RESOLUCIÓN ADOPTADA POR LA DEFENSORA DEL PUEBLO CON MOTIVO DE LA SOLICITUD DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LOS ARTÍCULOS 6, 9 y 10 DEL DECRETO-LEY 2/2013, DE 1 DE MARZO, DEL CONSELL DE LA GENERALITAT VALENCIANA, DE ACTUACIONES URGENTES DE GESTIÓN Y EFICIENCIA EN PRESTACIÓN FARMACÉUTICA Y ORTOPROTÉSICA.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El *Diario Oficial de la Generalitat Valenciana,* número 6.978, de 5 de marzo de 2013, publicó el texto de Decreto-ley 2/2013. El referido decreto-ley fue sometido a debate de ratificación por las Cortes Valencianas, en sesión del 13 de marzo de 2013, con resultado positivo, al tiempo que se rechazó la tramitación del texto como proyecto de ley.

SEGUNDO.- El 8 de abril de 2013 compareció ante esta Institución la Presidenta del Consejo Valenciano de Colegios de Farmacéuticos, quien en la representación que le es propia, solicitó la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra los siguientes preceptos:

A) Apartados 2, 4 y 5 del artículo 9, así como el apartado 1 del artículo 10, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Artículo 9. *Acuerdo Marco por el que se establecen las condiciones de concertación para la ejecución de la prestación farmacéutica a través de las oficinas de farmacia de la Comunitat Valenciana*

1. El Acuerdo Marco por el que se establecen las condiciones de concertación para la ejecución de la prestación farmacéutica a través de las oficinas de farmacia de la Comunitat Valenciana tiene por objeto establecer las condiciones en las que las oficinas de farmacia abiertas al público efectuarán la dispensación, facturación y pago de los medicamentos y productos sanitarios prescritos, indicados o autorizados por profesionales del Sistema Nacional de Salud.

2. El Acuerdo Marco podrá suscribirse, en modalidad colectiva o individual, con colegios farmacéuticos profesionales, entidades, instituciones y personas físicas o jurídicas a través de las que los titulares de oficina de farmacia podrán adherirse voluntariamente al Acuerdo Marco mediante la suscripción con la Agència Valenciana de Salut de un concierto.

3. Los conciertos que se suscriban al amparo del Acuerdo Marco tendrán naturaleza administrativa rigiéndose por las condiciones generales de concertación establecidas en el Acuerdo Marco, por lo dispuesto en la Ley de Ordenación Farmacéutica de la Comunitat Valenciana, La Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunitat Valenciana, por lo dispuesto en la normativa reguladora de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, y, en lo no previsto en las disposiciones citadas, por la normativa de contratos de las Administraciones Públicas.

4. Todos los propietarios titulares de oficina de farmacia abierta al público en la Comunitat Valenciana, en las modalidades colectivas o individuales, podrán concertar en materia de prestación farmacéutica con la Agència Valenciana de Salut el Acuerdo Marco sobre condiciones para dicha concertación aprobado por el Consell.

Defensor del Pueblo

5. No obstante el apartado anterior, la Agència Valenciana de Salut, en situaciones de urgencia o de excepcionalidad determinará las condiciones de relaciones especiales que posibilitan la concertación selectiva de un número inferior a las oficinas de farmacia abiertas al público.

Artículo 10. *Comité de Asistencia Farmacéutica del Acuerdo Marco por el que se establecen las condiciones de concertación para la ejecución de la prestación farmacéutica a través de las oficinas de farmacia de la Comunitat Valenciana*

1. A los efectos de alcanzar el mayor grado de consenso en el contenido del Acuerdo Marco, se podrá solicitar la incorporación al Comité de Asistencia Farmacéutica de representantes de corporaciones farmacéuticas. El Comité de Asistencia Farmacéutica estará constituido por:

a) el director Gerente de la Agència Valenciana de Salut
b) seis representantes de la Agència Valenciana de Salut
c) un representante de cada Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Comunitat Valenciana
d) tres representantes de las asociaciones de profesionales farmacéuticos con actividad en oficina de farmacia.

2. Corresponde al Comité de Asistencia Farmacéutica el desempeño de las siguientes funciones:

a) Intervenir en el procedimiento para la elaboración del Acuerdo Marco de condiciones de concertación de las oficinas de farmacia.
b) Seguimiento y de resolución de cuantas cuestiones y dudas puedan plantearse en la interpretación y ejecución del mismo.

c) Actualización de la lista de productos químicos que pueden formar parte de las fórmulas magistrales, así como el precio y la forma de tasación de las fórmulas magistrales y los preparados oficinales.

d) Proponer la implantación de programas de atención farmacéutica.»

