



Roj: **STS 4283/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4283**

Id Cendoj: **28079130042021100363**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **25/11/2021**

Nº de Recurso: **1374/2020**

Nº de Resolución: **1383/2021**

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

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 19770/2019,**
ATS 3425/2021,
STS 4283/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.383/2021

Fecha de sentencia: 25/11/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1374/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/11/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

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

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 1374/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1383/2021

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a. 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 25 de noviembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA/1374/2020, interpuesto por el Laboratorios Davur SLU, representado por el procurador don Manuel Martín Navarro, contra la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2019, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, que desestimó el recurso de apelación núm. 2180/2019 interpuesto contra la sentencia desestimatoria de 13 de mayo de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Sevilla, en el procedimiento ordinario nº 282/2015.

Han sido partes recurridas el Servicio Andaluz de Salud y la Junta de Andalucía, representadas respectivamente por el Letrado del Servicio Andaluz de Salud y por la Letrada de la Junta de Andalucía.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación número 2180/2019, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictó sentencia el 19 de noviembre de 2019, cuyo fallo dice literalmente:

"Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por LABORATORIOS DAVUR, S.L.U. contra la sentencia dictada el 13 de mayo de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número 7 de Sevilla, así como la adhesión al mismo formuladas por el SERVICIO ANDALUZ DE SALUD. Sin costas."

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de Laboratorios Davur SLU recurso de casación, que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, tuvo por preparado mediante auto de 5 de febrero de 2020 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó auto el 18 de marzo de 2021, cuya parte dispositiva dice literalmente:

" **PRIMERO.-** Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la entidad mercantil LABORATORIOS DAVUR 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 19 de noviembre de 2019, en los autos del recurso de apelación núm. 2180/2019.

SEGUNDO.- Precisar que, al igual que acordamos en relación con el recurso de casación núm. 8333/2019 por auto de esta Sala y Sección de fecha 22 de octubre de 2020, las cuestiones en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes: 1^a) 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 2^a) 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.

CUARTO.- Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Comunicar inmediatamente a la Sala de apelación la decisión adoptada en este auto.

SEXTO.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto."



CUARTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 26 de marzo de 2021, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó la representación procesal de Laboratorios Davur, SLU por escrito de fecha 6 de mayo de 2021, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

"dictar 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 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."

QUINTO.- Por providencia de 14 de mayo de 2021, se acuerda dar traslado del escrito de interposición a las partes recurridas a fin de que, en el plazo de treinta días, puedan oponerse al recurso, lo que efectuó la Letrada de la Junta de Andalucía por escrito de 1 de julio de 2021, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas terminó suplicando: "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."

Asimismo, la Letrada del Servicio Andaluz de Salud se opone al recurso de casación por escrito de 8 de junio de 2021, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas terminó suplicando:

"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 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 éste que ha de situarse, desde el prisma de lo público, en un plano superior frente al interés comercial de los laboratorios.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por providencia de 24 de septiembre de 2021 se señala este recurso para votación y fallo el día 23 de noviembre de 2021, fecha en que tuvo lugar el acto, y se designó Magistrada Ponente a la Excm. Sra. D^a Celsa Pico Lorenzo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Planteamiento del recurso y sentencia de instancia.*

La representación procesal de Laboratorios DAVUR SLU interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera - sede de Sevilla) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el 19 de noviembre de 2019, en el recurso de apelación núm. 2180/2019 contra la sentencia dictada el 13 de mayo de 2019, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 7 de Sevilla.

La sentencia (completa en Cendoj Roj: STSJ AND 19770/2019- ECLI:ES:TSJAND:2019:19770) en su fundamento TERCERO reproduce lo dicho en la sentencia de 12 de marzo de 2019, apelación 997/2018,



mientras en el SEXTO se remite a lo dicho en su sentencia de 8 de abril de 2019 en el recurso de apelación núm. 848/2018.

SEGUNDO.- *El ATS de 18 de marzo de 2021 .*

Hace mención a que el recurso de casación aquí concernido es sustancialmente idéntico al recurso de casación núm. 8333/2019, admitido por auto de la Sección de Admisión de 22 de octubre de 2020

Precisa que, al igual que se acordó en relación con el recurso de casación núm. 8333/2019 por auto de la Sección Primera de esta Sala de fecha 22 de octubre de 2020, 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."

Identifica 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.

TERCERO.- *El recurso de casación.*

Alega que 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.

Considera 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. Así cita las sentencias del TJUE de 2 de junio de 2016, asunto 410/2014, y de 1 de marzo de 2018, asunto 9/2017 Y sostiene, en este sentido, que el legislador andaluz ha obviado los principios de publicidad, competencia y no discriminación característicos de la licitación pública.

Denuncia que el procedimiento previsto en la citada Ley andaluza, cuya constitucionalidad ha sido confirmada en SSTC 16/2017, de 2 de febrero, 7/2017, de 19 de enero y 210/2016, de 15 de diciembre, no pone de manifiesto la concurrencia de ninguna razón imperiosa de interés general que legitime los efectos restrictivos de la competencia que lleva asociado. Arguye que dicho sistema no busca la mejora de la prestación farmacéutica en beneficio de los usuarios andaluces.

Subraya que no se ha ofrecido una motivación suficiente por el Gobierno andaluz para el establecimiento de un mecanismo de selección en régimen de exclusividad en la concurrencia de razones imperiosas de interés general. Además, entiende que el procedimiento andaluz de selección de medicamentos no promueve una concurrencia efectiva entre los operadores económicos al excluir los laboratorios que no hubieren alcanzado cifras suficientemente altas el año anterior.

