



Roj: **STS 4127/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4127**

Id Cendoj: **28079130042021100351**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **11/11/2021**

Nº de Recurso: **8336/2019**

Nº de Resolución: **1324/2021**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 15177/2019,**
ATS 2887/2021,
STS 4127/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.324/2021

Fecha de sentencia: 11/11/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 8336/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por: rsg

Nota:

R. CASACION núm.: 8336/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1324/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

Dª. Celsa Pico Lorenzo



D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 11 de noviembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **8336/2019** interpuesto por la mercantil **TEVA PHARMA, SLU**, representada por el procurador don Manuel Martín Navarro y bajo la dirección letrada de don José Ignacio Vega Labella, contra la sentencia de 17 de julio de 2019 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, en el recurso de apelación 608/2019, interpuesto frente a la sentencia 19/2019 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Sevilla en el procedimiento ordinario 356/2017. Han comparecido como partes recurridas el Servicio Andaluz de Salud, representado y asistido por la Letrada de sus Servicios Jurídicos, y el procurador don Mauricio Gordillo Cañas en nombre y representación de las mercantiles Industria Química y Farmacéutica Vir, S.A, Laboratorios Medicamentos Internacionales S.A y Aristo Pharma Iberia, S.L.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la mercantil TEVA PHARMA, SLU interpuso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Sevilla el recurso contencioso-administrativo 356/2017 frente a la resolución de 15 de septiembre de 2017 de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, que inadmite el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud de 18 de julio de 2017, por la que se aprueba el listado de medicamentos seleccionados, correspondiente a la convocatoria efectuada mediante la resolución del mismo órgano de 26 de mayo de 2017, por la que se anuncia convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía cuando sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud.

SEGUNDO.- Dicho recurso fue desestimado por sentencia 19/2019, de 23 de enero, frente a la que la representación procesal de TEVA PHARMA, SLU, interpuso el recurso de apelación 608/2019 ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, que se tramitó y en el que se dictó sentencia desestimatoria de 17 de julio de 2019.

TERCERO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de TEVA PHARMA, SLU, ante dicha Sección, informando de su intención de interponer recurso de casación y tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala sentenciadora, por auto de 3 de diciembre de 2019, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personadas Teva Pharma, SLU como recurrente y el Servicio Andaluz de Salud y las mercantiles Industria Química y Farmacéutica Vir, S.A, Laboratorios Medicamentos Internacionales S.A y Aristo Pharma Iberia, S.L. como recurridas, la Sección de admisión de esta Sala acordó, por auto de 4 de marzo de 2021, lo siguiente:

" Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la entidad mercantil TEVA PHARMA, S.L.U. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera - sede de Sevilla) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha de 17 de julio de 2019 , en los autos del recurso de apelación núm. 608/2019.

" Segundo. Precisar que, al igual que acordamos en relación con los recursos de casación núms. 8333/2019 , 8337/2019 y 8339/2019, admitidos por autos de esta Sala y Sección de 22 de octubre -el primero - y 19 de noviembre de 2020 -los dos siguientes-, las cuestiones en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes: 1ª) si en el procedimiento de selección de medicamentos instaurado en Andalucía concurren, efectivamente, los caracteres que determinan la existencia de un procedimiento de contratación, y 2ª) si el resultado de la subasta, consistente en la exclusividad en el suministro de tales medicamentos, constituye una restricción a la libre competencia y, en su caso, si concurren razones imperiosas de interés general que lo justifiquen.



" Tercero. Señalamos, además, que las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación son las contenidas en el artículo 2, apartado 1.5 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y en los artículos 28, 34 y 36 TFUE (Tratado Funcionamiento de la Unión Europea), sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas o cuestiones jurídicas, si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso."

