



Dictamen jurídico

Supresión de la gratuidad en el acceso a la prestación farmacéutica y ortoprotésica a personas con discapacidad en la CV

Autores: José María González
Luis Muñoz
Marta Tomás
Nuria Cervera (col.)

Tutores: José María Goerlich

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-UVEG

Fco. Javier Palao

Vicedecano de Posgrado de la Facultad de Derecho-UVEG

Valencia, a 6 de mayo de 2013

Facultat
de Dret



Sumario

1. INTRODUCCIÓN	3
2. LA CUESTIÓN CENTRAL: LA COMPETENCIA.....	6
I. EL MARCO CONSTITUCIONAL: EL ART. 149.1.16ª	6
II. NORMATIVA ESTATAL Y AUTONÓMICA QUE JUSTIFICA LA COMPETENCIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA EN LA MATERIA DEL DICTAMEN	12
3. LA CLÁUSULA DE SALVAGUARDA EXPRESA DE LA COMPETENCIA: "PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LOS SUPUESTOS CONTEMPLADOS EN SU NORMATIVA ESPECÍFICA"	24
4. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: VULNERACIÓN Y DISCRIMINACIÓN	29
I. INTRODUCCIÓN	29
II. DISCRIMINACIÓN.....	30
a) Tipología de discriminaciones.....	31
b) Una cuestión controvertida: la DISCRIMINACIÓN INDIRECTA.....	31
III. LUCHA CONTRA LA DESIGUALDAD: ACCIONES POSITIVAS.....	32
IV. CAMBIO NORMATIVO EN LA COMUNIDAD VALENCIANA	33
5. CONCLUSIONES.....	40

1. INTRODUCCIÓN

La consulta que el CERMI-CV formuló en un primer momento a la Clínica Jurídica de la Facultat de Dret (Universitat de València) giraba en torno a la legitimidad de la decisión del gobierno valenciano de suprimir el párrafo segundo del artículo 16 de la Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad.

La consulta, sin embargo, varió de contenido cuando, ante los requerimientos del CERMI-CV para que se dejase sin efecto la supresión del citado párrafo, la Conselleria de Sanitat alegó venir obligada a ello por el tenor literal del artículo 4.13 del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, en cuanto modifica el artículo 94 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios al introducir un art. 94 bis. En este punto, la cuestión a debate y sobre la que se va a centrar el presente dictamen es precisamente ésta: ¿obliga en derecho el artículo 4.13 del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, a derogar el artículo 16.2 de la Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad? ¿O bien puede la Generalitat Valenciana, en el uso de sus competencias, mantener la gratuidad de que gozaban las personas con discapacidad para acceder a las prestaciones farmacéutica y ortoprotésica?

Un primer elemento que debe ponerse de manifiesto es que el grupo de Clínica Jurídica que ha elaborado el presente dictamen no ha dispuesto en ningún momento del informe jurídico de Abogacía de la Generalitat que se ha esgrimido por la Conselleria de Sanidad como causa de la eliminación del párrafo segundo del artículo 16 de la Ley sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad, aun cuando se solicitó una copia tanto por el CERMI-CV como por uno de los profesores coordinadores del grupo. Este hecho ha dificultado el trabajo por cuanto no había una argumentación definida que rebatir; pero, por otro lado, ha socavado los fundamentos legales de la opinión de la Generalitat que, como se verá en las próximas páginas, queda completamente refutada en el presente dictamen, y la debilidad de su posición jurídica, de manifiesto.

Antecedentes fácticos y jurídicos

1. La Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad recogía la exención del pago de ciertas prestaciones sanitarias por las personas discapacitadas en el segundo párrafo del artículo 16 en los siguientes términos: "La Generalidad Valenciana garantizará la financiación gratuita para los productos incluidos en la prestación farmacéutica, el catálogo

ortoprotésico y ayudas técnicas, a los pacientes menores de 18 años con discapacidad diagnosticada con un grado de minusvalía igual o superior al 33%, siendo extensible esta prestación a los mayores de 18 años diagnosticadas con un grado de minusvalía igual o superior al 65%”.

2. El artículo 94 bis, 8, de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, introducido por el número trece del artículo 4 del R.D.-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 («B.O.E.» 24 abril; corrección de errores «B.O.E.» 15 mayo) dispone: “Estarán exentos de aportación los usuarios y sus beneficiarios que pertenezcan a una de las siguientes categorías: Afectados de síndrome tóxico y personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica.”

3. Como consecuencia de esta nueva disposición, el Gobierno de la Comunidad Valenciana decidió suprimir, a través del artículo 160 de la Ley 10/2012, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat, el segundo párrafo del artículo 16 del Estatuto de las Personas con Discapacidad que recogía la referida exención.

4. El argumento dado por el Gobierno valenciano, a través de la Conselleria de Sanidad, para la supresión del citado párrafo y, por ende, de la exención, fue que ésta venía impuesta por el nuevo artículo 94 bis, 8, de la Ley del Medicamento, al entender que el Estado, en uso de las competencias que la Constitución le atribuye, había dictado una norma que obligaba a la Comunidad Autónoma a ajustar las suyas al nuevo marco establecido.

5. La supresión de la meritada exención, que se conoció de modo fehaciente durante el mes de enero de 2013 y comenzó a aplicarse el 1 de febrero (cuando estuvo lista la aplicación informática correspondiente), ocasionó la consiguiente reacción por parte del CERMI-CV, que solicitó en varias reuniones ante la Conselleria de Sanidad la reposición del texto original del art. 16.2 de la Ley del Estatuto de las Personas con Discapacidad y la restauración de la gratuidad en el acceso a las prestaciones farmacéutica y ortoprotésica. Por esas fechas, el CERMI-CV encargó a la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho el estudio que se ha referido al principio.

6. El 6 de abril, la coordinadora de Discapacidad y Dependencia (D&D) entregó en la sede de la Conselleria de Sanidad cerca de 21.000 firmas para pedir la derogación del copago farmacéutico para personas con discapacidad. Un día más tarde, en una reunión entre representantes del CERMI-CV encabezados por su presidente, Joan Planells, y de la Conselleria de Sanidad, presidida por su titular, Manuel Llombart, se entregó un primer informe elaborado por la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho. En la reunión, el conseller volvió a insistir en que se trataba de un problema legal, pues el establecimiento del copago, según la Abogacía de la

Generalitat, era competencia exclusiva del Estado y, por tanto, no había otra alternativa que aplicar lo dispuesto en la norma estatal. No obstante, y a la vista de que no se trataba de un problema económico por lo reducido del ahorro que aportaba la medida, se mostró dispuesto a reponer la gratuidad si se demostraba la competencia de la Comunidad Autónoma para hacer tal cosa sin violar el mandato del gobierno de la nación.

El presente dictamen, pues, responde a esta última solicitud.

El dictamen se extiende a lo largo de varios puntos, como son:

1. Introducción
2. La cuestión central: la competencia
3. La cláusula de salvaguarda expresa de la competencia: "Personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica"
4. El principio de igualdad: vulneración y discriminación
5. Conclusiones

2. LA CUESTIÓN CENTRAL: LA COMPETENCIA

Numerosos son los argumentos por los que consideramos que la Comunitat Valenciana sí tiene competencia para poder garantizar el acceso gratuito de las personas con discapacidad de la Comunitat a la prestación farmacéutica y ortoprotésica, tal y como venía haciéndose hasta el momento. Creemos que la publicación del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, no implica en modo alguno una derogación –ni tácita ni expresa– del artículo 16.2 de la Ley 11/2003, de la Generalitat, del Estatuto del Discapacitado. Es más, como tendremos ocasión de demostrar, el tenor literal del Real Decreto-Ley estatal incluye una cláusula que permite a las comunidades autónomas con competencia sobre la materia –como es el caso de la Comunidad Valenciana– establecer un régimen especial para las personas con discapacidad si así lo estima conveniente.

1. EL MARCO CONSTITUCIONAL: EN ESPECIAL, EL ART. 149.1.16ª

Para proseguir en nuestra argumentación, conviene determinar cuál es la normativa constitucional al respecto. En este terreno, cabe indicar diferentes títulos competenciales de acuerdo con las previsiones de los arts. 148 y 149 CE que podrían ser aplicables: uno tiene un carácter más específico (competencias sobre sanidad [A]); el otro es algo más genérico (competencias sobre seguridad y asistencia sociales [B]). Es importante, en todo caso, resaltar que ambos conducen a la misma conclusión: la afirmación de la competencia de la Comunidad Valenciana para la adopción de decisiones como la que se estudia en este informe

A) A dicha conclusión llegaremos analizando el título competencial que resulta específicamente aplicable, el relacionado con el reparto de competencias en materia de sanidad. De acuerdo con las normas aplicables:

-El Estado tiene la competencia exclusiva sobre sanidad exterior; las bases y coordinación general de la sanidad; y la legislación sobre productos farmacéuticos (149.1.16 CE)

-Las Comunidades autónomas pueden asumir competencias sobre sanidad e higiene (art 148.1.21 CE).

A la hora de desarrollar lo anteriormente expuesto, debemos señalar que el Estado garantiza la igualdad de derechos y obligaciones de todos sus ciudadanos (artículo 139.1 CE). Para ello, debe garantizar y regular las condiciones básicas para

la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones constitucionales (art. 149.1.1 CE).

Por otra parte, cabe añadir que en función el artículo 147.2.d de la CE: "*Los Estatutos de autonomía deberán contener las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas*". El principio dispositivo de la autonomía conduce a que no se atribuyan competencias a éstas de forma expresa por la Constitución. El estatuto de autonomía es el instrumento fundamental (aunque no el único) para llevar a cabo esa asunción de competencias.

En segundo lugar, en el caso de la sanidad nos encontramos ante una de las competencias compartidas entre el Estado y las CCAA; la división responderá a la técnica jurídica de repartir la competencia mediante la creación de leyes básicas (Estado) y legislación de desarrollo (CCAA). Esta técnica ha representado tradicionalmente una notable dificultad interpretativa, ya que ni en la Constitución ni en los estatutos de autonomía se define qué es lo básico, ni mediante que vías formales han de dictarse las normas básicas. No es por ello extraño que la jurisprudencia constitucional haya centrado su atención, en gran parte, en precisar qué debe entenderse por bases y por desarrollo legislativo.

En un esquema explicativo forzosamente genérico, el régimen de la distinción entre bases estatales y desarrollo autonómico que resulta de las previsiones constitucionales, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puede describirse así:

1. Las bases integran un común denominador normativo. La Constitución no deja absoluta libertad a las instancias estatales para establecer como básica cualquier regulación que consideren oportuna (STC 1/82, caso *Coeficientes de Cajas de Ahorro*). Esta reserva en favor del Estado deriva de la exigencia de un tratamiento normativo común por un interés general superior al de la Comunidad Autónoma, por el que debe velar el Estado. Pero éste deberá dejar un ámbito normativo suficiente a las CCAA para que puedan desarrollar sus políticas normativas autonómicas mediante leyes de desarrollo.
2. La extensión de la reserva de lo básico a competencias ejecutivas. La existencia de materias que exigen un tratamiento jurídico uniforme en todo el territorio supone que el Estado también debe tener funciones ejecutivas respecto de estas materias, que por ello permanecen centralizadas y forman parte de este núcleo básico. Un buen ejemplo de ello sería el caso de los productos destinados al consumo humano, ya que estos productos han de consumirse en todo el territorio. (STC 32/83, caso *registro sanitario*)
3. El concepto de bases como competencia horizontal del Estado. La reserva al Estado de las bases en una materia puede por tanto extenderse tanto a funciones legislativas como ejecutivas en una materia determinada. En

algunos casos como en el que tratamos en este informe, las competencias otorgadas al Estado son muy amplias, permitiéndole una intervención legislativa o ejecutiva en sectores que han sido asumidos como competencia exclusiva de las CCAA. Se configuran así las que se han denominado “competencias horizontales o transversales del Estado”.

4. Las bases con rango de ley. La competencia estatal para dictar bases o normas básicas ha dado lugar a una amplia jurisprudencia constitucional destinada a precisar las formas y requisitos con que las autoridades estatales deben dictar dicha normativa. La propia ley básica ha de definirse como tal: ha de declarar expresamente el alcance básico de sus normas. La ley ha de definirse parcial o totalmente como básica, en palabras del Tribunal Constitucional (STC 69/89, caso *Etiquetaje*) para permitir a las CCAA “conocer con la mayor exactitud posible cuál es el marco normativo al que deben sujetarse en el ejercicio de sus competencias de desarrollo de la legislación estatal básica”.

