



INFORME DE LEGALIDAD SOBRE EL BORRADOR DE CONVENIO DE COLABORACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, EL COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE BIZKAIA Y LA CRUZ ROJA PARA LA COMPENSACIÓN DE LOS GASTOS PRODUCIDOS POR LA APORTACIÓN FARMACÉUTICA EN LAS OFICINAS DE FARMACIA DE LAS PERSONAS CON RENTAS BAJAS.

82/2020 DDLCN - IL

I. INTRODUCCIÓN.

Se solicita a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo la emisión del informe de legalidad en relación con el Borrador de convenio citado en el encabezamiento.

Se incluye en el expediente la siguiente documentación:

- ✓ Borrador de convenio.
- ✓ Memoria justificativa y económica suscrita por el director de aseguramiento y contratación sanitarias.
- ✓ Informe jurídico departamental.

II.-FUNDAMENTO DEL INFORME.

Se solicita la emisión del informe del Servicio Jurídico Central del Gobierno vasco fundamentándola en el artículo 55.1.c y 13.1.c del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno vasco.



Compartimos con el informe jurídico departamental sus consideraciones sobre que la presencia del Colegio Oficial de farmacéuticos de Bizkaia, como parte en el presente proyecto de convenio, lo exceptúa de la preceptividad de emisión de informe de legalidad del Servicio Jurídico Central. por su evidente inclusión en la literalidad del precepto 13.6.c (*Corporaciones Sectoriales de Base Privada como Colegios Profesionales* “) del citado Decreto.

Sin embargo, discrepamos sobre la consideración de la Cruz Roja española como “*sujeto de derecho internacional público*” para entender incluido el borrador de convenio en el supuesto del artículo 13. 1 c) del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno vasco (“*Organismos de la Unión Europea, el Consejo de Europa, organizaciones interregionales e internacionales similares a las antedichas y demás sujetos de derecho internacional público, así como otras entidades subestatales o de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de tales sujetos.*”).

La subjetividad internacional es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones conferidos por normas jurídicas internacionales, pudiendo hacerlos valer ante instancias internacionales y siendo responsable internacionalmente en caso de incumplimiento de las obligaciones.

Puede decirse que la subjetividad internacional se otorga a una entidad en tanto sea capaz de reclamar el cumplimiento del Derecho internacional en el plano jurídico-internacional (legitimación activa) y que se les pueda reclamar el cumplimiento de dicho ordenamiento jurídico (legitimación pasiva).

La subjetividad plena es la capacidad que posee cada uno de estos entes como creador y centro de imputación normativa, fuente de derechos y obligaciones nacidos de la propia consensualidad, *ratio* esencial y *conditio sine qua non* del Derecho internacional.

Sin embargo, cuando la subjetividad no es de carácter pleno, integral, dando lugar a esos agentes generadores y receptores de la normativa creada por la propia autonomía de la voluntad (soberanía y autodeterminación en condiciones de reciprocidad), estamos ante sujetos “pasivos” del ordenamiento jurídico que gozan de derechos, o bien deben cumplir las obligaciones en virtud de la mentada normativa que les es destinada.

En este sentido, la idea de “subjetividad plena” en Derecho internacional es cualidad originaria en el caso de los Estados y de índole derivada en relación a los Organismos Internacionales nacidos en el marco de tratados internacionales de alcance universal o regional. A diferencia de los Estados que disfrutan de la plenitud de las competencias internacionales, las Organizaciones internacionales sólo van a poseer aquellas competencias que son necesarias para ejercer las funciones y alcanzar los objetivos que les fueron fijados por sus creadores, tal y como aparecen enunciados o se deducen de las reglas pertinentes de cada Organización.

Las competencias internacionales van a variar necesariamente de una a otra organización internacional, lo que exige descender a cada organización en concreto para saber, en cada caso, qué competencias internacionales es capaz de ejercer y cuál es el grado de efectividad que ha alcanzado en la vida internacional.

Así, en el caso que nos ocupa, en los Estatutos de Cruz Roja Española, (BOE nº 178, de 26 de julio de 2019) artículo 3, se establece su carácter nacional e internacional.

