Trabajo y Seguridad Social, de Agricultura, Pesca y Alimentación y de Sanidad y Consumo.

A partir de ese momento, en el que la coordinación de todas las medidas concedidas para paliar las consecuencias adversas que padecían los afectados por el síndrome tóxico se centralizaron en la Presidencia del Gobierno y se financiaban por el INSS, se inició una evolución en sentido inverso al anteriormente descrito de manera que, por el Real Decreto 415/1985 se reestructuró el Ministerio de la Presidencia y se transfirieron al Ministerio de Sanidad y Consumo la atención sanitaria y la investigación básica, clínica y epidemiológica sobre el síndrome tóxico y materias relacionadas y, aunque inicialmente la evaluación y gestión de las ayudas económicas, así como las de reinserción y atención social de los afectados se conservaron en el Ministerio de la Presidencia, posteriormente se integró en el Instituto Nacional de la Seguridad Social la Oficina de Gestión de Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico por el Real Decreto 1888/1996, como una Subdirección General y, tras su supresión por el R.D. 469/2003, la Unidad de Gestión de Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico fue adscrita a la Subdirección General de Gestión de Incapacidad Temporal y otras Prestaciones a Corto plazo.

Para responder a la cuestión sometida a dictamen en preciso analizar en primer lugar el régimen general de transferencias de las funciones y servicios del INSALUD a la Comunidad de Madrid y, en concreto, de la prestación farmacéutica que incluye la asistencia sanitaria para luego examinar el régimen especial de los afectados por

el síndrome tóxico en materia del gasto farmacéutico establecido por el R.D. 2448/1981.

TERCERA. – La prestación farmacéutica como prestación sanitaria de la Seguridad Social facilitada por el Sistema Nacional de Salud.

El artículo 149.1. 17 de la Constitución Española (en adelante, CE) atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas. Asimismo, el artículo 149.1 16 reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de Sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos.

El Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, dispone en su artículo 27.4 y 5 que, en el marco de la legislación básica del Estado y en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución en materia de Sanidad e Higiene, así como la coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social.

A su vez, según el artículo 28.1.1 y 1.10 del Estatuto, corresponde a la Comunidad de Madrid la ejecución de la legislación del Estado en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en la materia 17^a del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a que se refiere este precepto, y la función ejecutiva en materia de productos farmacéuticos.

Por el Real Decreto de 1479/2001 se aprueba el Acuerdo sobre traspaso a la Comunidad de Madrid de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Seguridad Social (R.D. 1479/2001). Acuerdo de transferencias que, para la valoración de las cargas financieras de los medios que se traspasan tiene en cuenta el Sistema de financiación de Régimen Común aprobado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera en sus sesiones de 27 de julio, 16 y 22 de noviembre de 2001.

Así, todas aquellas prestaciones sanitarias que eran efectuadas por el INSALUD y que fueron traspasadas a la Comunidad de Madrid deben ser satisfechas por esta. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, en desarrollo del título competencial contenido en el art. 149.1.16 CE, el Estado dictó, entre otras, la Ley 16/2003, norma que establece las prestaciones básicas del Sistema Nacional de Salud. La Ley dispone, como uno de sus principios, el de la *“financiación pública del Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con el vigente sistema de financiación autonómica”* [art. 2 e)].

Los artículos 3 y 3.bis de la Ley 16/2003 disponen, respectivamente, que *“son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español”* y que *“una vez reconocido el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos, éste se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual”*.

El artículo 7 de dicha Ley se refiere al catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud comprensivo de las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención

especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.

A continuación, el artículo 8 de la Ley 16/2003 se refiere a la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud como el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias y precisa que se articulará en torno a las siguientes modalidades:

a) Cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud.

b) Cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud.

c) Cartera común de servicios accesorios del Sistema Nacional de Salud.

Por lo que respecta a la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud, el artículo 8 ter de la citada Ley señala que incluye todas aquellas prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y están sujetas a aportación del usuario e incluye, entre otras, la prestación farmacéutica.

Finalmente, el artículo 8 *quinquies* establece que las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, podrán aprobar sus respectivas carteras de servicios que incluirán, cuando menos, la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud en sus modalidades básica de servicios asistenciales, suplementaria y de servicios accesorios, garantizándose a todos los usuarios del mismo; y

añade que deberán destinar los recursos económicos necesarios para asegurar la financiación de dicha cartera común de servicios.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 19 de junio de 2012, tras referirse a los citados preceptos de la Ley 16/2003, señala:

«(...) 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, por integrarse en la “cartera común”, 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. Vinculado con ello, forma lógicamente también parte del ámbito de lo básico la concreta definición de las diferentes modalidades de prestaciones sanitarias comunes (básicas, suplementarias o de servicios accesorios).

Además, también por aplicación de nuestra doctrina (SSTC 98/2004, de 25 de mayo; y 22/2012, de 16 de febrero, FJ 3) cabe considerar como básica la definición del sistema de financiación de la sanidad (...).».

La exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios indica que desde comienzos del año 2002, todas las comunidades

autónomas han asumido las funciones que venía desempeñando y los servicios que venía prestando el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), lo que supone una descentralización completa de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud, incluida la de la prestación farmacéutica.

De acuerdo con lo expuesto, no cabe duda de que la asunción del coste de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud dispensada a las personas residentes en la Comunidad de Madrid que tengan la condición de asegurados o beneficiarios de la Seguridad Social, corresponde a esta Administración Pública.

Conviene además ceñirse al tenor literal del Acuerdo que figura como Anexo del RD 1479/2001 en cuyo apartado B) 1 f) consta como una de las funciones que se traspasan, *“Las funciones de gestión que realiza el Instituto Nacional de la Salud a través de sus servicios centrales, en cuanto se refiere al territorio de la Comunidad de Madrid y, entre ellas, la inspección de servicios y la gestión de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social facilitadas por el Sistema Nacional de Salud”*.

A su vez, el artículo 2 del RD 1479/2001 establece que quedan traspasados a la Comunidad de Madrid, además de las funciones y servicios, los bienes derechos y obligaciones, el personal, y también los créditos adscritos a los mismos.

