

Dictamen nº: **98/18**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **01.03.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 1 de marzo de 2018, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de revisión de oficio promovido por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE) y por Dña. y otros colegiados del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid (COFM) por presunta nulidad del último párrafo del Acuerdo Sexto de la Adenda al Concierto suscrito entre la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid que establecía un descuento de un 10% sobre recetas oficiales prescritas a pacientes de residencias geriátricas y centros sociales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 27 de diciembre de 2017 tuvo entrada en el registro de esta Comisión solicitud de dictamen preceptivo en el expediente de revisión de oficio por presunta nulidad del último párrafo del Acuerdo Sexto de la Adenda al Concierto suscrito entre la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid que establecía un descuento de un 10% sobre recetas oficiales prescritas a pacientes de residencias geriátricas y centros sociales.

Admitida a trámite la solicitud de dictamen en la misma fecha de su entrada, se le asignó el número de expediente 546/17 e inició el cómputo del plazo ordinario de treinta días hábiles previsto para la emisión del dictamen en el artículo 23.1 del Decreto 5/2016, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento (ROFCJA). Estimándose necesario completar la documentación remitida a esta Comisión Jurídica Asesora con el expediente tramitado por la Administración para la aprobación de la Adenda cuya revisión se pretende, con fecha 14 de febrero de 2018 ha tenido entrada en el registro de este órgano consultivo la citada documentación, reanudándose el plazo para la emisión de dictamen. La ponencia ha correspondido, según las reglas generales de reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 1 de marzo de 2018.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente remitido a esta Comisión Jurídica Asesora, se desprenden los siguientes hechos relevantes para la emisión del dictamen:

1.- Con fecha 8 de febrero de 2011 se suscribió el Concierto entre la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y el COFM, por el que se fijaban las condiciones para la colaboración de las oficinas de farmacia con el Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid.

Previa la tramitación del oportuno expediente, el día 4 de octubre de 2013, se firmó entre ambas partes, la Adenda por la que se modificó el Concierto anterior. Según resulta de la memoria justificativa de la modificación del Concierto suscrito por la Consejería de Sanidad y el Colegio Oficial de Farmacéuticos, en febrero de 2011, la modificación obedecía *“a la necesidad de adaptar el Concierto a lo dispuesto en el Real Decreto Ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas*

para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución y consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011, y el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones”, en cuanto que ambas normas habían supuesto una importante variación de las condiciones económicas en la ejecución de la prestación económica y como consecuencia en la colaboración de las oficinas de farmacia con el Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid.

Entre otras modificaciones, la Adenda incluía en la estipulación Sexta del Convenio la adición en el Anexo 1 denominado “*Servicios farmacéuticos*” un punto 8 con la siguiente redacción:

“La dispensación a pacientes de residencias geriátricas y centros sociales se realizará previa presentación de la preceptiva receta oficial y deberá ajustarse a las especiales necesidades de atención farmacéutica que presenta este grupo de pacientes.

Con independencia de las funciones que puedan corresponder al farmacéutico por el desarrollo del artículo 54 de la Ley 18/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid, la dispensación de fármacos a los pacientes que tengan fijada su residencia en centros sociales y en particular a los ingresados en residencias geriátricas contemplará la identificación del paciente, la revisión y seguimiento de los tratamientos farmacológicos que permitan detecta y subsanar incidencias relacionadas con duplicidades, tanto de principios activos como de grupos terapéuticos, dosificaciones (dosis tóxicas o subterapéuticas, interacciones medicamentosas y cuantas otras puedan suceder. También se prestará especial atención a la

detección del incumplimiento terapéutico que deberá ponerse en conocimiento del médico responsable de la prescripción.

A las recetas oficiales prescritas a pacientes de residencias geriátricas y centros sociales se les aplicará un descuento del 10%”.

La entrada en vigor de la Adenda se fijaba en el día 1 de enero de 2013. La copia firmada de la Adenda fue remitida al Colegio Oficial de Farmacéuticos el día 19 de noviembre de 2013.

2.- Con fechas 22 y 28 de enero de 2015, tienen entrada en el registro de la Consejería de Sanidad, sendas solicitudes de inicio de procedimiento de revisión de oficio de actos nulos, formuladas respectivamente por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE) y diversos colegiados del COFM (COFM), relativos ambos a la presunta nulidad del último párrafo del Acuerdo Sexto de la Adenda al Concierto suscrito entre la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y el COFM, que establecía un descuento de un 10% sobre recetas oficiales prescritas a pacientes de residencias geriátricas y centros sociales.

En las solicitudes, de contenido similar, se considera que la nueva estipulación firmada vulnera el principio de jerarquía normativa, reserva de ley y competencia al estar regulado por el Estado el sector farmacéutico, *“no sólo en la fijación de los precios de las especialidades farmacéuticas financiadas con cargo al Sistema Nacional de Salud, sino también en la determinación de los márgenes comerciales de las oficinas de farmacia que las dispensan”.*

Asimismo, se argumenta que el convenio de colaboración es un medio inhábil para establecer un descuento en las recetas prescritas a pacientes de residencias geriátricas y centros sociales, por lo que adolece de nulidad por oponerse a la ley, por existir manifiesta falta de

competencia de los otorgantes y por tratarse de un acuerdo opuesto a la propia naturaleza de los convenios de colaboración.

Igualmente se alega nulidad por vulnerar el artículo 14 de la Constitución al establecer un trato discriminatorio para los pacientes en función de que vivan o no en una residencia geriátrica o en un centro social; nulidad del párrafo recurrido como presupuesto de una actuación arbitraria y generadora de indefensión por parte de la Administración; y porque supone una aplicación extemporánea y retroactiva prohibida por la Constitución Española, al entrar en vigor el 1 de enero de 2013, mientras que la Adenda se firmó en octubre de 2013 y se registró de entrada en el COFM el 2 de enero de 2014.

Junto a las solicitudes se aportan copias de la Adenda y autorizaciones de actuación.

3.- Se ha recabado informe a la Dirección General de Gestión Económica y Compras de Productos Farmacéuticos y Sanitarios, del Servicio Madrileño de Salud, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 82.1 y 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), en relación a las solicitudes formuladas por la FEFE y diversos colegiados del COFM, respectivamente.

