



Roj: **STS 4210/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4210**

Id Cendoj: **28079130042021100358**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **11/11/2021**

Nº de Recurso: **7110/2019**

Nº de Resolución: **1325/2021**

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

Ponente: **ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 20884/2019,**
ATS 2186/2021,
STS 4210/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.325/2021

Fecha de sentencia: 11/11/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7110/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

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

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

Transcrito por: MMC

Nota:

R. CASACION núm.: 7110/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1325/2021

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 núm. 7110/2019, interpuesto por la procuradora de los Tribunales doña Mercedes Retamero Herrera en nombre y representación Sandoz Farmacéutica S.A. y Bexal Farmacéutica S.A., asistidos del letrado don José Ignacio Vega Labella, contra la Sentencia de 17 de julio de 2019, dictada por la Sección 1^a de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, en el recurso de apelación núm. 619/2019, interpuesto, a su vez, contra la sentencia de 14 de diciembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 12 de Sevilla, en el recurso contencioso administrativo n.º 186/2015, en el que se impugna la resolución de 22 de enero de 2015 de la Consejería de igualdad, salud y políticas sociales que inadmite recurso de alzada contra la resolución del SAS de 17 de noviembre de 2014 que aprueba listado de medicamentos y deniega la suspensión cautelar solicitada, y contra las de 2 de octubre y 17 de noviembre de 2014.

Se han personado, como partes recurridas, la letrada de la Junta de Andalucía y la letrada del Servicio Andaluz de Salud en la representación que ambas legalmente ostentan, y el Procurador de los Tribunales don Mauricio Gordillo Cañas, en nombre y representación de Industria Química y Farmacéutica Vir S.A. , Laboratorios Medicamentos Internacionales S.A.(Medinsa) y Aristo Pharma Iberia, S.L .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 12 de Sevilla ha dictado sentencia de fecha 14 de diciembre de 2018 en el recurso contencioso administrativo núm. 186/2015, interpuesto por Sandoz Farmacéutica S.A. y Bexal Farmacéutica S.A. contra la Junta de Andalucía, Servicio Andaluz de Salud, Korpispana S.L., Industria Química y Farmacéutica Vir S.A. , Laboratorios Medicamentos Internacionales S.A. (Medinsa) y Aristo Pharma Iberia, S.L .

En concreto, el Juzgado citado dispuso:

" Fallo

1.Desestimo la inadmisibilidad del recurso solicitada.

2.Estimo parcialmente el recurso contencioso interpuesto, debiendo anular por no ser conforme a derecho la inadmisión del recurso de alzada por la Consejería de Salud y, procediendo entrar en el fondo,

3. Desestimo anular la RESOLUCIÓN DE 2 DE OCTUBRE DE 2014 del Director gerente del Servicio andaluz de salud que anunció la 5a 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 (BOJA NÚMERO 198, de 9/10) así como la RESOLUCIÓN DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2014 del Director gerente del Servicio andaluz de salud por la que se aprueba el listado de medicamentos seleccionados correspondientes a la convocatoria efectuada el 2 de octubre de 2014, al no apreciar la infracción del ordenamiento jurídico denunciada.

4. Sin costas."

SEGUNDO.- Ante la Sección 1^a de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla se ha seguido el recurso de apelación núm. 619/2019, interpuesto por Sandoz Farmacéutica S.A. y Bexal Farmacéutica S.A. , contra la citada sentencia de fecha 14 de diciembre de 2018.

En el citado recurso de apelación, se dicta sentencia el día 17 de julio de 2019, cuyo fallo es el siguiente:

" Que debemos **desestimar y desestimamos** el recurso de apelación interpuesto por la entidad mercantil **LABORATORIOS SANDOZ FARMACÉUTICAS.A. Y BEXAL FARMACÉUTICA S.A.**, representada por la procuradora Doña Mercedes Retamero Herrera, contra la sentencia de 14 de diciembre de 2018 dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número doce de Sevilla, en el recurso seguido ante el mismo bajo el número 186/2015, que admite y estima en parte el recurso contencioso-administrativo formulado frente a las resolución de 22 de enero de 2015 del Excmo. Sr. Consejero de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía que acordaba inadmitir el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución Director



Gerente del Servicio Andaluz de Salud de 17 de noviembre de 2014 que aprobaba el listado de medicamentos seleccionados 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 correspondiente a la convocatoria efectuada mediante resolución del mismo órgano de 2 de octubre de 2014 ; Y los recursos de adhesión a la apelación del **SERVICIO ANDALUZ DE SALUD, KORHISPANA S.A. LABORATORIOS INDUSTRIA QUIMICA Y FARMACEUTICA VIR S.A. LABORATORIOS MEDICAMENTOS INTERNACIONALES S.A. (MEDINSA) ARISTO PHARMA IBERIA**, confirmamos la sentencia de instancia en su integridad. Sin costas."

TERCERO.- Contra esta sentencia fue preparado recurso de casación por Sandoz Farmacéutica S.A. y Bexal Farmacéutica S.A. y la Sala territorial lo tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos y el expediente administrativo a este Tribunal, ante el que la parte recurrente interpuso el citado recurso de casación.

CUARTO.- Mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de fecha 11 de febrero de 2021, se acordó admitir a trámite el recurso de casación preparado por Sandoz Farmacéutica S.A. y Bexal Farmacéutica S.A. acordando:

" **PRIMERO.**- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de las entidades mercantiles SANDOZ FARMACÉUTICA, S.A. y BEXAL FARMACÉUTICA, S.A. 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. 619/2019.

