

EL DEFENSOR DEL PUEBLO PIDE AL GOBIERNO LA RECTIFICACIÓN DEL REAL DECRETO DE RECETAS DE FUNCIONARIOS

- **Recomienda fijar una única escala de deducciones, tras la “queja” presentada por el COFM**
- **Advierte de que la nueva norma “puede provocar discriminación entre farmacéuticos”**

El Defensor del Pueblo ha solicitado al Gobierno la revisión del Real Decreto 2130/2008, de 26 de diciembre, por el que se regula el procedimiento para aplicar las deducciones correspondientes a la dispensación de medicamentos de uso humano con cargo a las mutualidades de funcionarios.

En respuesta a la “queja” presentada por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, el Defensor del Pueblo recomienda al Ministerio de Presidencia la adaptación de la norma **“a los principios constitucionales”** y el establecimiento de **“una única escala de deducciones en la facturación global de los medicamentos que se financian con fondos públicos, sea cual sea el sujeto pagador”**.

En su escrito de “queja” ante el Defensor del Pueblo, el COFM denunció la discriminación que supone que dos farmacias con ventas similares, una con escala afecta al SNS, y la otra a la nueva escala de Mutualidades, ingresan, por el contrario, al Estado, en concepto de deducción, cantidades muy distintas, por la simple concentración, en una de las farmacias, de recetas de Mutualidades de funcionarios, en zonas muy concretas. El informe del Defensor del Pueblo advierte de que la regulación de escala de Mutualidades *“puede ser contraria al principio de igualdad constitucional, ya que puede provocar discriminación entre farmacéuticos que, con idéntico nivel de facturación global, según el sujeto pagador de los medicamentos, unos profesionales vean reducido su margen de beneficios en mayor medida que otros”*.

En opinión de esta institución, **“no existe justificación alguna razonable y objetiva que permita al legislador la introducción de esa nueva diferenciación, menos con una norma que no tiene rango de ley”**. Además se advierte de que esta situación *“puede dar lugar a un trato claramente desigual en función del entorno de la farmacia ya que aquellas que se encuentren próximas a una zona residencial de funcionarios tendrán que aplicar un porcentaje de deducción mayor”*. Para el presidente del COFM, Alberto García Romero, el informe *“cuestiona la legalidad de la norma, y en mi opinión el Gobierno debe reflexionar y rectificar una medida discriminatoria para muchos farmacéuticos”*. De aplicarse la nueva escala, García Romero opina que las farmacias *“resultarán discriminadas económicamente por una cuestión ajena al farmacéutico, como es a quién dispensan un medicamento”*.

El responsable del COFM cree que la farmacia española *“ya está realizando un importante esfuerzo económico a la viabilidad financiera del Sistema Nacional de Salud que es muy superior al del resto de agentes de la cadena farmacéutica, como para admitir una nueva carga para -fiscal que está poniendo en peligro la calidad del servicio al paciente”*.

Además de recurrir al Defensor del Pueblo, la patronal de la farmacia madrileña (Adefarma) ha presentado un recurso ante el Tribunal Supremo contra el Real Decreto, dentro de la estrategia judicial acordada entre el COFM y Adefarma que incluye también la vía abierta a los farmacéuticos afectados para personarse en la causa recurriendo a título individual contra las deducciones económicas establecidas en el RD 2130/2008. Por último, el Defensor del Pueblo también recomienda al Gobierno que no se tenga en cuenta el **IVA** en el cálculo de la facturación mensual de la farmacia, ya que, en este caso, el profesional tributa por un importe no percibido. Advierte esta institución que, considera que el sistema establecido **“carece de toda lógica”**.