Los informes emitidos por la Subdirección General de Compras de Farmacia y Productos Sanitarios el día 12 y 16 de febrero de 2015 consideran que las solicitudes de revisión de oficio formuladas deben ser desestimadas en base a los siguientes argumentos:

“1. La Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid reconoce y asume, como no puede ser de otra manera, la competencia

exclusiva del Estado en la fijación del precio de los medicamentos y las condiciones de financiación de los mismos.

En consonancia, corresponde a la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos, adscrita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, fijar, de modo motivado y conforme a criterios objetivos, los precios de financiación del SNS de medicamentos y productos sanitarios.

2. La firma de la Adenda al Concierto y la aplicación del descuento previsto en el último párrafo del Acuerdo Sexto, no vulnera en ningún caso principios de igualdad, legalidad o de jerarquía normativa, tal como se argumenta por el recurrente.

3. No se vulnera el principio de competencia, pues la Consejería de Sanidad no modifica ni altera el precio de financiación del SNS fijados por el Gobierno para los medicamentos y productos sanitarios para los que sea necesaria prescripción médica y se dispensen en territorio español.

4. Asimismo, la Consejería de Sanidad, con la aplicación de este descuento, no establece de forma unilateral, reservas singulares específicas en las condiciones de prescripción, dispensación y financiación de los medicamentos y productos sanitarios.

La prescripción y dispensación de los productos farmacéuticos a los usuarios que están ingresados en residencias geriátricas se rigen por la normativa general de la prestación farmacéutica, que es común con la de todos los usuarios del Sistema Nacional, y es evidente que la prescripción y dispensación de productos farmacéuticos a estos pacientes no se somete a ninguna reserva singular por parte de la Consejería.

5. *En la Comunidad de Madrid los medicamentos y productos sanitarios que se prescriben en receta oficial del SNS a pacientes de residencias geriátricas y centros sociales, se dispensan al precio PVP iva que reglamentariamente establece el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, y que son los que figuran en el Nomenclátor oficial de la prestación farmacéutica del SNS.*

6. *Es posteriormente, una vez presentada a través del COF la factura mensual de cada oficina de farmacia, cuando se aplica a éstas el descuento del 10% en las recetas oficiales prescritas a pacientes de residencias geriátricas y centros sociales, como parte del acuerdo establecido en la Adenda suscrita por la Consejería de Sanidad y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid.*

7. *La aplicación del descuento no supone una vulneración del principio de igualdad de los ciudadanos, ni de discriminación de los mismos en el acceso a los medicamentos y productos sanitarios en función de que éstos estén ingresados en una residencia geriátrica o centro social, o bien vivan en su domicilio particular.*

Las condiciones de acceso, de todos los ciudadanos que gocen de la condición de asegurado y beneficiario en el Sistema, a la prestación farmacéutica son las mismas en el Sistema Nacional de Salud, independientemente de su lugar de residencia. No se da ningún tipo de discriminación económica, ni de cualquier otra índole, entre ciudadano que vive en su domicilio y otro que está ingresado en una residencia geriátrica o centro social.

Como anteriormente se explicó, los medicamentos y productos sanitarios se dispensan al PVP iva fijado por el Ministerio, y la aportación que abonan estos usuarios del Sistema a las oficinas de farmacia es la que legalmente les corresponde, con los topes máximos establecidos en función de su nivel de renta.

El descuento se aplica sobre las recetas facturadas por la oficina de farmacia, no sobre las dispensaciones realizadas a estos usuarios, que en este procedimiento son totalmente ajenos al mismo, y en modo alguno soportan un perjuicio o beneficio económico.

En cualquier caso, en el acceso a la prestación farmacéutica del SNS, no hay un trato dispar al dispensar un medicamento a la misma persona dependiendo de si ésta reside en una residencia geriátrica o no.

8. Respecto a la oficina de farmacia, la dispensación de los medicamentos y productos sanitarios que se prescriben en receta oficial del SNS, el farmacéutico los dispensa al PVP iva fijado oficialmente, sin que sobre los mismos, en el acto de la dispensación, se aplique ningún tipo de descuento. En la facturación a la Consejería de Sanidad el precio al que factura estos productos es el PVP iva fijado para todo el SNS.

9. Este tipo de acuerdo no es novedoso en su aplicación, ya en el Concierto suscrito por la Consejería de Sanidad y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid en el año 2004, se establecía la aplicación de un descuento tanto en la facturación de productos dietoterápicos, como de absorbentes de incontinencia de orina.

Este descuento, variable, se aplicaba mensualmente «a cuenta» en función de los tramos de venta en los que se encontraba cada oficina de farmacia por la facturación de estos productos.

La aplicación de estos descuentos, durante la vigencia del Concierto de 2004 no planteó ninguna cuestión de legalidad, ni de competencias, como las que se suscitan en estos momentos.

10. Finalmente, dejar constancia que en la tramitación previa a la firma de la Adenda en la que se acuerda el descuento objeto de este recurso, el contenido íntegro de la misma fue sometido a los preceptivos informes de aquellos departamentos de la Administración Autónoma que tienen competencia y relación con la aplicación de dicha Adenda.

Es importante destacar, entre estos informes, todos favorables, el emitido por el Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad, en el que no se hizo ninguna observación ni consideración respecto a la legalidad de la aplicación del descuento del 10% a las recetas oficiales prescritas a pacientes de residencias geriátricas y centros sociales.

11. En cuanto a la aplicación de la Adenda con carácter retroactivo al 1 de enero de 2013, es importante tener en cuenta que esta retroactividad no solo afecta a la aplicación del descuento del 10%, sino que se ha aplicado igualmente a otros acuerdos que figuran en la Adenda.

Entre ellos, el acuerdo QUINTO que se refiere a la Cláusula Transitoria Cuarta del Concierto para habilitar el procedimiento de pago referido al año 2013, o bien el acuerdo UNDÉCIMO, por el que se aplica un índice corrector de los márgenes de las oficinas de farmacia más desfavorecidas, en el que se contempla un régimen transitorio para su aplicación en el año 2012.”