Del contenido de los citados preceptos se colige que la transferencia de la función de gestión de la prestación farmacéutica como prestación sanitaria y el crédito adscrito a la misma se verificó en términos globales, sin referencias concretas a grupos de afectados de suerte que, si la gestión y abono de las prestaciones farmacéuticas de los afectados por el síndrome tóxico estuviera asignada al INSALUD,

incluía también a estas, en su condición de titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, ex artículo 3 de la Ley 16/2003, sin que exista base legal alguna para proceder a su exclusión.

En este sentido, y en la medida en que resume perfectamente dicha conclusión, procede traer a colación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 7 de octubre de 2015 , en el Recurso 15140/2015, interpuesto por el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) contra la resolución de la Xunta Superior de Facenda de 9 de diciembre de 2014, desestimatoria de las reclamaciones económico-administrativas promovidas contra las resoluciones desestimatorias de los recurso de reposición interpuestos contra las liquidaciones de precios públicos del SERGAS correspondientes a facturas expedidas por asistencia sanitaria prestada a pacientes asegurados o beneficiarios del ISFAS.

Por parte del SEGAS se alega, resumidamente, que no está obligado a prestar asistencia sanitaria amparada en el Concierto de 30 de diciembre de 1986, en el que eran parte ISFAS, TGSS e INSS, por no haber subrogación en el Concierto, y por no existir ningún otro Convenio entre SERGAS e ISFAS que ampare la asistencia sanitaria prestada en municipios de más de 20.000 habitantes.

El ISFAS considera que no se trata de comprobar si ha habido o no una subrogación en el Concierto suscrito en el año 1986, y sus límites, sino de comprobar la manera en que la asistencia sanitaria asumida por las Comunidades Autónomas ha de ser prestada conforme al sistema de financiación de los servicios que les han sido transferidos, en los términos en que actualmente se encuentra desarrollada esa transferencia.

Al objeto de resolver la controversia, la Sentencia objeto de análisis reproduce la dictada por la Audiencia Nacional de 25 de octubre de 2010 (Recurso: 30/2010) cuyos fundamentos, que asume por considerarlos perfectamente trasladables a ese caso, son los siguientes:

«Antes de la entrada en vigor de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre (RCL 2001, 3245 y RCL 2002, 1318) (de financiación de las Comunidades Autónomas), la Mutualidad General Judicial concertaba con el Instituto Nacional de la Seguridad Social y con la Tesorería General de la Seguridad Social la prestación de asistencia sanitaria a los mutualistas que optan por el sistema público de salud (...).

Con el Real Decreto 1612/1987, de 27 de noviembre (RCL 1987, 2712) tiene lugar el traspaso a la Comunidad Valenciana de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, de modo que, por lo aquí interesa y a tenor del Anexo de tal disposición reglamentaria, se traspasan los servicios y funciones correspondientes a los centros sanitarios, asistenciales y administrativos del INSALUD, determinándose los gastos que, con cargo al presupuesto del mismo, debían abonarse anualmente a la Comunidad Autónoma para financiar lo que había sido objeto de traspaso.

El panorama cambia de manera decisiva desde el 1 de enero de 2002. Como señalan con acierto tanto la sentencia recurrida como las partes codemandadas, el nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas establecido en la Ley 7/2001, de 27 de diciembre determina que ya no se transfiera anualmente a las Comunidades Autónomas el importe de la asistencia sanitaria, sino que ésta se financia fundamentalmente a través de impuestos cedidos por el Estado a aquéllas.

Concluido el traspaso de las funciones y servicios en el año 2001, mediante las fórmulas que se expresan en el artículo 4 y concordantes de la citada Ley 7/2001, de 27 de diciembre y en atención a los parámetros correspondientes (población, superficie, dispersión, insularidad) se crea un fondo base (o liquidación definitiva en relación con el 1999) que después se irá actualizando. Con este nuevo sistema, las Comunidades Autónomas asumen la asistencia sanitaria (y el resto de los servicios traspasados) con cargo a los recursos del sistema financiero: tributos cedidos y fondos de suficiencia (entre ellos, el fondo de cohesión sanitaria, desarrollado después por Real Decreto 1207/2006. De esta forma, a cada Comunidad se le asigna un nuevo importe de necesidades de financiación que se dota con aquellos recursos (tributos cedidos y, si no son suficientes, los fondos).

Las Comunidades Autónomas asumen entonces toda la competencia del INSALUD y el Estado no abona “cuotas” concretas por usuario de la prestación de asistencia sanitaria, sino que financia tales prestaciones en atención al sistema implantado por la Ley.

La consecuencia de este nuevo sistema respecto de la pretensión que se ejercita en el presente proceso, expresada con suma claridad en el Informe del Tribunal de Cuentas de 22 de septiembre de 2005 que consta en autos, resulta evidente: el mecanismo del Concierto no resulta ya de aplicación (porque “está rebasado”, según el Tribunal de Cuentas) a la financiación de la asistencia sanitaria de los mutualistas de MUGEJU que optan por el sistema público de salud, pues dicha asistencia debe prestarse por las Comunidades Autónomas correspondientes (que ostentan tal competencia a virtud de los correspondientes Reales Decretos de traspasos) y se financia en los términos globales que se desprenden del sistema de

financiación implantado por la ley de 27 de diciembre de 2001. Por tanto, ni MUGEJU debe efectuar a la Generalitat Valenciana la contraprestación prevista en el Concierto (calculada en atención a una cuantía mensual por mutualista), ni el Instituto Nacional de la Seguridad Social o la Tesorería General de la Seguridad Sociales deben reintegrar a dicha Comunidad las cuotas abonadas por MUGEJU con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo sistema de financiación».

A continuación, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia señala que:

«(...)

En realidad, tanto la demanda como el escrito interponiendo el recurso de apelación parten de dos premisas que, a juicio de la Sala, deben reputarse erróneas: la primera, la de que nunca se ha transferido a la Comunidad Autónoma la competencia relativa a la asistencia sanitaria a los mutualistas de MUGEJU que optaron por el sistema de asistencia pública; (...)

La primera cuestión (supuesta inexistencia de la transferencia de aquella competencia) debe rechazarse por cuanto, como ya se ha adelantado, el Real Decreto 1612/1987, de 27 de noviembre traspasó a la Comunidad Autónoma las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, recibiendo la misma sus bienes, derechos y obligaciones, entre los cuales -obviamente- debe incluirse la prestación de asistencia sanitaria a quien ostenta el correspondiente título legitimador, esto es -entonces y ahora- a los mutualistas de MUGEJU que optaron por la sanidad pública y que, por tanto, se integraron de pleno derecho en la población protegida por el INSALUD primero y, posteriormente, por el ente territorial que

asumió tal competencia. La forma de financiar tal prestación no es otra, desde el ejercicio 2002, que la derivada de las tantas veces citada Ley 21/2001, de 27 de diciembre.