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 23 de marzo de 2021 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SEXTO.- La representación procesal de Teva Pharma, SLU evacuó dicho trámite mediante escrito de 4 de mayo de 2021 y a efectos del artículo 92.3.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) formuló sus pretensiones y en particular la siguiente:

" 3º fije la interpretación de las normas sobre las que se ha considerado necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo en el auto de admisión a trámite, (i) declarando que el artículo 2, apartado 1.5 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, tal y como ha sido interpretado por la doctrina del TJUE, se aplica a aquellos procedimientos, como el que es objeto de impugnación, mediante los cuales una entidad pública selecciona, con carácter de exclusividad, a los operadores económicos que van a suministrar, con cargo a los fondos públicos, unos bienes durante un prolongado periodo de tiempo, con exclusión durante ese mismo lapso de tiempo de cualquier otro empresario interesado, debiendo someterse en consecuencia dichos procedimientos a las normas y principios comunitarios de contratación pública; y ii) determinando que la obtención de un beneficio económico por parte de un poder adjudicador no constituye una razón imperiosa de interés general, en el sentido del artículo 36 del TFUE, que permita justificar el establecimiento de un régimen de exclusividad en el suministro de determinados bienes en un ámbito en el que previamente no existían limitaciones a la competencia; y que resultan contrarias a la libertad de circulación de mercancías, en los términos de los artículos 28 y 34 del TFUE, las restricciones que el legislador andaluz ha incorporado al procedimiento de selección de medicamentos, expuestas en el cuerpo de este escrito."

SÉPTIMO.- Por providencia de 6 de mayo de 2021 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la LJCA, dar traslado a las partes recurridas y personadas para que presentasen escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que efectuó la Letrada del Servicio de Andalucía de Salud, en la representación que le es propia, solicitando la inadmisión del recurso o, subsidiariamente, que se desestime con confirmación de la Sentencia de la Sala y en concreto que se fije la siguiente doctrina:

"... un sistema de selección de medicamentos, como el diseñado por la LFA no participa de la naturaleza de un negocio jurídico oneroso sometido a los principios y normas de la contratación pública, y es acorde a los principios comunitarios, y al respeto a las libertades de competencia y circulación de mercancías, apreciando la concurrencia de razones imperiosas de interés general, residenciadas en el bien superior de garantizar la salud de los ciudadanos y la sostenibilidad financiera del SSPA, que justificaron la adopción de medidas que podían posibilitar el margen de eficiencia en la prestación farmacéutica de Andalucía, interés este que ha de situarse, desde el prisma de lo público, en un plano superior frente al interés comercial de los laboratorios."

OCTAVO.- Transcurrido el plazo otorgado a las mercantiles Industria Química y Farmacéutica Vir, S.A, Laboratorios Medicamentos Internacionales S.A y Aristo Pharma Iberia, S.L para presentar sus escritos de oposición sin haberlo verificado, se les tuvo por decaído en su derecho.

NOVENO.- Concluidas las actuaciones, considerándose innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de 27 de septiembre de 2021 se señaló este recurso para votación y fallo el 10 de noviembre de 2021, fecha en que tuvo lugar tal acto, y el día siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- LA SENTENCIA RECURRIDA.

1. El presente recurso de casación se interpone contra la sentencia de la Sala de nuestro orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, desestimatoria del recurso de apelación promovido contra la sentencia 19/2019, de 23 de enero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Sevilla, que desestimó el recurso contencioso-administrativo 356/2017.



2. Tal recurso jurisdiccional se había interpuesto contra las resoluciones que hemos reseñado en el Antecedente de Hecho Primero de esta sentencia, en particular y como acto originario, la resolución de 18 de julio de 2017, por la que se aprueba el listado de medicamentos seleccionados y se ordena su publicación en la web oficial del Servicio Andaluz de Salud. Antes y por resolución de 26 de mayo de 2017, se había publicado la convocatoria de selección de los medicamentos a dispensar en las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas y en las órdenes de dispensación oficiales del Sistema Andaluz de Salud.

SEGUNDO.- CUESTIÓN QUE PRESENTA INTERÉS CASACIONAL Y RAZONAMIENTOS DE LAS PARTES.

1. La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, es la identificada en el anterior Antecedente de hecho Cuarto de esta sentencia y se ciñe a determinar si el procedimiento de selección de medicamentos que rige en Andalucía constituye un procedimiento de contratación; además, si el resultado de la subasta, consistente en la exclusividad en el suministro de tales medicamentos, constituye una restricción a la libre competencia y, en su caso, si concurren razones imperiosas de interés general que lo justifiquen.

2. La parte recurrente sostiene, en síntesis, lo siguiente:

1º Parte de que los artículos 60 bis a 60 quinquies de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía (en adelante, Ley andaluza 22/2007), han sido declarados constitucionales por las sentencias 210/2016 y 7 y 16/2017 del Tribunal Constitucional, pero vulneran la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (en adelante, Directiva 2014/24/UE).