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.- En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 7 de abril de 2021, la parte recurrente solicita que se dicte sentencia: "por la que, estimando el presente recurso de casación, case y anule la sentencia recurrida, y:

1º) 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 24 restricciones que el legislador andaluz ha incorporado al procedimiento de selección de medicamentos, expuestas en el cuerpo de este escrito; y

2º) resuelva las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por mi mandante de acuerdo con los solicitado en el suplico del escrito de demanda, con imposición de las costas de las instancias previas a las partes recurridas."

SEXTO.- Conferido trámite de oposición mediante providencia de 16 de abril de 2021, la letrada de la Junta de Andalucía presenta escrito el día 7 de junio de 2021 solicitando que se dicte sentencia por la que: " en



atención a lo expuesto en el motivo preliminar inadmita el Recurso de Casación o, subsidiariamente, desestime el presente Recurso, con confirmación de la Sentencia de la Sala, e imposición de costas procesales y cuanto más proceda en Derecho."

SÉPTIMO.- Por la letrada del Servicio Andaluz de Salud se presenta escrito de oposición el día 31 de mayo de 2021 solicitando "Que, en atención a lo expuesto en el motivo preliminar inadmita el Recurso de Casación o, subsidiariamente, desestime el presente Recurso, con confirmación de la Sentencia de la Sala. Que fije doctrina en el sentido de que un sistema de selección de medicamentos, como el diseñado por la ley de Farmacia de Andalucía 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 éste que ha de situarse, desde el prisma de lo público, en un plano superior frente al interés comercial de los laboratorios."

OCTAVO.- Mediante providencia de fecha 24 de septiembre de 2021, se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el día 10 de noviembre de 2021, fecha en la que tuvieron lugar. Entregada la sentencia por el magistrado ponente el día 11 de noviembre de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada el día 17 de julio de 2019 por la Sala de nuestro orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con sede en Sevilla, desestimatoria del recurso de apelación tramitado con el núm. 619/2019 y promovido contra la sentencia de 14 de diciembre de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Sevilla, que desestimó el recurso contencioso-administrativo 186/2015.

Tal recurso jurisdiccional se había interpuesto contra la resolución del Consejero de Salud de la Junta de Andalucía de 22 de enero de 2015, que inadmitió el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud de 17 de noviembre de 2014, por la que se aprueba el listado de medicamentos seleccionados, que se relacionan en un anexo adjunto, y se ordena su publicación en la web oficial del Servicio Andaluz de Salud, tras la resolución de 2 de octubre de 2014. En esta resolución 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.- 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.

La parte recurrente sostiene, en síntesis, lo siguiente:

1º.- Los artículos 60 bis a 60 quinquies de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía (en adelante, Ley 22/2007), 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.

2º.- Considera, como fundamento de dicha infracción del Derecho de la Unión Europea, que estamos ante un supuesto de contratación pública, pues se trata de un procedimiento de licitación pública que debe someterse a las normas y principios fijados por la Unión Europea. Y sostiene, en este sentido, que el legislador andaluz ha obviado los principios de publicidad, competencia y no discriminación característicos de la licitación pública.

3º.- El procedimiento previsto en la citada Ley andaluza no pone de manifiesto la concurrencia de ninguna razón imperiosa de interés general que legitime los efectos restrictivos de la competencia que lleva asociados. Teniendo en cuenta que dicho sistema no busca, se arguye, la mejora de la prestación farmacéutica en beneficio de los usuarios andaluces.

4º.- 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, se aduce, no promueve una concurrencia efectiva entre los operadores económicos.

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

1º.- Se ha producido una pérdida sobrevenida de objeto pues el artículo 60 ha sido modificado en diciembre de 2020, y el sistema ha cambiado sustancialmente. Así, tanto el artículo 60 quater como el artículo 60 bis de la Ley 22/2007, han sido modificados, por lo que frente a la previsión de la redacción anterior que establecía únicamente la selección del laboratorio farmacéutico cuya propuesta representase para el Servicio Andaluz de Salud el menor coste final de la prescripción correspondiente de entre los propuestos, en la redacción vigente se establece que se seleccionarán aquellos 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.

2º.- 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.

3º.- 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.

4º.- 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 STJUE 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.- Las cuestiones litigiosas, tanto procesales como sustantivas, ha sido ya resueltas por esta Sala y Sección en la sentencia 852/2021, de 15 de junio (recurso de casación 8337/2019), en la que se desestimó el recurso de casación. También en la sentencia 862/2021, de 16 de junio (recurso de casación 8339/2019). Por tanto, 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.

1. Así en cuanto a la pérdida sobrevenida de objeto se resolvió lo siguiente:

"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. "

2. En cuanto a las cuestiones sustantivas controvertidas, para la desestimación del recurso de casación hemos razonado lo siguiente:

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

" Recordemos que el acto administrativo originariamente impugnado era la Resolución del Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud, de 16 de julio de 2015, por la que se aprueba el listado de medicamentos seleccionados, que se relacionan en el anexo adjunto, y se ordena su publicación en la web oficial del Servicio Andaluz de Salud. Se resuelve, por tanto, la convocatoria establecida para la 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.

" 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 29/2006 y, 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.- 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.- Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **SANDOZ FARMACEUTICA, S.A. y BEXAL FARMACEUTICA, S.A.** 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 619/2019, 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.