La Adjunta Primera del
Defensor del Pueblo

04-LFR-RRA

Nº expediente. 09002176

Sr.
Presidente del Colegio Oficial de Farmacéuticos de
Madrid
C/ Santa Engracia 31
28010 MADRID

EL DEFENSOR DEL PUEBLO REGISTRO SALIDA 28/03/09 09:02:07

Estimado señor:

En relación con la queja número 09002176, formulada por usted ante esta Institución, se ha recibido el informe solicitado a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo, en el que comunican que el texto del Real Decreto 2130/2008, de 26 de diciembre, fue elaborado por el Ministerio de Administraciones Públicas, y es por tanto a ese Departamento al que hay que dirigirse para recabar cualquier información.

Posteriormente se ha recibido informe de MUFACE, cuyo contenido es el siguiente:

"Con fecha 9 de marzo ha tenido entrada en esta Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado escrito de la Adjunta Primera del Defensor del Pueblo por el que se traslada el contenido de la queja efectuada por D. Alberto García Romero, Presidente del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid y con número de expediente en el Alto Organismo 09002176.

Versa la queja sobre el Real Decreto 2130/2008, de 26 de diciembre, por el que se regula el procedimiento para aplicar las deducciones correspondientes a la dispensación de medicamentos de uso humano con cargo a las mutualidades de funcionarios. Y se concreta, aparte de la manifestación general de "desacuerdo con el régimen económico de participación de los farmacéuticos en los gastos generados por la dispensación en la oficina de farmacia de recetas financiadas por las Mutualidades de Funcionarios (MUGEJU, ISFAS y MUFACE)", en los aspectos que se abordan a continuación.

1. Sostiene el autor de la queja que el Real Decreto de referencia desarrolla el artículo 3.2 del Real Decreto Ley 5/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Contención del Gasto Farmacéutico que ordenaba al Gobierno la regulación



del procedimiento a seguir para la aplicación de la escala de deducciones, aprobada en el mismo, para la facturación mensual de las oficinas de farmacia cuando se trate de recetas de especialidades farmacéuticas dispensadas con cargo a las Mutualidades de funcionarios.

Sin embargo, y siempre según el autor de la queja, el Real Decreto de 26 de diciembre pasado no se limita a establecer un procedimiento para la aplicación de la escala de deducciones sino que, contraviniendo lo dispuesto en el Real Decreto Ley 5/2000, incorpora una nueva escala, por lo que a juicio del interesado se ha producido la vulneración del principio de jerarquía normativa.

- En relación con la argumentación expuesta cabe destacar en primer lugar que el artículo 3 del citado Real Decreto Ley 5/2000 ("determinación de los márgenes de las oficinas de farmacia por el suministro de especialidades farmacéuticas al Sistema Nacional de Salud"), en el apartado 2, prevé que "el Gobierno regulará el procedimiento a seguir para aplicar lo establecido en el apartado anterior - aplicación de deducciones en los márgenes de las oficinas de farmacia por dispensación de medicamentos con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la sanidad cuando se trate de recetas de especialidades farmacéuticas dispensadas con cargo a la Mutualidad de Funcionarios de la Administración Civil del Estado (MUFACE), a la Mutualidad General Judicial (MUGEJU) y al Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS)".

Posteriormente, la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, al regular en el artículo 90 la "fijación del precio", dispone en el apartado 1 que "corresponde al Consejo de Ministros, por real decreto (...) establecer el régimen general de fijación de los precios industriales de los medicamentos (...)". Añade en un segundo párrafo que "las cuantías económicas correspondientes a los conceptos de la distribución y dispensación de los medicamentos y de dichos productos sanitarios son fijadas por el Gobierno (...) de forma general o por grupos o sectores, tomando en consideración criterios de carácter técnico-económico y sanitario".

En desarrollo de dicho precepto se ha promulgado el Real Decreto 823/2008, de 16 de mayo, que establece los márgenes, deducciones y descuentos correspondientes a la distribución y dispensación de medicamentos de uso humano. En su artículo 5 se recoge que "El Gobierno regulará el procedimiento para aplicar lo establecido (...) cuando se trate de medicamentos



dispensados con cargo a MUFACE, MUGEJU e ISFAS". Y de modo paralelo a lo previsto en la disposición final primera del Real Decreto 823/2008 puede afirmarse que el Real Decreto objeto de la queja, en tanto que resulta extensión y desarrollo de una previsión de aquel, que se dicta en desarrollo y aplicación de lo dispuesto en el artículo 90.1, segundo párrafo, de la Ley 29/2006, de 26 de julio, y tiene carácter de legislación de productos farmacéuticos con arreglo a lo previsto en el artículo 149.1.16 de la Constitución y en el apartado 1 de la disposición final primera de la citada Ley 29/2006.

