

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

EL GOBIERNO LLEVA AL CONSTITUCIONAL**LA "SUBASTA" DE MEDICAMENTOS DE ANDALUCÍA****Irene Fernández Puyol**

Abogado del área de Público de Gómez-Acebo & Pombo

Blanca Lozano Cutanda

*Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

El Decreto Ley 3/2011, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica en Andalucía (Decreto Ley en adelante), modificó la Ley de Farmacia de esta Comunidad Autónoma para, entre otros aspectos, introducir lo que su exposición de motivos define como "un sistema de convocatorias públicas, respetando los principios de libre competencia y transparencia" con el objeto de seleccionar una lista de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía cuando sean prescritos por principio activo en las recetas médicas u órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud.

El único criterio para la selección de los medicamentos es el de la mejora del precio que ofrezca el laboratorio –y por ello al sistema se le conoce como "subasta de medicamentos"- pues, como establece el Decreto Ley, "para cada principio o principio activos, se seleccionará el medicamento cuya propuesta represente para el Servicio Andaluz de salud el menor coste final de la prescripción correspondiente de entre los propuestos".

Este "menor coste final" se determina teniendo en cuenta "la diferencia entre el precio autorizado de cada medicamento y la cuantía de la mejora económica ofrecida al Servicio Andaluz de Salud por el laboratorio farmacéutico correspondiente". Dicho en román paladino, el laboratorio que pague más al Servicio Andaluz de la Salud por la venta del medicamento (cuya venta al público seguirá haciéndose al precio autorizado) conseguirá

que sea el único dispensado por las oficinas de farmacia cuando sea prescrito por principio activo. Para ello, el Decreto Ley establece que "los compromisos entre el Servicio Andaluz de Salud y los laboratorios farmacéuticos o las empresas proveedoras de productos sanitarios, *derivados de la selección y sus efectos económicos*, quedarán establecidos en los convenios correspondientes".

Por Resolución del Servicio Andaluz de Salud, de 25 de enero de 2012 (la Resolución en adelante), se convocó a los laboratorios farmacéuticos a presentar sus mejoras económicas y se aprobó el "convenio tipo", cuya vigencia máxima se fija en dos años.

Este peculiar sistema de "adjudicación al mejor postor" de la venta de medicamentos del Servicio Andaluz de Salud concitó desde un primer momento la oposición unánime de los laboratorios. Farmaindustria anunció que ejercitaría toda clase de acciones jurídicas por considerar que el sistema invade competencias estatales y resulta contrario al derecho de la Unión Europea, por infringir el principio de libre competencia del artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Como primera medida, Farmaindustria interpuso recurso contra la Resolución ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía (TARCA), alegando que: (i) se había prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector

& Noticias breves

Público (TRLCSF), al tratarse de un contrato de suministro regulado en esta norma, (ii) que la convocatoria no había sido publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea y (iii) que vulnera la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

El TARCA inadmitió el recurso, por Resolución de 17 de diciembre de 2012, por estimar que no estamos ante un contrato regido por el TRLCSF por dos motivos: (i) no se trata de un contrato regido por el TRLCSF dado que la regulación prevista en la norma legal autonómica agota en sí misma el marco normativo del procedimiento de selección y no finaliza con un contrato sino con un convenio; (ii) el recurso contra la resolución supone, en realidad, cuestionar el Real Decreto Ley que ésta aplica y el TARCA carece de competencia para enjuiciar si dicha norma de rango legal vulnera la legislación de contratación pública.

El Gobierno anunció que interpondría recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto Ley pero, ante la inminencia de las elecciones andaluzas, prefirió acudir a la vía de la "conciliación previa" prevista en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art.33), mediante la constitución de una comisión bilateral de cooperación entre la Junta de Andalucía y el Gobierno. Al optar por esta vía el plazo para interponer recurso se ha visto ampliado a nueve meses y se encuentra todavía abierto.

De momento, el Consejo de Ministros del pasado viernes 30 de marzo acordó presentar ante el Tribunal Constitucional un conflicto positivo de competencias, por la vía del artículo 161.2 de la Constitución, contra la Resolución de convocatoria del concurso.

La decisión del Gobierno está respaldada por dos dictámenes del Consejo de Estado (Dictámenes 158/2012 y 160/2012), en los que el alto órgano consultivo entiende que

existen fundamentos jurídicos suficientes para impugnar la constitucionalidad de la citada Resolución y para interponer recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto Ley 3/2011, de la Junta de Andalucía, en base a la cual se adoptó dicha resolución.

Tres son los motivos en los que se funda el conflicto positivo de competencias:

- La Resolución vulnera la competencia exclusiva estatal en materia de legislación sobre productos farmacéuticos ex. artículo 149.1.16 CE al regular la prescripción de medicamentos. Se considera que el nuevo sistema altera el previsto en la Ley 29/2006 de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, porque la dispensación de medicamentos por principio activo prevista en esta Ley tendrá que hacerse obligatoriamente de los seleccionados en los concursos.
- La subasta de medicamentos modifica la cartera básica de servicios, aprobada por el Estado, mediante el Decreto 1030/2006, en el ejercicio de su competencia para establecer las bases y la coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE), al excluir determinados medicamentos del ámbito de dichas prestaciones básicas, que son susceptibles de ampliación, pero no de restricción, por las Comunidades Autónomas.
- Se vulneran asimismo, las competencias estatales al establecer un régimen que viene a modificar la cobertura de la prestación de financiación de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, implantando un régimen de financiación que resulta discriminatorio.

El planteamiento del conflicto por la vía del artículo 161.2 de la Constitución produce su suspensión -desde la fecha de publicación del acuerdo suspensivo en el BOE, pero con

& Noticias breves

efectos retroactivos a la fecha de la interposición del recurso para las partes del mismo¹-debiendo el Tribunal ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

El problema que se suscita en este caso es que el concurso convocado por la Resolución recurrida ya ha sido resuelto, mediante Resolución del Servicio Andaluz de Salud del pasado 19 de marzo por la que se aprueba el listado de los medicamentos seleccionados, y algunos laboratorios ya han suscrito los convenios con la Junta de Andalucía.

A estos convenios, en cuanto actividad diferenciada de la Resolución recurrida, no alcanza la suspensión automática ex. artículo 161.2 CE, pero podrían ser objeto de recurso en vía contencioso-administrativa (ya sea por el Abogado del Estado o por cualquier interesado) -alegándose, para ello, las mismas causas de nulidad que sustentan la impugnación por el Gobierno de la convocatoria- y podría, asimismo, solicitarse su suspensión por el *forum boni iuris* de que concurren infracciones constitucionales determinantes de nulidad de pleno derecho.

¹ Es doctrina del Tribunal Constitucional "entender que el momento de interposición de la demanda al que se retrotraen los efectos suspensivos afecta únicamente a las partes del recurso, mientras que para los terceros dicho momento ha de ser a partir de la publicación del acuerdo suspensivo en el «Boletín Oficial del Estado»" (ATC 434/1990, de 11 de diciembre).