



Roj: **ATS 11182/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:11182A**

Id Cendoj: **28079130012018201842**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/10/2018**

Nº de Recurso: **1665/2018**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ CANT 566/2017,**
ATS 11182/2018

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 15/10/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1665/2018

Materia: SANIDAD. SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria del Pilar Teso Gamella

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

Secretaría de Sala Destino: 004

Transcrito por: dpp

Nota:

R. CASACION núm.: 1665/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria del Pilar Teso Gamella

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



D. Rafael Fernandez Valverde

D^a. Maria del Pilar Teso Gamella

D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor

D^a. Ines Huerta Garicano

En Madrid, a 15 de octubre de 2018.

HECHOS

PRIMERO. En virtud de Resoluciones dictadas por el Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud, de fechas 30 y 31 de enero de 2017, se desestiman los recursos de reposición interpuestos por el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) contra las liquidaciones giradas a éste por dispensación farmacológica hospitalaria a pacientes externos y por dispensación farmacéutica ambulatoria, cada una de las resoluciones referidas a un mutualista del ISFAS que recibieron las prestaciones farmacéuticas sin estar ingresados en un centro sanitario del Servicio Cántabro de Salud. Dichos actos administrativos desestiman el recurso interpuesto al considerar que, conforme al CONCIERTO SUSCRITO POR EL INSTITUTO SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS CON EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DE 30 DE DICIEMBRE DE 1986, la dispensación farmacéutica hospitalaria a pacientes externos está excluida del citado concierto conforme a las cláusulas cuarta y décima del mismo.

Frente a las resoluciones administrativas anteriores, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) interpone recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santander, que dicta sentencia estimatoria el 22 de junio de 2017 en los autos del procedimiento abreviado nº 79/2017. La sentencia se apoya en otros pronunciamientos como el del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 11/11/2014 y el del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 05/04/2017, en los cuales se concluye que en virtud del Concierto de 30 de diciembre de 1986 suscrito entre el ISFAS y el INSS y la TGSS, el INSALUD (en la actualidad, todas las Comunidades Autónomas por subrogación en las obligaciones del INSALUD) se haría cargo de la cobertura de algunas prestaciones sanitarias que en principio correspondería gestionar al ISFAS, de modo que la prestación de asistencia farmacéutica quedaba excluida del concierto con la excepción de los casos en que se dispense en régimen de internamiento hospitalario o en urgencias. Por lo que respecta en concreto a las liquidaciones giradas por el gasto en prestación sanitaria en litigio, se concluye, en una interpretación finalista, que en el concierto suscrito no está incluida la dispensación de medicamentos de uso hospitalario para el tratamiento médico ambulatorio, el cual tiene un componente - el hospitalario - que es el predominante y que por ello las asimila a las dispensaciones hospitalarias que deben cubrirse por el sistema general de salud (a diferencia de la prescripción de medicamentos en centros sanitarios no hospitalarios).

Disconforme con el pronunciamiento anterior, el Servicio Cántabro de Salud interpone recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que dicta sentencia el 24 de noviembre de 2017 en los autos del recurso de apelación nº 197/2017. La sentencia desestima íntegramente el recurso y confirma la sentencia de instancia, entendiendo por un lado que la parte apelante reitera los argumentos de la instancia, si bien, entrando en el fondo del asunto, considera que existe una doctrina jurisprudencial uniforme favorable al ISFAS y que el concierto de 1986 ha de interpretarse finalísticamente a la luz de las nuevas leyes 21/2001, de 27 de diciembre, 16/2003, de 28 de mayo, y 29/2006, de 26 de julio. También concluye que no cabe asimilar un supuesto distinto como el aplicable a Instituciones Penitenciarias, con un régimen normativo específico y en el que el recluso no puede acudir a farmacias abiertas al público, con el régimen que se ventila en el caso de autos. Y lo mismo cabe decir respecto de otros convenios suscritos con entidades privadas aseguradoras.

SEGUNDO. El representante del Servicio Cántabro de Salud prepara recurso de casación, considerando infringidos los siguientes preceptos: el artículo 3.6 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad Nacional de Salud (en la redacción anterior a la actual introducida por la D.F. 8ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio), el artículo 79 del 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, y el artículo 102 del mismo Real Decreto Legislativo 1/2015.

