



Roj: **ATS 12261/2017 - ECLI: ES:TS:2017:12261A**

Id Cendoj: **28079130012017202122**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/10/2017**

Nº de Recurso: **2997/2017**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **SEGUNDO MENENDEZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**A U T O**

Fecha del auto: 25/10/2017

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2997/2017

Materia: SANIDAD. SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Secretaría de Sala Destino: 004

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 2997/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**A U T O**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente, presidente

D. Manuel Vicente Garzon Herrero

D. Segundo Menendez Perez



D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Jose Juan Suay Rincon

D<sup>a</sup>. Ines Huerta Garicano

En Madrid, a 25 de octubre de 2017.

## HECHOS

**PRIMERO.** El Colegio Oficial de Farmacéuticos de Alicante interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana contra la resolución del secretario autonómico de la Agencia Valenciana de la Salud de 28 de julio de 2014, que desestimó el recurso de alzada promovido contra la precedente resolución de 12 de mayo de 2014, del Director General de Farmacia y Productos Sanitarios, que rechazó la reclamación económica planteada por aquel Colegio, sobre abono de intereses de demora e indemnización de daños y perjuicios por los retrasos de la Administración en el pago de la facturación de la prestación farmacéutica a cargo de las oficinas de farmacia.

En su reclamación administrativa, la corporación colegial había aducido que la Ley aplicable al caso es la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, pero la Administración, en la resolución de 12 de mayo de 2014, rechazó tal planteamiento, razonando que dicha Ley no resulta aplicable porque

*"el concierto de 2004 no prevé ninguna entrega de bienes o prestación de servicios a cambio de contraprestación. Las farmacias no reciben una contraprestación por la gestión de venta de los productos farmacéuticos, sino que la Administración se limita a financiar el precio (de forma total o parcial) de los productos que no han sido abonados por los usuarios y que ellos reciben. Por tanto, no podemos referirnos prácticamente a una operación comercial, que sí que existe entre las farmacias y los usuarios pero que tampoco está sujeta a esta norma [...] resulta evidente que el Concierto de 2004 no regula relaciones comerciales entre las Oficinas de Farmacia y la Consellería de Sanidad, si a ello se une, que el mismo Concierto, se establece un procedimiento específico y más beneficioso, que el regulado en la Ley de Contratos de Sector Público para el pago de los contratos de las Administraciones Públicas, nos lleva a afirmar, que no resulta de aplicación a la presente reclamación de intereses, lo previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre [...] consideramos que para el cálculo de los intereses moratorios, deben ser aplicadas las reglas de las obligaciones no comerciales de la Administración Pública, previstas en la Ley de Hacienda Pública Valenciana. Así pues, para el cálculo de los intereses moratorios, sería de aplicación el artículo 43 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública Valenciana, que establece un plazo de dos meses desde el vencimiento de la obligación para el cómputo de intereses, y la aplicación del interés legal del dinero par el cálculo de dichos intereses [...] las fecha inicial del cómputo de los intereses lo será a los dos meses del vencimiento de al obligación, que sería el 30 del mes posterior a la facturación correspondiente, y el interés aplicable sería el legal del dinero".*

Razonamientos, estos, que fueron reproducidos en la resolución desestimatoria de la alzada de 28 de julio de 2014.

**SEGUNDO** .- Frente a esas razones dadas por la Administración, el Colegio reclamante mantuvo en su demanda contencioso-administrativa la aplicabilidad, en la determinación de los intereses de demora, de la tan citada Ley 3/2004. Alegó, asimismo, que los pagos tardíos que había ido recibiendo por parte de la Administración demandada se había de imputar primeramente a los intereses y, una vez saldados, a los principales, conforme al 1173 del Código Civil; añadiendo que, ciertamente, había suscrito un acuerdo con la Administración acogiéndose al mecanismo de pago a proveedores, pero -decía- tal acuerdo no conllevaba renuncia al cobro de intereses de demora, más aún habida cuenta que la renuncia al cobro de intereses contemplada en el RD Ley 8/2013 es contraria -afirmaba- al Derecho europeo.