2º La sentencia impugnada se limita a reproducir la sentencia de 12 de julio de 2018, de la misma Sala de apelación, sin entrar a analizar la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). De esta manera, el procedimiento de selección de medicamentos presenta caracteres como negocio jurídico oneroso a los efectos del artículo 2.1.5) de la Directiva 2014/24/UE. Para sostener esta afirmación expone que en el acto de selección de medicamentos la Administración no se limita a la selección de medicamentos, sino que obtiene un beneficio económico, de ahí que concorra el elemento de la onerosidad.

3º Como elemento definitorio de su naturaleza contractual, concurre la decisión de un poder adjudicador al seleccionar mediante subasta y otorgar la exclusividad al adjudicatario, todo lo cual apoya en las sentencias del TJUE que cita más el informe de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. Y prueba de lo que expone es que el Parlamento andaluz tramitaba, al tiempo de presentar el escrito de interposición, una modificación del procedimiento de subasta para posibilitar la selección de varios laboratorios.

4º La consecuencia es que se infringen los principios que inspiran el régimen de la contratación pública de la Unión Europea: el de publicidad al insertarse anuncios sólo en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía; el de concurrencia al reducirse los plazos para la presentación de ofertas y, en fin, no ha sido posible acudir al recurso especial.

5º Se infringen los artículos 28, 34 y 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ya que el procedimiento de subasta no se basa en una razón imperiosa de interés general que legitime los efectos restrictivos de la competencia que lleva asociado, sin que dicho sistema busque mejorar la prestación farmacéutica, es más, perjudica a los beneficiarios al restringirse el abanico de medicamentos a su disposición y está provocando situaciones de desabastecimiento.

6º No se ha ofrecido una motivación suficiente para el establecimiento de un mecanismo de selección en régimen de exclusividad en la concurrencia de razones imperiosas de interés general. Además, el procedimiento andaluz de selección de medicamentos no promueve una concurrencia efectiva entre los operadores económicos.

3. Por su parte la representación del Servicio Andaluz de Salud sostiene lo siguiente, también expuesto en síntesis:

1º Se ha producido una pérdida sobrevenida de objeto de este recurso de casación, pues no cabe apreciar interés casacional objetivo en la interpretación de normas derogadas o modificadas. Así la Ley andaluza 22/2007 ha sido modificada sustancialmente por la disposición final octava de la Ley 3/2020, de 28 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2021 en diciembre de 2020.

2º De esta manera, antes de la reforma se preveía la selección del laboratorio farmacéutico, cuya propuesta representase para el Servicio Andaluz de Salud el menor coste final de la prescripción de entre los propuestos;



pues bien, tras la reforma se prevé que se seleccionarán los medicamentos de los laboratorios farmacéuticos cuyas propuestas representen para el Servicio Andaluz de Salud una disminución en el coste final de la prescripción correspondiente igual o superior al porcentaje fijado en la convocatoria para cada formulación.

3º Respecto del fondo del recurso, sostiene que no estamos ante un contrato administrativo porque la relación que se establece entre la Administración y el laboratorio no es la propia de un negocio jurídico oneroso. En efecto, el laboratorio, con el que se formaliza el convenio, suministra los medicamentos a las oficinas de farmacia al precio fijado administrativamente, y a lo que se compromete la Administración, en virtud del convenio, es a cofinanciar el Sistema Sanitario Público de Andalucía mediante la aportación de una "mejora económica" que contribuye a la finalidad pública de la sostenibilidad financiera de dicho sistema, pero no se interviene el precio ni hay modificación de acuerdos de rebaja en el mismo.

4º Se alega al respecto que de la sentencia 860/2019, de 24 de junio (recurso de casación 2940/2017) de esta Sala y Sección, se deduce que si no hay una relación contractual típica entre la Administración y las oficinas de farmacia, menos aún puede predicarse para el supuesto objeto de esta casación.

5º Por lo demás, se concluye señalando que en el sistema andaluz no se altera el precio del medicamento a diferencia del sistema alemán a que se refiere la sentencia del TJUE que cita la recurrente. Y que el sistema de convocatorias públicas respeta la publicidad, la competencia y la circulación de mercancías, toda vez que no se establece ninguna exclusividad ni régimen monopolístico.