- Se quiere significar con lo anterior que efectivamente existe un fundamento suficiente, específico y expreso, en normas legales y en disposiciones de desarrollo, para que el Gobierno regule el procedimiento para aplicar determinados descuentos a los márgenes de las oficinas de farmacia en la facturación de los medicamentos dispensados con cargo a las tres Mutualidades Administrativas. Y que cuenta con la debida habilitación para dictar una norma como la efectivamente promulgada, pesando sobre él un mandato o compromiso de dictarla.

Y ciertamente, como señala también en su Informe al Real Decreto de referencia el Consejo de Estado: "... con ello se producirá la aplicación de nuevas deducciones a los márgenes de las oficinas de farmacia, siendo éstas "nuevas" en tanto que hasta ahora no se habían aplicado pero no en el sentido de que se trate de una innovación reglamentaria sin fundamento legal previo. Es más, sin el desarrollo reglamentario reclamado por las disposiciones previas no se podrían aplicar los descuentos previstos por la facturación de las recetas con cargo a las Mutualidades de funcionarios, lo cual produciría, en último término, una contravención de la voluntad del legislador".

- A continuación añade el referido Órgano Consultivo una consideración de gran importancia para el tema que aquí nos ocupa: "Sin entrar a valorar la exactitud de los cálculos ofrecidos (...) una reflexión previa ha de llevar a sopesar el modo en que el proyecto aborda la regulación y a buscar el sentido auténtico del término "procedimiento" en el supuesto regulado. En efecto, el texto consultado no se limita a articular un procedimiento administrativo entendido estrictamente como el cauce formal en que se concreta la actividad administrativa para la realización de un fin (en este caso la aplicación de unas deducciones ya definidas perfectamente con anterioridad) sino que entra en aspectos materiales y, así, establece ex novo unas cantidades para los tramos de facturación de las farmacias (distintas a las que se tienen en cuenta para la aplicación de las



deducciones respecto de los medicamentos recetados con cargo al SNS), en función de los cuales les será de aplicación la escala de deducciones. Puede que el término procedimiento previsto en las normas habilitantes parezca demasiado estrecho para designar el objeto de la regulación, pero la vía proyectada es la natural y necesaria, pues ceñirse a ordenar un procedimiento formal para aplicar lisa y llanamente en sus propios términos la escala de deducciones previstas para las recetas con cargo al régimen general de la Seguridad Social a la facturación de los medicamentos dispensados con recetas a cargo de las Mutualidades de funcionarios, además de no resultar coherente con las diferencias de volumen en uno y otro caso, resultaría innecesario".

2. El otro aspecto relevante de la queja se refiere al "efecto discriminatorio que produce la aplicación de la nueva normativa, ya que al existir dos escalas de deducción dependiendo del tipo de pacientes a quien se dispense un medicamento el resultado económico será diferente, lo que carece de justificación objetiva y razonable. Así, si la dispensación de medicamentos se hace a pacientes de las Mutualidades de funcionarios el resultado de deducción será superior (que) si la dispensación de medicamentos se hace a pacientes de la Seguridad Social siendo que ambas facturaciones se sufragan con fondos públicos. No existe justificación para que los medicamentos financiados por el Estado estén divididos en dos bloques".