Sin embargo, estos argumentos no fueron acogidos por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sección 5<sup>a</sup>), que desestimó el recurso en su sentencia de 21 de febrero de 2017, recaída en el procedimiento nº 929/2014.

En esta sentencia, el Tribunal recapitula las normas que disciplinan la prestación farmacéutica a cargo de las oficinas de farmacia, para añadir a continuación que

*"[...] la naturaleza de la relación que une a la Administración Sanitaria y los Farmacéuticos a juicio de la Sala es una relación jurídico pública. Los afiliados a la Seguridad Social tiene derecho a la dispensa de **medicamentos***



cumpliendo los requisitos fijados por la Administración sanitaria, esa obligación recae sobre el Sistema Nacional de Salud, en la Comunidad Valenciana la Consellería de Sanidad -directamente o a través en ente instrumental Agencia Valenciana de Salud, hoy desaparecida-. Según el art. 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los **medicamentos** y productos sanitarios, la dispensación de los **medicamentos** la instrumentaliza el sistema de salud a través de los servicios farmacéuticos de los hospitales u oficinas de farmacia. La conclusión que obtenemos es que la relación que une las farmacias con la administración sanitaria en la dispensación de **medicamentos** es jurídico pública"

Sobre esta base, señala el Tribunal que

"[...] Como quiera que la relación que une a la Administración sanitaria valenciana como los farmacéuticos, respecto a las personas afiliadas a la seguridad social tiene naturaleza jurídico pública, sólo puede tratarse de una obligación ex lege";

Rechaza, así, la Sala de instancia la aplicabilidad al caso de la Ley estatal 3/2004; y dando un paso más en el razonamiento, desciende al examen del convenio firmado en 2004 por la Consellería de Sanidad y los Colegios de Farmacéuticos para la ejecución de la prestación farmacéutica, para afirmar en atención lo que en él (y en la normativa concordante) se establece, que la Administración tiene el deber de abonar intereses de demora. Por eso, declara que

"La conclusión que se obtiene es que las deudas con las farmacias devengan el interés legal de acuerdo con el sistema de precios fijado en el Convenio de 2004 mientras esté vigente, por tanto, no existe período de carencia en el cobro de intereses (las facturas de un mes natural se presentan a la Administración hasta el día 15 del mes siguiente y se deben cobrar el último día del ese mes, si es festivo el siguiente día), sobrepasados estos plazos la Administración debe abonar el interés legal del dinero marcado en los presupuestos generales del estado cada año.

No obstante, como la cantidad resultante sería superior a la solicitada por el demandante (toma período de carencia de 50 días) y el Tribunal no puede dar más de lo solicitado se estimará la recurso en su totalidad, con independencia de no haber estimados todos sus argumentos.

A su vez, la cuantía solicitada devengará - art. 1108 del Código Civil - el interés legal del dinero desde la solicitud hasta la fecha de su efectivo pago"

Partiendo de las premisas apuntadas, desciende el Tribunal al examen pormenorizado de las facturaciones concernidas, alcanzando las siguientes conclusiones:

"Se constata la obligación de la administración, en virtud del convenio suscrito en 2004 entre las partes, de abonar los intereses de demora devengados como consecuencia del retraso del abono de las facturas por encima del plazo pactado, resultando precisamente de dicho convenio el plazo para establecer la mora.

Y siendo por ello las facturas reclamadas y no controvertidas que han sido abonadas tardíamente un total de 5 que comprenden las de: Diciembre de 2012, enero, febrero, abril y octubre de 2013.

Resultando controvertidas las de noviembre y diciembre de 2013, al haber sido abonadas tras la denuncia del convenio, y las de marzo y mayo de 2013 abonadas por el mecanismo de pago a proveedores.