La parte recurrente considera, en síntesis, que las liquidaciones giradas por el Servicio Cántabro de Salud al ISFAS eran del año 2015, sin que estuviese aún en vigor la nueva redacción de la Ley 16/2003 (que excluyó de la financiación autonómica la prestación farmacéutica a través de receta médica en oficina de farmacia),



razón por la que solo resultaba de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, y los conciertos que se hubiesen suscrito al respecto, en concreto en este caso, el concierto suscrito el 30/12/1986. Asimismo, ha de considerarse que el Real Decreto-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social, modificó la Ley 29/2006 en el sentido de otorgar equivalencia a la dispensación mediante receta médica y mediante orden de dispensación hospitalaria, ampliándose así el concepto de prestación farmacéutica ambulatoria incluyendo en la misma a los medicamentos que se dispensen al paciente mediante orden de dispensación hospitalaria a través de oficinas o servicios de farmacia, entre los que se encuentran los servicios de farmacia de los hospitales.

La parte recurrente en casación articula el recurso en base a los siguientes supuestos del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional: el apartado c) del artículo 88.2 LJCA, por considerar que la resolución que se impugna afecta a un gran número de situaciones toda vez que afecta a todos los afiliados del ISFAS que han optado por recibir asistencia sanitaria del Servicio Cántabro de Salud, habiendo acogido dicha doctrina otros muchos Tribunales Superiores de Justicia del país; y el apartado a) del artículo 88.3 LJCA, al considerar que no existe jurisprudencia en relación con la materia concreta que interprete los preceptos normativos citados en relación con el concierto de 30/12/1986.

TERCERO. Por Auto de 6 de febrero de 2018 la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de 30 días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo.

Se ha personado la representación procesal del Servicio Cántabro de Salud, en concepto de recurrente, así como la representación procesal de la Abogacía del Estado, en concepto de parte recurrida, sin formular oposición.

Es Magistrado Ponente la Excm. Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella, .

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Como cuestión previa, y desde un punto de vista formal, debe señalarse que el escrito de preparación cumple con las exigencias del artículo 89.2 LJCA, por lo que nada puede oponerse a la admisibilidad del recurso desde el punto de vista de los subapartados a) y b) del artículo 90.4 LJCA.

Así, el escrito se ha estructurado en apartados separados, encabezados con un epígrafe expresivo de su respectivo contenido y se ha razonado tanto la recurribilidad de la resolución de instancia por este cauce extraordinario como la observancia de los requisitos de legitimación y plazo. De otro lado, se han identificado debidamente las normas y/o jurisprudencia cuya infracción se imputa a la sentencia de instancia, cumpliéndose con la carga procesal de justificar, primero, su incardinación en el Derecho estatal; segundo, su debida observancia en el proceso de instancia; y tercero, su relevancia en el sentido del fallo.

Respecto de la concurrencia en el caso de interés casacional, la Sección considera que la parte recurrente ha realizado el imprescindible esfuerzo argumental, con singular referencia al caso, en relación a la concurrencia del interés casacional objetivo en función de alguno de los supuestos enunciados en los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA.

Cumplidas, en definitiva, las exigencias que impone al escrito de preparación el art. 89.2 de la LJCA, entendemos que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: si la exclusión prevista en la cláusula décima del CONCIERTO SUSCRITO POR EL INSTITUTO SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS CON EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DE 30 DE DICIEMBRE DE 1986, ha de interpretarse en el sentido de que todas aquellas prestaciones de asistencia farmacéutica a favor de los titulares o beneficiarios del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) que hayan optado por recibir asistencia sanitaria pública de los servicios de salud autonómicos, efectuadas antes de la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 3.6 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad Nacional de Salud introducida por la D.F. 8^a de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales para el año 2017, es decir, antes del 29 de junio de 2017, abarca solamente los casos en que se dispensen los medicamentos en régimen de internamiento hospitalario o a través del servicio de urgencia, o bien abarca todas las prestaciones farmacéuticas con independencia de que se haga en régimen de internamiento hospitalario, a través del servicio de urgencia o en régimen ambulatorio, incluyendo específicamente y por ello todos los medicamentos dispensados en los servicios de farmacia de los hospitales de la red sanitaria pública.