En principio serán las Cortes Generales las que deberán establecer lo que entenderemos como básico; solo excepcionalmente será posible que el Gobierno pueda regular por decreto aspectos básicos de una materia cuando esa regulación resulte completamente indispensable para garantizar el fin perseguido por la reserva competencial al Estado.

Tras todo esto, podemos comprobar cómo la jurisprudencia constitucional es clara en cuanto a la materia que nos ocupa. Utilizaremos como ejemplo la STC 98/2004, que en su fundamento 6 expone lo siguiente: “Así, en este caso concreto, la Comunidad Valenciana tiene competencia normativa a la hora de llevar a cabo el desarrollo legislativo en materia farmacéutica y de material ortoprotésico, puesto que éstas pertenecen a la cartera suplementaria, siendo esta parte fundamental de la competencia autonómica en relación a la sanidad consagrada en el artículo 148.1.21 de la Constitución.”

Del mismo modo, y de nuevo en relación con las competencias de la Comunidad Valenciana, traer a colación la más reciente STC 136/2012, de 19 de julio. Es cierto que esta sentencia ha rechazado la competencia autonómica para imponer una tasa a ciertos mutualistas por la asistencia sanitaria en su ámbito territorial con base en el criterio de igualdad del art. 149.1.1 CE. Pero no lo es menos que ello se debió a que la citada imposición, al imponer un gravamen, desconocía las “condiciones básicas” de igualdad a las que se refiere el indicado precepto. Por el contrario, la doctrina del TC admite con total claridad que se mejoren las prestaciones garantizadas en la normativa básica estatal. Son sumamente ilustrativas las afirmaciones que se hacen en el f.j. 5:

“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, lo que incluye tanto la garantía general de financiación pública como, dentro de esta garantía, los supuestos en los que algunas prestaciones comunes que no son básicas (las "suplementarias" y de "servicios accesorios") pueden estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del servicio (tasa o "copago"). En efecto, la definición de la modalidad de financiación aplicable a las diferentes prestaciones sanitarias, y en qué supuestos procede el pago de aportaciones por sus destinatarios, tiene una incidencia central en la forma de prestación del propio servicio, constituyendo así también un elemento nuclear del propio ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, que en consecuencia debe ser regulado de manera uniforme, por garantizar el mínimo común de prestaciones sanitarias cubierto por financiación pública en todo el territorio nacional.

Finalmente, dichas bases habilitan un margen para el desarrollo, por parte de las Comunidades Autónomas, de su propia política sanitaria. Éstas podrán, respetando el mínimo formado por las carteras comunes, aprobar sus propias carteras de servicios (art. 8 quinquies), y establecer servicios adicionales para sus residentes. Es decir, las Comunidades Autónomas podrán mejorar el mínimo estatal, pero en ningún caso empeorarlo."

En último lugar, la política legislativa, tanto estatal como autonómica, nos indica que el desarrollo normativo de las prestaciones farmacéuticas y ortoprotésicas es competencia de las CCAA, que hasta el momento han legislado sobre ellas sin ningún impedimento ni reclamación por parte del Estado acerca de una potestad que pudiese entender como suya.

Podemos concluir, pues, que el Estado se encarga de la parte más general de la Sanidad, es decir, aquel núcleo común que tiene la Sanidad en todas las CCAA del Estado y que permite salvaguardar el principio de igualdad de todos los ciudadanos conjugándolo con la autonomía legislativa de cada Comunidad. En consecuencia, podemos concluir que la competencia legislativa para conceder o suprimir la gratuidad en el acceso a las prestaciones farmacéuticas y ortoprotésicas corresponde a las Comunidades Autónomas, en cuanto puede considerarse fruto o resultado del

uso de la potestad para desarrollar la legislación general; por lo tanto, es una competencia autonómica.

Como hemos podido exponer, existe una amplia jurisprudencia constitucional que muestra cuáles son las diferencias entre una ley de bases y una ley de desarrollo. Debemos entender el texto constitucional y su jurisprudencia de un modo dialéctico, es decir, con una conexión entre todos sus artículos y no como un conjunto de normas aisladas entre sí. De este modo, podemos entender que la ley de bases corresponde al Estado para que pueda hacer efectivo el principio de igualdad de todos los ciudadanos con independencia del lugar del Estado en que residan; y que para poder compatibilizar tal cosa con un sistema autonómico, se le da a las CCAA la potestad de desarrollar estas normas. Así, el Estado da a todos los ciudadanos un marco de igualdad a partir del cual las CCAA podrán desarrollar su política legislativa, conjugándose de este modo el principio de igualdad con el de la autonomía.

La prestación farmacéutica y la ortoprotésica, al formar parte de la cartera suplementaria de salud, **corresponden al ámbito competencial de las CCAA** y, por tanto, la eliminación de la gratuidad en el acceso a estas prestaciones por parte del gobierno autonómico es una decisión ajustada a derecho dentro del marco competencial constitucional que hemos desarrollado anteriormente; pero no por una imposición del Estado, ya que esto supondría una invasión del ámbito de las competencias autonómicas. Pensar lo contrario significaría que el Estado ha vaciado de contenido esta competencia de las CCAA, y dejaría de tener sentido hablar de leyes básicas y leyes de desarrollo, pues esta delimitación, en palabras de Tribunal Constitucional *“evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma.”*

Por último, negar que el desarrollo legislativo sobre la prestación farmacéutica y ortoprotésica es una competencia autonómica significa: por una parte, entrar en contradicción con todo lo legislado hasta ahora por parte de las CCAA en esta materia; y, por otro, implica que las Comunidades que así lo hacen, como el País Vasco y Navarra, o bien están invadiendo una competencia estatal, o bien están vulnerando el principio de igualdad entre todos los ciudadanos reconocido en la Constitución al usurpar competencias que corresponderían al Estado.

B) A la misma conclusión llegaremos analizando el título competencial que resulta más genérico, el relacionado con el reparto de competencias en materia de asistencia social. Debe tenerse en cuenta que las CC.AA., de acuerdo con sus Estatutos, pueden llegar a ostentar competencias exclusivas en materia de “asistencia social” (art. 148.1.20 CE). De acuerdo con la jurisprudencia

constitucional, ésta es “un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social y que opera mediante técnicas distintas de las propias de ésta. Entre sus caracteres típicos se encuentran, de una parte, su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios, y, de otra, su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que éstos sean” (STC 36/2012, de 15 de marzo, entre otras).

De acuerdo con esta definición, se ha reconocido la competencia autonómica en diferentes materias: la más reciente STC 228/2012, de 29 de noviembre ha listado dentro de esta materia “los beneficios (derechos económicos, pasivos y profesionales) otorgados por el Parlamento vasco a un círculo de destinatarios caracterizado por haber prestado servicios a la Administración vasca desde el 7 de octubre de 1936 al 6 de enero de 1978 (STC 76/1986, de 9 de junio, FJ 6); las ayudas económicas complementarias a favor de pensionistas de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas otorgadas por la Junta de Andalucía (STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 9) y también hemos declarado que la renta básica de emancipación de jóvenes concedida por las Comunidades Autónomas sobre todo en el punto relativo al elevado importe de la renta de alquiler de vivienda se encuadra dentro de la “asistencia social” (por todas, en SSTC 36/2012, de 15 de marzo, FJ 5 , 72/2012, 73/2012 y 77/2012, todas ellas de 16 de abril)”.

No puede ponerse en cuestión, en fin, que la Generalidad Valenciana sea competente en materia de asistencia social. Así resulta según la GV y el propio TC – en la sentencia a la que se acaba de hacer referencia–, de los arts. 10.3 y 4, y 49.1.24 y 27 EAV.

El hecho de que, tras las últimas reformas legislativas, la asistencia sanitaria haya «regresado» al sistema asegurativo más tradicional no impide alcanzar el mismo resultado. El hecho de que vuelva a conformarse sobre el esquema del seguro a partir del RDL 16/2012, de 20 de abril implica, desde la perspectiva teórica, reconducirla de nuevo al terreno de la Seguridad Social. Pero ello no supone descartar toda posibilidad de actuación autonómica. Llevando la cuestión a este plano de reflexión, aunque aparezca una situación en la que la competencia normativa del Estado prevalece (arts. 149.1.17 CE y 54.2 EAV), continúan existiendo posibilidades de actuación complementarias de la Comunidad Autónoma.

A este respecto, resulta sumamente ilustrativa la doctrina establecida por la STC 239/2002, de 11 de diciembre, en cuya virtud las competencias estatales en materia de seguridad social no pueden impedir las actuaciones autonómicas complementarias a favor de determinados colectivos particularmente necesitados.

En definitiva, es una exigencia del Estado social de Derecho (art. 1 CE) que quienes no tengan cubiertas sus necesidades mínimas por la modalidad no contributiva del sistema de la

Seguridad Social puedan acceder a otros beneficios o ayudas de carácter o naturaleza diferente, habida cuenta de que esta zona asistencial interna al sistema coincide con el título competencial del art. 148.1.20 CE. Esta confluencia no puede impedir a las Comunidades Autónomas que actúen en esta franja común cuando ostentan título competencial suficiente, máxime si se considera que, en determinadas coyunturas económicas, el ámbito de protección de la Seguridad Social pudiera conllevar limitaciones asistenciales y prestacionales que, por ello, precisen de complementación con otras fuentes para asegurar el principio de suficiencia al que alude el art. 41 CE. Ahora bien, tal posibilidad de actuación por parte de las Comunidades Autónomas, referida a esta zona asistencial, exige que la Comunidad Autónoma aprecie una situación real de necesidad en la población beneficiaria de las ayudas asistenciales de la Seguridad Social y, además, encuentra su límite en que la actividad prestacional no interfiera ni en el régimen jurídico básico de la Seguridad Social, ni en la de su régimen económico (art. 149.1.17 CE).

Como se razonará a continuación, ninguno de estos dos extremos se da puesto que la eventual reactivación del derecho desaparecido no interfiere el régimen básico –al tratarse de cuestión complementaria– ni las reglas sobre régimen económico –que permanecen igualmente al margen–.

II. NORMATIVA ESTATAL Y AUTONÓMICA QUE JUSTIFICA LA COMPETENCIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA EN LA MATERIA DEL DICTAMEN

Entre los argumentos que, creemos, deben ser tenidos en cuenta en este punto, se encuentra uno que entendemos obvio e irrefutable: como señala la Disposición Final 1ª del Estatuto del Discapacitado, este texto legal ha sido dictado en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 del **Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana**, entre otros.

Dicho artículo 54 del Estatuto de Autonomía expresa lo siguiente:

“1. Es de competencia exclusiva de la Generalitat la organización, administración y gestión de todas las instituciones sanitarias públicas dentro del territorio de la Comunitat Valenciana.

2. En materia de Seguridad Social, corresponderá a la Generalitat:

a) El desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, a excepción de las normas que configuran el régimen económico de ésta.

b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social.

3. Corresponde a la Generalitat la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos.”

Así pues, cabe proceder a un análisis exhaustivo de la normativa para fundamentar que la Comunitat sí es competente para legislar y mantener la prestación farmacéutica gratuita a las personas con discapacidad, tal y como hasta el momento presente venía haciéndose.

Analizando las principales leyes estatales en la materia, vamos a atender a aquellas que, consideramos, deben centrar nuestro interés: la Ley 14/1986, General de Sanidad; la Ley 29/2006, del Medicamento; y la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

La **Ley 14/1986, General de Sanidad**, nos ofrece en su Exposición de Motivos argumentos tales como los siguientes: *"La incidencia de la instauración de las Comunidades Autónomas en nuestra organización sanitaria tiene una trascendencia de primer orden. (...). En efecto, si las Comunidades Autónomas sólo recibieran algunos servicios sanitarios concretos, y no bloques orgánicos completos, las transferencias de servicios pararían en la incorporación de una nueva Administración pública al ya complejo entramado de entes públicos con responsabilidades sobre el sector";*

"El eje del modelo que la Ley adopta son las Comunidades Autónomas, Administraciones suficientemente dotadas y con la perspectiva territorial necesaria, para que los beneficios de la autonomía no queden empeñados por las necesidades de eficiencia en la gestión. El Sistema Nacional de Salud se concibe así como el conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas convenientemente coordinados. El principio de integración para los servicios sanitarios en cada Comunidad Autónoma inspira el artículo 50 de la Ley: (...)";

"Los servicios sanitarios se concentran, pues, bajo la responsabilidad de las Comunidades Autónomas y bajo los poderes de dirección, en lo básico, y la coordinación del Estado (...)";

"Debe añadirse, en fin, que la integración de servicios que la Ley postula, al consumarse precisamente y de modo principal en el nivel constituido por las Comunidades Autónomas, puede producirse sin ninguna estridencia y superando dificultades que, sin duda, se opondrían al mismo esfuerzo si el efecto integrador se intentara cumplir en el seno de la Administración estatal".