4.- Vistos los citados informes, el viceconsejero de Asistencia Sanitaria del Servicio Madrileño de Salud, acordó acumular y tramitar conjuntamente las solicitudes de revisión de oficio formuladas por la FEFE y diversos colegiados del COFM. El acuerdo de acumulación fue notificado a través del Servicio de Correos, constandingo en el expediente los acuses de recibo debidamente firmados y fechados.

5.- Mediante sendos escritos de 23 de febrero de 2015, notificados el día 25 siguiente, se concedió a los interesados trámite de audiencia con vista del expediente a fin de que pudieran formular las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes.

No consta la presentación de alegaciones u otros documentos en el plazo conferido al efecto.

6.- El 18 de junio de 2015, la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud, con el visto bueno del viceconsejero de Asistencia Sanitaria, formuló propuesta de resolución desestimatoria de las solicitudes de revisión de oficios por la FEFE y diversos colegiados del COFM, en relación con la aplicación del descuento del 10% sobre las recetas oficiales prescritas a pacientes de residencias geriátricas y centros sociales, fijado en el último párrafo del Acuerdo Sexto de la Adenda del concierto suscrito entre la Consejería de Sanidad y el COFM, por el que se fijan las condiciones para la colaboración de las Oficinas de Farmacia con el sistema sanitario de la Comunidad de Madrid, por no incurrir en ninguno de los motivos de nulidad recogidos en el artículo 62.1 y 62.2. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El 19 de octubre de 2015, el viceconsejero de Sanidad, por delegación del consejero de Sanidad en virtud de la Orden 934/2015, de 5 de octubre de la Consejería de Sanidad, remitió el expediente al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, solicitando la emisión del preceptivo dictamen.

Con fecha 25 de noviembre de 2015 el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid emitió el Dictamen 500/15, en el que concluyó que procedía retrotraer el procedimiento de revisión de oficio del acuerdo sexto de la adenda al Concierto suscrito entre la Consejería

de Sanidad de la Comunidad de Madrid y el COFM, por el que se fijan las condiciones para la colaboración de las oficinas de farmacia con el sistema sanitario de la Comunidad de Madrid, para: 1) requerir a los solicitantes de la revisión de oficio que acrediten debidamente la representación con la que actúa el letrado y 2) conceder trámite de audiencia al COFM, tras lo cual, y elaborada una nueva propuesta de resolución debe remitirse el expediente para una nueva consulta a este Consejo.

7.- Con fecha 1 de diciembre de 2015 se notificó el trámite de audiencia al Colegio de Farmacéuticos de Madrid.

8.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo por todos los interesados contra la desestimación presunta de la solicitud de revisión de oficio en el que solicitaba la suspensión de la aplicación del descuento del 10% sobre las recetas oficiales prescritas a los pacientes de residencias geriátricas y centros sociales con carácter urgente, que fue denegado por Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Madrid de 18 de septiembre de 2015. Por Auto del citado juzgado de 18 de noviembre de 2015 se declaró la incompetencia, al considerar competente la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

9.- El día 14 de diciembre de 2015 el COFM presenta escrito en el que solicita vista del expediente y ampliación del plazo para efectuar alegaciones y alega que el convenio cuya revisión se pretende no es ni un reglamento ni un acto administrativo sino que se trata de un acuerdo enmarcado en la acción concertada o de coordinación interadministrativa, por lo que considera de aplicación el artículo 34 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y considera que procede la revisión de oficio del último inciso del Acuerdo Sexto de la Adenda, por falta de

competencia y, en cuanto a la aplicación de dicho inciso, por falta total y absoluta de procedimiento. En relación con los escritos presentados por los solicitantes de la revisión de oficio, el COFM no comparte la alegación relativa a la infracción del principio de igualdad y, en relación con la aplicación extemporánea y retroactiva de la cláusula cuya revisión se pretende, considera que *“debe reconducirse a la ausencia total y absoluta de procedimiento en su aplicación”*.

Con fecha 29 de diciembre de 2015 el COFM formula nuevas alegaciones en las que manifiesta que los informes obrantes en el expediente no abordan la doctrina constitucional (posterior a la firma del Concierto) que califica los descuentos como elemento propio de la competencia exclusiva del Estado en márgenes profesionales farmacéuticos y afirma que *“si este Colegio Profesional hubiera conocido la jurisprudencia constitucional no habría firmado la Adenda”*. Alega, además, que no existe homogeneidad con los descuentos sobre dietoterápicos y absorbentes y que tampoco resulta homogéneamente comparable la solución proporcionada en relación con el índice corrector de los márgenes de las oficinas de farmacia económicamente más desfavorecidas (“farmacias VEC”).

10.- Se ha requerido a todos los interesados en el procedimiento para que acrediten que han otorgado su representación al firmante del escrito de inicio del procedimiento. Todos ellos han subsanado el defecto de representación observado con excepción de Dña. a la que, por resolución de 19 de febrero de 2016 del viceconsejero de Sanidad se le ha tenido por desistida en el procedimiento de revisión de oficio.

11.- Por Auto de 1 de febrero de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se acuerda no acceder a la medida cautelar solicitada por los recurrentes, consistente en la suspensión de la

aplicación del descuento del 10% sobre las recetas oficiales prescritas a pacientes de residencias geriátricas y centros sociales.

12.- A la vista de las alegaciones formuladas por el COFM, se emite informe con fecha 3 de febrero de 2016 por la Dirección General de Coordinación de la Asistencia Sanitaria sin firmar en el que concluye que *“se debe desestimar la solicitud realizada por el Colegio Oficial de Farmacéuticos, de declarar la nulidad de pleno derecho del último párrafo del acuerdo sexto de la Adenda al Concierto, que se impugna y de devolver las cantidades descontadas a las oficinas de farmacia en la aplicación del referido acuerdo”*.

13.- Con fecha 27 de junio de 2017, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicta sentencia en el Procedimiento Ordinario 47/2016 cuyo fallo acuerda retrotraer las actuaciones para recabar el preceptivo dictamen de la Comisión Jurídica Asesora en el procedimiento de revisión de oficio.