Respecto al primero se afirma que *“Cruz Roja Española posee personalidad jurídica propia y plena capacidad jurídica y patrimonial para el cumplimiento de sus fines. Ejerce su actividad en todo el territorio español, con la autonomía necesaria y como única Sociedad Nacional de Cruz Roja en España. Su sede central radica en Madrid”*.

Respecto al segundo se afirma que *“Cruz Roja Española está reconocida por el Comité Internacional de Cruz Roja, es miembro de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y forma parte del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”*.

Los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz roja y de la Media Luna Roja otorgan al Comité Internacional de Cruz Roja la base jurídica para actuar como ONG humanitaria en el ámbito internacional, y tiene el derecho a proponer a los Estados cualquier iniciativa humanitaria que considere necesaria, pero no puede obligarles a aceptarla. También en los conflictos internos puede ofrecer sus servicios a las partes contendientes (art.3 común de los Convenios de Ginebra).

Así, según los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (adoptados por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en Ginebra el mes de octubre de 1986 y enmendados por la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en Ginebra el mes de diciembre de 1995) el citado Movimiento es el que *“mantiene asimismo relaciones con las autoridades gubernamentales y con todas las instituciones nacionales o internacionales cuya colaboración considere de utilidad.* (art. 5.6)

Por su parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) es una organización no gubernamental (ONG) imparcial, neutral e independiente con el propósito humanitario de proteger la vida y dignidad de las víctimas de conflictos armados y otras situaciones violentas, además de suministrarles asistencia. Es considerado un actor no estatal privilegiado en las relaciones internacionales debido a su extraordinaria labor humanitaria.

Fue establecido en 1863, y es una de las partes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja (junto con la Federación Internacional y las Sociedades Nacionales). El CICR tiene una importancia especial en el Derecho Internacional Humanitario, pues promovió las Convenciones de Ginebra

Los Estatutos del Movimiento otorgan al CICR la base jurídica para actuar como ONG humanitaria en el ámbito internacional, y tiene el derecho a proponer a los Estados cualquier iniciativa humanitaria que considere necesaria, pero no puede obligarles a aceptarla. También en los conflictos internos puede ofrecer sus servicios a las partes contendientes (art.3 común de los Convenios de Ginebra).

Finalmente, en el objeto y fines de la Cruz Roja española, definidos en sus Estatutos, no se hace mención alguna a una posible subjetividad internacional en el sentido de ser titular de derechos y obligaciones conferidos por normas jurídicas internacionales, pudiendo hacerlos valer ante instancias internacionales y siendo responsable internacionalmente en caso de incumplimiento de las obligaciones. Su carácter internacional, que no subjetividad, se la otorgan los estatutos a través de su pertenencia al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna, por lo que es evidente la falta de subjetividad internacional de la Cruz Roja

Española, necesaria para poder entenderla incluida en los supuestos previstos en el artículo 13.1 c) del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno vasco.

Las normas de ordenación de Cruz Roja Española se contienen en el Real Decreto 415/1996, de 1 de marzo, que la configura como institución humanitaria de carácter voluntario y de interés público, que desarrolla su actividad bajo la protección del Estado, como auxiliar y colaboradora de las Administraciones públicas en la actividades humanitarias y sociales impulsadas por las mismas (art. 1 y 8).

El hecho de que la Cruz Roja Española no se pueda considerar subjetivamente encuadrada dentro de la Administración, ni siquiera en la llamada administración institucional de base corporativa, no quiere decir que cierta actividad que realice o pueda realizar no sea administrativa. Puede asumir y asume una delegación o delegaciones y transferencia de tareas y potestades, originariamente estatales;(de ordenación y control sanitario, de autorizaciones para que actúe fuera de las fronteras a favor de la Cruz Roja de otro país, de policía, de prevención y atención a catástrofes naturales, de asistencia social, etc.) lo que por otro lado es hoy bastante frecuente con algunas organizaciones de tipo asociativo de una etiología de lo más diversa. En este sentido la aplicación del derecho administrativo al ente alcanzará solo a la actividad en la medida que el haya sido encomendada en régimen de imperium.