(...)

La cuestión litigiosa no es ajena a este Tribunal, pues sobre ella, y llegando a una solución coincidente a la que llegaron las sentencias hasta ahora citadas, también se pronunciaron las Secciones primera y segunda, de las que son un claro ejemplo la sentencia de 10 de octubre de 2012 (JUR 2012, 35643) (Recurso 210/2012), de la Sección primera; la de 20 de septiembre de 2012 (Recurso número 4271/2012) de la Sección segunda, o la de 27 de septiembre de 2012 (Recurso 4332/2012) de la misma Sección segunda.

Abundando en lo expuesto, se dice en la primera que “En definitiva, el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas implantado por la Ley 21/2001, de 27 de Diciembre (y subsistente en principios y criterios, tras la vigencia de la nueva Ley 22/2009, de 18 de Diciembre), por lo que se refiere a la vertiente de la sanidad, incluye al colectivo de mutualistas de MUFACE que optan por el régimen público de la asistencia sanitaria, entre la población protegida y que ha servido de parámetro para fijar las necesidades de financiación autonómica, y con referencia global que comprende tanto prestaciones hospitalarias como farmacéuticas por parte de aquéllos.

En suma, existe un instrumento legal regulador de la financiación de tal asistencia sanitaria y farmacéutica a los mutualistas acogidos a la sanidad pública, frente al que no pueden alzarse

prácticas pasadas ni Convenios u otros criterios unilaterales autonómicos.

De ahí que no puede pretenderse el abono a cargo de MUFACE de tales prestaciones, pues ni cuenta con amparo normativo válido ni de rango suficiente (no lo poseen ni el Concierto de 1995 ni el Decreto autonómico 160/2010, de 23 de septiembre sobre tarifas sanitarias) ni puede aceptarse la duplicidad y enriquecimiento injusto para el ente sanitario autonómico que supondría la repercusión a MUFACE”».

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en la Sentencia 136/2012 de 19 de junio de 2012, ya citada, que declara inconstitucionales los artículos 14 y 15 de la Ley 16/2008 de la Comunidad Valenciana -que daban nueva redacción al Decreto Legislativo 1/2005 de la Comunidad Valenciana, que regulaba el Texto Refundido de la Ley de Tasas de la Generalitat- en virtud de los cuales se gravaba al colectivo de mutualistas de MUFACE, MUGEJU e ISFAS con la “tasa por prestación de asistencia sanitaria” al optar por el acceso a la sanidad pública.

El Tribunal Constitucional considera que la tasa autonómica recae sobre prestaciones sanitarias que deberían estar cubiertas de forma completa y exclusiva por financiación pública para sus beneficiarios, entre los que deben incluirse, los mutualistas de MUFACE, MUGEJU e ISFAS que opten por la asistencia sanitaria pública.

En este sentido, tras precisar que tanto la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias, cuáles sean dichas prestaciones, así como la definición del sistema de financiación de la sanidad pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, señala lo siguiente:

“(…)

Finalmente, tampoco altera la conclusión acerca de la controvertida tasa la justificación que se contiene en el escrito de la Generalitat Valenciana, en el sentido de que su establecimiento obedece a la insuficiente financiación prevista en el sistema de financiación autonómica, en el concreto supuesto de prestaciones sanitarias a los citados mutualistas que opten por la sanidad pública. Con este argumento, y sin cuestionar la competencia del Estado en materia de sanidad, se limita el alegato a exponer las razones por las que, desde una perspectiva económica, la tasa es una manera de compensar los gastos sanitarios incurridos por la Comunidad Autónoma en la prestación de asistencia sanitaria a los mutualistas administrativos, gastos que a juicio de la Generalitat no habrían sido debidamente computados en el sistema de financiación autonómica.

Pues bien, sin perjuicio de que, como aduce el Abogado del Estado, las Comunidades Autónomas sí obtienen dicha financiación para sufragar la atención sanitaria a los mutualistas, pues éstos fueron tenidos en cuenta como población protegida en el cómputo del coste sanitario integrado en el sistema de financiación autonómica, lo relevante es que este último argumento del alegato de la Generalitat no guarda conexión alguna con el problema constitucional que la tasa autonómica plantea (...).”

El mismo razonamiento subyace en la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2019, Recurso de casación 4544/2017, sobre la determinación de la Administración (penitenciaria o sanitaria) que debe hacer frente al coste (precio público) de la prestación consistente en la asistencia sanitaria prestada por hospitales del Servicio Madrileño de

Salud a internos en centros penitenciarios que tienen la condición de asegurados, afiliados o beneficiarios de la Seguridad Social.

En este caso, la respuesta que ofrece la sentencia es que corresponde a la administración penitenciaria la asunción de tales costes, con independencia de que el interno en los centros penitenciarios que recibe la asistencia sea o no beneficiario, afiliado o asegurado a la Seguridad Social.

Conviene precisar que para llegar a tal conclusión la citada sentencia se basa en dos consideraciones, derivadas de la normativa en materia de sanidad (artículos 3 y 3 bis y disposición adicional sexta de la Ley 16/2003) y de instituciones penitenciarias (artículo 3 y 36 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y artículos 207, 208 y 209 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario): la primera, que la protección integral de la salud del interno es un deber que se impone a la administración penitenciaria, a cuyo cargo tiene a una persona vinculada a ella por una evidente relación de sujeción especial; y en segundo lugar, en que no hay un solo precepto legal o reglamentario que disponga que el coste de la asistencia sanitaria (cuando es dispensada a los presos fuera del establecimiento y por medios ajenos a la penitenciaria) deba ser sufragado por el titular de la institución sanitaria que presta el servicio.

En consecuencia, debe concluirse que la Comunidad de Madrid debe gestionar y abonar la prestación farmacéutica que incluye la asistencia sanitaria y que antes gestionaba y abonaba el INSALUD.

CUARTA. - La prestación farmacéutica para los afectados por el síndrome tóxico.