14.- El día 22 de diciembre de 2017 el viceconsejero de Asistencia Sanitaria firma propuesta de resolución desestimatoria de las solicitudes de revisión de oficio formuladas por la FEFE y por D^a. M.R.L.G. y otros colegiados del COFM, en relación con la aplicación del descuento del 10% sobre las recetas oficiales prescritas a pacientes de residencias geriátricas y centros sociales, establecido en el último párrafo del Acuerdo Sexto de la Adenda del suscrito entre la Consejería de Sanidad y el COFM, por el que se fijan las condiciones para la colaboración de las Oficinas de Farmacia con el sistema sanitario de la Comunidad de Madrid, por no incurrir en ninguno de los motivos de nulidad recogidos en el artículo 62.1 y 62.2. de la LRJ-PAC.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f).b. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, y a solicitud del consejero de Sanidad, al amparo del artículo 18.3.a) del ROFCJA.

Por remisión, el artículo 102.1 de la LRJ-PAC, de aplicación a este procedimiento según su fecha de inicio, establece que: *“las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1”*.

De este precepto se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en este supuesto carácter vinculante. La referencia que el artículo 102.1 de la LRJ-PAC hace al Consejo de Estado *“u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma”*, debe entenderse hecha, a partir de su creación, a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

SEGUNDA.- En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, el artículo 102 de la LRJ-PAC no contempla un procedimiento específico a seguir para la sustanciación de los expedientes de declaración de nulidad, limitándose a señalar, como ha quedado visto, la preceptividad del dictamen previo favorable del órgano consultivo que corresponda. Por ello, han de entenderse de

aplicación las normas generales recogidas en el Título VI del citado cuerpo legal, denominado “*De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos*”, con la singularidad de que el dictamen del órgano consultivo reviste carácter preceptivo y habilitante de la revisión pretendida.

Los solicitantes de la revisión de oficio se encuentran legitimados para ello en cuanto que la cláusula cuya nulidad se pretende afecta a sus intereses profesionales. Observado en el Dictamen 500/15, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid un defecto en la representación de la FEFE así como de los farmacéuticos instantes de la revisión de oficio, se han subsanado estos defectos por los interesados con excepción de Dña. que por resolución de 19 de febrero de 2016 del viceconsejero de Asistencia Sanitaria se la ha tenido por desistida al no haber subsanado en plazo el defecto de representación observado.

Finalmente, con carácter previo a la solicitud de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora debe redactarse la propuesta de resolución en la que la Administración consultante se pronuncie sobre la procedencia de la nulidad solicitada, con inclusión de los correspondientes antecedentes, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, en la que se concrete, en su caso, la causa en la que se apoya la nulidad con la motivación que exige el artículo 54.1.b) de la LRJ-PAC. En este caso se ha redactado una propuesta de resolución con fecha 22 de diciembre de 2017 en los términos expresados en los antecedentes de hecho de este dictamen y que analizaremos a continuación.

En relación con el plazo para la tramitación del expediente de revisión de oficio, al haber sido iniciado a instancia de parte, el transcurso del plazo máximo para resolver legitima a los interesados para entender desestimada su solicitud e interponer recurso

contencioso-administrativo contra la desestimación presunta, como así hicieron. La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid acordó retrotraer actuaciones para que por la Comunidad de Madrid se recabara el preceptivo dictamen a la Comisión Jurídica Asesora como trámite previo a la resolución expresa del procedimiento de revisión de oficio.

TERCERA.- En cuanto al acto objeto de revisión, hay que determinar si es un acto susceptible de revisión a tenor de lo dispuesto en el artículo 102 de la LPAC, que establece que para proceder a la revisión ha de tratarse de actos *“que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo”*.

En el presente caso se pretende la revisión del último párrafo del Acuerdo Sexto de la Adenda al Concierto suscrito entre la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y el COFM que establece que *“a las recetas oficiales prescritas a pacientes de residencias geriátricas y centro sociales se les aplicará un descuento del 10%”*.

Los solicitantes de la revisión de oficio consideran que la adenda, como parte del concierto de colaboración, es un acto administrativo susceptible de revisión de oficio por la vía del artículo 102 LRJ-PAC, con cita de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 10 de mayo de 2011 (recurso contencioso-administrativo 1952/08) que consideró inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la FEFE contra el tercer acuerdo de modificación del concierto por el que se fijaban las condiciones para la ejecución de la prestación farmacéutica y la colaboración sanitaria con el Departamento de Sanidad a través de las Oficinas de Farmacia, al entender que era inadmisibile por falta de agotamiento de la vía administrativa, al estar dirigido contra un acto que no susceptible de impugnación, toda vez que la suscripción del concierto por el

viceconsejero de Sanidad era susceptible de recurso de alzada ante el consejero del Departamento de Sanidad.

Sobre la naturaleza de los conciertos firmados por la Administración con el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002 (recurso de casación 9326/1997) que declara:

“No puede afirmarse que el Concierto sea un contrato administrativo a la vista del artículo 107 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sino que debe ser encuadrado en la actividad multilateral de la Administración dentro de los denominados convenios de cooperación o de colaboración excluidos del ámbito de la Ley de Contratos del Estado por el artículo 2 de la Ley de 1965 y actualmente por el artículo 3 de la Ley 13/1995, y la propia cláusula 2 del Concierto somete su regulación a sus propias condiciones particulares y sólo de forma subsidiaria a la legislación de la contratación del Estado, por lo que es posible su impugnación jurisdiccional sin necesidad de recurso administrativo previo a falta de previsión expresa al respecto”.

En el presente caso, el concierto firmado el 4 de octubre de 2013 por el consejero de Sanidad así como por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria y el presidente del COFM no fue impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa por lo que es susceptible de ser revisado de oficio como solicitan la FEFE y los farmacéuticos interesados.

El concierto cuya revisión se pretende ha sido sustituido por el actualmente vigente firmado el 29 de abril de 2015, cuya cláusula adicional primera prevé que *“la firma del presente Concierto no implica la renuncia a las actuaciones ya iniciadas o que pudieran iniciarse, ni a los recursos ya interpuestos o que pudieran interponerse en el futuro*

por el Colegio Oficial de Farmacéuticos, por los farmacéuticos titulares de las oficinas de farmacia o por sus representantes legales contra dichas normas o sus actos de aplicación”.