De hecho, conforme al Real Decreto 415/1996, de 1 de marzo, el Consejo de Protección de la Cruz Roja Española se registró por lo dispuesto “en el capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común” (art. 9. 6) referido a los órganos colegiados de las administraciones públicas, actualmente capítulo II del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Asimismo, conforme a la Disposición adicional única “Será aplicable a la ejecución de *resoluciones judiciales y administrativas condenatorias de Cruz Roja Española lo dispuesto en la legislación vigente respecto a la ejecución de las sentencias condenatorias a la Administración General del Estado*”

Por lo tanto, podemos concluir que la Cruz Roja Española es una entidad que en parte de su actividad está sometida al derecho público y está vinculada a la Administración estatal (artículo 8 del Real Decreto 415/1996, de 1 de marzo) por lo que el informe del Servicio Jurídico Central es preceptivo respecto al borrador de convenio presentado conforme al artículo 13.1 b) del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno vasco.

III.LEGALIDAD.

III.A.-Objeto del borrador de convenio.

El objeto del convenio examinado es, según reza su cláusula primera, *“transferir desde el Departamento de Salud al COFBI las cantidades económicas que el COFBI abona a las oficinas de farmacia por las aportaciones de las personas que, careciendo de recursos suficientes y habiendo sido previamente identificadas y acreditadas por Cruz Roja, no abonen en el momento de la dispensación de los medicamentos que les han sido debidamente prescritos por Osakidetza, o excepcionalmente, por medios de ONG, como puede ser Médicos del Mundo”*.

En la memoria justificativa, se indica que el motivo del convenio es la insuficiencia del sistema establecido en el Decreto 447/2013, de 19 de noviembre, por el que se regulan las ayudas destinadas a facilitar la adherencia a los tratamientos médicos prescritos por personal del Sistema Sanitario de Euskadi, para atender a determinado colectivo: *“personas extranjeras en situación irregular”*. En ella se especifica que la aplicación del régimen previsto no es el del todo adecuado a las necesidades del colectivo citado.

Por lo tanto, en realidad, estamos ante un reconocimiento de la insuficiencia o la falta de adecuación de las previsiones del Decreto a los objetivos que se ha fijado como deseables por la Administración sanitaria. Y ésta, en lugar de utilizar su capacidad normativa para introducir las modificaciones normativas necesarias para corregir las deficiencias que haya detectado en la aplicación del Decreto 447/2013, de 19 de noviembre, ha optado por *delegar*, por la vía convencional, esa obligación en la actuación de terceros. Por ello, lo primero que debemos plantearnos es si la suscripción de un convenio puede servir para solventar la falta de actividad

normativa de la propia Administración. En definitiva, hay que examinar si la opción convencional, en el caso que nos ocupa, responde al objeto que la ley determina para los convenios.

Para ello, hemos de tener en cuenta que el borrador de convenio encaja, según su propio texto en el artículo 47 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Así, a tenor del art. 47 LRJSP, *«son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común».*

Por su parte, el artículo 48., en su párrafo 3 establece como requisito de validez y eficacia de los convenios que *“La suscripción de convenios deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.”*

Es decir, el objetivo de los convenios debe ser la mejora de la gestión pública y facilitar la utilización de medios y servicios públicos

III.B.-Contenido del borrador de convenio

Así, hemos de comprobar si el contenido del convenio responde a esa finalidad de mejorar la gestión pública y a facilitar la utilización de medios y servicios públicos.

En primer lugar, se especifica en las cláusulas del borrador que los beneficiarios serán las personas sin TIS y sin recursos económicos suficientes para hacer frente a la aportación económica del paciente en la adquisición de medicamentos en las farmacias de Bizkaia.

En segundo lugar, a lo largo de sus cláusulas, el esquema que, implícitamente, se delimita en el borrador responde a los siguientes aspectos:

- Cruz Roja se encarga de la identificación de los beneficiarios del “*programa*”.
- El Colegio Oficial de Farmacéuticos de Bizkaia asume provisionalmente el pago a las farmacias de las cantidades que dejan de cobrar de las citadas personas
- El Gobierno Vasco asume la financiación de las citadas cantidades ingresándoselas al Colegio

a) Beneficiarios

Lo primero que observamos es que el colectivo delimitado como beneficiario en el borrador de convenio ya está incluido como destinatario del Decreto 447/2013, de 19 de noviembre, por el que se regulan las ayudas destinadas a facilitar la adherencia a los tratamientos médicos prescritos por personal del Sistema Sanitario de Euskadi.