Procede analizar, a continuación, la regulación de la prestación farmacéutica para los afectados por el síndrome tóxico.

En relación con la asistencia sanitaria de los afectados por el síndrome tóxico, se advierte que el R.D. 1479/2001 no hace referencia alguna a las obligaciones de la Administración del Estado en relación con afectados por el síndrome tóxico y su traspaso a la Comunidad de Madrid. En este sentido, llama la atención la ausencia de previsión alguna relativa a los afectados por el síndrome tóxico, si se compara con la regulación establecida en el Real Decreto 415/1985, por el que se reestructura el Ministerio de Presidencia y con la Orden de 22 de octubre de 1985, sobre asunción de determinadas funciones y competencias por el Ministerio de Sanidad y Consumo en relación con el síndrome tóxico, en la que se regulaba minuciosamente el traspaso de estas funciones y competencias por parte del Ministerio de la Presidencia.

Resulta necesario examinar, en relación con esta materia, si la ausencia de mención de los afectados por el síndrome tóxico y que hasta esa fecha eran atendidos por el INSALUD implica, o no, que la asistencia sanitaria prestada a los mismos fuera transferida a la Comunidad de Madrid y, como segunda cuestión, si la asistencia sanitaria incluye la prestación farmacéutica.

En primer lugar, a la vista del R.D. 1479/2001, se advierte que las funciones y competencias transferidas a la Comunidad de Madrid solo pueden ser aquellas de que era titular el INSALUD a la fecha del traspaso y que, según el R.D. 415/1985 y la Orden de 22 de octubre de 1985, consistían en la atención sanitaria y la investigación básica, clínica y epidemiológica sobre el síndrome tóxico y las materias relacionadas.

Para ello, es preciso analizar que funciones tenía asignadas el INSALUD en relación con el síndrome tóxico y que resultan del R.D. 415/1985 y la Orden de 22 de octubre de 1985. Así el artículo Uno del R.D. 415/1985 establecía que *“las funciones y competencias que en relación con el Plan Nacional para el Síndrome Tóxico venía desempeñando el Ministerio de la Presidencia, a través del coordinador general, se ejercerán: Por el Ministerio de Sanidad y Consumo, la atención sanitaria y la investigación básica, clínica y epidemiológica sobre el síndrome tóxico y materias relacionadas”* y por el Ministerio de la Presidencia, *“la evaluación y gestión de las ayudas económicas, así como las de reinserción y atención social de los afectados”*.

En relación con funciones y competencias relativas a la investigación básica, clínica y epidemiológica sobre el síndrome tóxico es preciso tener en cuenta cómo el Instituto de Salud Carlos III (ISCIII) e, inicialmente el Instituto Madrileño de la Salud suscribió un convenio de colaboración el 24 de septiembre de 2003 y posteriormente con el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), con fecha 29 de septiembre de 2005 y 20 de septiembre de 2007. En los antecedentes fácticos de estos convenios se pone de manifiesto cómo el ISCIII llegó a contar entre sus centros con uno denominado Investigación sobre el Síndrome del Aceite Tóxico cuyos objetos principales consistían en la producción de información científica sobre esta enfermedad y sus causas y, más específicamente, *“sobre la evolución de la cohorte de afectados por esta intoxicación”*, para pasar a ser el Centro de Investigación del Síndrome del Aceite Tóxico y Enfermedades Raras y, finalmente, por la Orden Ministerial SCO/3158/2003, de 7 de noviembre, una Unidad de Investigación del Síndrome Tóxico dentro del Instituto de Enfermedades Raras.

En relación con la asistencia sanitaria, el artículo 8 de la Orden de 22 de octubre de 1985 es clara al señalar que *“la atención sanitaria de*

los afectados por el síndrome tóxico queda encomendada al Instituto Nacional de la Salud”.

Por tanto, tras hacerse efectivo el R.D. 1479/2001, la asistencia sanitaria de los afectados por el síndrome tóxico que hasta ese momento eran atendidos por el INSALUD en los centros de Atención Primaria y Atención especializada en los hospitales gestionados por el INSALUD en la Comunidad de Madrid, pasaron a ser atendidos por esos mismos centros y hospitales, ahora gestionados por la Comunidad de Madrid.

Según el razonamiento expuesto en la consideración jurídica anterior, por tanto, el reembolso de la prestación farmacéutica correspondería a la Comunidad de Madrid.

Ahora bien, el R.D. 415/1985 tiene como peculiaridad que mantiene en el Ministerio de la Presidencia las funciones y competencias relativas a las ayudas económicas, así como las de reinserción y atención social de los afectados y en concreto, según el artículo 9 de la Orden de 22 de octubre de 1985, el Ministerio de la Presidencia *“a través de la Oficina de Gestión de Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico, dotará a los afectados del documento individual que acredite el derecho a las prestaciones sanitarias”.*

A la vista de este precepto, podría considerarse que el reembolso de la prestación farmacéutica que conllevaba la asistencia sanitaria prestada por el INSALUD no se transfería a este, sino que se mantenía en el INSS, a través de la Oficina de Gestión de Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico y que, en consecuencia, no se traspasó a la Comunidad de Madrid con el R.D. 1479/2001, al

limitarse este al traspaso de las funciones y servicios del INSALUD.

En este sentido, hay que tener en cuenta que al tiempo de la asunción por el Ministerio de Sanidad y Consumo de la atención sanitaria de los afectados por el síndrome tóxico, el mecanismo de protección consistente en el reembolso de los gastos farmacéuticos, debía tener en cuenta que el Real Decreto 945/1978, de 14 de abril, por el que se da nueva regulación a la aportación del beneficiario de la Seguridad Social en la dispensación de las especialidades farmacéuticas (R.D. 945/1978), que introdujo el copago sobre la base de un porcentaje del precio del medicamento fijando inicialmente el 30%, si bien se elevó posteriormente al 40% por el Real Decreto 1605/1980, de 31 de julio, por el que se modifican los tipos de cotización para desempleo, Seguridad Social y Fondo de Garantía Salarial y se revisa el porcentaje de participación de los beneficiarios en el precio de determinados medicamentos. En el R.D. 945/1978 también se preveía la ausencia de aportación para los pensionistas y los tratamientos que se realizasen en instituciones sanitarias como aquellos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

El R.D. 2448/1981 adoptó como mecanismo de protección que la totalidad del gasto farmacéutico para los afectados por el síndrome tóxico fuera financiado con cargo a la Seguridad Social por el INSS. En este sentido, las recetas emitidas con el estampillado “*síndrome tóxico: exento de aportación*”, separadas de otro tipo de recetas deberían remitirse al INSS, como órgano responsable de su gestión y facturarse en su totalidad a dicha Entidad gestora o, en el caso de que la atención sanitaria asumida por el INSALUD, según lo establecido en el Decreto 415/1985 y en la Orden de 22 de octubre de 1985, incluyera también la prestación farmacéutica, un 60% de dicha prestación correspondería al INSALUD y el 40% restante al INSS.