- Habrá que referirse en primer lugar -para responder cumplidamente a los asertos anteriores- a los rasgos técnicos de la escala definida en el Real Decreto al que se viene aludiendo. Responden éstos a los mismos criterios utilizados para la definición en su momento de la escala de deducciones aplicable a los medicamentos dispensados con recetas del SNS: igual percentil de farmacias excluidas ab initio (45,02%), igual número de tramos en la escala (seis) e iguales proporciones entre los diferentes tramos de la referida escala. En base a estos parámetros, y por tanto adaptando y trasladando a escala los datos de la factura farmacéutica mutualista, quedó por tanto confeccionado el cuadro de deducciones del Real Decreto 2130/2008.

A continuación, y para adaptar y atemperar convenientemente la referida escala a los rasgos de distribución de la facturación mutualista, se procedió a establecer hasta dos factores de corrección de los posibles resultados. El primero de ellos (artículo 1.3 del Real Decreto) determina que "quedarán excluidas de las deducciones previstas en el apartado 1 aquellas oficinas de farmacia que para el año 2007 y en media mensual hayan tenido una facturación global sujeta a



descuentos que no supere los 33 282,09 euros" Se trata con este factor de que la escala mutualista de deducciones no se active hasta que la correspondiente oficina de farmacia haya alcanzado una determinada cifra de facturación, con lo cual se excluye una incidencia excesiva e indeseada sobre las mismas.

El otro factor de corrección queda recogido en el artículo 1.4 del Real Decreto: "Asimismo, y para los casos excepcionales en el contexto nacional de las oficinas de farmacia de Ceuta y Melilla se aplicarán sendos factores de reducción sobre las cifras resultantes de los descuentos de 17,55 por ciento y de 18,74 por ciento, respectivamente". Se trata aquí de compensar una asimetría muy relevante, como es el peso incomparablemente más alto que presenta la facturación mutualista en estas dos Ciudades con Estatuto de Autonomía respecto de la facturación correspondiente al SNS.

- Se entiende desde las Mutualidades que, una vez aplicados los antedichos factores, el impacto de esta nueva escala de deducciones se atempera y ajusta convenientemente. Cursa como es lógico con un incremento sobre las deducciones de aquellas oficinas de farmacia que durante cerca de nueve años, desde que entró en vigor el Real Decreto Ley 5/2000, de 23 de junio, se habían beneficiado del retraso en el desarrollo de la normativa y habían disfrutado de una significativa desigualdad, como es el hecho de que una parte de la facturación (la de naturaleza mutualista) no quedara sujeta a deducción alguna, mientras que la perteneciente al SNS si era objeto de deducciones.

Porque existen en efecto dos escalas de deducción. Tal y como se destacaba en el apartado anterior de este Informe existe una escala de deducciones para el ámbito mutualista efectiva y legítimamente distinta de la que rige para el SNS. Pero, como también se destacaba en el apartado anterior, la escala mutualista solo entra en funcionamiento tras de excluir la posibilidad de activarse en oficinas de farmacia que no cumplan con el umbral previsto en el artículo 1.3 del Real Decreto de referencia. Con lo cual se inicia un proceso de convergencia en las deducciones que progresivamente las equipara.

Y de hecho sucede que, tras de aplicar el señalado umbral de exclusión, quedan excluidas de deducción prácticamente un 60% de las oficinas de farmacia, frente al teórico 45,02% y efectivo 35,13% de farmacias que resultan excluidas en el SNS. Y sucede igualmente que la deducción porcentual media en el ámbito de facturación farmacéutica mutualista viene a situarse en el 5,3%, análoga en todo a la que efectivamente se produce en el SNS.



No parece por tanto que la realidad se acomode sin más a lo expresado en la queja presentada. La cuestión resulta un tanto más compleja y por ende requerida de explicación y de interpretación en términos globales. Se trata ciertamente de dos escalas distintas, pero en la que una de ellas solo se activa tras de haberse cumplido un umbral considerado suficiente en la facturación de la correspondiente oficina de farmacia. Una vez activada esa segunda escala, resulta por otra parte estadísticamente abrumador el hecho de que el peso de las deducciones viene a ser análogo en ambos sistemas, y que solo recurriendo a supuestos artificiosos y estadísticamente casi irrelevantes cabe que pueda producirse algún ejemplo aislado de la eventualidad que se recoge en la queja.”