CUARTO.- *La oposición al recurso.*

1) La posición de la representación del Servicio Andaluz de Salud

Invoca una pérdida sobrevenida de objeto del recurso de casación, pues el artículo 60 ha sido modificado en diciembre de 2020 por la disposición final octava de la Ley 3/2020, de 28 de diciembre, por lo que el sistema ha cambiado sustancialmente.

Indica que 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.



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, tal cual se ha dicho en la STS de 24 de junio de 2019, casación 2940/2017.

Recalca que 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.

Insiste en 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.

Concluye razonando 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.

A mayor abundamiento adiciona que la naturaleza de ingreso de Derecho Público que la nueva redacción del artículo 60 bis apartado 5 establece, de manera expresa, respecto de las mejoras económicas que los laboratorios farmacéuticos ofrecen al Servicio Andaluz de Salud, corrobora la configuración del sistema andaluz de selección de medicamentos como un procedimiento orientado a la sostenibilidad financiera del sistema sanitario público de Andalucía, que dista desde luego, de un procedimiento de contratación pública. La Administración no actúa como poder adjudicador, sino que interviene en el ejercicio de su competencia de ordenación de la prestación farmacéutica en el territorio de la CA. Así, el apartado quinto del artículo 60 bis establece que las mejoras económicas que los laboratorios farmacéuticos ofrezcan al Servicio Andaluz de Salud en ningún caso podrán afectar a los precios autorizados de los medicamentos seleccionados y serán el resultante de multiplicar el número de envases de los medicamentos seleccionados, facturados por las oficinas de farmacia de Andalucía al Servicio Andaluz de Salud, por el importe de la mejora económica definida en el apartado 3.

2) La posición de la Letrada de la Junta de Andalucía.

En primer término, se adhiere a la consideración preliminar que realiza la Sra. Letrada del Servicio Andaluz de Salud en cuanto a la pérdida sobrevenida del interés casacional objetivo que pudiera apreciarse en el presente recurso con motivo de la modificación operada en la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, pues las cuestiones jurídicas controvertidas se plantean en relación con previsiones normativas que han perdido vigencia.

De manera coincidente con la Sra. Letrada del Servicio Andaluz de Salud entiende que la recurrente parte de una premisa errónea al considerar que el convenio que culmina el procedimiento de selección reviste los caracteres de un negocio jurídico oneroso, y ello porque en virtud de dicho convenio no se establece una relación bilateral entre la Administración y el laboratorio seleccionado que permita apreciar la concurrencia de reciprocidad de obligaciones ni de onerosidad en el sentido que alega la parte recurrente.

También muestra su oposición a la infracción de los artículos 28, 34 y 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativos a las libertades de competencia y de circulación de mercancías en el ámbito de la UE por establecimiento de un régimen de exclusividad monopolístico en beneficio del laboratorio que resulte seleccionado en la correspondiente convocatoria.

Defiende que el objetivo declarado en el artículo 60 bis, apartado 4, de la Ley de Farmacia de Andalucía, de garantizar el suministro del medicamento seleccionado, para atender, de forma suficiente y permanente, las previsiones de prescripciones correspondientes, dentro del ámbito de la ordenación y ejecución de la prestación farmacéutica, cumple el principio de necesidad expuesto en el apartado 1 del citado artículo 5 LGUM.

La garantía del suministro en todo el ámbito geográfico de dispensación incide en el principio de igualdad de acceso a la prestación farmacéutica de los ciudadanos andaluces, y mejora de la calidad de la dispensación, al disminuir los inconvenientes que supone para los pacientes el cambio de presentación en las sucesivas dispensaciones, mejorando la adherencia a los tratamientos prescritos.

Con respecto a la proporcionalidad del requisito exigido, el último inciso del artículo 60 bis apartado 4 de la Ley de Farmacia de Andalucía, prevé que la capacidad de producción que se exija será fijada para cada formulación, en base a los datos oficiales de consumo de que disponga el Servicio Andaluz de Salud en el



momento de la convocatoria, siendo una cifra objetiva y adecuada a la hora de establecer qué cantidad mínima de cada formulación se necesita para evitar el desabastecimiento del mismo, En definitiva, el requisito exigido en la Ley de Farmacia de Andalucía (artículo 60 bis apartado 4) y que se concreta en cada convocatoria es proporcionado a los fines de interés general que persigue y, por tanto, en ningún caso cabe entender que el mismo atente al principio de libertad de competencia consagrada en el Derecho Comunitario.

QUINTO.- *Juicio de la Sala sobre las cuestiones controvertidas. Reiteración de lo dicho en las SSTs de 15 y 16 de junio de 2021 (recursos de casación núm. 8337/2019 y 8339/2019) y de 11 de noviembre de 2021 (recurso de casación núm. 8336/2019).*

Las cuestiones litigiosas, tanto procesales como sustantivas, han sido ya resueltas por esta Sala y Sección en la inicial sentencia 852/2021, de 15 de junio (recurso de casación 8337/2019), en la que se desestimó el recurso de casación, luego reiterada en las sentencias de 16 de junio de 2021 (recurso de casación 8339/2019) y de 11 de noviembre de 2021 (recursos de casación 7110/2019 y 8336/2019).

Por tanto, por razones de unidad de doctrina y seguridad jurídica, nos remitimos a la sentencia inicial, sin que haya razón para matizarla o apartarnos de lo ya resuelto:

" **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.

" E stamos, 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. "

SEXTO.- 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.- Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Laboratorios Davur SLU, contra la sentencia de 19 de noviembre 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 2180/2019, 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.