Del análisis de la Orden de 22 de octubre de 1985 no resulta de manera concluyente que se transfiriera al INSALUD el crédito necesario para hacer frente a esa prestación farmacéutica.

Así, la citada orden es clara al señalar, en relación la asunción de las funciones y competencias relativas a la investigación que *“El Ministerio de la Presidencia, de acuerdo con el de Sanidad y Consumo, adoptará las medidas necesarias para proceder a transferir al Instituto Nacional de la Salud la partida presupuestaria del Plan Nacional para el Síndrome Tóxico, actualmente afectada a la investigación”*. En cambio, en relación con la atención sanitaria prestada por el INSALUD no se menciona la transferencia de partida presupuestaria alguna, limitándose a señalar que el INSALUD se subrogaba *“en las obligaciones del Plan Nacional para el Síndrome Tóxico con el personal contratado que realiza funciones de atención sanitaria a los afectados por el síndrome tóxico”* (ex. artículo 13) y que, de acuerdo con el artículo 14, quedaban adscritos al Ministerio de Sanidad y Consumo *“los bienes muebles afectados a las funciones de la atención sanitaria y los expedientes y documentación consiguiente”*, aclarando que se elaboraría al efecto el correspondiente inventario.

La falta de referencia a la partida presupuestaria en relación con la atención sanitaria de los afectados por el síndrome tóxico y, en concreto, de las prestaciones farmacéuticas, podría tener su explicación en que estas se satisfacían por el INSS y continuaban gestionados por la Oficina de Gestión de Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico. En este sentido podría interpretarse el hecho de que el artículo 9 de la Orden de 22 de octubre de 1985 atribuyera a dicha oficina la función de dotar a los afectados por el síndrome tóxico de un *“documento individual que acredite el derecho a las prestaciones sanitarias”*, frente a la anterior cartilla sanitaria especial de afectado por el síndrome tóxico que, según la Resolución de

1 de octubre de 1981 era *“elaborada por el Instituto Nacional de la Salud, con base en el censo oficial de enfermos intoxicados, y facilitada a través del Programa Nacional de Atención y Seguimiento”*.

Esta conclusión, que la totalidad del gasto farmacéutico para los afectados por el síndrome tóxico fuera financiado con cargo a la Seguridad Social por el INSS, podría explicar una ausencia tan llamativa como es la falta de mención de los afectados por el síndrome tóxico en el real decreto de transferencias y explicaría por qué, tras haberse efectivo el traspaso de los servicios y funciones del INSALUD a la Comunidad de Madrid, el INSS siguió pagando el importe total del gasto farmacéutico hasta el año 2015 sin reparo alguno.

Si la prestación farmacéutica de atención sanitaria de los afectados por el síndrome tóxico, al tiempo de efectuarse las transferencias de funciones y servicios del INSALUD, era financiada en un 60% por el Sistema Nacional de Salud y no en su totalidad por el INSS, debería haber sido mencionado en los reales decretos de transferencias de todas aquellas comunidades autónomas afectadas por tener censados entre sus ciudadanos a afectados por el síndrome tóxico y particularmente en la Comunidad de Madrid, que tenía el mayor número de afectados.

Debe tenerse en cuenta que el síndrome tóxico solo afectó a quince de las cincuenta y una provincias españolas (Ávila, Burgos, Guadalajara, Orense, Oviedo, Salamanca, Santander, Soria, Toledo, Zamora, León, Palencia, Segovia, Valladolid y Madrid), de manera que en la actualidad solo seis, de las diecisiete comunidades autónomas: Galicia, Principado de Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla-León y la Comunidad de Madrid tienen pacientes diagnosticados de síndrome tóxico entre sus ciudadanos, con una muy irregular distribución de pacientes entre todas ellas, siendo Madrid la

comunidad autónoma con mayor censo de afectados. Este hecho diferencial justificaba su mención expresa en el R.D. 1479/2001.

Así, a diferencia de otros supuestos en los que el Estado ha adoptado medidas específicas en materia de prestaciones farmacéuticas relacionadas con enfermedades concretas como es el caso del artículo 1 del Real Decreto 1867/1995, de 17 de noviembre, sobre prestaciones farmacéuticas a enfermos de sida, que existen o pueden existir pacientes diagnosticados de dicha enfermedad en todas las comunidades autónomas, por lo que no hacía necesaria su mención en el real decreto de transferencias, la especialidad que supone el síndrome tóxico y la excepcionalidad de las medidas que se adoptaron en los años 80 por la Administración General del Estado y que continúan vigentes transcurridos casi cuarenta años, habrían justificado su mención en el real decreto de transferencias de funciones y servicios del INSALUD.

De la documentación remitida con la solicitud de dictamen no existen datos que permitan sostener con rotundidad que la prestación farmacéutica de la atención sanitaria prestada por el INSALUD era financiada por el INSALUD y, la prestación complementaria por el INSS o, en su totalidad por el INSS.

Por lo tanto, no es posible concluir si corresponde a la Comunidad de Madrid o al INSS la gestión y abono de las prestaciones en materia de reembolso del gasto farmacéutico reconocidas en el Plan Nacional de Síndrome Tóxico a favor de los afectados de la parte financiada por el Sistema Nacional de Salud.

No plantea problema y así lo ha considerado el INSS, que la gestión y abono de las prestaciones en materia de reembolso del gasto farmacéutico reconocidas en el Plan Nacional de Síndrome Tóxico a

favor de los afectados de la parte complementaria de productos no financiados corresponde a la Administración del Estado.

A la vista de lo expuesto, esta Comisión Jurídica Asesora emite las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA. - La gestión y abono de las prestaciones en materia de reembolso del gasto farmacéutico reconocidas en el Plan Nacional de Síndrome Tóxico a favor de los afectados, de la parte complementaria de productos no financiados corresponde al INSS.