En consecuencia, se ha considerado procedente formular una RECOMENDACION a la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia cuyo contenido literal es el siguiente:

«Acusamos recibo de los escritos enviados por la entonces Subsecretaría del Ministerio para las Administraciones Públicas (S/rf. Registro de Salida Nº 139 5-3-09) y por MUFACE (S/rf. DG/SGA/af), en los que se contestaba a la queja formulada por D. ALBERTO GARCÍA ROMERO, en su condición de Presidente del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado, relativa a las deducciones correspondientes a la dispensación de medicamentos de uso humano con cargo a las Mutualidades de Funcionarios.

En primer lugar en cuanto al presupuesto habilitante para dictar el Real Decreto 2130/2008, de 26 de diciembre, por el que se regula el procedimiento para aplicar las deducciones correspondientes a la dispensación de medicamentos de uso humano con cargo a las mutualidades de funcionarios, el informe emitido por MUFACE manifiesta que existe fundamento suficiente, específico y expreso, en normas legales y en disposiciones de desarrollo para que el Gobierno pueda dictar el mismo.

Sin embargo olvida que el artículo 90 de Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, cuyo apartado primero se desarrolla, según se indica en el Real Decreto 2130/2008, se refiere al precio de los medicamentos y la



capacidad del Gobierno para fijar los mismos, no siendo su finalidad algo tan concreto como la previsión de deducciones sobre la facturación global de cada farmacia.

Por consiguiente esta Institución discrepa con la afirmación de la existencia de norma habilitante clara y específica que permita al Gobierno mediante una norma con rango de Real Decreto crear nuevas deducciones aplicables a la facturación de medicamentos con cargo a fondos públicos, toda vez que en todas las normas anteriores se alude a la aprobación de un futuro "procedimiento" para aplicar las deducciones ya existentes. De hecho el título del Real Decreto no es expresivo del contenido del mismo. No hay que olvidar que por procedimiento se entiende el cauce formal en que se concreta la actividad administrativa para la realización de un fin y no la regulación de un nuevo aspecto sustantivo, como ha venido a hacer el citado Real Decreto. Tal y como se afirma en el dictamen del Consejo de Estado el texto no se limita a articular un procedimiento administrativo entendido estrictamente como tal, sino que entra en aspectos materiales.

Otro aspecto a tener en cuenta en este sentido es la contradicción que supone la aprobación del Real Decreto 2180/2008, de 26 de diciembre, unos meses más tarde de la aprobación del Real Decreto 823/2008, de 16 de mayo, por el que se establecen los márgenes de deducciones y descuentos correspondientes a la distribución y dispensación de medicamentos de uso humano que, además de actualizar la escala de deducciones aplicables a la facturación, vuelve a insistir en la necesidad de que el Gobierno regule "el procedimiento" para su aplicación cuando se trate de medicamentos dispensados con cargo a las mutualidades de funcionarios. Va en contra del principio de seguridad jurídica la aprobación de una norma en el mes de mayo que apunta claramente en una dirección y siete meses más tarde, dentro del mismo ejercicio económico, dictar una disposición aprobando una escala de deducciones diferente cuya franquicia es muy inferior a la prevista y que, si bien mantiene los mismos porcentajes de descuento, las bases a las que se deben aplicar los mismos son muchísimo más bajas.

Sobre el significado del principio de seguridad jurídica el Tribunal Constitucional, STC 182/1997, ha declarado que protege la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación



vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles. En virtud de este principio el ciudadano tiene que ser regido por las normas no sorprendido por ellas.