Así, tras la modificación introducida por el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2015, de 24 de julio, se modificó, en el ámbito autonómico, por el Decreto 16/2019, de 5 de febrero, el Decreto 447/2013, de 19 de noviembre por el que se regulan las ayudas destinadas a facilitar la adherencia a los tratamientos médicos prescritos por personal del sistema sanitario de Euskadi

La modificación introducida por el referido Real Decreto-ley en los artículos 3.1 y 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud establece que son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todas las personas con nacionalidad española y los extranjeros que tengan establecida su residencia en territorio español, por una parte, y, por otra y en las mismas condiciones, los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España.

Así, en el Decreto 447/2013, de 19 de noviembre, por el que se regulan las ayudas destinadas a facilitar la adherencia a los tratamientos médicos prescritos por personal del Sistema Sanitario de Euskadi, tras la modificación, incluye como beneficiarios, en su artículo 3.1:

“e) Las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España que tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española, que ostenten el correspondiente documento acreditativo de reconocimiento de ese derecho expedido por la Comunidad Autónoma de Euskadi”

El régimen de ayudas que regula el citado decreto tiene como finalidad establecer los mecanismos para facilitar la continuidad del tratamiento y reducir así las posibles desigualdades que se puedan producir en determinadas personas en tratamiento médico que, por sus limitaciones económicas o situación de exclusión social, se encuentren en situación de riesgo de no seguimiento óptimo o abandono de las prescripciones médicas.

b) Sistema de acreditación como beneficiario de ayudas

Por otra parte, se establece en el convenio un sistema de reconocimiento de beneficiarios en el que es la Cruz Roja la que *“se encarga de la identificación fehaciente de las personas beneficiarias y su acreditación individual”* (cláusula segunda). Y según la cláusula tercera *“este reconocimiento se hace tanto documentalmete como presencialmente mediante entrevista personal. Una vez reconocidas, Cruz Roja extiende un certificado o “vale” acreditando esta situación, que las personas beneficiarias deberán presentar en las oficinas de farmacia que corresponda para poder adquirir los medicamentos”*

Este sistema es totalmente contrario a lo establecido en el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Sanidad.

En él, después de reconocer a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, se establece que *“las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, fijarán el*

procedimiento para la solicitud y expedición del documento certificativo que acredite a las personas extranjeras para poder recibir la prestación asistencial a la que se refiere este artículo
“.

Y respecto a los extranjeros que se encuentren en “*situación de estancia temporal de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración Social será preceptiva la emisión de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las comunidades autónomas*”

Como vemos, en el borrador de convenio se sustituye el documento acreditativo autonómico por un “vale” y se obvia el informe de los servicios sociales autonómicos, sustituyéndolo por una “*entrevista personal*” de la Cruz Roja.

En la memoria justificativa no se explica en qué sentido el sistema establecido de forma convencional colabora en la finalidad que debe tener un convenio de acuerdo con la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Pero es evidente que el sistema establecido en el borrador, al atribuir funciones que corresponden a las instituciones autonómicas a terceros ajenos a la Administración sanitaria (documento certificativo) y a la Administración asistencial (informe de los servicios sociales) no contribuye a la mejora de la gestión pública. En el mismo sentido, la externalización del ejercicio de funciones que corresponden a los servicios públicos, no facilita precisamente “*la utilización conjunta de medios y servicios públicos*”, que es el objetivo que de acuerdo a la LRSP deben tener los convenios a celebrar por la Administración.

Hemos de recordar que el departamento proponente del borrador de convenio, constituye la Administración sanitaria, no la asistencial, administración que tiene, por ello, en su capacidad reglamentaria (disposición final segunda del Decreto 447/2013, de 19 de noviembre) la posibilidad de complementar el citado Decreto o de promover una modificación del mismo, corrigiendo las deficiencias detectadas, que es el objetivo del borrador de convenio.

La falta de justificación del motivo de esta inactividad formal normativa de la Administración sanitaria, sustituyéndose por una actividad paccionada para finalidades ajenas a ésta última provoca, cuanto menos, dudas sobre la verdadera finalidad del proyecto de convenio.