TERCERO.- JUICIO DE LA SALA SOBRE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS.

1. Las cuestiones litigiosas, tanto procesales como sustantivas, han sido ya resueltas por esta Sala y Sección en las sentencias 852 y 862/2021, de 15 y 16 de junio, (recursos de casación 8337 y 8339/2019, respectivamente). En ambas sentencias se desestimaron los recursos de casación, por lo que por razones de unidad de doctrina y seguridad jurídica, nos remitimos a la misma, sin que haya razón para matizarla o apartarnos de lo ya resuelto.

2. Así en cuanto a la pérdida sobrevenida de objeto se resolvió lo siguiente, tomando como cita la sentencia 852/2021:

" Debemos analizar, con carácter previo, la inadmisibilidad invocada por la Administración demandada por la carencia de objeto del recurso de casación, pues la estimación de este motivo de impugnación, haría innecesario el análisis de la cuestión de fondo suscitada, según disponen los artículos 68.1.a) y 69.c) de la LJCA .

" La objeción procesal que formula la Administración recurrida sobre la carencia sobrevenida de objeto del recurso, se fundamenta en que el marco jurídico de aplicación al caso, en concreto, la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, ha sido modificada con posterioridad al Auto de admisión del recurso de casación, de manera que el procedimiento de selección de medicamentos previsto en la citada Ley autonómica ha sido alterado sustancialmente mediante la Ley 3/2020, de 28 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2021. Considera, por tanto, que la cuestión de interés casacional primera, sobre la naturaleza contractual, o no, del procedimiento seguido, ha quedado ya "perfilada nítidamente".

" La pretensión de inadmisibilidad que esgrime la Administración recurrente no puede ser acogida por esta Sala, en atención a las razones que seguidamente expresamos.

" No podemos considerar que el recurso carezca de objeto ni de sentido porque la norma legal de cobertura de la actuación administrativa impugnada haya sido, no derogada en su totalidad, pero sí modificada sustancialmente con posterioridad, pues durante su vigencia se ha producido un reguero de actos de aplicación que han sido impugnados y no han alcanzado firmeza.

" Y aunque esta Sala ha mantenido, respecto de la derogación sobrevenida de normas reglamentarias, una jurisprudencia oscilante en orden a declarar la carencia de objeto en unos casos, y no haciéndolo en otros en los que no apreciaba la pérdida de objeto en atención a los actos de aplicación dictados al amparo y durante la vigencia de la disposición general, en el caso examinado se trata de la aplicación de una norma con rango de Ley, lo que comporta siempre la fijación y aplicación del régimen jurídico en vigor al dictarse el acto impugnado.

" Así es, dicha norma legal ha prestado cobertura a una pluralidad indeterminada de actos administrativos que no han devenido firmes y que, como es natural, han de ser resueltos con arreglo al marco jurídico que estaba vigente cuando se dictaron, es decir, la expresada Ley de Farmacia de Andalucía. El examen del recurso mantiene indemne, por tanto, su objeto y la concurrencia de un interés casacional, pues afecta a una pluralidad de actos administrativos que simplemente han sido dictados durante la vigencia de una norma que luego ha sido modificada."



3. Siguiendo con la cita de la sentencia 852/2021, respecto de las cuestiones controvertidas desestimamos el recurso de casación con base en estos razonamientos:

" QUINTO.- El procedimiento de selección de medicamentos en Andalucía

" ...El acto impugnado, por tanto, pone fin a la secuencia de actos que configuran el sistema que alumbra el Decreto-Ley 3/2011, de 13 de diciembre, que añade los artículos 60 bis a 60 quinquies en la ya citada Ley 22/2007, para regular dentro de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, la selección de medicamentos a dispensar cuando se prescriban o indiquen por principio activo, y se haya ofrecido un menor coste final de la prescripción correspondiente.

" Se establece, por tanto, una convocatoria en la que pueden participar los diferentes laboratorios que acrediten capacidad de producción suficiente que impida que tengan lugar situaciones de desabastecimiento, y a consecuencia de dicha convocatoria se aprueba el listado de medicamentos seleccionados, uno o más por la misma formulación o principio activo, que dispensarán las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando se trate de medicamentos prescritos por principio activo.