No obstante, y en cuanto al tipo del interés aplicable, tal y como ha declarado esta Sala y sección según lo expuesto y en aras a la unidad de doctrina, se devengará el interés legal del dinero, según el sistema de precios fijado en el convenio de 2004, mientras se encuentre vigente, y sobrepasado el plazo de pago se deberá abonar el interés legal del dinero previsto en los presupuestos anuales.

En cuanto a las dos facturas abonadas por el mecanismo del pago a proveedores, marzo y mayo, las mismas deben quedar excluidas del devengo de intereses de demora postura ésta ratificada recientemente por el Tribunal de justicia de la unión europea en sentencia de 16/2/2017 al resolver la cuestión prejudicial promovida por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 6 de Murcia y declarar:

<<36 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que la Directiva 2011/7, y en particular su artículo 7, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite al acreedor renunciar a exigir los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro como contrapartida al pago inmediato del principal de créditos devengados, siempre que esta renuncia sea libremente consentida, lo que incumbe comprobar al juez nacional.>>

Declarando así en el fallo:



<<En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara: La Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y en particular su artículo 7, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite al acreedor renunciar a exigir los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro como contrapartida al pago inmediato del principal de créditos devengados, siempre que esta renuncia sea libremente consentida, lo que incumbe comprobar al juez nacional.>>

No procede por tanto la reclamación de intereses respecto de esas dos facturas, y tampoco procede el planteamiento de cuestión prejudicial alguna sobre la materia al haber sido ya expresamente resuelta la promovida por el juzgado contencioso de Murcia precitado."

Respecto de los gastos de financiación reclamados y no concretados, la falta de la debida concreción, cuantificación, liquidación y acreditación de los mismos impide su estimación.

Y en cuanto a la imputación de pagos no puede prosperar la tesis de la recurrente por cuanto que la normativa estatal establece que la imputación de pagos se realiza primeramente al importe del principal a fin de poder calcular adecuadamente los intereses devengados, y no al contrario como pretende la actora.

Por último, con relación a la cuestión de la percepción de intereses devengados por el retraso en el pago de los intereses directamente derivados de los contratos administrativos de autos, el Tribunal Supremo sostiene que el anatocismo o intereses legales de los intereses de demora tiene lugar cuando éstos últimos han sido claramente determinados y configurados como líquidos, según doctrina jurisprudencial en torno al artículo 1109 del Código Civil, lo que no sucede cuando los parámetros de que ha de partirse para su cómputo son distintos de los que antes se reclamaron y se tuvieron en cuenta, de modo que entonces no cabe admitir que se trate de una cantidad líquida y determinada o pendiente de serlo por medio de una operación aritmética, por cuanto que al señalarse un modo de determinación distinto y estar en litigio la cuantía de la base para calcular los intereses moratorios, hace indeterminada e ilíquida la cantidad final."

La corporación colegial actora ha anunciado su intención de recurrir en casación esta sentencia.

**TERCERO.-** En el escrito de preparación del recurso de casación, denuncia la parte recurrente una incongruencia omisiva de la sentencia de instancia por no haberse pronunciado sobre su alegación de que no renunció realmente al cobro de intereses en relación con las facturas cobradas al amparo del RD-Ley 8/2013. Insiste la recurrente en que aun cuando se acogió al plan de cobro establecido en esa normas, lo hizo forzosamente ante la situación insostenible de impagos por la Consejería, y añade que la sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2017 ha matizado (pár. 34) que la renuncia al cobro de intereses prevista en dicha norma no es contraria al Derecho europeo, pero con un matiz capital, a saber, que eso no significa que si el acreedor se ha visto obligado a cobrar a su amparo, puede considerarse que no ha renunciado al cobro de intereses.

Denuncia asimismo incongruencia de la sentencia por no haber resuelto sobre su alegación de que tiene derecho al cobro de 830.728 euros (de acuerdo, afirma, con la prueba practicada) por los gastos financieros que ha tenido que asumir y soportar por la demora en el pago de las facturas litigiosas.