Según el artículo 2 de la norma, la misma tendrá *"la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 de la Constitución (...). Las Comunidades Autónomas podrán dictar normas de desarrollo y complementarias de la presente Ley en el ejercicio de las competencias que les atribuyen los correspondientes Estatutos de Autonomía"*.

En cuanto a la financiación de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social transferidos a las Comunidades Autónomas (artículo 82), se

efectuará según el sistema de financiación autonómica vigente en cada momento. Las Comunidades Autónomas que tengan asumida la gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, elaborarán anualmente el presupuesto de gastos para dicha función, que deberá contener como mínimo la financiación establecida en el Sistema de Financiación Autonómica.

La **Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios** (llamada “del Medicamento”) destaca la valoración positiva de lo que son y representan los medicamentos y los productos sanitarios para el Sistema Nacional de Salud, por lo que la política farmacéutica desarrollada durante este período se ha orientado en la dirección de asegurar su disponibilidad para cubrir las necesidades de los pacientes. A lo largo de los años, se ha completado la descentralización sanitaria prevista en la Ley General de Sanidad de 1986 y así, 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 Salud, lo que supone una descentralización completa de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud, incluida la de la prestación farmacéutica. Añade que, el desafío actual es asegurar la calidad de la prestación en todo el Sistema Nacional de Salud en un marco descentralizado capaz de impulsar el uso racional de los medicamentos y en el que el objetivo central sea que todos los ciudadanos sigan teniendo acceso al medicamento que necesiten, cuando y donde lo necesiten, en condiciones de efectividad y seguridad.

La transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas (continúa la Exposición de Motivos), en materia de sanidad iniciada con anterioridad a la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, se ha ampliado y extendido a todas las Comunidades Autónomas con posterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley. La gestión de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad comprende un amplio espectro de políticas en cuanto a prioridades en el tratamiento de los problemas de salud, introducción de nuevas tecnologías y nuevos tratamientos, promoción de las alternativas más eficientes en los procesos diagnósticos y terapéuticos desarrollados por los profesionales de las respectivas Comunidades Autónomas, así como en políticas de rentas que afectan a los sistemas retributivos y de incentivos económicos a profesionales y centros sanitarios, todo ello dentro del amplio margen que corresponde al ejercicio de las competencias asumidas en el marco de los criterios establecidos por la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y demás normativa estatal sobre la materia.

La Ley regula, en el ámbito de las competencias que corresponden al Estado, los medicamentos de uso humano y productos sanitarios, su investigación clínica, su evaluación, autorización, registro, fabricación, elaboración, control de calidad, almacenamiento, distribución, circulación, trazabilidad, comercialización, información

y publicidad, importación y exportación, prescripción y dispensación, seguimiento de la relación beneficio-riesgo, así como la ordenación de su uso racional y el procedimiento para, en su caso, la financiación con fondos públicos (artículo 1). El procedimiento para la financiación pública al que se ha hecho mención (artículo 89), hace referencia a la necesaria inclusión de los medicamentos en la prestación farmacéutica mediante la correspondiente resolución expresa de la unidad responsable del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, estableciendo las condiciones de financiación y precio en el ámbito del Sistema Nacional de Salud. Por tanto, no está prevista en el régimen estatal la determinación de la aportación por parte de los usuarios; entendemos, pues, que queda en el marco autonómico.

La ley regula también los precios de referencia y los precios seleccionados de los medicamentos (artículo 93 y siguientes). Su financiación pública estará sometida al sistema de precios de referencia, que será la cuantía máxima con la que se financiarán las presentaciones de medicamentos incluidas en cada uno de los conjuntos que se determinen, siempre que se prescriban y dispensen con cargo a fondos públicos. El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad podrá proponer a la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos la aplicación del sistema de precios seleccionados a los medicamentos y productos sanitarios financiados.

Como vemos, el Estado es competente para fijar la financiación de los medicamentos incluidos en el catálogo de prestación farmacéutica; pero ha de tenerse en cuenta que se trata de precios de referencia (en ningún momento se dice que sean obligatorios para todo el territorio estatal). Nada se dice, pues, de que haya ningún impedimento en que las CCAA eximan a un determinado colectivo de aportación.

También encontramos argumentos en la **Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud**.

El artículo 53 de dicha ley regula el sistema de información sanitaria del Sistema Nacional de Salud, del siguiente modo:

"1. El Ministerio de Sanidad y Consumo establecerá un sistema de información sanitaria del Sistema Nacional de Salud que garantice la disponibilidad de la información y la comunicación recíprocas entre las Administraciones sanitarias. Para ello en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud se acordarán los objetivos y contenidos de la información.

(...)

2. El sistema de información sanitaria contendrá información sobre las prestaciones y la cartera de servicios en atención sanitaria pública y privada, e incorporará, como datos básicos, los relativos a población protegida, recursos

humanos y materiales, actividad desarrollada, farmacia y productos sanitarios, financiación y resultados obtenidos, así como las expectativas y opinión de los ciudadanos, todo ello desde un enfoque de atención integral a la salud, desagregando por sexo todos los datos susceptibles de ello.

3. Con el fin de lograr la máxima fiabilidad de la información que se produzca, el Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, establecerá la definición y normalización de datos y flujos, la selección de indicadores y los requerimientos técnicos necesarios para la integración de la información y para su análisis desde la perspectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

5. Las comunidades autónomas, la Administración General del Estado y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social aportarán a este sistema de información sanitaria los datos necesarios para su mantenimiento y desarrollo. Del mismo modo, las Administraciones autonómicas y estatal tienen derecho de acceder y disponer de los datos que formen parte del sistema de información que precisen para el ejercicio de sus competencias.

(...)”.

Acudiendo al proyecto REBECA (Repertorio Básico de Estadísticas y Sistemas de Información Sanitaria de las Comunidades Autónomas) y, más concretamente, a su última actualización de 31 de diciembre de 2012, observamos que la información relativa al alcance y la cobertura de las prestaciones sanitarias se ofrece, por parte de la Comunitat Valenciana, con una periodicidad continua; y con una periodicidad mensual, la información referida a medicamentos y productos farmacéuticos. Pues bien, durante 8 meses (tiempo que transcurre entre la publicación del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, y la Ley 10/2012, de 21 de diciembre, de la Generalitat) el gobierno valenciano, a través de su Conselleria de Sanidad, ha informado con periodicidad mensual al Estado sobre la exención del colectivo de personas con discapacidad en el pago de estas prestaciones, sin que por parte del Ministerio de Sanidad se haya producido requerimiento alguno para que se suprimiese tal exención o se mostrase la presunta ilegalidad del artículo 16.2 del Estatuto valenciano de las Personas con Discapacidad. Creemos importante poner de relieve este aserto: **no ha sido el Gobierno central quien ha obligado a suprimir la gratuidad y, con ella, la competencia, pues no hay norma que así lo diga; más bien, estaríamos ante una competencia autonómica pacíficamente permitida por el Estado y de la que la propia Generalitat ha decidido hacer uso nuevamente, sólo que esta vez en sentido inverso, eliminando una gratuidad que años antes, y en el ejercicio de esa misma competencia, quiso conceder.**

En el artículo 8 quinquies de la Ley 16/2003 se regula la Cartera de servicios

complementaria de las comunidades autónomas, y en él se determina que:

"1. 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".

"2. Las comunidades autónomas podrán incorporar en sus carteras de servicios una técnica, tecnología o procedimiento no contemplado en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, para lo cual establecerán los recursos adicionales necesarios.

3. Las comunidades autónomas deberán destinar los recursos económicos necesarios para asegurar la financiación de la cartera común de servicios, siendo preceptiva, para la aprobación de la cartera de servicios complementaria de una comunidad autónoma, la garantía previa de suficiencia financiera de la misma en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria".

Queda más que demostrado, pues, que la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud es un mínimo que las Comunidades Autónomas pueden mejorar. Y que, por tanto, el único inconveniente para mantener el acceso gratuito de los discapacitados de la Comunitat a la prestación farmacéutica y ortoprotésica radicaría, en puridad, en los fondos y recursos disponibles para ello. Como es bien sabido, esos fondos se distribuyen, en la práctica, de acuerdo con criterios políticos y de conveniencia; según como se usen, podemos hablar de una política y de una acción de gobierno más o menos sociales. Y, en este caso, el Consell de la Generalitat, el único competente sobre la materia que nos ocupa a través de la Conselleria de Sanidad, ha optado por utilizar los recursos que tiene a su disposición con un criterio –el del copago- diferente al anterior –la gratuidad-. Pero, en cualquier caso, no se trata de una medida impuesta desde el Gobierno central.

Siguiendo con la argumentación, el apartado 3 del artículo 10, de la misma ley, referido al sistema de financiación de las prestaciones por las comunidades autónomas, establece: *"la inclusión de una nueva prestación en el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud se acompañará de una memoria económica que contenga la valoración del impacto positivo o negativo que pueda suponer. Dicha memoria se elevará al Consejo de Política Fiscal y Financiera para su análisis en el contexto de dicho principio de lealtad institucional"*. Por tanto, es clara y evidente la posibilidad de incluir una nueva prestación en el catálogo de prestaciones del SNS, siempre y cuando la Comunidad Autónoma cuente con los recursos suficientes.

En un segundo término, atendemos ahora a algunas de las **normas dictadas en torno a la competencia de la Comunitat Valenciana**. Más concretamente: el Real Decreto 1612/1987, de 27 de noviembre, por el que se traspasan las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud a la Comunitat; la Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad; y la Ley 4/2012, de la Generalitat, por la que se aprueba la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana

a) Real Decreto 1612/1987, de 27 de noviembre, por el que se traspasan las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud a la Comunitat

En virtud del mismo, se aprueba el Acuerdo de la Comisión Mixta prevista en la disposición transitoria cuarta del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, adoptado con fecha 30 de julio de 1987, por el que se traspasan las funciones del Instituto Nacional de la Salud a la Comunidad Valenciana, así como los correspondientes servicios e instituciones y medios personales, materiales y presupuestarios precisos para el ejercicio de aquéllas (artículo 1)

En consecuencia, quedan traspasados a la Comunidad Valenciana las funciones a que se refiere el Acuerdo que se incluye como anexo del Real Decreto y los Servicios e instituciones y los bienes, derechos y obligaciones, así como el personal, que figuran en las relaciones adjuntas al propio Acuerdo de la Comisión Mixta, (...).

En el referido ANEXO figuran:

A) Referencia a normas constitucionales, estatutarias y legales en las que se amparan las transferencias.

La Constitución, en el artículo 149.1, 16.^a y 17.^a, reserva al Estado la competencia exclusiva sobre «Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la Sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos», así como la «legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas».

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana establece en su artículo 38, en relación con el artículo 1, punto A), de la Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto, que corresponde a la Generalidad Valenciana, en las materias de Sanidad Interior y Seguridad Social, el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo, en lo que se refiere a esta última, las normas que configuran el régimen económico de la misma; la gestión del régimen económico de la Seguridad Social; la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos; la organización y administración a tales fines, y, dentro de su

territorio, de todos los servicios relacionados con la materia expresada y el ejercicio de la tutela de las Instituciones, Entidades y Fundaciones en materia de Sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo, debiendo ajustar la Comunidad Autónoma el ejercicio de las competencias que asuma en materia de Sanidad y Seguridad Social a criterios de participación democrática de todos los interesados, así como de los Sindicatos de trabajadores y Asociaciones empresariales en los términos que la Ley establezca

B) Funciones que asume la Comunidad Autónoma e identificación de los servicios que se traspasan.

Se traspasan a la Comunidad Valenciana, dentro de su ámbito territorial, y en los términos del presente Acuerdo y de los Reales Decretos y demás normas que lo hagan efectivo y se publiquen en el Boletín Oficial del Estado, entre otras, las funciones de gestión que realiza el Instituto Nacional de la Salud en materia de Seguridad Social a través de sus Servicios Centrales, en cuanto se refiere al territorio de la Comunidad Valenciana y, entre ellas, la Inspección de Servicios y la **gestión de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social**.

b) Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad

En la Exposición de Motivos de la Ley sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad, se cita lo siguiente:

“La Ley 13/1982, de 7 de abril, sobre Integración Social de los Minusválidos, fue la primera ley de carácter social del Estado destinada a las personas con discapacidad tras la aprobación de la Constitución, pero los años transcurridos desde su entrada en vigor, así como su cercanía en el tiempo con la aprobación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, cuando todavía era incipiente el desarrollo de las competencias autonómicas, hace conveniente, de acuerdo con el marco competencial propio de la Generalidad Valenciana, la aprobación de una ley específica destinada a regular el régimen jurídico específico aplicable a las personas con discapacidad”.