" Pues bien, este procedimiento contenido en los citados artículos 60 bis a 60 quinquies de la indicada Ley 22/2007, fue introducido por el artículo único del ya citado Decreto-Ley 3/2011, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía, en su integridad, en sus diez apartados. Respecto del citado Decreto-Ley se interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue desestimado en la STC 210/2016, de 15 de diciembre .

" Conviene recordar que la prestación farmacéutica forma parte, como declara la indicada STC 210/2016 , del catálogo de prestaciones del sistema nacional de salud (artículo 7 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo , de cohesión y calidad del sistema nacional de salud, y anexo V del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización), comprendiendo, conforme al artículo 16 de la Ley 16/2003, "los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y para la comunidad" y añade que "esta prestación se regirá por lo dispuesto en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, y por la normativa en materia de productos sanitarios y demás disposiciones aplicables".

" Pues bien, la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, fue derogada y sustituida por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que a su vez ha sido derogada y sustituida por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. En dicha Ley se regula, entre otras cuestiones, la dispensación de los medicamentos de la prestación farmacéutica. En la exposición de motivos, se constata la crisis económica padecida y el incremento del gasto farmacéutico que creció "por encima de los parámetros que caracterizan la riqueza de las naciones", lo que obligó a "incorporar políticas de eficiencia en el gasto sanitario".

" De este modo, la contención del gasto farmacéutico requirió de reformas urgentes y, a este efecto, se promulgaron varias normas, en concreto, el Real Decreto-Ley 4/2010, de 26 de marzo, de racionalización del gasto farmacéutico con cargo al Sistema Nacional de Salud, el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, y un año más tarde, 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 a la consolidación fiscal y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011, que introdujeron descuentos y limitaciones de orden general, afectando a la oferta de medicamentos.

" Por ello, con el objetivo de ordenar los servicios y establecimientos farmacéuticos, así como la regulación de los derechos y obligaciones que se deriven de la atención farmacéutica que se presta a la población, la Comunidad Autónoma de Andalucía dictó la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía. Como consecuencia de la situación de inestabilidad financiera, que obliga a la reducción de los objetivos de déficit, esta Ley fue modificada por el Decreto-Ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía. La finalidad primordial de este Decreto-Ley, como señala expresamente su exposición de motivos y reitera la indicada STC 210/2016 , radica en la adopción de medidas que coadyuven en la consecución de los objetivos de reducción del déficit público, a los que la actual coyuntura económica obliga, junto a la necesidad de reforzar y profundizar en la dilatada experiencia del sistema sanitario público de Andalucía sobre prescripción y dispensación de medicamentos por principio activo y de productos sanitarios por denominación genérica, para mejorar el margen de eficiencia en la prestación farmacéutica de la Junta de Andalucía.



" SEXTO.- El procedimiento de selección de medicamentos no tiene naturaleza contractual

" El procedimiento que determina los medicamentos a dispensar cuando se prescriban o indiquen por principio activo, y que se realizará mediante convocatorias públicas para la selección del medicamento, atendiendo al menor coste final de la prescripción, que luego deberá ser dispensado por las oficinas de farmacia cuando se presente una receta médica u orden de dispensación, no tiene naturaleza contractual. Así es, no tiene dicha caracterización jurídica, en atención a las razones que seguidamente expresamos.

" En efecto, no estamos ante la formalización del contrato de suministro entre el laboratorio y la Administración, en virtud del cual el primero deba proveer de medicamentos a la segunda que se obliga al pago de un precio. Debemos reparar en que el titular de la oficina de farmacia, el farmacéutico, es quien adquiere los medicamentos que suministra el laboratorio, sin perjuicio de la repercusión de la financiación pública del precio del medicamento, que es una cuestión distinta y ajena al sistema de convocatoria pública. De modo que no se produce el característico intercambio patrimonial entre las partes que comporta la formalización de un contrato administrativo.

" En definitiva, los convenios a suscribir por el Servicio Andaluz de Salud con los laboratorios farmacéuticos o las empresas proveedoras de productos sanitarios seleccionados, con un plazo de vigencia no superior a dos años (artículo 60 quater de la Ley 22/2007), una vez celebrada la convocatoria pública, no son contratos sujetos a la legislación de contratos del sector público.