CUARTA.- Respecto de la potestad de revisión de oficio, tanto el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid como también esta Comisión (por ejemplo en el Dictamen nº 193/16 de 9 de junio) han venido sosteniendo reiteradamente que se trata de una potestad exorbitante de la Administración para dejar sin efecto sus actos al margen de cualquier intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la cual esta potestad de expulsión de los actos administrativos de la vida jurídica debe ser objeto de interpretación restrictiva y solo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho. Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 (recurso 269/2014), que cita reiterada jurisprudencia, la revisión de oficio aparece como *“(...) un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, verdadero procedimiento de nulidad, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho, cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva”.*

La nulidad absoluta constituye el grado máximo de invalidez de los actos administrativos, reservada para aquellos supuestos en los que la legalidad se ha visto vulnerada de manera grave, de modo que las situaciones excepcionales en que ha de ser apreciada deben ser analizadas con suma cautela y prudencia, tratando de cohonestar dos principios básicos, el de seguridad jurídica y el de legalidad.

FEFE y los farmacéuticos instantes de la revisión de oficio consideran que la adenda del concierto suscrita por la Consejería de Sanidad y el COFM es nula de pleno derecho porque vulnera los principios de jerarquía normativa, reserva de ley y competencia; que el concierto de colaboración es un medio inhábil para establecer un descuento en las recetas prescritas a pacientes de residencias geriátricas y centros sociales, por oponerse a la ley, por falta de competencia de los otorgantes y por tratarse de un acuerdo opuesto a la propia naturaleza de los Convenios de Colaboración que se caracterizan por la ausencia de onerosidad. Finalmente alegan la nulidad del convenio por vulnerar el artículo 14 CE al establecer un trato discriminatorio prohibido por la misma.

El COFM considera, igualmente, que el último inciso del Acuerdo Sexto de la Adenda es nulo por vulneración del principio de reserva de ley y competencia (artículo 62.1.b) LRJ-PAC) y alega la nulidad de pleno derecho de la aplicación del último párrafo del Acuerdo Sexto de la Adenda por falta total y absoluta del procedimiento legalmente establecido (artículo 62.1.e) LRJ-PAC). Además, consideran que no se ha tenido en cuenta la doctrina posterior del Tribunal Constitucional que califica los descuentos como elemento propio de la competencia exclusiva del Estado en márgenes profesionales farmacéuticos, que no existe homogeneidad con los descuentos sobre dietoterápicos y absorbentes y tampoco resulta homogéneamente comparable con el supuesto del índice corrector de los márgenes de las oficinas de farmacia económicamente más desfavorecidas.

QUINTA.- Con carácter previo al estudio de la nulidad invocada es necesario realizar un estudio de la naturaleza del descuento pactado sobre las recetas oficiales prescritas a pacientes de residencias geriátricas y centros sociales en la mencionada adenda.

En primer lugar, no parece que nos encontremos con un supuesto de prestación patrimonial de carácter público, similar al de reducción del margen de las oficinas de farmacia en función del volumen de facturación de recetas cubiertas por el Sistema Nacional de Salud (establecidas en virtud del art. 3.1 del Real Decreto-Ley 5/2000, modificándose, con incrementos en dichas reducciones por el RD 823/2008) o en el caso de las aportaciones por volumen de ventas al Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con la disposición adicional cuadragésima octava de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2005, de modificación de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, recogido actualmente en la disposición adicional sexta de la 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios porque, como ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en su STC 83/2014, de 29 de mayo, para el primer supuesto y 62/2015, de 13 de abril, para el segundo, las prestaciones patrimoniales de carácter público son impuestas coactivamente, esto es, *“derivadas de una obligación de pago establecida unilateralmente por el poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla, siempre que, al mismo tiempo, la prestación, con independencia de la condición pública o privada de quien la percibe, tenga una inequívoca finalidad de interés público”*.

En el presente caso, a diferencia de los supuestos citados, no nos encontramos ante una obligación de pago establecida unilateralmente por la Comunidad de Madrid en contra de la voluntad de los farmacéuticos, sino que la aplicación de un descuento del 10% en las recetas oficiales prescritas a pacientes de residencias geriátricas y centros sociales deriva del concierto firmado por el consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid y el presidente del COFM que actuaba *“en representación de los farmacéuticos titulares de las oficinas de farmacia de la Comunidad de Madrid, a los efectos de lo previsto en el artículo 107.4 del Texto Refundido de la Ley General de la*

Seguridad Social, y conforme a lo dispuesto en la Ley 19/1997, de 11 de julio, de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid y los artículos 25.1 y 25.3 a) b) y e) de los Estatutos de la Corporación aprobados y publicados por Orden 731/1999, de 14 de abril de la Consejería de Presidencia”.

Se trata, por tanto, de un descuento pactado bilateralmente en el marco de un concierto que tiene por objeto regular las prestaciones farmacéuticas, como prestaciones sanitarias que son. Posibilidad prevista en el artículo 90.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante LGS), en el artículo 2.h) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y en el artículo 96.2 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Sobre la posibilidad de establecer descuentos en el precio de los medicamentos en virtud de conciertos con los colegios oficiales de farmacéuticos se pronuncia la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002 (recurso de casación 9326/1997) desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el concierto de 23 de diciembre de 1994, entre el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos y el INSALUD por el que se fijaban las condiciones para la ejecución de la prestación farmacéutica a través de oficinas de farmacia y se establecía una bonificación a favor de la Seguridad Social por pago anticipado.

De acuerdo con la citada sentencia, el artículo 90 LGS autoriza a las Administraciones Públicas sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, a establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas y les ordena tener en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios. La intervención de la Administración en materia de

dispensación de medicamentos a cargo de la Seguridad Social se produce para la gestión de un servicio público esencial como es la dispensación de productos farmacéuticos.

Por su parte, el artículo 107.4 del Texto Refundido de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, vigente en la actualidad prevé que *“la Seguridad Social concertará con laboratorios y farmacias, a través de sus representaciones legales sindicales y corporativas, los precios y demás condiciones económicas que deberán regir en la adquisición y dispensación de productos y especialidades farmacéuticas a que se refieren los dos números anteriores”*.