Si era posible hace diez años dictar normativa de desarrollo no coincidente con la estatal, ¿qué motivos legales existen, hoy día, para tener que seguir ésta última exclusivamente renunciando a una competencia que ya se ha usado?

Sigue la Exposición de Motivos de la referida Ley diciendo: *“Entre los principios generales que rigen la actuación de las Administraciones Públicas en relación con las personas con discapacidad, merecen destacarse por su importancia, los de*

autonomía, participación, el principio de integración y el de responsabilidad pública, mediante el cual la Generalitat procurará paulatinamente aumentar la dotación económica presupuestaria para alcanzar la plena realización de los principios que vienen recogidos en ésta Ley, y en especial, para que las personas con discapacidad puedan disfrutar del principio de igualdad de oportunidades"

Entendemos que tal aumento no sea posible en la actualidad por la situación económica en la que nos hallamos. Pero pasar de "procurar aumentar" a reducir las prestaciones hasta en un 96% (como ha ocurrido con algunas de las ayudas y percepciones relacionadas con la Ley de Dependencia) y dejar de tener cubierta la prestación farmacéutica y ortoprotésica, puede considerarse desmedido y, por tanto, lesivo de un principio básico de los que informan la referida ley. Y no es el único. De la Exposición de Motivos se desprenden otros que también se vulneran por la actuación de la Generalitat. Por ejemplo: "*Por un lado, conseguir que cualquier ciudadano pueda, fácilmente, tener un conocimiento de los derechos más importantes que asisten a las personas con discapacidad*", claramente vulnerado por la nula información que se les ha ofrecido a las personas con discapacidad acerca de la modificación del artículo 16.2, que suprime la prestación farmacéutica y ortoprotésica gratuita; o: "*Y, por otro lado, orientar la actuación de la Administración Pública de la Generalidad Valenciana para dar una respuesta adecuada y coordinada a las necesidades de las personas con discapacidad, con la finalidad última de mejorar sus condiciones de vida y conseguir su integración sociolaboral*". No parece que la supresión de la gratuidad de dichas prestaciones sea la forma óptima de mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad...

c) Ley 4/2012, de 15 de octubre, por la que se aprueba la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana

Según la Exposición de Motivos de la Ley 4/2012: "*De conformidad con la normativa de carácter internacional y de la Unión Europea, así como estatal, el Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana garantiza en su actual artículo 13 la protección de los derechos a las personas con discapacidad. En particular, se establece que la actuación de la Generalitat ha de comprender, necesariamente, los aspectos que se indican a continuación. (...) La Generalitat deberá regular las prestaciones y ayudas previstas en el Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana y que se puedan establecer para las personas con discapacidad*". Como vemos, la norma no hace sino remarcar que la Generalitat es competente para regular y establecer prestaciones y ayudas a favor de las personas con discapacidad. Así también se refleja en el artículo 45 (De las prestaciones para las personas afectadas de discapacidad) de la referida Carta Social: "*La Generalitat establecerá medidas económicas, sociales u otras necesarias para aquellas personas con algún tipo de discapacidad que contribuyan a fomentar su autonomía personal, su*

integración socioprofesional y su participación en la vida social de la comunidad".

Todas estas disposiciones aparecen dictadas en virtud de la competencia que corresponde a la Generalitat Valenciana y que así se recoge en la Disposición final primera: *"Habilitación competencial. La presente ley se dicta al amparo de las competencias que corresponden a la Generalitat de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49.1.4.ª, 9.ª, 12.ª, 23.ª-28.ª, 49.3.16.ª, 50.6; 53 y 54 del Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana, así como conforme a la habilitación contenida en el artículo 10.2 y 3 de la citada norma".*

Dos indicios reveladores de la competencia

a) La exención de pago de los menores de edad tutelados por las administraciones públicas

Como estamos viendo, el argumento esencial en que se basa la Generalitat para suprimir la gratuidad de la prestación farmacéutica y ortoprotésica a las personas con discapacidad, reside en que desde el Gobierno central así se impone en virtud del Real Decreto-Ley 6/2012. Esta norma, a través de su art. 4.Trece.8 habría privado al gobierno valenciano de la potestad para otorgar dicha gratuidad a otros colectivos que no fuesen los estrictamente contemplados por el citado artículo.

Pese a tal argumento, la Generalitat sí se arroga la competencia para conceder la gratuidad a uno de esos colectivos aparentemente excluidos por el RD-Ley 6/2012: el de los menores de edad tutelados por las administraciones públicas. Así lo recoge el artículo 129 de la Ley 10/2012, de 21 de diciembre, de la Generalitat, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat:

"Uno. Se modifica el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 12 de la Ley 6/2008, de 2 de junio, de la Generalitat, de aseguramiento sanitario del sistema sanitario público de la Comunitat Valenciana, que queda redactado como sigue:

«La Generalitat garantizará el derecho de acceso y asumirá el gasto de los productos incluidos en la prestación farmacéutica, el catálogo ortoprotésico y ayudas técnicas a los menores de 18 años residentes en la Comunitat Valenciana que se encuentren bajo la tutela de las administraciones públicas».

Es este un colectivo que no se contempla en el art. 4.Trece.8 del Real Decreto-Ley 6/2012; por tanto, siguiendo el razonamiento de la Generalitat, no podría disfrutar de la gratuidad de la prestación farmacéutica y ortoprotésica. Sin embargo, es la propia Generalitat la que dispone que lo haga. La medida, que parece lógica y razonable, demuestra además de forma palmaria que la Generalitat sí es competente para eximir del pago de la mencionada prestación a aquellos colectivos que juzgue por conveniente y, en especial, los merecedores de una especial protección, como son los menores de edad tutelados por administraciones públicas y podrían ser –

como han sido hasta ahora- las personas con discapacidad.

Y no debemos olvidar que, con anterioridad, ya existía un grupo dentro del colectivo de personas con discapacidad que gozaba de la exención en el pago de la prestación farmacéutica: el de los menores de edad, por aplicación del art. 20 de la Ley 8/2008, de 20 de junio, de la Generalitat, de los Derechos de Salud de Niños y Adolescentes ("La Generalitat asumirá gratuitamente la prestación farmacéutica de los menores con un grado de minusvalía igual o superior al 33%"). Tal exención sigue existiendo a día de hoy, aun cuando la Generalitat la ha dejado sin efecto en la práctica a través de medios informáticos, en lo que no es sino una nueva irregularidad legal en todo el procedimiento.

b) La gratuidad sigue existiendo pese al nuevo marco legal: el caso de Navarra y el País Vasco

Hasta el año 2012, el ejercicio de la competencia por las comunidades autónomas ha sido pacífico. La promulgación del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril ha planteado algunas dudas ante el tenor literal de la Exposición de Motivos y del articulado, pues puede estimarse la existencia de una invasión de las competencias que las Comunidades Autónomas tienen asumidas en materia de Sanidad, con la justificación de la necesidad del equilibrio fiscal y presupuestario. De hecho, varios gobiernos autonómicos han recurrido parte de su articulado ante el Tribunal Constitucional; entre ellos, el Gobierno Vasco ha recurrido el citado artículo 4.13 del Real Decreto-ley por entender que invade el ámbito competencial autonómico (véase la publicación de las correspondientes providencias del TC en el BOE de 22 de febrero de 2013, sección "Disposiciones generales"). No sería de extrañar que dentro de unos años el citado tribunal, previa sentencia de inconstitucionalidad, deje sin efecto parte de la norma; pero, para entonces, ya será tarde. Debemos destacar este hecho para poner de manifiesto que el Real Decreto-Ley no constituye un texto pacífico en absoluto y que aparentemente invade competencias autonómicas, como demuestra el hecho de que en varias comisiones mixtas de las previstas por el art. 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se haya llegado a acuerdos que suponen que el Estado desiste de la aplicación de una parte del articulado en varias comunidades autónomas. Si ello no ha sucedido en la Comunidad Valenciana, debe atribuirse a razones políticas y de conveniencia de su gobierno, más que de estricta legalidad.

Más en concreto, las comunidades navarra y vasca, conscientes de las dificultades financieras por que atraviesa parte de la población de sus respectivos territorios, y lo elevado de los fondos que destinan las familias que cuentan con algún miembro discapacitado en relación con la prestación farmacéutica y ortoprotésica, en ejercicio de sus competencias decidieron establecer la prestación farmacéutica gratuita para aquellas personas con un grado de discapacidad del 33%,

al entender que el Real Decreto-Ley estatal pone en situación de desventaja a los discapacitados.

Por esta razón se publicó la Ley Foral 18/2012, de 19 de octubre, sobre la complementación de las prestaciones farmacéuticas en la Comunidad Foral de Navarra y el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi; respectivamente. Ambos textos legales cuentan con la siguiente redacción de su artículo 8: *“Alcance de la extensión de la cobertura financiera. Con carácter singular, estarán exentos de aportación los usuarios y sus beneficiarios que pertenezcan a alguna de las siguientes categorías: Personas con minusvalía en grado igual o superior al 33%.”* Los dos se publicaron con posterioridad al Real Decreto-Ley 16/2012. Por motivos políticos, el Decreto vasco fue recurrido por el gobierno central alegando que se extralimitaba en sus competencias. A pesar de ello, la gratuidad en la prestación farmacéutica a las personas con discapacidad se mantiene, como puede comprobarse visitando cualquier farmacia del País Vasco o consultando con sus Colegios oficiales de farmacéuticos. En cuanto a la norma del gobierno navarro, no ha sido recurrida –esa es la causa por la que el Parlamento de Navarra no ha acabado presentando el recurso de inconstitucionalidad contra la norma que en su día anunció- y en la actualidad sigue en vigor, por lo que los discapacitados de la Comunidad Foral conservan la prestación farmacéutica gratuita. Y no puede alegarse, como haría algún desconocedor de la materia, que ambos territorios gozan de un estatus jurídico especial pues, como es bien sabido, dicho estatus se refiere a materias distintas de la sanidad; en ésta se rigen por las mismas reglas y leyes que el resto del Estado.

En conclusión, no podemos entender que se alegue que el acceso gratuito a la prestación farmacéutica y ortoprotésica ha quedado tácitamente derogada en la Comunitat Valenciana, pues normas del mismo contenido han sido publicadas en otras comunidades con posterioridad a aquella que, supuestamente, es la causante de la supresión de la gratuidad. Como demuestran los casos vasco y navarro, aplicar un régimen u otro es competencia de los gobiernos autonómicos; en nuestro caso, de la Generalitat, que tiene plena potestad para ello.

A ello hay que añadir un hecho que ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, pero en el que debemos insistir de nuevo: la Comunidad Valenciana –su gobierno autonómico- hizo uso de una competencia que tanto la Constitución como el Estatuto de Autonomía le reconocen sin ambages, cuando decidió establecer la gratuidad en el acceso de las personas con discapacidad a las prestaciones farmacéutica y ortoprotésica en la Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad. Tras casi una década de utilización pacífica de la competencia y su contenido, la Generalitat ha decidido

suprimir dicha gratuidad; pero, al hacerlo, ha venido a reconocer tácitamente que sigue teniendo potestad para establecerla o suprimirla. Al fin y al cabo, en el juego jurídico entre el Estado y las Comunidades Autónomas, entre la Constitución y los estatutos, la competencia sobre una concreta materia se tiene o no se tiene; y si hay dudas, el Tribunal Constitucional las resuelve estabilizando el marco competencial. Y, en el caso que nos ocupa, no nos cabe duda sobre en qué instancia reside la competencia.

3. LA CLÁUSULA DE SALVAGUARDA EXPRESA DE LA COMPETENCIA: "PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LOS SUPUESTOS CONTEMPLADOS EN SU NORMATIVA ESPECÍFICA"

En las diversas conservaciones mantenidas con la Conselleria de Sanidad, así como a través de las declaraciones hechas a los medios de comunicación, se ha argumentado que uno de los elementos que se ha tenido en cuenta para eliminar la gratuidad en el acceso a la prestación farmacéutica y ortoprotésica prevista en el Estatuto de las personas con discapacidad, reside en la interpretación que, al parecer, se hace por parte de la Abogacía de la Generalitat de la última cláusula del art. 94.bis 8 a) de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios: "8. Estarán exentos de aportación los usuarios y sus beneficiarios que pertenezcan a una de las siguientes categorías: a) Afectados de síndrome tóxico y personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica".