" En este sentido, la convocatoria inicial no integra un procedimiento de licitación, en los términos que se configuran en la legislación de contratos del sector público, toda vez que únicamente estamos ante una convocatoria pública que estimula la competencia y permite abaratar costes de la facturación farmacéutica, siempre, insistimos, que el abastecimiento esté garantizado.

" Estamos, en definitiva, ante la expresión de medidas de intervención administrativa, por razones de interés general, en un sector, como la dispensación de medicamentos y productos sanitarios, que justifica la intensidad de la acción administrativa por la potente presencia de interés general que se concreta en los bienes jurídicos concernidos, como la salvaguarda de la salud de los ciudadanos. Teniendo en cuenta que la prescripción y dispensación de medicamentos "es un aspecto esencial de la regulación de la prestación farmacéutica, al ser un presupuesto necesario para el acceso de los ciudadanos a los medicamentos en condiciones de igualdad" (STC 210/2016).

" Se garantiza, como señala la STC 98/2004, de 25 de mayo , "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)".

" Ciertamente la selección por el Servicio Andaluz de Salud, a través de la correspondiente convocatoria pública, de los medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia no establece, por tanto, diferencias en las condiciones de acceso a los medicamentos financiados por el Sistema Nacional de Salud, catálogo y precios, como concluye la STC 210/2016 . Añadiendo que el destinatario de la prestación farmacéutica va a recibir en todo caso el medicamento de precio más bajo, tal y como prevé la norma estatal, la única diferencia es que en Andalucía la selección del precio más bajo la hace el Servicio Andaluz de Salud y en el resto del Estado la hace el farmacéutico, sin que ello suponga perjuicio alguno para el destinatario.

" En fin, resulta significativo, a los efectos examinados sobre si estamos o no ante un procedimiento de naturaleza contractual, que no se invocara, en el citado recurso de inconstitucionalidad que termina en la citada STC 210/2016 , el título competencial previsto en el artículo 149.1, que al relacionar las competencias del Estado establece, en el apartado 18, entre otras, la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, ni, por tanto, la expresada STC 210/2016 lo aborda para enjuiciar la constitucionalidad del Decreto-Ley 3/2011, de 13 de diciembre, que modifica la Ley 22/2007, de 18 diciembre, de Farmacia de Andalucía.

" SÉPTIMO.- La doctrina expuesta resulta acorde con nuestra Sentencia de 24 de julio de 2019

" La conclusión alcanzada en el fundamento anterior sobre la naturaleza no contractual del procedimiento de convocatoria pública, para la selección de medicamentos a dispensar cuando se prescriban o indiquen por principio activo, resulta coherente con nuestra doctrina al respecto. Nos referimos a la Sentencia de 24 de junio de 2019 (recurso de casación nº 2940/2017) que invoca la parte recurrida, y que en un supuesto no igual al ahora examinado, pero con el que guarda cierta relación, llegamos también a la conclusión de negar carácter contractual, sentada también en la sentencia de la misma fecha dictada en el recurso de casación nº 2997/2017 .



" Se trataba de la fijación de intereses de demora en relación con el concierto entre la Conselleria de Sanidad y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de las provincias de Alicante, Castellón y Valencia, por el que se fijan las condiciones económicas para la ejecución de la prestación farmacéutica a través de las oficinas de farmacia. Pues bien, allí señalamos que "las oficinas de farmacia tienen la obligación legal de dispensar los medicamentos y otros productos farmacéuticos a los asegurados que presenten las recetas correspondientes en forma y que esa obligación es de Derecho Público. Resulta del artículo 103 de la Ley General de Sanidad, del artículo 1 de la Ley 16/1997, del artículo 84 de la Ley 29/2006y, ahora, del artículo 86 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015 de 24 de julio.

" El concierto no crea esa obligación de dispensa, ni tampoco genera en el asegurado el derecho a recibir el medicamento que se le ha recetado por el personal sanitario competente del Servicio de Salud. Su derecho dimana del artículo 10.14 de la Ley General de Sanidad y del artículo 91.1 del Real Decreto Legislativo 1/2015. En fin, no nace del concierto la obligación de la Generalidad Valenciana de financiar el gasto farmacéutico no satisfecho por los asegurados ya que deriva de los artículos 78 y siguientes de la Ley General de Sanidad y demás preceptos concordantes".