B) El apartado primero del artículo 6 de la misma norma, que señala lo que sigue:

«Artículo 6. *Procedimientos especiales para la administración y dispensación de productos farmacéuticos*

1. La Agència Valenciana de Salut seleccionará y motivará los productos farmacéuticos donde se realizará una entrega directa a los asegurados y beneficiarios del Sistema Nacional de Salud tanto en los centros sanitarios, centros sociosanitarios o su extensión al domicilio, especialmente en aquellos supuestos fomentados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para los productos que por sus características sean susceptible de mecanismos de compra conjunta y centralizada.

2. La Agència Valenciana de Salut determinará los programas de personalización del seguimiento farmacoterapéutico del paciente que deberán incluir la selección de la población diana y, en su caso, la preparación de dispositivos de dispensación individualizados, especialmente en la atención sociosanitaria y en el seguimiento de enfermos crónicos y polimedicados.»

TERCERO.- Respecto de la primera de las tachas de inconstitucionalidad planteadas, que atañe a los referidos párrafos de los artículos 9 y 10 del decreto-ley, la entidad compareciente sostiene que dichos preceptos introducen una serie de innovaciones en materia

Defensor del Pueblo

de concertación con las farmacias del territorio de la Comunidad Valenciana. Dichas previsiones irían dirigidas a:

A) Modificar el carácter colectivo de los convenios que regulan la participación de las oficinas de farmacia abiertas al público en dicha Comunidad en el Sistema Nacional de Salud.

B) Prescindir de la necesaria intervención de los Colegios profesionales en el proceso de concertación abriéndolos a la participación de otras entidades o personas físicas o jurídicas. En directa relación con ello, se reputa también inconstitucional la inclusión en el Comité de Asistencia Farmacéutica del Acuerdo Marco regulador de la participación de las oficinas de farmacia en la ejecución de la prestación farmacéutica con cargo a la Agencia Valenciana de Salud, puesto que rompería la exclusividad de la intervención de los colegios farmacéuticos en la concertación.

C) Variar el carácter obligatorio de la concertación, convirtiéndola en voluntaria.

D) Establecer una vía que permita a las autoridades autonómicas, amparándose en situaciones de urgencia o excepcionalidad, establecer las condiciones para una concertación selectiva que no incluya al conjunto de las oficinas de farmacia del territorio de la Comunidad Valenciana.

Los razonamientos de la entidad compareciente se centran en considerar que tales previsiones implican una vulneración del orden constitucional, puesto que en su criterio no respetan la legislación básica en la materia emanada por el Estado en el ejercicio de la competencia que a estos efectos le está reservada por el artículo 149.1.16ª de la Constitución.

Defensor del Pueblo

Dicha legislación básica, en lo que aquí interesa, se contiene en el apartado 4 del artículo 107 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado mediante Decreto 2065/1974, de 30 de mayo —que no obstante la derogación de la mayor parte de dicha norma permanece vigente en lo que no resulte incompatible con las normas posteriores— y el apartado 2 del artículo 33 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

En apoyo de esta pretensión se argumenta también que en este momento está pendiente de resolución por parte del Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad (Núm. 4764-2007) planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, frente a varios preceptos de la Ley Foral 12/2000, por problemas sustancialmente semejantes a los aquí expuestos, relacionados con el establecimiento de un carácter voluntario e individual para la concertación y con la posibilidad de prescindir de la exclusividad de la intervención colegial en este proceso. Atendiendo a esta pendencia de la causa y a las dudas manifestadas por el Tribunal Supremo sobre un asunto con las referidas similitudes, la entidad compareciente considera particularmente necesario que no se deje pasar la ocasión de plantear el recurso solicitado.

CUARTO.- El otro asunto en el que se concreta la tacha de inconstitucionalidad de la entidad compareciente es el relativo a la previsión contenida en el apartado 1 del artículo 6 del decreto-ley que faculta para establecer los productos farmacéuticos que podrán ser objeto de entrega directa a los asegurados, a través de centros sanitarios, sociosanitarios o en sus domicilios. Según entiende la entidad compareciente la expresión "productos farmacéuticos" es la misma que figura en el artículo 149.1.16ª de la Constitución y, por tanto, debe entenderse que engloba a los medicamentos de uso humano y a los productos sanitarios. Desde esa premisa se estima que la disposición abre la puerta en la entrega domiciliaria de medicamentos

Defensor del Pueblo

que, fuera de ámbito específicamente asistencial (hospitales, centros de salud y otras estructuras homólogas), sólo pueden ser dispensados por oficinas de farmacia.