Según se nos dice (y cabe insistir en que no hemos tenido acceso al informe jurídico de la Abogacía de la Generalitat), dicha cláusula se interpreta en el sentido de que sólo están exentas aquellas personas discapacitadas que reciben alguna de las prestaciones económicas y sociales contempladas por la LISMI; es decir, que la expresión "normativa específica" se refiere única y exclusivamente a la citada Ley de 1982.

Lo primero que debe apuntarse es que la expresión no resulta pacífica en modo alguno. En el momento de introducirse el citado artículo mediante el RD-ley de abril, la propia página web del Ministerio de Sanidad incluía a todos los discapacitados con certificado de minusvalía (2,3 millones de personas en España) entre los exentos de pago de la prestación farmacéutica, haciendo una interpretación lata de la norma. Poco después, sin embargo, se pedían aclaraciones y desde el CERMI estatal se publicaba una "Nota de impacto sobre la discapacidad del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril" en que se apuntaba lo siguiente: "Hay que recordar, en relación a la

remisión a la normativa específica, en el caso de las personas con discapacidad, que la exención [en el] pago por medicamentos se extiende exclusivamente a los beneficiarios de prestaciones de la Ley 13/1982 (LISMI) Las personas con discapacidad que perciben la pensión no contributiva también gozan de esta exención". Es una interpretación apresurada y que –como hecha desde el CERMI central- no tiene en cuenta la posible existencia de normativa específica sobre las personas con discapacidad en las Comunidades Autónomas, como es el caso de la valenciana. El 21 de marzo de 2013, y a requerimiento de la Conselleria, la abogada de la Plataforma en Defensa de la Ley de Dependencia de Valencia, Sandra Casas, presentaba un escrito-informe (cuyos asertos esenciales compartimos y confirmamos en este dictamen) en que afirmaba que "la norma estatal básica no obliga a implantar copago alguno a las CCAA sino todo lo contrario, contempla como excepción al mismo a las personas con discapacidad y remite a la normativa específica de los mismos". Con ello daba un giro completo al estado de la cuestión y volvía a poner en duda la interpretación preponderante en aquel momento.

Al respecto de lo anterior, deben hacerse las siguientes consideraciones:

A) El número de personas que recibe una prestación vinculada a la LISMI es casi residual respecto del colectivo global de las personas con discapacidad. A partir de los años 90, las pensiones no contributivas, mejor dotadas y más accesibles, las fueron sustituyendo. En la actualidad, apenas unos 4.000 valencianos las reciben, lo que supone menos de un 1% del total del colectivo. La interpretación que se propone por la Conselleria, pues, reduce la exención a términos residuales.

B) Y no sólo eso. Podría interpretarse que esta exención ya se recoge, reiterada, en el apartado c) del art. 94.bis 8, que incluye en la gratuidad a las personas perceptoras de pensiones no contributivas. Los subsidios y pensiones de la LISMI tienen también el carácter de "no contributivas", y si bien no cabe definirlas como idénticas, son de naturaleza muy similar, pues vienen a cubrir las mismas situaciones (como se ha indicado, las de la LISMI han venido siendo sustituidas por las no contributivas, lo que muestra su semejanza). Este dato nos remite a una posible interpretación de la cláusula en un sentido bastante más amplio que el que se propone desde la Conselleria.

C) En tercer lugar, debemos reseñar que cuando el legislador ha tenido la intención de referirse a la LISMI en un sentido exclusivo y excluyente, lo ha hecho de forma expresa. Así lo observamos en diversas disposiciones. Veamos un ejemplo: el artículo 9.4 b) del Real Decreto 1506/2012, de 2 de noviembre, por el que se regula la cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica del Sistema Nacional de Salud y se fijan las bases para el establecimiento de los importes máximos de financiación en prestación ortoprotésica, establece lo siguiente: "4. Estarán exentos de aportación los usuarios y sus beneficiarios que en el momento de la dispensación pertenezcan a una de las siguientes categorías:

a) Afectados de síndrome tóxico.

b) Personas con discapacidad que sean beneficiarias del sistema especial de prestaciones sociales y económicas, previsto en el artículo 12 de la Ley 13/1982, de 7 de abril (LISMI), de integración social de personas con discapacidad, y aquellas otras personas con discapacidad que igualmente se encuentren en supuestos de exención contemplados en su normativa específica".

En este caso, y seguramente para aclarar los malentendidos causados por la redacción del RD-ley de abril, se especifica que quedan exentas tanto las personas con discapacidad que se benefician de las prestaciones de la LISMI, como aquellas que gocen de exención a través de su normativa específica. Este Real Decreto es el correlato del de abril, sólo que ahora referido a la prestación ortoprotésica. Por tanto, su contenido es el mismo, pero se especifica con mayor precisión para evitar dificultades en la interpretación. Es decir, por un lado figuran los afectados por el síndrome tóxico; por otro, las personas con discapacidad, pero desdoblado con un fin aclaratorio el sentido genuino de la expresión que estamos considerando: las beneficiarias de la LISMI, y las exentas a causa de una normativa específica que les sea de aplicación (el Estatuto de las Personas con Discapacidad, en el caso valenciano, por ejemplo). Que la expresión "personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica" no se puede interpretar limitando ésta a la LISMI se hace aquí evidente de una forma manifiesta e irrefutable.

Repetimos esta idea, que creemos importante: cuando el legislador ha querido hacer referencia a la LISMI, la ha citado expresamente, como muestra la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (artículo 70 bis: "Los órganos de contratación ponderarán, en los supuestos en que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplan lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos"). Y cuando ha querido hacer una referencia a un marco normativo global, no estricto, ha usado la expresión que comentamos, como en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Disposición adicional segunda: "La aportación de los datos relativos al empleo y a las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad se regirá por su normativa específica").

D) La propia Generalitat Valenciana ha definido a la Ley del Estatuto de las Personas con Discapacidad como "regulación específica" de éstas. En la Exposición de Motivos de la Ley 4/2012 de 15 de octubre de la Generalitat, por la que se aprueba la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana, se reconoce expresamente que "En lo que se refiere al desarrollo ulterior, se ha de tener en cuenta que, en algunos casos, la Comunitat Valenciana ya cuenta con una regulación específica, como la Ley que regula el Estatuto de las Personas con Discapacidad, la Ley de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia, la Ley de

Igualdad entre Hombres y Mujeres, la Ley de Integración de las Personas Inmigrantes, la Ley de Protección a la Maternidad o la Ley de Juventud”. Por tanto, no podemos considerar de otro modo que como normativa específica al Estatuto de las Personas con Discapacidad, al haber sido reconocido con esa calidad por el propio legislador valenciano.

E) Por otro lado, ¿qué cabe entender por “normativa específica”? Tal cuestión nos remite a la forma de interpretar las leyes y su sentido. ¿Cómo hay que interpretarlas? El artículo 3 del Código Civil, relativo a la aplicación de las normas, expone: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. Por tanto, siguiendo el sentido propio de las palabras y la definición que da la RAE (“Específico: Que es propio de algo y lo caracteriza y distingue de otras cosas”), la expresión “normativa específica” puede hacer referencia a **cualquier ley, disposición, artículo o norma que regule específicamente cualquier esfera jurídica de las personas con discapacidad, distinguiéndolas del resto de personas**. Y son numerosas las leyes que regulan de un modo concreto a las personas con discapacidad, como puede verse en sus exposiciones de motivos y en sus primeros artículos, donde se hace referencia al objeto de las leyes. La realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas descarta por mero sentido común la exclusividad de la LISMI, una norma ya antigua –más de 30 años-, semiderogada y carente de contenido, superada por otras más recientes, como la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Cómo se puede afirmar que una ley como la que incorpora la Convención a la legislación española no es específica de las personas discapacitadas?

F) En última instancia, y por si estos argumentos jurídicos hubiesen resultado insuficientes, siempre podemos recurrir al sentido común –al de cualquier persona de hoy día- para comprobar qué se entiende por “normativa específica de las personas con discapacidad”. Si introducimos este término en un buscador de internet (como Google) con ese tenor literal, encontraremos una gran variedad de normas específicas y vigentes relativas a las personas con discapacidad, recopiladas a menudo por asociaciones, fundaciones, entidades y organismos (Fundación Luis Vives, Servicio de Información sobre Discapacidad, Plataforma en Defensa de la Ley de Dependencia, Conselleria de Justicia y Bienestar Social, etc.).

Por todo lo expuesto, consideramos que queda suficientemente acreditado que el Estatuto de las Personas con Discapacidad es normativa específica a los efectos de lo establecido por el art. 94.bis 8 a) de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y

uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Y que, por tanto, el **Gobierno valenciano podría haber mantenido la exención de las personas con discapacidad en el copago de la prestación farmacéutica y ortoprotésica sin violar norma superior alguna**. Es más, puede afirmarse que la cláusula “personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica” contenida en dicho artículo se constituye en realidad en eficaz salvaguarda de la competencia autonómica y de la legalidad de la exención, por cuanto la norma estatal está permitiendo que dichas personas se beneficien de regímenes legales más favorables que puedan haber establecido las Comunidades Autónomas u otras instituciones públicas –como ocurre en el País Vasco y Navarra, por ejemplo-; es decir, no sólo no está prohibiendo posibles exenciones previstas por las diferentes Comunidades Autónomas, sino que está abriendo la puerta para mantener aquellas exenciones ya previstas con anterioridad. Este hecho hace aún más ilógica y absurda la derogación practicada por la Generalitat del art. 16.2 de la Ley del Estatuto de las Personas con Discapacidad, si es que se hizo –como se ha dicho- por motivos de estricta juridicidad. En realidad, lo que el Estado pretendía era justamente lo contrario de lo que obró el Gobierno valenciano.

4. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: VULNERACIÓN Y DISCRIMINACIÓN

Un último elemento que debemos incluir es una consideración sobre los efectos que puede producir la supresión de la gratuidad en el acceso de las personas con discapacidad a las prestaciones farmacéutica y ortoprotésica. A nuestro entender, y como alumnos de una Clínica Jurídica por la Justicia Social, la citada supresión comporta una vulneración del principio de igualdad establecido en la Constitución Española y, por tanto, un supuesto de discriminación hacia un colectivo social concreto. Como tendremos ocasión de probar en las páginas siguientes, la eliminación de la gratuidad y el establecimiento de un régimen de copago tiene un impacto mucho mayor en un grupo social como el de las personas con discapacidad, debido a la situación de desigualdad de la que parte cuando lo comparamos con el nivel social medio.

I. INTRODUCCIÓN

a) Normativa internacional y nacional:

El artículo 1.1 de la Constitución Española (CE) de 1978 afirma: *“España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*.

Como se puede observar, la igualdad queda configurada así como uno de los principios o valores primordiales del Estado español. No obstante, no se trata de una única mención constitucional de carácter genérico y estatal, sino que además tiene reconocimiento propio en los artículos 9.2 y 14 CE, así como a nivel supranacional, mediante el reconocimiento en distintos instrumentos como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 14), o la Carta de los Derechos Fundamentales (art. 21).

b) Dimensiones del principio de igualdad

A la hora de analizar el principio de igualdad, es necesario discernir entre las distintas dimensiones que clásicamente se han establecido dentro del concepto de igualdad, así como determinar la acepción que interesa en este supuesto. Así, el principio de igualdad debe ser considerado como “igualdad de la ley” o igualdad formal; y como “igualdad ante la ley” o igualdad material. A ellos respectivamente hacen referencia los preceptos 14 y 9.2 de la Constitución. Respecto del primero, se establece la obligación o el límite del poder legislativo en el momento de crear la norma, de abstenerse de fundamentar algún trato diferenciador fundamentado en alguno de los factores que recoge el precepto: razón de nacimiento, raza, sexo, religión, u opinión, o cualquiera otra condición personal o social. En cuanto al artículo 9.2, se establece la obligación de los poderes públicos de asumir ese objetivo de igualdad real, es decir, la efectividad de las normas, la igualdad material, una vez aplicada la norma por la Administración.