" Por lo que concluimos que "No establece, por tanto, el concierto una relación bilateral de la que nazcan las obligaciones correspondientes para la Generalidad Valenciana y para los Colegios Oficiales de Farmacéuticos ni puede hablarse, por tanto, de una operación comercial entre esa Administración y las corporaciones profesionales que suscribieron el concierto. (...) No se aprecia, pues, la relación contractual típica ni tampoco se advierten los elementos que, según la Directiva y la Ley 3/2004, identifican a las operaciones comerciales a las que se refieren".

" OCTAVO.- No concurre la restricción a la libre competencia

" Acorde con lo expuesto hasta ahora, y habida cuenta de la vinculación entre ambas cuestiones de interés casacional, debemos añadir que tampoco el procedimiento descrito supone una restricción a la libre competencia.

" Así es, el sistema de convocatoria pública respeta la libre competencia entre los diferentes laboratorios que tienen medicamentos con los mismos principios activos, siempre, naturalmente que se garantice el abastecimiento por elementales y poderosas razones de interés general. De modo que todos los laboratorios interesados pueden participar libremente en dicha convocatoria pública, al igual que todas las empresas proveedoras de productos sanitarios, siempre que decidan libremente esa participación en la selección de los medicamentos o los productos sanitarios a dispensar por las oficinas de farmacia, todo ello en el marco de la prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía, cuando se les presente una receta médica oficial u orden de dispensación, en las que el medicamento correspondiente se identifica exclusivamente por la denominación oficial de sus principios activos, o en las que el producto sanitario correspondiente se identifica por su denominación genérica.

" La STC 210/2016 de tanta cita, señala que el expresado Decreto-Ley 3/2011, de 13 de diciembre, añade los artículos 60 bis a quinquies en la Ley 22/2007, de 18 diciembre, de Farmacia de Andalucía, para introducir un sistema de convocatorias públicas, respetando los elementales principios de libre competencia y transparencia.

" Pero es que, además, lo cierto es que ni siquiera estamos ante una restricción pública a la libre competencia ni a la libertad de empresa, que haya sido impuesta por una norma con rango de Ley, fundada en potentes razones de interés general, que no resulten adecuadas, necesarias y proporcionadas para alcanzar la finalidad perseguida. Estamos, como antes señalamos y ahora insistimos, ante la acción de la Administración que comporta medidas de intervención en materia de sanidad, en concreto, respecto de la prestación farmacéutica, mediante el uso racional y adecuado de los medicamentos, cuya intensidad en este sector resulta proporcionada a los derechos y bienes jurídicos que se protegen.

" En fin, no podemos considerar vulnerada la Directiva 2014/24, UE antes citada, ni de aplicación la referencia a las razones imperiosas de interés general, porque el procedimiento examinado, como antes declaramos y ahora insistimos, no reviste naturaleza contractual, y se encuentra, por tanto, extramuros de su ámbito de aplicación, toda vez que no es un procedimiento de contratación por poderes adjudicadores, respecto de los contratos públicos, en los términos que prevé el artículo 1 de la indicada Directiva.

" En consecuencia, procede desestimar el presente recurso de casación."

CUARTO.- RESOLUCIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES.



1. Conforme a lo expuesto, a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, atendiendo a la interpretación hecha en el anterior Fundamento de Derecho de los preceptos identificados en el auto de admisión, procede resolver las cuestiones planteadas.
2. De esta manera se declara que el procedimiento de selección de medicamentos regulado en la Ley andaluza 22/2007, responde a la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del Servicio Andaluz de Salud, sin que tenga naturaleza contractual, luego a los efectos de la Directiva 2014/24/UE, no queda sujeto a los principios propios de la contratación pública; además respeta los principios de libre competencia y circulación de mercancías.
3. En consecuencia, se desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia impugnada por ser conforme a lo razonado en esta sentencia.

QUINTO.- COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LJCA en relación con el artículo 93.4 de la LJCA, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Con base en la jurisprudencia declarada en el Fundamento de Derecho Cuarto 2 en relación con el Fundamento de Derecho Tercero, se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **TEVA PHARMA, SLU** contra la sentencia de 17 de julio de 2019, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de apelación 608/2019, sentencia que se confirma.

SEGUNDO.- En cuanto a las costas, estése a lo declarado en el último Fundamento de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.