SEGUNDA. - El abono de las prestaciones en materia de reembolso del gasto farmacéutico reconocidas en el Plan Nacional de Síndrome Tóxico a favor de los afectados de la parte financiada por el Sistema Nacional de Salud, correspondería a la Comunidad de Madrid si antes del traspaso era financiada por el INSALUD.

TERCERA. - La gestión y el abono de las prestaciones en materia de reembolso del gasto farmacéutico reconocidas en el Plan Nacional de Síndrome Tóxico a favor de los afectados de la parte financiada por el Sistema Nacional de Salud, correspondería al INSS si antes del traspaso era financiada por esta Entidad gestora.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN LA LETRADA VOCAL, DÑA. LAURA CEBRIÁN HERRANZ, AL QUE SE ADHIERE EL LETRADO VOCAL D. CARLOS YÁÑEZ DÍAZ.

“Con el máximo respeto a la opinión de la mayoría de la Comisión que, como ponente, he recogido en el cuerpo del Dictamen, debo, sin embargo, hacer constar mi discrepancia mediante el presente voto particular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero.

Los motivos por lo que difiero de la decisión adoptada son los contemplados en la propuesta de dictamen que como ponente elevé al Pleno de la Comisión los días 30 de enero y 6 de febrero de 2020 y que fue rechazada por la mayoría.

En concreto, la discrepancia opera a partir de la consideración jurídica cuarta del Dictamen aprobado, en la que se efectúa un análisis de la prestación farmacéutica para los afectados por el síndrome tóxico.

De acuerdo con lo expuesto en la citada consideración jurídica, resumidamente, la mayoría de los miembros de esta Comisión consideran llamativa la ausencia de previsión alguna en el R.D 1479/2001 relativa a los afectados por el síndrome tóxico si se compara con la regulación establecida en el Real Decreto 415/1985, por el que se reestructura el Ministerio de Presidencia y la Orden de 22 de octubre de 1985, sobre asunción de determinadas funciones y competencias por el Ministerio de Sanidad y Consumo en relación con

el síndrome tóxico, en la que se regulaba el traspaso de estas funciones y competencias por parte del Ministerio de Presidencia.

A continuación, el Dictamen lleva a cabo un análisis del R.D 415/1985 y de la Orden de 22 de octubre de 1985 y concluye que a la vista de lo dispuesto en el artículo 9 de la citada Orden podría considerarse que el reembolso de la prestación farmacéutica que conllevaba la asistencia sanitaria prestada por el INSALUD no se transfirió a este, sino que se mantuvo en el INSS, a través de la Oficina de Gestión de Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico y que, en consecuencia, no se traspasó a la Comunidad de Madrid con el R.D. 1479/2001, al limitarse este al traspaso de las funciones y servicios del INSALUD.

A mi juicio, dicha interpretación resulta incompatible con lo dispuesto en la normativa y la jurisprudencia consignada en la consideración jurídica tercera de la propuesta rechazada que sin embargo, el Dictamen aprobado reproduce literalmente en análoga consideración de derecho.

En efecto, tal y como expuse en la citada consideración jurídica, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3, 3.bis, 7, 8, 8.ter y 8 quinquies de la Ley 16/2003, no cabe duda de que la asunción del coste de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud dispensada a las personas residentes en la Comunidad de Madrid que tengan la condición de asegurados o beneficiarios de la Seguridad Social corresponde a esta Administración Pública.

A su vez, del tenor literal del artículo 2 del RD 1479/2001 y del apartado B)1 F) del Acuerdo que figura como Anexo del mismo, se colige que la transferencia de la función de gestión de la prestación farmacéutica como prestación sanitaria y el crédito adscrito a la misma

se verificó en términos globales, sin referencias concretas a grupos de afectados, e incluía por tanto la dispensada a las personas afectadas por el síndrome tóxico en su condición de titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, ex artículo 3 de la Ley 16/2003, sin que exista base legal alguna para proceder a su exclusión.

Ambas conclusiones se transcriben en su literalidad en el Dictamen aprobado.

En apoyo de las mismas, mi propuesta incorporaba distintos pronunciamientos judiciales relativos todos ellos al modo en que la asistencia sanitaria asumida por las comunidades autónomas ha de ser prestada conforme al sistema de financiación de los servicios que les han sido transferidos, en los términos en que actualmente se encuentra desarrollada esa transferencia.

En este sentido y por considerar que efectúa un resumen perfecto de las conclusiones por mí alcanzadas, se citaba y reproducía en parte la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 7 de octubre de 2015 (Recurso 15140/2015, interpuesto por el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) contra la resolución de la Xunta Superior de Facenda de 9 de diciembre de 2014, desestimatoria de las reclamaciones económico- administrativas promovidas contra las resoluciones desestimatorias de los recurso de reposición interpuestos contra las liquidaciones de precios públicos del SERGAS correspondientes a facturas expedidas por asistencia sanitaria prestada a pacientes asegurados o beneficiarios del ISFAS).

Sin perjuicio del extracto más amplio de dicha Sentencia incluido en la propuesta y reproducido en el Dictamen aprobado, considero

especialmente clarificador lo dispuesto en el Fundamento jurídico tercero:

“En realidad, tanto la demanda como el escrito interponiendo el recurso de apelación parten de dos premisas que, a juicio de la Sala, deben reputarse erróneas: la primera, la de que nunca se ha transferido a la Comunidad Autónoma la competencia relativa a la asistencia sanitaria a los mutualistas de MUGEJU que optaron por el sistema de asistencia pública; (...).

La primera cuestión (supuesta inexistencia de la transferencia de aquella competencia) debe rechazarse por cuanto, como ya se ha adelantado, el Real Decreto 1612/1987, de 27 de noviembre traspasó a la Comunidad Autónoma las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, recibiendo la misma sus bienes, derechos y obligaciones, entre los cuales -obviamente- debe incluirse la prestación de asistencia sanitaria a quien ostenta el correspondiente título legitimador, esto es -entonces y ahora- a los mutualistas de MUGEJU que optaron por la sanidad pública y que, por tanto, se integraron de pleno derecho en la población protegida por el INSALUD primero y, posteriormente, por el ente territorial que asumió tal competencia. La forma de financiar tal prestación no es otra, desde el ejercicio 2002, que la derivada de las tantas veces citada Ley 21/2001, de 27 de diciembre.