Como se observa, el artículo 14 establece que cualquiera acción que genere una discriminación de un colectivo o de un individuo, cuando la base de dicha diferenciación se sostenga en algún criterio de los enumerados, atentaría contra ese mandato constitucional. Debe recordarse que dicho listado es abierto, gracias a la remisión que hace a cualquier condición personal o social; ello habilita interpretaciones por parte de la jurisprudencia que permiten incluir dentro de esa lista abierta condiciones como la discapacidad.

Determinada esta doble dimensión del principio de igualdad, es necesario también hacer breve referencia a la articulación internacional del principio, pues es normativa que se introduce también con valor en el ordenamiento jurídico español

gracias a la mención del artículo 10.2 de la Constitución Española, en cuanto a la “interpretación de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y demás tratados y acuerdos internacionales ratificados por España”. Y, de manera más directa, mediante el mandato del artículo 96.1, en referencia a la inclusión de los tratados internacionales como normas del ordenamiento jurídico español, una vez han sido publicados en el BOE.

II. DISCRIMINACIÓN

La discriminación debe entenderse como un trato diferenciado fundamentado en algún factor, sin necesidad de entender dicha discriminación como un trato perjudicial, sino únicamente como diferencial. Consiste en algunas ocasiones en un trato negativo para un determinado colectivo; en otras, como se explicará en el próximo epígrafe, en un trato positivo.

Para analizar el concepto de discriminación es necesario considerar la Directiva 2000/78/CE, relativa al empleo y la ocupación, pero en cuyo artículo 2.1 se establece el significado del principio de igualdad de trato, haciendo referencia a los criterios establecidos en el artículo 1, sobre los motivos que no pueden fundamentar un trato diferencial, entre ellos la discapacidad. Así:

Artículo 2. Concepto de discriminación.1. [...] se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1

*Artículo 1. [...] luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, **de discapacidad**, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.*

a) Tipología de discriminaciones

El fenómeno de la discriminación se puede presentar en la realidad social de diversas formas. De nuevo el artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE, esta vez en su apartado segundo, de forma genérica, enumera los distintos tipos de discriminaciones, en relación a su carácter directo o indirecto. En este sentido, determina:

- i. existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

ii. existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas.

Como se observa en el precepto, existen dos tipos de discriminaciones según el grado en que pueda discernirse el factor diferenciador de los colectivos. En el primer caso, la diferencia de trato nace en función de alguno de los criterios prohibidos en el artículo uno de la Directiva 2000/78/CE, citado anteriormente. En ese sentido cabe hacer distinción a dos tipos de discriminación directa: “discriminación abierta”, en aquellos supuestos en que el factor de diferenciación es evidente; y “discriminación oculta”, cuando los motivos se han enmascarado pero dan lugar a una situación fáctica idéntica que en el caso anterior. En estos casos, el factor o motivo para establecer la discriminación se oculta bajo denominaciones o instituciones, para evitar la trascendencia que tendría la alusión directa a ello.

b) Una cuestión controvertida: la DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

Respecto a la modalidad de discriminación indirecta, hemos decidido reservar este apartado para su análisis, pues la cuestión que se plantea en este momento reviste mayor complejidad y, por tanto, es apropiado, dado el caso que ocupa el presente dictamen, analizarlo con más detenimiento.

La discriminación indirecta, como se ha adelantado en el epígrafe anterior, y como define la directiva 2000/78/CE, es aquel trato desigual que se realiza mediante conductas, medidas o prácticas para cuya adopción no se ha considerado un factor de los enumerados como prohibidos, sino que, utilizando factores neutros, se obtiene como resultado un perjuicio desproporcionado para un determinado colectivo, cuya diferencia con el resto sí constituye uno de los factores prohibidos, como en el caso de la discapacidad. Dicha discriminación está prohibida. No obstante, la Directiva 2000/78/CE establece dos salvedades al respecto, pues define el carácter discriminatorio o no de la medida en función de: en primer lugar, la adecuación y necesidad de la medida para la obtención de una finalidad legítima; es decir, la certeza de que dicha finalidad legítima no se podría haber obtenido mediante otros medios que no fueran aquellos en los que consiste la medida discriminatoria que se esté juzgando –la adecuación de los medios al fin buscado-; y en segundo lugar, respecto de los discapacitados en concreto, que se lleven a cabo los ajustes razonables para evitar ese resultado menos favorable mediante la adopción de acciones positivas: la incorrectamente denominada “discriminación positiva”, que se

analizará en el próximo epígrafe. Resumiendo, la discriminación indirecta debe incorporar una serie de garantías para poder entenderse como ajustada a derecho, y el perjuicio que genera debe venir motivado por la consecución de un fin legítimo. Y, en concreto, en referencia al colectivo de personas con discapacidad, se exige expresamente la toma de medidas para paliar cualquier efecto negativo que el trato igualitario genere. Así se percibe, por analogía, en el art. 2.b) ii de la Directiva: "Respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica".

III. LUCHA CONTRA LA DESIGUALDAD: ACCIONES POSITIVAS

Junto con el fenómeno de la discriminación, es necesario considerar el ámbito inverso de dicha realidad: "la discriminación positiva". Con este concepto se hace referencia a aquellas medidas que, estableciendo tratos diferenciales, tienen como objetivo el mejorar la condición de aquellos colectivos a los que una aplicación estricta del principio de igualdad causaría un considerable perjuicio. No obstante, a nivel léxico, numerosos autores¹ consideran la necesidad de abandonar el uso de dicho término, pues el propio concepto de discriminación implica una valoración negativa al identificar una "situación de exclusión, de desventaja, de minusvaloración rechazable"². Por ello prefieren considerar dichas medidas como "acciones positivas".

A ello hace referencia la Directiva 2000/78/CE. Una de las salvedades determinadas por ésta, en referencia a la eventual discriminación indirecta de los discapacitados, considera la necesidad de una protección concreta y focalizada en este colectivo, en el marco de una posible discriminación indirecta. Dicha protección, establece, se llevará a cabo mediante "ajustes razonables", que permitirán que la discriminación realizada a partir de un elemento neutro no genere un agravio de gran impacto en dicho colectivo. Estos ajustes razonables no vienen determinados expresamente en el precepto de la Directiva 2000/78/CE, sino que se hace referencia en él a un desarrollo por parte de los Estados de la Unión Europea.

¹ INFORME SOBRE LA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA Y CANADÁ EN MATERIA DE DISCAPACIDAD, ESPECIAL REFERENCIA A LAS POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN LABORAL Y MERCADO DE TRABAJO. Encargado Banco Inter-Americano de desarrollo. Dr. José Luis Tortero Plaza. Universidad Complutense de Madrid.

² Extracto de "INFORME SOBRE LA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA Y CANADÁ EN MATERIA DE DISCAPACIDAD, ESPECIAL REFERENCIA A LAS POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN LABORAL Y MERCADO DE TRABAJO".

En el ordenamiento jurídico español, las normas que se han visto influidas por la normativa comunitaria en esta materia, hacen referencia a este tipo de medidas en distintos ámbitos. Así, la Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con Discapacidad, en adelante LIONDAU, trata en dos preceptos el fenómeno de las acciones positivas. Así, el artículo 6 define las medidas contra la discriminación como aquellas destinadas a corregir o prevenir el trato directo o indirecto menos favorable a un discapacitado en relación con otra situación análoga; y el artículo 8, que menciona expresamente el concepto de “acciones positivas”, como las medidas destinadas a prevenir o compensar las desventajas de las personas con discapacidad en la vida política, económica, cultural y social, según el grado y tipo de discapacidad.

IV. CAMBIO NORMATIVO EN LA COMUNIDAD VALENCIANA

a. ¿Qué supone la supresión del artículo 16.2 del Estatuto del Discapacitado de la Comunidad Valenciana?

El cambio operado por la Ley 10/2012, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat, comporta la supresión de la gratuidad de la prestación farmacéutica y ortoprotésica al colectivo de personas con discapacidad sin explicación alguna y hasta con un cierto ánimo de hacer que la medida pase desapercibida. Con posterioridad, se ha alegado por la Conselleria una presunta falta de competencia por su parte a la hora de legislar dicha materia; pero ésta es una cuestión que será tratada en el correspondiente epígrafe. En este punto, nos centraremos en la perspectiva que ofrece el principio de igualdad.

Una vez derogado el precepto citado, las personas con discapacidad que antes accedían a la prestación farmacéutica y ortoprotésica de forma gratuita, quedan sujetas ahora al régimen general de copago, cuyo factor diferencial entre los miembros de la sociedad es el nivel de renta. En principio se puede considerar que es una medida que tiene en consideración un elemento neutro -el nivel de renta- a la hora de establecer distinciones y la aportación de cada colectivo. No obstante, como determina el Consejo Europeo³, en el caso de los discapacitados, cualquier medida que se tome en relación al colectivo y, en concreto, en lo referido a la asistencia sanitaria y la seguridad social, deberá llevar aparejada todos aquellos ajustes razonables que garanticen el acceso del discapacitado a ellas de manera efectiva, sin que las medidas tomadas en el ámbito general le supongan una carga

³“PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL CONSEJO POR LA QUE SE APLICA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE LAS PERSONAS INDEPENDIENTEMENTE DE SU RELIGIÓN O CONVICCIONES, DISCAPACIDAD, EDAD, U ORIENTACIÓN SEXUAL.” Bruselas 2.07.2008.

desproporcionada.

Con lo expuesto hasta ahora, se puede concluir que la modificación del régimen sanitario de las personas con discapacidad en la Comunidad Valenciana ha conllevado la utilización de un elemento neutro, como es el nivel de renta, para generar en su caso una discriminación y un agravio considerables, debido al elevado coste que deben afrontar en dicho régimen. Así, en una primera aproximación, podemos advertir un fenómeno de discriminación -discriminación indirecta, en concreto-.

b. Factores de análisis de la discriminación indirecta

Para analizar el fenómeno de la discriminación indirecta en este supuesto concreto, han de retomarse los tres conceptos que se analizaron en el desarrollo del correspondiente epígrafe⁴.

i. Amplitud del colectivo

En la actualidad, las estadísticas muestran que el número de personas con discapacidad con 6 o más años que residen en la Comunidad Valenciana alcanza las 452.800; la población con certificado de minusvalía supera las 150.000. De ellas, las que se acogían a la gratuidad contemplada en la ley del Estatuto del Discapacitado (menores de edad con un grado de minusvalía igual o superior al 33, y los mayores de edad con un grado superior al 65%) suponen, utilizando los datos de la EDAD ("Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia", 2008) y extrapolando con los índices habituales, en torno a las 100.000 (son datos que se han pedido a la Conselleria de Sanidad, pero que no se han proporcionado salvo alguna indicación oral sin contrastar).

A continuación se recogen algunas de las estadísticas utilizadas en el presente trabajo y que son de interés tanto para concretar el colectivo al que nos referimos como para examinar con posterioridad los argumentos expuestos por la Conselleria.

⁴ Véase II.B. CUESTION CONTROVERTIDA: DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

PENSIONES Y PRESTACIONES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Beneficiarios de prestaciones sociales y económicas no contributivas de la LISMI^{1 2}

Año (media anual)	Alicante	Castellón	Valencia	Comunidad Valenciana	España	%CV/E
2007	2.866	540	1.287	4.693	48.877	9,6
2008	2.536	491	1.192	4.219	43.891	9,6
2009	2.243	344	1.093	3.680	39.317	9,4
2010	1.818	276	1.005	3.098	34.687	8,9
2011	1.554	234	916	2.704	30.673	8,8
Subsidio de garantía de ingresos mínimos	1.139	202	516	1.857	18.281	10,2
Subsidio por ayuda de tercera persona	40	21	122	182	1.997	9,1
Subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte	87	17	93	197	1.887	10,4
Asistencia sanitaria y prestación farmacéutica	405	19	333	757	11.559	6,5

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Anuario de Estadísticas del Ministerio. <<http://www.empleo.gob.es/>>

¹ LISMI: Ley de Integración Social de los Minusválidos.

² El total de beneficiarios no tiene por qué coincidir con la suma de los beneficiarios según clase de prestación, ya que un mismo beneficiario puede recibir más de una prestación.