Así las cosas, nos encontramos con la existencia de dos escalas de deducciones diferentes cuya aplicación únicamente viene justificada en función del sujeto activo del pago, aunque los pagos mismos se efectúen todos con fondos públicos. Esta situación puede dar lugar a un trato claramente desigual en función del entorno de la farmacia, ya que aquéllas que se encuentren próximas a una zona residencial de funcionarios (lo que no es extraño) facturando la misma cantidad al Estado que otras farmacias en las que no concorra esa circunstancia tendrán que aplicar un porcentaje de deducción mayor o, lo que es lo mismo, alcanzarán con menos importe de facturación el umbral para aplicar porcentajes muy superiores de descuento a los que le correspondería en el caso de que los medicamentos fuesen con cargo a la Seguridad Social.

Por consiguiente esta nueva regulación puede ser contraria al principio de igualdad constitucional, ya que puede provocar discriminación entre farmacéuticos que, con idéntico nivel de facturación global, según el sujeto pagador de los medicamentos unos profesionales vean reducido su margen de beneficios en mayor medida que otros. No existe justificación alguna razonable y objetiva que permita al legislador la introducción de esa nueva diferenciación, menos con una norma que no tiene rango de Ley.

Llegados a este punto la cuestión crucial de la decisión del Gobierno radica en la motivación de la que depende la legitimidad del ejercicio del poder como lo prueba la categórica prohibición constitucional de todo uso arbitrario del mismo. La opción por una u otra solución para el establecimiento de los descuentos podría ser derecho del legislador, pero el silencio o la ausencia de motivación está constitucionalmente excluido puesto que se debe aducir una razón plausible, congruente con las necesidades y susceptible de ser comprendida por los destinatarios de la norma. Nos encontramos ante una disposición que introduce una diferenciación para el pago de los medicamentos con cargo a las mutualidades de funcionarios sin que consten las razones que justifican la mayor deducción que tienen que soportar los farmacéuticos en este caso y no en otros.



Además hay que tener presente que el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común prevé la nulidad de pleno de derecho de las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior.

A todo ello hay que añadir un aspecto que ya se ha indicado en las anteriores ocasiones en que desde esta Institución se ha tenido la oportunidad de analizar las normas que establecen los descuentos en la facturación de los medicamentos financiados con fondos públicos como es que el cálculo de la facturación mensual se efectúa sobre el precio de venta al público más el IVA, medida que únicamente busca el acceso a la cuantía que constituye la base de los descuentos más fácilmente, ya que dado el carácter neutro del IVA no debería tenerse en cuenta, pues una de dos o bien el profesional de la farmacia tributa por un importe no percibido o bien tiene que regularizar con posterioridad la base imponible del IVA a fin de evitar dicha situación. Carece de toda lógica el sistema establecido en este sentido.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo establecido en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, procede formular a V.I. la siguiente RECOMENDACIÓN:

“Que teniendo en cuenta las anteriores consideraciones se arbitre una medida que permita la adaptación del Real Decreto 2130/2008, de 26 de diciembre, por el que se regula el procedimiento para aplicar las deducciones correspondientes a la dispensación de medicamentos de uso humano con cargo a las mutualidades de funcionarios a los principios constitucionales y de acuerdo con las previsiones del sector se establezca una única escala de deducciones en la facturación global de los medicamentos que se financian con fondos públicos sea cual sea el sujeto pagador y con independencia del procedimiento particular que deba regir en cada caso.



*La Adjunta Primera del
Defensor del Pueblo*

04-LFR-RRA

Nº expediente: 09002176

Del mismo modo se recomienda que la medida que se adopte tenga en cuenta la neutralidad del IVA y las cantidades que se tomen como base para aplicar los descuentos sean IVA excluido” »

De la respuesta que a tal RECOMENDACIÓN se reciba, será puntualmente informado, así como de las actuaciones que en su caso procedan.

Atentamente le saluda,

Maria Luisa Cava de Llano y Carrió

El presente documento es una copia fiel de un documento firmado electrónicamente con certificado personal reconocido de la Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre y custodiado y tratado según la Ley Orgánica de Protección de Datos, en los sistemas de información de la Institución del Defensor del Pueblo. Esta información puede ser verificada conforme a los términos establecidos por la legislación vigente