Según la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de octubre de 2000 (recurso contencioso-administrativo nº 278/2000), confirmada en casación por la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003 (recurso de casación nº 228/2001), el Concierto tiene como destinatario a los titulares de oficinas de farmacia representados por el Consejo General. No afecta al precio de los medicamentos y al modo de recibir la prestación farmacéutica. Su finalidad es la gestión del cobro de recetas, para lo cual se convierte en un sistema cuya razón de ser es la mecanización y la eficacia en la gestión del procedimiento en que se pacta no con cada farmacéutico sino con la Corporación que los representa.

De acuerdo con la sentencia, ya citada anteriormente, del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002, el artículo 107.4 LGSS de 1974 *“es suficiente para legitimar la inclusión en el Concierto de la cláusula combatida”*. Entiende el Tribunal Supremo que dicha cláusula de convenio *“supone, en primer lugar, una aportación de los farmacéuticos a favor de la Seguridad Social a cargo de lo recaudado en la dispensación, con un efecto económico equivalente a una rebaja de los precios de dispensación a cargo de aquéllos. Supone, en segundo*

lugar, una disminución de la aportación de la Seguridad Social cuando tiene lugar el pago anticipado de las facturas, con un efecto económico equivalente a la rebaja de precios compensada por el beneficio que supone para el farmacéutico la disposición inmediata de los fondos acreditados por la dispensación”.

Distingue el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada la cláusula del Concierto que prevé una reducción de los precios de dispensación a cargo de los farmacéuticos y las características esenciales de las prestaciones tributarias que son la coactividad en su imposición, y la imposibilidad de sustraerse a ellas por falta de actividad voluntaria del contribuyente dirigida al poder público o por ser indispensable esta actividad y concluye que en el caso examinado no se cumplen estas condiciones porque *“la aportación responde a un concierto con la Seguridad Social cuyo fundamento es la voluntad favorable de los farmacéuticos expresada a través de su representación corporativa, la cual debe prevalecer sobre la voluntad individual de cada uno de ellos. No responde a una imposición coactiva ni a la utilización de bienes, actividades o servicios indispensables para los afectados, sino que se engloba en las modalidades propias de la gestión por éstos del servicio de dispensación de medicamentos a los beneficiarios del sistema de salud pública”.*

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 24 de junio de 2003 (recurso contencioso-administrativo 1302/1998), en relación con la representatividad que tienen los colegios profesionales en relación con sus miembros declara:

“(...) el Colegio Territorial se encuentra sometido al General, al igual que los titulares individuales, en cuya representación actúa el Consejo General. La STS de 12 de julio de 1985 (RJ 1985, 4211) da cuenta de la relación de sujeción especial a que están

sometidas las oficinas de farmacia, por el acusado interés público que representan, de ahí que por el mandato ex lege y representación de los farmacéuticos, los conciertos celebrados por el Consejo General obligan a los colegios profesionales, cuya esfera jurídica se ve afectada de manera incuestionable o irreversible por la tutela del interés público que representan y que les hace por otro lado merecedores del especial trato que a esta asociación de base privada otorga la Administración Corporativa”.

Conclusión que reitera el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en su sentencia de 15 de abril de 2005 (recurso contencioso-administrativo nº 1631/2002).

Sobre una medida similar a la pactada en el Concierto cuya revisión se pretende se pronuncia la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su sentencia de 10 de mayo de 2011 (recurso contencioso-administrativo nº 1952/08), que dice:

“Sin dejar de reconocer que se trate de un mercado el de suministro de medicamentos y productos sanitarios a las residencias de la tercera edad, no es menos cierto que se trata de un mercado intervenido, toda vez que la fijación del régimen general de precios corresponde al Gobierno ex art. 90.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y respecto del cual existe una expresa habilitación legal en el art. 107.4 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 para alcanzar conciertos sobre los precios y demás condiciones económicas que deben regir la adquisición y dispensación de productos”.

Finalmente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de diciembre de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 1248/2005)

se pronuncia sobre la impugnación por algunos farmacéuticos afectados del convenio de 27 de noviembre de 2002 también considera que el convenio impugnado *“no tiene naturaleza normativa, en tanto que se circunscribe en la prestación del servicio público farmacéutico dentro de la relación de sujeción especial en que se encuentran las oficinas de farmacia (STS de 12/7/1985) y con consentimiento de los profesionales implicados y de sus intereses económicos (STS de 26/7/1996 y 14/3/1998) a través de los respectivos colegios profesionales”*.

Por tanto, como se ha señalado anteriormente, la cláusula del Concierto cuya revisión se pretende no supone una prestación pecuniaria impuesta coactiva y unilateralmente por la Comunidad de Madrid, sin la voluntad del sujeto obligado a su pago, porque se pactó con la conformidad del COFM.

SEXTA.- Determinada, por tanto, la naturaleza del descuento pactado sobre las recetas oficiales prescritas a pacientes de residencias geriátricas y centros sociales como una medida adoptada en el marco de un concierto firmado con el COFM, que no tiene carácter normativo, procede examinar la concurrencia de las causas de nulidad invocadas por los solicitantes de la revisión de oficio.

Se observa que los solicitantes de la revisión de oficio, aunque alegan que el concierto firmado es un acto administrativo, invocan en primer lugar como causas de nulidad, las contempladas en el artículo 62.2 LRJ-PAC, como si de una disposición general administrativa se tratase, al solicitar *“la nulidad por vulnerar los principios de jerarquía normativa, reserva de ley y competencia”*, principios consagrados en los artículos 51 y 52 LRJ-PAC para las disposiciones administrativas.

Como se ha expuesto en la consideración jurídica anterior, la adenda del concierto cuya revisión se pretende no tiene naturaleza

normativa, por lo que no resultan de aplicación el artículo 62.2 LRJ-PAC. No se trata de una obligación de pago establecida unilateralmente por la Administración sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerlo. La adenda no modifica ni altera el precio de financiación establecido por el Gobierno de la nación para los medicamentos y productos sanitarios para los que sea necesaria prescripción médica, el descuento pactado no grava la capacidad económica de los destinatarios pues se aplican incluyendo el IVA devengado, por lo que no se están vulnerando los principios de jerarquía normativa, reserva de ley ni competencia. La medida pactada tampoco afecta al acceso igualitario a los medicamentos por parte del usuario porque el precio de los medicamentos y productos sanitarios se aplican por igual a todos los usuarios que satisfacen su importe y no afecta a las medidas de acceso del usuario al medicamento como en el caso de la tasa conocida coloquialmente “euro por receta” declarada inconstitucional por las sentencias del Tribunal Constitucional 71/2014 y 85/2014.