En tercer lugar, afirma que la sentencia infringe la Ley 3/2004 de Lucha contra la Morosidad, y por ende la Directiva 200/35/CEE que la Ley traspone (alude la parte al artículo 1 de la Ley 3/2004 y el artículo 2 de la Directiva), al negar indebidamente la aplicación de dicha Ley al pago las prestaciones farmacéuticas (esto es, a las cantidades que la Administración debe pagar a los farmacéuticos por los **medicamentos** que suministran a los usuarios). Enfatiza la recurrente que no existe contradicción o incompatibilidad alguna entre el hecho de que las farmacias presten un servicio público e incluso estén obligadas a suministrar los **medicamentos**, y perciban por ello una contraprestación. Esto es, sostiene la recurrente, nos hallamos realmente ante una operación comercial, pues resulta obvio que los farmacéuticos suministran productos y reciben su precio. Entiende, por ello, que es de aplicación el tipo de interés contemplado en el artículo 7 de esta ley.

En cuarto lugar, alega que se vulnera el artículo 1173 del Código Civil, pues frente a lo afirmado en la sentencia, de dicho precepto resulta que procede imputar los pagos a los intereses antes que al capital.

**CUARTO .-** Por lo que respecta al interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, alega ante todo que la jurisprudencia no ha examinado hasta ahora el problema de la aplicabilidad de la Ley 3/2004 a los abonos que debe hacer la Administración a los farmacéuticos por los suministros a usuarios. Apunta que este es un tema de máxima importancia, por su trascendencia económica, por el número de profesionales farmacéuticos afectados, y porque hay decenas de litigios en los que se ha suscitado la misma cuestión, siendo así que los Juzgados de lo contencioso-administrativo nº 1 y 6 de Valencia sí que mantienen la aplicabilidad de la Ley 3/2004. Se está, por tanto, afirma la recurrente, en este punto, ante los supuestos de interés casacional de los apartados a), b) y c) del artículo 88.2 de la Ley de la Jurisdicción.



Por otra parte -añade-, nos hallamos ante el supuesto del artículo 88.2.f), ya que la sentencia de instancia contraviene la sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2017, desde el momento que la misma puntualiza que los Tribunales nacionales deben analizar si los cobros por la vía establecida en el RD-Ley 8/2013 han sido forzados o producidos en una situación de necesidad.

En cuanto al abono de gastos de financiación por causa de la demora en los pagos, entiende que viene al caso la cita del artículo 88.2.c) de la Ley Jurisdiccional, por la trascendencia del tema, dada su magnitud económica, y por los numerosos afectados por esta cuestión; e insiste en que debe clarificarse si la demora en el pago de la facturación farmacéutica da derecho al cobro de gastos financieros, tal como prevé -dice- la Ley 3/2004.

Finalmente, cita una vez más el artículo 88.2.c) en relación con la cuestión atinente a la aplicación del artículo 1173 a los pagos de las facturaciones farmacéuticas. Acerca de esta concreta cuestión, invoca también el supuesto del artículo 88.2.a), por cuanto que - afirma- el criterio del Tribunal *a quo* contradice el del Tribunal Supremo.

**QUINTO.-** Por auto de 27 de marzo de 2017 la Sala sentenciadora tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo, en virtud del artículo 89.5 LJCA.

Ha comparecido ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, en calidad de recurrente, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Alicante, representado por la procuradora D.<sup>a</sup> María Granizo Palomeque.

Se ha personado asimismo ante esta Sala, como parte recurrida, la sra. letrada de la Generalidad Valenciana, en la representación que le es propia y por Ley ostenta. Esta parte se opone a la admisión del recurso de casación, alegando que la invocación del artículo 88.2.a) no puede acogerse porque no hay cita precisa de las sentencias que a juicio de la parte recurrente contradicen la tesis de la sentencia de instancia ahora impugnada. Añade que tampoco concurre el supuesto del artículo 88.2.b) porque no se ha razonado que la doctrina expuesta por la Sala de instancia resulte gravemente dañosa para los intereses generales. Tampoco se da -prosigue su argumentación la recurrida- el supuesto del artículo 88.2.c) porque la recurrente hace referencia a múltiples situaciones pero sin un mínimo rigor en los datos. En cuanto al supuesto del artículo 88.2.f), opone la recurrida que no se argumenta su pertinencia, y además se pretende en realidad discutir la valoración de la prueba