Así, el empleo de los convenios para finalidades ajenas a las que les atribuye la legislación da a entender que, en realidad, estamos ante un intento de evitar los rigores de la legislación administrativa. Si bien es cierto que la tradicional huida del Derecho administrativo se ha centrado en la creación de fórmulas organizativas privadas, la progresiva adscripción de estos entes al régimen jurídico-público común, por parte de la jurisprudencia y la doctrina contable, ha provocado la búsqueda de la elusión jurídica en procedimientos netamente administrativos, como los convenios de colaboración, que carecían de un régimen jurídico antidiscrecional tan perfeccionado.

c) Otros aspectos

En este sentido es evidente que hay varios aspectos, además de los citados, que no podrían incluirse en una orden que desarrollara el Decreto 447/2013, de 19 de noviembre o en una modificación del mismo, entre los que podemos citar, por su evidencia, aunque sin ánimo exhaustivo:

-la delimitación del colectivo beneficiario con unos requisitos tan específicos. Por una parte, se indica que pueden ser beneficiarios las personas sin TIS y sin recursos económicos suficientes. Pero, se añade, que también pueden ser beneficiarios la personas con TIS, con insolvencia económica, pero en este caso se indica expresamente que debe ser “*de manera minoritaria*” (introduciendo un criterio arbitrario) y además se les exige, a diferencia de los primeros, que tengan “*alguna dificultad adicional para adelantar el dinero*” sin especificar qué dificultades diferentes a la insolvencia económica deben ser.

Además, exclusivamente se prevé para las personas que adquieran los medicamentos en las farmacias ubicadas en Bizkaia, obviando las personas que estén en la misma situación en los otros dos territorios históricos (recordemos que el convenio sería propuesto por la Administración sanitaria de toda la CAPV).

Es decir, se introducen unos criterios de delimitación de los beneficiarios totalmente ajenos a los establecidos en el Decreto 447/2013, de 19 de noviembre, por el que se regulan las ayudas destinadas a facilitar la adherencia a los tratamientos médicos prescritos por personal del Sistema Sanitario de Euskadi y, además, contrarios a las prescripciones del artículo 49.3 y 4 Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco (aprobado por de la Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre)

-Por otra parte, en el borrador de convenio se establece que las recetas que se van a abonar por la Administración sanitaria, con fondos públicos, son las de medicamentos prescritos por Osakidetza y, aunque excepcionalmente, *“por médicos de ONG”*. Sin embargo, para ser dispensables con cargo a fondos públicos del Sistema Nacional de Salud las recetas deben ser prescritas *“por los profesionales sanitarios autorizados, en el ejercicio de sus funciones, en el ámbito del Sistema Nacional de Salud”* (artículo 5 del Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación).

El instrumento convencional no puede ser utilizado por la propia Administración sanitaria para evitar la aplicación de las normas que regulan el régimen de producción de los reglamentos, que exigen mayor rigurosidad a la hora de determinar el sujeto, el objeto y sus prescripciones.

IV.-CONCLUSIÓN

Las consideraciones de legalidad a realizar son las siguientes:

1. De la lectura del borrador de Convenio tramitado puede concluirse que los compromisos que asumen las partes no reúnen la condición necesaria para ser incluidas en un instrumento convencional por extralimitarse de los objetivos que legalmente deberían corresponder a los

misimos, conforme al el tercer párrafo del artículo 48 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)

2.. La finalidad pretendida por la Administración sanitaria con el borrador de convenio se ubica, con mayor naturalidad y corrección en derecho, en el marco de la propia actividad reglamentaria de la Administración, que la puede ejercer por la vía de la disposición final segunda del Decreto 447/2013, de 19 de noviembre por el que se regulan las ayudas destinadas a facilitar la adherencia a los tratamientos médicos prescritos por personal del Sistema Sanitario de Euskadi, o conforme al artículo 26.3 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno.

3. Además, a la vista de los términos de las cláusulas del borrador del convenio, se advierten varias objeciones de legalidad: infracción de artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Sanidad, vulneración del artículo 49.3 y 4 Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, así como del artículo 5 del Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación.

Todo ello impide informar favorablemente el borrador del convenio de colaboración.

Este es el informe que emito en Vitoria-Gasteiz, a 23 de noviembre de 2020 y que someto a cualquier otro mejor fundado en derecho.