(...).”

En el mismo sentido, la propuesta rechazada citaba la Sentencia 136/2019, de 12 de junio del Tribunal Constitucional que declara inconstitucionales los artículos 14 y 15 de la Ley 16/2008 de la Comunidad Valenciana -que daban nueva redacción al Decreto Legislativo 1/2005 de la Comunidad Valenciana, que regulaba el Texto

Refundido de la Ley de Tasas de la Generalitat- en virtud de los cuales se gravaba al colectivo de mutualistas de MUFACE, MUGEJU e ISFAS con la “tasa por prestación de asistencia sanitaria” al optar por el acceso a la sanidad pública.

Tras precisar que tanto la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias, cuáles sean dichas prestaciones, así como la definición del sistema de financiación de la sanidad pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, la Sentencia señala lo siguiente:

“(…)

Finalmente, tampoco altera la conclusión acerca de la controvertida tasa la justificación que se contiene en el escrito de la Generalitat Valenciana, en el sentido de que su establecimiento obedece a la insuficiente financiación prevista en el sistema de financiación autonómica, en el concreto supuesto de prestaciones sanitarias a los citados mutualistas que opten por la sanidad pública. Con este argumento, y sin cuestionar la competencia del Estado en materia de sanidad, se limita el alegato a exponer las razones por las que, desde una perspectiva económica, la tasa es una manera de compensar los gastos sanitarios incurridos por la Comunidad Autónoma en la prestación de asistencia sanitaria a los mutualistas administrativos, gastos que a juicio de la Generalitat no habrían sido debidamente computados en el sistema de financiación autonómica.

Pues bien, sin perjuicio de que, como aduce el Abogado del Estado, las Comunidades Autónomas sí obtienen dicha financiación para sufragar la atención sanitaria a los mutualistas, pues éstos fueron tenidos en cuenta como población protegida en el cómputo del coste

sanitario integrado en el sistema de financiación autonómica, lo relevante es que este último argumento del alegato de la Generalitat no guarda conexión alguna con el problema constitucional que la tasa autonómica plantea (...)”.

Finalmente y en la medida en que el mismo razonamiento subyace en la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2019 (Recurso de casación 4544/2017, sobre la determinación de la Administración (penitenciaria o sanitaria) que debe hacer frente al coste (precio público) de la prestación consistente en la asistencia sanitaria prestada por hospitales del Servicio Madrileño de Salud a internos en centros penitenciarios que tienen la condición de asegurados, afiliados o beneficiarios de la Seguridad Social) también se realizaba un análisis de la misma, íntegramente reproducido en el Dictamen aprobado.

En definitiva, la propuesta rechazada consideraba que, tal y como establece la normativa citada y se ocupan de precisar las sentencias analizadas, el RD 1479/2001 traspasó a la Comunidad de Madrid las funciones y servicios del INSALUD, recibiendo sus bienes, derechos y obligaciones, entre los cuales debe incluirse la prestación de asistencia farmacéutica a quien ostenta el correspondiente título legitimador, entre otros, los afectados del síndrome tóxico. En cuanto a la forma de financiar tal prestación, no es otra que la derivada de la normativa reguladora de la financiación de las Comunidades Autónomas.

En coherencia con lo expuesto y en respuesta a la consulta formulada se concluía que el abono de las prestaciones en materia de reembolso del gasto farmacéutico reconocidas en el Plan Nacional de

Síndrome Tóxico a favor de los afectados de la parte financiada por el Sistema Nacional de Salud, corresponde a la Comunidad de Madrid.

Por su parte, el Dictamen aprobado, a pesar de compartir y asumir los argumentos esgrimidos en mi propuesta y en consecuencia considerar que la Comunidad de Madrid debe gestionar y abonar la prestación farmacéutica que incluye la asistencia sanitaria y que antes gestionaba y abonaba el INSALUD, acude al R.D 415/1985 y a la Orden de 22 de octubre de 1985 como parámetros decisivos para resolver la consulta planteada.

Sin embargo, tal y como se hizo constar en la propuesta que presenté al Pleno, lo dispuesto en la disposición adicional primera del R.D 415/85 y en el artículo 8 de la Orden de 22 de octubre de 1985 permiten concluir que a partir de su entrada en vigor el Ministerio de Trabajo asumió la gestión de las ayudas económicas previstas en el Plan Nacional para el Síndrome Tóxico, que en materia de prestación farmacéutica, atendiendo al tenor literal del Plan, se traducen en el reembolso de la denominada parte complementaria pero no en la parte que ha de ser financiada por la Seguridad Social que, como parte integrante de la atención sanitaria, siempre correspondió al Instituto Nacional de Salud.

Procede en todo caso reiterar que la prestación de la asistencia sanitaria asumida por las comunidades autónomas ha de adecuarse al sistema de financiación de los servicios que les han sido transferidos, en los términos en que actualmente se encuentra desarrollada esa transferencia.

De acuerdo con este planteamiento, los términos en los que se produjo la reorganización de las competencias entre los distintos ministerios en el ámbito estatal en lo relativo a la financiación de la

asistencia sanitaria en materia de síndrome tóxico han quedado rebasados y superados por el modelo de financiación establecido por las normas de financiación de las CCAA, las cuales cada año perciben los recursos que les corresponden a partir de las necesidades de financiación del año base del sistema de conformidad con lo establecido en la Ley 21/2001 de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, primero, y en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, actualmente en vigor.

En este sentido se pronuncia la citada Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 7 de octubre de 2015:

“(…)

Concluido el traspaso de las funciones y servicios en el año 2001, mediante las fórmulas que se expresan en el artículo 4 y concordantes de la citada Ley 7/2001, de 27 de diciembre y en atención a los parámetros correspondientes (población, superficie, dispersión, insularidad) se crea un fondo base (o liquidación definitiva en relación con el 1999) que después se irá actualizando. Con este nuevo sistema, las Comunidades Autónomas asumen la asistencia sanitaria (y el resto de los servicios traspasados) con cargo a los recursos del sistema financiero: tributos cedidos y fondos de suficiencia (entre ellos, el fondo de cohesión sanitaria, desarrollado después por Real Decreto 1207/2006. De esta forma, a cada Comunidad se le asigna un nuevo importe de necesidades

de financiación que se dota con aquellos recursos (tributos cedidos y, si no son suficientes, los fondos).