En particular, concurre con claridad el supuesto previsto en el apartado 3.a) del artículo 88 LJCA, dado que se han aplicado normas en las que se sustenta la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia, siendo, además, contradictorias las resoluciones dictadas por otros órganos judiciales de nuestra jurisdicción.

SEGUNDO. Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA, procede admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal del Servicio Cántabro de Salud contra la sentencia núm. 365/2017, de 24 de noviembre de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en los autos del recurso de apelación nº 197/2017, recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santander el 22 de junio de 2017 en los autos del procedimiento abreviado nº 79/2017.

Y, a tal efecto, precisamos que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si la exclusión prevista en la cláusula décima del CONCIERTO SUSCRITO POR EL INSTITUTO SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS CON EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DE 30 DE DICIEMBRE DE 1986, ha de interpretarse en el sentido de que todas aquellas prestaciones de asistencia farmacéutica a favor de los titulares o beneficiarios del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) que hayan optado por recibir asistencia sanitaria pública de los servicios de salud autonómicos, efectuadas antes de la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 3.6 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad Nacional de Salud introducida por la D.F. 8ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales para el año 2017, es decir, antes del 29 de junio de 2017, abarca solamente los casos en que se dispensen los medicamentos en régimen de internamiento hospitalario o a través del servicio de urgencia, o bien abarca todas las prestaciones farmacéuticas con independencia de que se haga en régimen de internamiento hospitalario, a través del servicio de urgencia o en régimen ambulatorio, incluyendo específicamente y por ello todos los medicamentos dispensados en los servicios de farmacia de los hospitales de la red sanitaria pública.

Señalamos, además, que las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación son las siguientes: la cláusula décima del CONCIERTO SUSCRITO POR EL INSTITUTO SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS CON EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DE 30 DE DICIEMBRE DE 1986; el artículo 3.6 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad Nacional de Salud introducida por la D.F. 8ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales para el año 2017; y los artículos 79 y 102 del 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.

TERCERO. Conforme a lo dispuesto en el art. 90.7 de la LJCA, este auto se publicará en la página web del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el núm. 1665/2018:

La Sección de Admisión

acuerda:

PRIMERO . Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal del Servicio Cántabro de Salud contra la sentencia núm. 365/2017, de 24 de noviembre de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en los autos del recurso de apelación nº 197/2017, recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santander el 22 de junio de 2017 en los autos del procedimiento abreviado nº 79/2017.

SEGUNDO . Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: si la exclusión prevista en la cláusula décima del CONCIERTO SUSCRITO POR EL INSTITUTO SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS CON EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DE 30 DE DICIEMBRE DE 1986, ha de interpretarse en el sentido de que todas aquellas prestaciones de asistencia farmacéutica a favor de los titulares o beneficiarios del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) que hayan optado por recibir asistencia sanitaria pública de los servicios de salud autonómicos, efectuadas antes de la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 3.6 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad Nacional de Salud introducida por la D.F. 8ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales para el año 2017, es decir, antes del 29 de junio de 2017, abarca solamente los casos en que se dispensen los medicamentos en régimen de internamiento hospitalario o a través del servicio de urgencia, o bien abarca todas las prestaciones farmacéuticas con independencia de que se haga en régimen de internamiento hospitalario, a



través del servicio de urgencia o en régimen ambulatorio, incluyendo específicamente y por ello todos los medicamentos dispensados en los servicios de farmacia de los hospitales de la red sanitaria pública.

TERCERO. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las siguientes: la cláusula décima del CONCIERTO SUSCRITO POR EL INSTITUTO SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS CON EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DE 30 DE DICIEMBRE DE 1986; el artículo 3.6 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad Nacional de Salud introducida por la D.F. 8ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales para el año 2017; y los artículos 79 y 102 del 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.

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

D. Rafael Fernandez Valverde Dª Maria del Pilar Teso Gamella

D. Jose Antonio Montero Fernandez D. Jose Maria del Riego Valledor

Dª Ines Huerta Garicano