Beneficiarios de pensiones no contributivas

Año (media anual)	Alicante	Castellón	Valencia	C. Valenciana	España	%CV/E
2007	15.516	3.422	28.223	47.162	474.382	9,9
2008	15.648	3.435	27.293	46.376	464.724	10,0
2009	15.816	3.475	27.258	46.548	458.034	10,2
2010	15.988	3.521	27.215	46.723	453.295	10,3
2011	16.068	3.607	26.981	46.656	449.006	10,4
Invalidez	6.486	2.106	11.394	19.986	194.712	10,3
Jubilación	9.582	1.501	15.587	26.670	254.295	10,5

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Anuario de Estadísticas del Ministerio. <<http://www.empleo.gob.es/>>

Adultos según grado de impedimento que les supone alguna enfermedad

Área: Salud

Dimensión: Estado de salud

Indicador: Adultos según grado de impedimento que le supone alguna enfermedad

Ámbito Temporal: 2009

	C. Valenciana	España
Población adulta (miles)	4.174,4	38.408,6
Personas que tienen alguna enfermedad (miles)	1.383,0	11.727,0
Personas que tienen alguna enfermedad (%)	33,1	30,5
Gravemente limitado (%)	18,5	16,1
Limitado pero no gravemente (%)	47,3	48,5
Nada limitado (%)	34,2	35,4

Fuente: Instituto Valenciano de Estadística. Elaboración propia a partir de INEbase [en línea]. Encuesta de Condiciones de Vida, 2009. <<http://www.ine.es>> [Consulta: 26-01-2011]

ii. Justificación

Respecto de la justificación, la aplicación de una medida, en este caso de trato igualitario, a colectivos que presentan diferencias entre sí y, en concreto, vista la protección especial que confieren los instrumentos internacionales al colectivo de discapacitados, este cambio legislativo exige por parte de los poderes públicos una justificación sobre la necesidad y objetividad de las medidas tomadas; y, en su caso, la adecuación de la medida dadas las circunstancias.

En el supuesto a analizar, la Administración ha apoyado su decisión en las directrices marcadas por el Estado. Concretamente, como una medida dentro del programa de "recortes", en este caso en las prestaciones sociales, para afrontar el déficit público. No obstante, tal justificación no ha mencionado la necesidad objetiva de dicha medida, al tiempo que no ha consultado con las asociaciones representativas de este colectivo.

iii. Prueba estadística⁵

Debemos recordar que el gasto medio anual suplementario por hogar ocasionado

⁵ Extracto del Dictamen sobre el sobrecoste de las familias con algún miembro de discapacidad.

por la discapacidad, según la EDAD es de **2.874 euros**. Dicho gasto suplementario se obtiene descontando todas las ayudas económicas (prestaciones, pensiones, becas, etc.) que recibe la unidad familiar por causa de la discapacidad, lo que demuestra que dichas ayudas no alcanzan a cubrir la totalidad de los gastos derivados de la situación de discapacidad. Esta cantidad supone casi el 10% del gasto anual medio por hogar, cifrado para 2008 por la Encuesta de Presupuestos Familiares en 31.953 euros.

Por tanto, cualquier gasto adicional –y la obligación de pagar la medicación o el material ortoprotésico, sea cual sea su cuantía, lo es en el caso de la Comunidad Valenciana- tiene una repercusión importante en las economías domésticas de las personas discapacitadas y sus familias. Y, en ese sentido, la misma encuesta muestra que, para un tercio de esas familias, las ayudas técnicas, las adaptaciones y los gastos para sufragar la asistencia personal suponen la principal carga económica, mientras que los tratamientos médicos, terapéuticos, habilitadores y rehabilitadores, y los fármacos, lo son para otro tercio de los encuestados.

Además, la discapacidad genera otra serie de condiciones económicamente desfavorables que repercuten negativamente en las familias y crean una suerte de agravio económico inverso que no se tiene en cuenta como sobrecoste (pues en realidad es un infraingreso). Entre otras, son:

a) **Costes extraordinarios** para atender determinadas necesidades de apoyo en la vida cotidiana.

b) **Inferior capacidad de generación de ingresos**. Los hogares en los que viven personas con discapacidad ingresan anualmente 5.842 euros menos que el resto de los hogares (19.713 euros anuales en el primer caso frente a 25.555 euros anuales en el segundo), lo que en términos relativos supone que su ingreso disponible es un 22,9% inferior al de los hogares en los que no viven personas con discapacidad. La conclusión es que muchas personas con discapacidad se privan de realizar gastos que son necesarios simplemente porque no pueden afrontarlos.

c) **Menores oportunidades**: Coste de Oportunidad. En el 88% de los hogares el cuidado lo hace un familiar, de modo que si calculamos 11,5 horas diarias a 10 euros la hora (precio por hora del salario medio bruto de los trabajadores de servicios personales), el coste medio por tiempo de los apoyos que presta la familia a las personas con discapacidad intelectual es de 16.107 € anuales, aunque con fuertes variaciones entre perfiles de personas con discapacidad (datos extraídos de “Estudio del sobreesfuerzo económico que la discapacidad intelectual ocasiona en la familia en España-2008”, informe de FEAPS, Confederación Española de Asociaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual, con el patrocinio de ENDESA).

Las consecuencias de todo ello son las esperables: pérdida de capacidad adquisitiva, menor calidad de vida y riesgo de pobreza y exclusión:

-Las personas con discapacidad tienen casi el doble de posibilidades de vivir por debajo del umbral de la pobreza que las personas sin discapacidad (Proporción de la población mayor de 5 años por debajo del umbral de la pobreza en España: Población sin discapacidad: 19,0%; Población con discapacidad: 30,5%).

-El sobreesfuerzo económico medio estatal de la población con Discapacidad Intelectual para el 2008 se estima en 31.878 € anuales (FEAPS-Estudio antes citado; 19.271 € sin coste de oportunidad, aunque dicho coste se tiene en cuenta en términos de contabilidad nacional a efectos de calcular el PIB). "

c. Posibilidad de una discriminación a nivel fiscal.

Otro concepto que es posible plantear en este supuesto es la eventual discriminación a nivel fiscal que sufre el colectivo de discapacitados ante el régimen general de copago en el ámbito de la sanidad.

Como premisa, es necesario analizar el artículo 31.1 CE, que establece la obligación por parte de los ciudadanos de contribuir "al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica"⁶. Esto muestra un deber de solidaridad por parte de todos los ciudadanos, pero, a su vez, una graduación del mismo según las posibilidades de cada ciudadano.

Aparentemente, una de las razones que ha llevado a la Generalitat a eliminar la gratuidad de la prestación farmacéutica y ortoprotésica para el colectivo de personas con discapacidad ha sido la grave coyuntura económica en la que se encuentra el país, y concretamente, la Comunidad Valenciana. No obstante, la alternativa dispuesta –el régimen de copago-, como lleva demostrándose en todo el epígrafe, supone una medida que implica una discriminación, tal vez encubierta, pero de facto y tangible. El elemento diferenciador en el régimen de copago es la renta, que a primera vista es un elemento neutro. No obstante, como ya se ha expuesto, la aplicación de una equidad matemática en ocasiones genera de manera indirecta discriminaciones, cuyos resultados pueden ser igual de perniciosos.

⁶ Artículo 31.1. : "Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio". (Constitución Española de 1978)

Partiendo del sobrecoste económico que afronta una familia con un miembro discapacitado, el régimen de copago genera una situación más desfavorable para esta familia. Los umbrales para determinar la aportación a la prestación farmacéutica establecen cuatro escalones, que oscilan entre un nivel mínimo de aportación del 10 % hasta un máximo de un 60%. Aunque este régimen parece sumamente equitativo dada la consideración de la renta como elemento diferenciador, el olvido del legislador de la situación concreta del colectivo de los discapacitados, así como el sometimiento de este colectivo al régimen general por la Generalitat Valenciana, nos permite concluir que se establece un trato desigual y más gravoso para el colectivo de discapacitados, sustentado por la necesidad de contener el déficit público.

Esta situación puede ponerse en relación con la actualidad internacional, más concretamente con el caso de la reciente y muy comentada sentencia del Tribunal Constitucional portugués (Acórdão nº187/2013), en la que se afirma que la supresión de la paga extraordinaria así como de las vacaciones pagadas, con el motivo de afrontar el déficit público, supone una medida discriminatoria hacia los trabajadores públicos en relación con los trabajadores del sector privado, pudiendo esto considerarse como una mayor carga contributiva. En el supuesto que se nos plantea, la utilización de la renta como elemento diferenciador, sin consideración hacia otros factores presentes en el colectivo de discapacitados, así como la no realización de los "ajustes razonables" que la normativa europea exige en relación a dicho colectivo, con el motivo de contener el déficit público, nos lleva a concluir que se trata de una medida discriminatoria.

5. CONCLUSIONES

1. Del análisis de la Constitución, y de las principales leyes estatales y autonómicas relativas a Sanidad, se deduce claramente la competencia de la Comunitat Valenciana para poder dictar normas en el ámbito de la Sanidad. La prestación farmacéutica y la ortoprotésica forman parte de la cartera suplementaria de salud y, por tanto, corresponden al ámbito competencial de las CCAA. En consecuencia, el establecimiento o la eliminación de la gratuidad en el acceso a estas prestaciones es una decisión política que corresponde en puridad a los gobiernos autonómicos, y que es legítima dentro del marco competencial constitucional. Pensar lo contrario significaría que el Estado ha vaciado de contenido esta competencia de las CCAA, y dejaría de tener sentido hablar de leyes básicas y leyes de desarrollo, ya que esta delimitación, en palabras de Tribunal Constitucional “evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma”. En el caso que nos ocupa, el margen normativo propio incluye el establecimiento o la eliminación de la gratuidad en el acceso a las prestaciones citadas por parte de un determinado grupo social, máxime si existe una razón justificada para hacerlo.

2. El principal argumento en que se basa la Generalitat para suprimir la gratuidad de la prestación farmacéutica y ortoprotésica a las personas con discapacidad, reside en que desde el Gobierno central así se impone en virtud del Real Decreto-Ley 6/2012. Esta norma habría privado al gobierno valenciano de la potestad para otorgar dicha gratuidad a otros colectivos que no fuesen los estrictamente contemplados por el citado artículo.

A pesar de ello, la Generalitat sí se atribuye la competencia para conceder la gratuidad a uno de esos colectivos aparentemente excluidos por el RD-Ley 6/2012: el de los menores de edad tutelados por las administraciones públicas.

3. El Real Decreto-Ley no constituye un texto pacífico en absoluto. Aparentemente, invade competencias autonómicas, como demuestra el hecho de que en varias comisiones mixtas de las previstas por el art. 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se haya llegado a acuerdos que suponen que el Estado desiste de la aplicación de una parte del articulado en varias comunidades autónomas. Si ello no ha sucedido en la Comunidad Valenciana, debe atribuirse a

razones políticas y de conveniencia, más que de estricta legalidad.

Comunidades Autónomas como la Foral de Navarra y el País Vasco, en ejercicio de sus competencias, decidieron establecer la prestación farmacéutica gratuita para aquellas personas con un grado de minusvalía del 33% o superior, al entender que el Real Decreto-Ley estatal pone en situación de desventaja a los discapacitados. Por motivos políticos, el Decreto vasco fue recurrido por el gobierno central. A pesar de ello, la gratuidad en la prestación farmacéutica a las personas con discapacidad se mantiene. No nos parece posible, pues, aceptar que el acceso gratuito a la prestación farmacéutica y ortoprotésica ha quedado tácitamente derogado en la Comunitat Valenciana, ya que normas del mismo contenido han sido publicadas en otras Comunidades con posterioridad a aquella que, supuestamente, es la causante de la supresión de la gratuidad. Negar que la competencia del desarrollo legislativo sobre el material farmacéutico y ortoprotésico es una competencia autonómica significa, por una parte entrar en contradicción con todo lo legislado hasta ahora por parte de las CCAA en esta materia, y por otro, implica que algunas de ellas están invadiendo una competencia estatal y vulnerando el principio de igualdad entre todos los ciudadanos reconocido en la Constitución.

4. El gobierno valenciano, a través de su Conselleria de Sanidad, ha informado con periodicidad mensual al Estado sobre la exención del colectivo de personas con discapacidad en el pago de estas prestaciones, sin que por parte del Ministerio de Sanidad se haya producido requerimiento alguno para que se suprimiese tal exención o se mostrase la presunta ilegalidad del artículo 16.2 del Estatuto valenciano de las Personas con Discapacidad.

Creemos importante poner de relieve, pues, que no ha sido el Gobierno central quien ha obligado a suprimir la gratuidad y, con ella, la competencia; más bien, estaríamos ante una competencia autonómica cuyo ejercicio ha sido pacíficamente permitido por el Estado y de la que la Generalitat ha decidido hacer uso nuevamente, sólo que esta vez en sentido inverso, eliminando una gratuidad que años antes, y en el ejercicio de esa misma competencia, quiso conceder. Por tanto, ningún papel tiene el Estado en este punto: es el Gobierno autonómico el que decide con entera libertad.