Las Comunidades Autónomas asumen entonces toda la competencia del INSALUD y el Estado no abona "cuotas" concretas por usuario de la prestación de asistencia sanitaria, sino que financia tales prestaciones en atención al sistema implantado por la Ley.

La consecuencia de este nuevo sistema respecto de la pretensión que se ejercita en el presente proceso, expresada con suma claridad en el Informe del Tribunal de Cuentas de 22 de septiembre de 2005 que consta en autos, resulta evidente: el mecanismo del Concierto no resulta ya de aplicación (porque "está rebasado", según el Tribunal de Cuentas) a la financiación de la asistencia sanitaria de los mutualistas de MUGEJU que optan por el sistema público de salud, pues dicha asistencia debe prestarse por las Comunidades Autónomas correspondientes (que ostentan tal competencia a virtud de los correspondientes Reales Decretos de traspasos) y se financia en los términos globales que se desprenden del sistema de financiación implantado por la ley de 27 de diciembre de 2001. Por tanto, ni MUGEJU debe efectuar a la Generalitat Valenciana la contraprestación prevista en el Concierto (calculada en atención a una cuantía mensual por mutualista), ni el Instituto Nacional de la Seguridad Social o la Tesorería General de la Seguridad Sociales deben reintegrar a dicha Comunidad las cuotas abonadas por MUGEJU con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo sistema de financiación”.

En definitiva, con dichos recursos las comunidades autónomas deben financiar la totalidad de las competencias sanitarias, y entre ellas, las prestaciones sanitarias y farmacéuticas realizadas a

beneficiarios del sistema de seguridad social afectados por el síndrome tóxico, que fueron tenidos en cuenta como población protegida en el cómputo del coste sanitario integrado en el sistema de financiación autonómica. De ahí que no puede pretenderse el abono a cargo del Estado de tales prestaciones pues, en los mismos términos precisados por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la Sentencia de referencia, ni cuenta con amparo normativo válido ni puede aceptarse la duplicidad y enriquecimiento injusto para el ente sanitario autonómico que supone el mantenimiento de esta situación.

Conviene añadir que en el escrito de solicitud de dictamen redactado por el SERMAS se expone además, que el hecho de que el 60% de los afectados por el síndrome tóxico residan en la Comunidad de Madrid unido a otra serie de circunstancias como la falta de sistemas informatizados de identificación de pacientes beneficiarios de la cobertura prestada por el Plan Nacional de Síndrome Tóxico y la escasa informatización de la prestación farmacéutica, determinó que desde la implantación de estas medidas paliativas hace más de 38 años, la gestión y abono de las mismas en el ámbito de la Comunidad de Madrid tuviera un tratamiento diferenciado del resto de comunidades, que se concreta en el hecho de que en este ámbito territorial, el INSS ha asumido y abonado la totalidad de la factura del síndrome tóxico desde su implantación.

Sin embargo, no consta que dicho tratamiento diferenciado se hiciera constar formalmente a través de disposición normativa, convenio o cualquier otro medio acreditativo de un hipotético pacto en ese sentido, en el supuesto de que ello fuera posible.

En la misma línea, el Dictamen aprobado, quizá sin tener en cuenta que los afectados pueden residir en distintas comunidades autónomas a lo largo de su vida, sostiene que el hecho de que el

síndrome tóxico sólo afectó a quince de las cincuenta y una provincias españolas habría justificado su mención en el RD 1479/2001.

En este sentido cabe destacar que el informe de valoración del coste efectivo del traspaso remitido por la Subdirección General de Traspasos y Relaciones Bilaterales con las Comunidades Autónomas del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Públicas, para determinar las cuantías exactas del importe del gasto sanitario de la Comunidad de Madrid en el año 2017 que corresponden a productos no financiados por el Sistema Nacional de Salud y a productos farmacéuticos financiados parcialmente por el Sistema Nacional de Salud, emplea en términos comparativos los porcentajes registrados en la Comunidad de Castilla y León en el ejercicio 2017, *“por tratarse de un supuesto homogéneo al de la Comunidad de Madrid”*.

En efecto, Castilla y León es la segunda comunidad autónoma con mayor número de afectados por el síndrome tóxico, a pesar de lo cual la gestión y el abono de las prestaciones a las que se refiere el presente dictamen, a partir del Real Decreto 1480/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad de Castilla y León de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud – de idéntico contenido que el RD 1479/2001, se han verificado en los términos que demanda el Estado.

El oficio de solicitud de dictamen señala, a mayor abundamiento, que la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 recoge dentro del Presupuesto de Gastos de la Seguridad Social, un crédito por importe de 27.525.470 € para el abono de las prestaciones del síndrome tóxico. Esta partida presupuestaria se ubica en el Capítulo 4 (transferencias corrientes), artículo 8 (transferencias a familias sin fines de lucro), concepto 7 (prestaciones sociales), subconcepto 2 (prestaciones Síndrome Tóxico), lo que viene a

acreditar en su opinión el carácter de competencia propia que ostenta el INSS para el abono de estas prestaciones.

Sin embargo, frente a dicha interpretación procede precisar que tal y como señala el Tribunal Constitucional en Sentencia 13/1992, de 6 de febrero, la potestad de gasto del Estado no se define por conexión con el reparto competencial por materias que la Constitución establece. Además, el importe y las características de dicha partida son perfectamente compatibles con el cumplimiento de la obligación del Estado de sufragar los gastos que genera la denominada “*prestación complementaria*” cuyo abono no se discute que corresponda a dicha Administración.

Por último, y por lo que respecta al hecho de que el Estado se haya hecho cargo de la totalidad del importe de la factura farmacéutica de los afectados por el síndrome tóxico durante estos años, podemos traer a colación, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 que recuerda que *"tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consideran que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio (...) En el bien entendido de que este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, (...). O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los "actos propios" sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de*

que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta (Cfr. SSTs de 1 de febrero de 1999, 26 de febrero de 2001 y 22 de diciembre de 2003)".

Es el voto particular que emito en Madrid, a fecha 17 de febrero de 2020".

Madrid, a 13 de febrero de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 53/20

Ilmo. Sr. Secretario del Consejo de Gobierno

C/ Puerta del Sol, nº 7 - 28013 Madrid