La adenda pactada con el COFM no afecta al precio sino al margen de beneficio de las oficinas de farmacia.

SÉPTIMA.- Los solicitantes de la revisión de oficio consideran, subsidiariamente, el concierto es nulo porque se opone a la ley, al vulnerar el artículo 1255 del Código Civil, por la manifiesta falta de competencia de los otorgantes, por tratarse de un acuerdo opuesto a la naturaleza de los convenios de colaboración, porque vulnera el artículo 14 de la Constitución al establecer un trato discriminatorio, porque genera indefensión jurídica y, finalmente, porque supone una aplicación extemporánea y retroactiva prohibida por la Constitución.

El artículo 1255 del Código Civil prohíbe los pactos contrarios a las leyes, moral y el orden público, sin que concurran estas circunstancias en el pacto objeto de examen. Como se ha examinado,

el artículo 107 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por el Decreto 2065/1974 permite a las farmacias, a través de sus representantes corporativos, concertar las condiciones económicas que han de regir la dispensación de los productos farmacéuticos, sin que establezca un límite que haya sido vulnerado en el presente caso.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 10 de mayo de 2011 (recurso contencioso-administrativo nº 1952/2008) en relación con el concierto suscrito por la Administración Sanitaria del Gobierno Vasco y el Consejo de Farmacéuticos del País Vasco y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya en el que se había estipulado una bonificación del 7% en su facturación al Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco, por los medicamentos de fabricación industrial dispensados a personas atendidas en las residencias de mayores consideró conforme a derecho tal estipulación al entender que *“el establecimiento de dicha bonificación es lícito desde la perspectiva del principio de libertad de pactos, y encuentra una causa lícita para las corporaciones profesionales firmantes del acuerdo, sin que incida en forma alguna en la competencia estatal para fijar los precios de los medicamentos de conformidad con lo dispuesto por el art. 90 de la ley 29/2006, de 26 de julio”*.

Alegan también los solicitantes de la revisión de oficio la falta de competencia de la Administración Sanitaria madrileña para pactar sobre un descuento que modifica el sistema de precios. En relación con esta alegación, hay que tener en cuenta la STC 98/2004 del Tribunal Constitucional de 25 de mayo de 2004 que delimita las competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de prestaciones farmacéuticas que, después de señalar que el establecimiento de una prestación farmacéutica y su financiación

pública constituyen un criterio básico en materia de sanidad, pues satisface las exigencias formales y materiales de la legislación básica, declara:

“De esta forma se garantiza una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud. Sin embargo, esa necesaria uniformidad mínima, que corresponde establecer al Estado, asegurando así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, puede ser susceptible de mejora, en su caso, por parte de las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre y cuando, con ello, no se contravengan las exigencias que impone el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE).

Efectivamente, la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias (por todas, SSTC 61/1997, de 20 de marzo [RTC 1997, 61] , F. 7; 173/1998, de 23 de julio [RTC 1998, 173] , F. 9; 188/2001, de 29 de septiembre [RTC 2001, 188] , F. 12; 37/2002, de 14 de febrero [RTC 2002, 37] , F. 12; y 152/2003, de 17 de julio [RTC 2003, 152] , F. 3), dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos. Y se lo exige cuando en el art. 149.1.16 CE le atribuye las bases en materia de «sanidad», para

asegurar –como se ha dicho– el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos. Lo expuesto se concreta en el art. 23 de la propia Ley 16/2003, que establece que todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias en ella reconocidas en condiciones de igualdad efectiva. Y siendo una de las citadas prestaciones el medicamento, es evidente que el acceso al mismo en condiciones de igualdad presupone necesariamente una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español que establezca un sistema de precios de referencia a los efectos de determinar el alcance de su financiación pública, de tal modo que quede garantizado a todos los ciudadanos, con independencia de la Comunidad Autónoma en que residan, el disfrute de medicamentos financiados públicamente al menos en un mismo porcentaje mínimo, susceptible, como ha quedado ya dicho, de ser incrementado en virtud de las disponibilidades financieras de cada Comunidad en cuestión”.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 26 de diciembre de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 1248/2005) considera que la Comunidad Autónoma de Andalucía no se excedió de sus competencias “*puesto que tiene cobertura competencial para establecer el referido convenio, y por tanto, acordar su modificación, en los arts. 13.21 y 20.1.3 y 4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por LO 6/81, por los cuales se confiere a esta Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de sanidad e higiene, sin perjuicio de lo establecido por el art. 149.1.6 CE y de desarrollo legislativo y ejecución de las bases de la sanidad interior, ordenación farmacéutica,*

así como en la competencia para elaborar, aprobar y fiscalizar sus presupuestos”.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía cita, en relación con la alegación de falta de competencia de la Administración autonómica para desarrollar las bases de la Sanidad en lo que se refiere a la dispensación y financiación de productos farmacéuticos, cita la sentencia del Tribunal Supremo, 21 de octubre de 2003 (recurso de casación 4440/2000) que *“no negó falta de competencia a la administración autonómica para dictar Decretos en virtud de las competencias atribuidas por la Ley del Medicamento en el ejercicio de las competencias básicas del Estado. No debe olvidarse que el art. 93.1, de la Ley del Medicamento tras sentar el derecho de igualdad en el Sistema Nacional de Salud contempla la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan adoptar en ejercicio de sus competencias medidas tendentes a racionalizar la utilización de medicamentos”.*

Así, según la citada sentencia del Tribunal Supremo, *“la Exposición de Motivos de la Ley 29/2006, de 26 de julio, nos recuerda que la transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de sanidad iniciada con anterioridad a la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, se ha extendido a todas las Comunidades Autónomas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley así como que la gestión de aquellas comprende un amplio espectro de políticas en materia de sanidad 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. Ley, la 16/2003, que en su art. 10 sienta que las prestaciones, entre las que se incluyen las farmacéuticas, son responsabilidad financiera de las comunidades autónomas de acuerdo con los acuerdos de transferencias y lo establecido en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre”.*