5. A mayor abundamiento, puede afirmarse que la cláusula “personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica” contenida en el nuevo artículo 94.bis 8 a) de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, es en realidad una salvaguarda de la competencia autonómica y de la legalidad de la exención, por cuanto la norma estatal está permitiendo que dichas personas se beneficien de regímenes legales más favorables que puedan haber establecido las Comunidades Autónomas u otras

instituciones públicas –como ocurre en el País Vasco y Navarra, por ejemplo-. No sólo no está prohibiendo posibles exenciones previstas por las diferentes Comunidades Autónomas, sino que está abriendo la puerta para mantener aquellas ya previstas con anterioridad. Y, como se demuestra en el dictamen, el Estatuto de las Personas con Discapacidad es normativa específica a los efectos de lo establecido por el art. 94.bis 8 a) de la Ley 29/2006.

Este hecho hace aún más ilógica y absurda la derogación practicada por la Generalitat del art. 16.2 de la Ley del Estatuto de las Personas con Discapacidad, si es que se hizo –como se ha dicho- por motivos de estricta juridicidad. En realidad, lo que el Estado pretendía era justamente lo contrario de lo que obró el Gobierno valenciano. Y, por tanto, éste podría haber mantenido la exención de las personas con discapacidad en el copago de la prestación farmacéutica y ortoprotésica sin violar norma superior alguna.

6. Adicionalmente, se puede afirmar que los cambios normativos operados por la Generalitat Valenciana generan en el colectivo de los discapacitados un considerable perjuicio a su nivel y condiciones de vida, mermando su capacidad de superar todos aquellos elementos obstaculizadores que impiden su plena integración en la sociedad.

Desde el punto de vista de la igualdad, hemos querido mostrar el esfuerzo económico -que a menudo será inasumible-, que el sometimiento al régimen general de copago farmacéutico y ortoprotésico (debido a la supresión de la gratuidad de las prestaciones) supone para aquellas familias que cuentan entre sus miembros con algún discapacitado. Tal cosa pone de manifiesto una falta de consideración a las circunstancias y condiciones que afronta el colectivo de las personas con discapacidad, y supone un incumplimiento de los diversos mandatos de la normativa internacional sobre la adecuación de las medidas a los discapacitados, así como de la realización de los oportunos “ajustes razonables” que deban llevarse a cabo. Esto ya de por sí supone una atentado contra el principio de igualdad, valor fundamental de los ordenamientos jurídicos democráticos: la medida genera una discriminación a través de un elemento neutro como es la renta; es decir, una discriminación indirecta por el olvido de las autoridades de adecuar el régimen de copago a las circunstancias específicas del amplio colectivo de discapacitados, que se puede cifrar en alrededor de 455.000 personas en la Comunidad Valenciana.

El deber de solidaridad de los ciudadanos a la hora de afrontar el gasto público no puede sustentarse en un único perfil social como patrón a la hora de diseñar el conjunto de políticas y disposiciones legislativas, como parece estar haciendo el Gobierno valenciano. Para aquellos colectivos cuyas circunstancias económicas, físicas, sociales, etc. les colocan en peores condiciones vitales, esta clase de medidas causan un perjuicio enorme: atentan contra el principio de capacidad económica que

regula las aportaciones de los ciudadanos al gasto público, generando de nuevo una discriminación en referencia a los discapacitados; estos requieren un trato diferencial dada su situación, y al no recibirlo, afrontan las consecuencias del déficit público en mayor medida. El resultado final es el mismo que conllevaría la imposición de un nuevo tributo a las personas con discapacidad.

7. Una vez impugnado el argumento de la falta de competencia por parte de la Generalitat, parece lógico explicar la supresión de la gratuidad en el marco de la política de recortes económicos y sociales que ha emprendido el gobierno valenciano en los últimos años: copago de servicios sociales, reducciones drásticas de las ayudas de la Ley de Dependencia, actualización de las pensiones por debajo del IPC, supresión de conciertos, programas de empleo y subsidios, rebaja lineal de las subvenciones, etc. Todo ello está situando al colectivo de los discapacitados valencianos a la cola del Estado en cuanto a financiación pública de políticas sociales y sanitarias, con lo que se rompe el principio de igualdad y equilibrio entre españoles. Además, muchas de estas medidas entran en contradicción con el artículo 9.2 de la Constitución española, que declara: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integra sean reales y efectivas; **remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud** y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

8. Además, el procedimiento de supresión de la gratuidad se ha llevado adelante con considerable opacidad y sin la realización de consulta alguna. La derogación del segundo párrafo del artículo 16 de Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad, se hizo prácticamente a escondidas, sin informar al sector de la discapacidad y a través de una norma de carácter general (la Ley 10/2012, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat) de contenido muy extenso y variopinto, nada específica. Caber recordar que el artículo 4.3 de la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad dice: “En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan”. No ha habido ni consulta ni colaboración; y esto es algo a lo que están obligados los Estados Partes y sus autoridades, entre las que se encuentran –por expresa mención del texto- las comunidades autónomas. Por añadidura, tampoco se ha proporcionado ninguna de las informaciones que se han

pedido en las diversas reuniones mantenidas entre el CERMI-CV y las autoridades del gobierno valenciano: los datos económicos sobre el alcance de la medida, o el informe-dictamen de la Abogacía de la Generalitat recomendando o avalando la eliminación de la gratuidad, por citar dos documentos concretos.

9. Por último, el presente dictamen tiene una vertiente práctica indudable. Como apuntamos páginas atrás, dentro del colectivo de las personas con discapacidad todavía hay un grupo que conserva el acceso gratuito a la prestación farmacéutica: el de los menores de edad. El art. 20 de la Ley 8/2008, de 20 de junio, de la Generalitat, de los Derechos de Salud de Niños y Adolescentes, dice: "La Generalitat asumirá gratuitamente la prestación farmacéutica de los menores con un grado de minusvalía igual o superior al 33%". La Conselleria de Sanidad ha procedido de facto a eliminarla al modificar el programa informático correspondiente, y ha pasado a considerar a estos menores como beneficiarios, dentro de las condiciones de pago de que gozan sus padres. Las explicaciones dadas al respecto –siempre verbales, nunca escritas- sostienen que el nuevo artículo 94 bis, 8, de la Ley 29/2006, de 26 de julio, habría vaciado de contenido dicha norma autonómica y que, por tanto, ya no es posible aplicarla.

Pero tal aserto no puede sostenerse en la práctica. Primero, porque por esa misma razón no habría hecho falta derogar expresamente el art. 16.2 de la Ley del Estatuto del Discapacitado, y sin embargo, sí se hizo. Y segundo, porque, como ha demostrado el presente dictamen, el nuevo artículo 94 bis, 8, de la Ley 29/2006, no vacía de contenido nada, sino que es respetuoso con la competencia allá donde exista legislación específica; y no cabe dudar de que el art. 20 de la ley autonómica 8/2008 lo es. Por tanto, si los menores afectados por la norma o, en su caso, sus representantes legales, deciden reclamar tal gratuidad ante la Conselleria, entendemos que tienen base legal suficiente para ello. Y si la Administración Pública respondiera en sentido negativo a la reclamación, sería factible llevar la denegación ante la jurisdicción competente, utilizando para las alegaciones los argumentos contenidos en el presente dictamen. Sólo una derogación expresa del art. 20 de la Ley 8/2008 por el Consell supondría la eliminación de tal derecho. Pero, en este caso, la excusa que habría que dar debería ser, forzosamente, otra.

10. Pero, más allá de esta última consideración, cabe recordar que el conseller de Sanidad de la Generalitat Valenciana, D. Manuel Llombart, se comprometió a restablecer el art. 16.2 de la Ley del Estatuto del Discapacitado y, con él, la gratuidad en el acceso a las prestaciones farmacéutica y ortoprotésica, si se presentaba un dictamen jurídico con la fundamentación necesaria para impugnar el informe de la Abogacía de la Generalitat y demostrar la competencia del gobierno valenciano en la materia. Así se afirmó, al menos, en la reunión mantenida el 7 de

abril en la Conselleria con representantes del CERMI-CV: "No se trata de un problema económico, es un problema jurídico y legal". Entendemos que el presente dictamen demuestra que la vertiente jurídica y legal del problema realmente no existe y, por tanto, sólo queda exhortar al titular de la Conselleria a que cumpla con su palabra y proceda a restablecer el estado de cosas anterior a la promulgación del artículo 160 de la Ley 10/2012, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat.

Referencias Bibliográficas

PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL CONSEJO POR LA QUE SE APLICA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE LAS PERSONAS INDEPENDIENTEMENTE DE SU RELIGIÓN O CONVICCIONES, DISCAPACIDAD, EDAD, U ORIENTACIÓN SEXUAL.” (Bruselas 2.07.2008.)

Dr. JOSE LUIS, Tortero Plaza, *INFORME SOBRE LA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA Y CANADÁ EN MATERIA DE DISCAPACIDAD, ESPECIAL REFERENCIA A LAS POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN LABORAL Y MERCADO DE TRABAJO*, Universidad Complutense de Madrid.

INFORME FEAPS: “ESTUDIO DEL SOBRESFUERZO ECONÓMICO QUE LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL OCASIONA EN LA FAMILIA EN ESPAÑA-2008”. Confederación Española de Asociaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual, con el patrocinio de ENDESA).

“ENCUESTA DE DISCAPACIDAD, AUTONOMÍA PERSONAL Y SITUACIONES DE DEPENDENCIA”, 2008, elaborada por el INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA.

PROYECTO REBECA (REPERTORIO BÁSICO DE ESTADÍSTICAS Y SISTEMAS DE INFORMACIÓN SANITARIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS), última actualización de 31 de diciembre de 2012

. LISTADO DE JURISPRUDENCIA CITADA

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
Auto Tribunal Constitucional de 20 de Diciembre de 1983		Pleno	Gobierno de la Nación y Consejo ejecutivo de la Generalitat de Cataluña
Sentencia Tribunal Constitucional de 23 de Julio de 1985		Pleno	<i>Consejo ejecutivo de la Generalitat de Cataluña y Gobierno de la Nación</i>
Sentencia Tribunal Constitucional de 16 de febrero de 2012		Pleno	<i>Gobierno de la Comunidad de Madrid y Gobierno de la Nación</i>

ANEXO II. LEGISLACIÓN

<i>NORMA</i>	<i>FECHA</i>	<i>TÍTULO</i>
LEGISLACIÓN ESTATAL:		
<i>Real Decreto 1506/2012</i>	02/11/2012	<i>por el que se regula la cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica del sistema nacional de salud y se fijan las bases para el establecimiento de los importes máximos de financiación en prestación ortoprotésica</i>
<i>Ley 26/2011</i>	01/08/2011	<i>de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad</i>
<i>Ley 8/2008</i>	20/06/2008	<i>de la Generalitat, de los Derechos de Salud de Niños y Adolescentes</i>
<i>Ley 30/2007</i>	30/10/2007	<i>de Contratos del Sector Público</i>
<i>Ley 49/2007</i>	26/12/2007	<i>por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad</i>

Ley 39/2006	14/12/2006	<i>de Promoción de la Autonomía Personal: Ley de Dependencia</i>
LEY 51/2003	02/12/2003	<i>de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad</i>
Real Decreto 1971/1999	23/12/1999	<i>de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía</i>
Ley 13/1982	07/04/1982	<i>de Integración Social de los Minusválidos</i>
Ley 14/1986	25/04/1986	<i>General de Sanidad</i>
Ley 29/2006	26/07/2006	<i>de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (llamada “del Medicamento”)</i>
Ley 16/2003	28/05/2003	<i>de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud</i>
Real Decreto 1612/1987	27/11/1987	<i>de noviembre, por el que se traspasan las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud a la Comunitat</i>
Ley 11/2003	10/04/2003	<i>de la Generalitat, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad</i>
Ley Orgánica 1/2006	10/04/2006	<i>de Reforma de Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana</i>
Ley 10/2012	21/12/2012	<i>de la Generalitat, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat</i>
Ley Foral 18/2012	19/10/2012	<i>sobre la complementación de las prestaciones farmacéuticas en la Comunidad Foral de Navarra</i>
Ley 4/2012	15/1/2012	<i>por la que se aprueba la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana</i>
Decreto 114/2012	26/06/2012	<i>sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi</i>

LEGISLACIÓN COMUNITARIA:

Directiva 2000/78/CE DEL 27/11/2000
CONSEJO

relativa al establecimiento de un marco general
para la igualdad de trato en el empleo y la
ocupación