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, Magistrado de la Sección.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La parte recurrente en casación ha observado y cumplido adecuadamente las exigencias que impone el artículo 89.2 de la LJCA, en cuanto a los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada. Asimismo, ha identificado las normas de Derecho estatal que considera infringidas por la sentencia de instancia, y ha efectuado el oportuno "juicio de relevancia" de dichas normas en relación con la *ratio decidendi* de la sentencia. Finalmente, ha apuntado separadamente diversos supuestos y/o presunciones de interés casacional que estima concurrentes. Queda, pues, por determinar si en efecto, tal como la recurrente aduce, la presente impugnación casacional reviste un interés objetivo para la formación de la jurisprudencia que justifique su admisión.

**SEGUNDO .-** No se discute realmente, porque es cuestión que puede considerarse despejada, que el retraso en el abono de la prestación farmacéutica debida a las oficinas de farmacia por la Administración obligada a su pago genera intereses de demora. La principal cuestión jurídica que se ha suscitado en la litis consiste en determinar si tales intereses deben cuantificarse conforme a la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, como sostiene la corporación colegial recurrente, o bien si a esos efectos han de ser aplicadas las reglas de las obligaciones no comerciales de la Administración Pública, previstas en la Ley de Hacienda Pública Valenciana, como entiende la Administración autonómica recurrida. Dicho sea más concretamente, se trata de resolver si a la demora en el pago de la prestación farmacéutica por parte de la Administración le es aplicable o no la Ley 3/2004.

Pues bien, esta es una cuestión de indudable relevancia económica y social sobre la que no existe jurisprudencia que la haya clarificado, y la respuesta que se dé a la misma resultará potencialmente susceptible de extenderse a otros muchos casos similares en que esté también en juego una eventual dilación en el pago de dicha prestación. Concurren, pues, respecto de la misma, los supuestos de interés casacional invocados por la recurrente de los subapartados b) y c) del artículo 88.2 de la Ley Jurisdiccional.

**TERCERO .-** En definitiva, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, procede admitir el recurso de casación preparado por la representación procesal del Colegio Provincial de



Farmacéuticos de Alicante contra la sentencia 207/2017, de 21 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictada en el recurso 929/2014 .

Y, a tal efecto, precisamos que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la apuntada en el razonamiento jurídico anterior y señalamos, además, que la norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación es la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, singularmente sus artículos 1 a 7, en relación con el artículo 2 de la Ley 29/2006, de 26 de julio , de garantías y uso racional de los **medicamentos** y productos sanitarios.

**CUARTO.-** Conforme dispone el artículo 90.7 LJCA , este auto se publicará íntegramente en la sede electrónica del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el núm. 2997/2017, la Sección de Admisión de dicha Sala

#### **La Sección de Admisión acuerda:**

Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Colegio Provincial de Farmacéuticos de Alicante contra la sentencia 207/2017, de 21 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictada en el recurso 929/2014 .

Segundo. Precisar que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

Determinar si en caso de retraso en el abono de la prestación farmacéutica debida a las oficinas de farmacia, por dilación de la Administración obligada a su pago, los correspondientes intereses de demora deben cuantificarse conforme a la Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, o bien si a esos efectos han de ser aplicadas las reglas de las obligaciones no comerciales de la Administración Pública.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 1 a 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre , por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en relación con el artículo 2 de la Ley 29/2006, de 26 de julio , de garantías y uso racional de los **medicamentos** y productos sanitarios.

Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia 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.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente D. Manuel Vicente Garzon Herrero

D. Segundo Menendez Perez D<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frías Ponce D. Diego Cordoba Castroverde

D. Jose Juan Suay Rincon D<sup>a</sup> .Ines Huerta Garicano