La inconstitucionalidad que se imputa al referido precepto está sustentada en que nuevamente se infringe la legislación básica del Estado para establecer la legislación sobre productos farmacéuticos. Dicha legislación es en este punto el apartado 6 del artículo 2 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, donde se establece la exclusividad de las oficinas de farmacia para la custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano y que sólo admite como excepciones, la ya señalada de los servicios sanitarios, y la prevista, por el Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, a favor de los servicios de farmacia de los hospitales respecto de aquellos medicamentos en los que el Ministerio de Sanidad acuerde establecer reservas singulares, limitando su dispensación sin necesidad de visado a los pacientes no hospitalizados.

A la vista de las alegaciones formuladas, se ha adoptado la resolución que luego se dirá, atendiendo al siguiente

FUNDAMENTO ÚNICO

Como puede apreciarse por la lectura de los antecedentes, la solicitud de recurso recibida se sustenta de forma exclusiva en la alegación del incumplimiento por parte del Consell de la Generalidad Valenciana, en funciones de legislador de urgencia, del orden constitucional de competencias y señaladamente del artículo 149.1.16ª de la norma fundamental.

Defensor del Pueblo

Constituye criterio tradicional en la actuación de esta Institución no iniciar procesos de inconstitucionalidad cuando los planteamientos de las mismas tengan por objeto cuestiones relativas a la defensa del sistema competencial establecido por la Constitución. Cuando tal circunstancia ocurre, como en el presente caso, entiende la Institución que quienes son titulares de las competencias supuestamente afectadas y tienen legitimidad para iniciar acciones en su defensa son los que deben actuar.

Tal criterio se sustenta principalmente en el interés por preservar la neutralidad política que debe caracterizar la actuación del Defensor del Pueblo. El rango constitucional de la Institución, su carácter de comisionado parlamentario y la autoridad moral de la que gozan sus resoluciones parecen aconsejar la inhibición del Defensor del Pueblo en cualquier pugna procesal en la que su intervención no resulte imprescindible para cumplir adecuadamente su misión de garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

En el caso que aquí se examina, la actuación tendente a la defensa de las competencias estatales que la entidad compareciente estima conculcadas ya se ha iniciado, puesto que el Ministerio de Hacienda y Administración Pública se dirigió a la Consejería de Presidencia, Agricultura, Pesca, Alimentación y Agua de la Generalidad Valenciana ofreciendo la apertura de un procedimiento bilateral de negociación sobre el Decreto-ley 2/2013. El citado Gobierno autonómico ha respondido de forma afirmativa, por lo que el pasado 7 de mayo se firmó por los titulares de ambos departamentos el correspondiente acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Generalidad Valenciana, al amparo de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 33, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, por el que se inician las negociaciones en orden a resolver las discrepancias existente sobre el referido decreto-ley. Como es preceptivo el acuerdo ha sido comunicado, con fecha 23 de

Defensor del Pueblo

mayo, al Alto Tribunal, por lo que el plazo para que el Presidente del Gobierno puede interponer recurso se amplía hasta los nueve meses desde la fecha de publicación de la norma.

A este respecto debe señalarse que este tipo de acuerdos se conciben como un mecanismo de conciliación para superar las discrepancias de carácter competencial, al objeto de evitar la proliferación de recursos de inconstitucionalidad por este motivo. La norma expresamente contempla la posibilidad de que el resultado de la negociación implique la necesidad de modificar el texto normativo en cuestión.

También resulta relevante destacar que el texto del acuerdo no acota las cuestiones a examinar, por lo que ha de entenderse que el procedimiento afecta al conjunto del decreto-ley, tanto a la cuestiones suscitadas en la petición de recurso aquí analizada como a otros temas de relevancia, tales como el establecimiento de los denominados "algoritmos de decisión terapéutica corporativos en la Agencia Valenciana de Salud".

A la vista de las circunstancias expuestas, parece que la defensa más adecuada de los intereses de la entidad peticionaria implicaría hacer llegar sus planteamientos a la Administración General del Estado, titular de las competencias que se entienden vulneradas, a través del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, para que puedan ser debidamente tenidos en consideración en el proceso de negociación que se ha abierto y que deberá concluir no más tarde del 6 de septiembre de 2013.

RESOLUCIÓN

Por cuanto antecede, previo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en sesión celebrada el 4 de los corrientes, según prevé el artículo 18.1.b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de

Defensor del Pueblo

esta Institución, he resuelto no interponer recurso de inconstitucionalidad solicitado contra los diversos párrafos de los artículos 6, 9 y 10 del Decreto-ley 2/2013, de 1 de marzo, del Consell de la Generalitat Valenciana, de actuaciones urgentes de gestión y eficiencia en prestación farmacéutica y ortoprotésica.

Madrid, 5 de junio de 2013

Soledad Becerril
Defensora del Pueblo