De manera que, según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 26 de diciembre de 2012 antes mencionada:

“(…) si las Comunidades Autónomas tienen competencia en la materia a través de la potestad reglamentaria, por derivación, no puede negarse el ejercicio de esta competencia a través de la potestad concertadora. Y precisamente, el objeto del Concierto o convenio, cuya modificación es lo controvertido en el presente proceso judicial, es la fijación de las condiciones en que las Oficinas de Farmacia colaborarán profesionalmente con la Administración sanitaria en lo referente a la dispensación de las especialidades farmacéuticas y fórmulas magistrales que estén incluidas en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con la legislación vigente y las especificaciones señaladas en el mismo. Esta colaboración entre la Administración autonómica, a la que compete la gestión del sistema sanitario en el ámbito de la Comunidad Autónoma, y los farmacéuticos titulares de oficinas de farmacia en cuanto gestores de la dispensación farmacéutica, no es nueva, de hecho el Concierto viene a sustituir al suscrito, con ámbito nacional entre el INSALUD y el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos”.

Por tanto, parece clara la competencia de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, como gestor de la dispensación farmacéutica, en la determinación mediante concierto de las condiciones económicas de las prestaciones farmacéuticas. Asimismo, como se ha señalado en la consideración jurídica anterior, no se modifica el sistema de precios de las prestaciones farmacéuticas que se cobran por igual a todos los usuarios sino que la medida consiste en un descuento que se aplica una vez satisfecha la totalidad del precio de venta al público más el IVA.

En relación con la nulidad alegada por tratarse de un acuerdo opuesto a la propia naturaleza de los convenios de colaboración es preciso tener en cuenta la especial naturaleza de estos conciertos que deriva del artículo 107.4 de la Ley General de la Seguridad de 1974 que impone la obligación de concertar con laboratorios y farmacias, a través de sus representaciones legales sindicales y corporativas, los precios y demás condiciones económicas que deberán regir en la adquisición y dispensación de productos y especialidades farmacéuticas.

Tampoco se vulnera el artículo 14 de la Constitución porque el descuento no afecta al precio de los medicamentos satisfechos por los pacientes que es el mismo para todos ellos, con independencia de que se traten, o no, de pacientes de residencia geriátricas o centros sociales. Del mismo modo, en relación con los farmacéuticos, la medida se aplica por igual a todos ellos, cuando presenten al cobro recetas de pacientes de residencias geriátricas o centros sociales.

Asimismo, no puede considerarse arbitraria la actuación de la Administración en aplicación del concierto y pactada, por tanto, el representante del COFM pues, como hemos señalado, afecta por igual a todos aquellos titulares de oficinas de farmacia que presenten recetas de pacientes de residencias geriátricas y centros sociales.

Por último, en relación con la aplicación retroactiva de la adenda, se trata de una estipulación convenida entre las partes, al amparo del principio de libertad de pactos, sin que perjudique a los beneficiarios de la prestación farmacéutica, por lo que nada impide su aplicación retroactiva, porque no estamos ante una norma.

En relación con las alegaciones del COFM, en contra del principio de los actos propios, resultan contradictorias al señalar, por un lado, que el descuento se acordó en razón a *“una determinada coyuntura económica y a circunstancias concretas que en el año 2013 fueron*

valoradas por la Consejería y el COFM, dentro del marco de la crisis económica y de colaboración habitual entre ambos” y, por otro, que la aplicación del descuento incide en el margen del farmacéutico por lo que se trata de una cuestión excluida del concierto al ser de exclusiva competencia estatal, de conformidad con la doctrina de la STC 83/2014, por lo que debería haber existido una norma con rango de ley que permitiera pactar descuentos en la facturación. La gravedad del vicio alegado, falta de competencia de la Comunidad de Madrid al tratarse de una competencia exclusiva del Estado, no permite que pudiera ser excepcionado por la crisis económica. Si el Colegio Oficial de Farmacéuticos consideraba que la estipulación convenida vulneraba la competencia estatal debió haberlo advertido así, sin que pueda alegar que la STC 84/2014 haya supuesto un cambio en el reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas.

Como ha quedado expuesto, la Comunidad de Madrid como cualquier otra Comunidad Autónoma, sí tiene competencia para pactar descuentos en la facturación, como se pone de manifiesto en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 10 de mayo de 2011.

Por último, en cuanto a la nulidad de los actos de ejecución de la Adenda por falta del procedimiento, no es posible confundir los actos susceptibles de revisión. En el presente caso, los solicitantes de la revisión de oficio solicitan la nulidad del último inciso del Acuerdo Sexto de la Adenda, y su nulidad determinaría, en consecuencia, la de los actos realizados en ejecución de la misma. Ahora bien, no puede admitirse la alegación del COFM relativa a la falta de procedimiento de los actos de ejecución, pues se trataría de un procedimiento de revisión de oficio diferente.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el descuento que contempla el último párrafo del Acuerdo Sexto de la Adenda al

Concierto no es una prestación pecuniaria impuesta coactivamente y de forma unilateral por la Comunidad de Madrid, sino que se trata de un acuerdo pactado con el COFM, de acuerdo con el artículo 107.4 del TRLGSS de 1974, sobre el que las comunidades autónomas tiene competencia para pactar las condiciones económicas de las prestaciones farmacéuticas (como así lo declara la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 10 de mayo de 2011), no es posible considerar que nos encontremos ante un supuesto de nulidad radical o de pleno derecho, lo que impide que la Administración pueda hacer uso de esta potestad excepcional como es la revisión de oficio de actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en cuanto que debe ser objeto de interpretación restrictiva y solo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede la revisión de oficio promovida por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE) y por Dña. y otros colegiados del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid (COFM) por presunta nulidad del último párrafo del Acuerdo Sexto de la Adenda al Concierto suscrito entre la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid que establecía un descuento de un 10% sobre recetas oficiales prescritas a pacientes de residencias geriátricas y centros sociales.

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

Madrid, a 1 de marzo de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 98/18

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid