



Roj: **ATS 9405/2020 - ECLI:ES:TS:2020:9405A**

Id Cendoj: **28079130012020201505**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/10/2020**

Nº de Recurso: **8333/2019**

Nº de Resolución:

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

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

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 15051/2019,**
ATS 9405/2020

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 22/10/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 8333/2019

Materia: SANIDAD. SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

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

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

Secretaría de Sala Destino: 004

Transcrito por: MMC

Nota:

R. CASACION núm.: 8333/2019

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

D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo



D. César Tolosa Tribiño

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Dimitry Berberoff Ayuda

En Madrid, a 22 de octubre de 2020.

HECHOS

PRIMERO.- En virtud de las resoluciones de 18 y 20 de marzo de 2015 de la Consejera de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía, se inadmite el recurso de alzada interpuesto por la mercantil Teva Pharma SL, contra la resolución de 9 de diciembre de 2014 del Director Gerente del Servicio Andaluz de Salud por la que se anuncia la 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 y contra la resolución de 6 de febrero de 2015 del mismo órgano que aprueba el listado de **medicamentos** seleccionados.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra dicha actuación administrativa por Teva Pharma SL, es resuelto mediante la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo núm. 7 de Sevilla en el procedimiento ordinario núm. 351/2015. Es parte demandada el Servicio Andaluz de Salud y codemandada, la Junta de Andalucía (Consejería de Salud).

La sentencia de instancia contiene los siguientes pronunciamientos:

- En primer lugar, aprecia la falta de legitimación pasiva de la Junta de Andalucía por ser el acto originario dictado por el Servicio Andaluz de Salud (SAS).

- Con respecto a la resolución de 9 de diciembre de 2014 por la que se anuncia la convocatoria para la selección de **medicamentos**, se acoge la causa de inadmisibilidad del artículo 69.c) Ley de jurisdicción contencioso administrativa (en adelante, LJCA), por tratarse de un acto consentido y firme. En efecto, el acto se publicó en el BOJA de 14 de diciembre de 2014 y el recurso de alzada se interpuso el 9 de marzo de 2015, una vez transcurrido el plazo del mes previsto.

- En cuanto al fondo y en lo afectante a la constitucionalidad del régimen legal autonómico, aprecia la falta sobrevenida de objeto por las sentencias del Tribunal constitucional [STC núm. 210/2016, de 15 de diciembre (recurso de inconstitucionalidad núm. 4539-2012), entre otras].

- Rechaza las cuestiones de legalidad ordinaria y, en particular, con respecto a la naturaleza del procedimiento de selección, remite a la STSJ 12-7-2018 (431/2012) que desestima el recurso interpuesto contra resolución 21/2012 Tribunal Recursos contractuales. Concluye que no se puede apreciar un procedimiento de licitación en el ámbito de la contratación dado que es el farmacéutico el que adquiere los fármacos del laboratorio y posteriormente repercute sobre el SAS la parte financiada del precio del **medicamento**. Todo ello se materializa en las condiciones recogidas en el convenio suscrito conforme al art 60. quater Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía y no es incardinable en el contrato de suministros (LCSP). Concluye la sentencia que no estamos ante un mecanismo orientado a la adquisición de bienes, sino que se configura un sistema de intervención pública en la dispensación de **medicamentos** que contribuye a garantizar la salud (STC).

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, interpuso la mercantil recurso de apelación al que se adhirió el Servicio Andaluz de Salud. Ambos recursos de apelación fueron desestimados mediante sentencia de 17 de julio de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Sevilla), (recurso de apelación núm. 409/2019).

La sentencia de apelación rechaza, de un lado, la falta de legitimación activa de Teva Pharma SLU, con remisión a la STSJ 12-3-2019, rec. Apelación 997/2018).

En cuanto al fondo, se ciñe a la resolución por la que se aprueba el listado de aspirantes seleccionados. Rechaza la incongruencia de la sentencia y la infracción de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los **medicamentos** y productos sanitarios.

En lo concerniente a las infracciones de normativa de contratación pública, la sentencia remite a la sentencia de la misma Sala de 12 de julio de 2018 que se pronuncia en idénticos términos transcritos en el antecedente previo.



Finalmente, descarta que se vulnere la ley de defensa de la competencia y rechaza el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria. Considera que el sistema ha quedado avalado por el Tribunal Constitucional y no se aprecia vulneración alguna.

CUARTO. Contra la sentencia de apelación se alza en casación la representación procesal de la Teva Pharma SLU considerando infringida, en resumen y en primer lugar, el artículo art 1.1.a) de la directiva 2004/18 y el artículo 2.1.5 directiva 2014/24 y jurisprudencia comunitaria (STSJUE 2-6-2016 (C-410/2014 y 1-3-2018, C-9/2017). Argumenta que, se trata de un procedimiento de subasta con el objeto de seleccionar **medicamentos** que, con carácter exclusivo y durante 2 años, deben dispensar las farmacias en el marco del sistema sanitaria público en el que se les presenta receta médica (cuando el **medicamento** se ha prescrito por principio activo) (artículos 60.bis- 60 quinquies Ley 22/2007 de Farmacia de Andalucía). Considera que debe calificarse como suministro de **medicamentos**. La selección de los **medicamentos** (consecuencia de la subasta) se materializa por convenio (SAS-Laboratorio farmacéutico) y el laboratorio se compromete a suministrar **medicamentos** seleccionados al precio pactado, cuando se prescribe por facultativo por principio activo. Por consiguiente, a su juicio, se incumple régimen de contratación (publicidad, concurrencia, igualdad de trato, plazos mínimos de presentación de oferta, régimen de recursos).

Denuncia también la infracción de los artículos 28, 34 y 101 y ss TFUE (Tratado Funcionamiento de UE). Y ello por cuanto se limitan los principios comunitarios de libertad de competencia y libre circulación que solo se puede justificar por razones imperiosas de interés general (art 36 TFUE). En el presente caso, no se explica porque se establece un régimen de exclusividad monopolístico en beneficio de un único laboratorio constituye razón para la protección de la salud de las personas. En su opinión, no se busca la mejora de la prestación farmacéutica y es más, perjudica, porque se restringe el abanico de **medicamentos**.

Se articula el recurso de casación en base a la presunción del apartado a) del artículo 88.3 y los supuestos de los apartados f) y a) del artículo 88.2 LJCA. Afirma que desde 2013 ha habido 14 procedimientos de selección y que hay más de 100 procesos.

QUINTO.- Por auto de 2 de diciembre de 2019 la Sala de apelación 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 de Teva Pharma SL, en concepto de recurrente, así como la representación procesal del Servicio Andaluz de Salud, quien no formula oposición a la admisión del presente recurso de casación con ocasión al trámite conferido.

También se ha personado la Junta de Andalucía (Consejería de Salud) y formula oposición a la admisión del presente recurso de casación.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, Magistrado de la Sala.

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 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (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.

SEGUNDO.- Cumplidas las exigencias que impone el art. 89.2 de la LJCA, procede abordar si concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Dado que la recurrente invoca en su escrito de preparación la presunción prevista en el apartado a) del artículo 88.3 LJCA, entre otros supuestos de interés casacional, se hace preciso examinar si concurren o no los requisitos formales para que despliegue sus efectos la meritada presunción, consistente en la inexistencia de jurisprudencia.

En el presente caso, se considera que concurre la presunción prevista en el artículo 88.3.a) LJCA, al no existir pronunciamientos de esta Sala sobre la cuestión planteada concerniente 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 sobre si el resultado de la subasta constituye una restricción a la libre competencia y, si en este último caso, concurren razones imperiosas de interés general que lo justifiquen.

Planteado el debate en estos términos, solo es posible la inadmisión del recurso en caso de que la cuestión carezca manifiestamente de interés casacional objetivo y lejos está de ser así. Y ello por cuanto es necesario



esclarecer la cuestión jurídica planteada de indudable repercusión en el suministro de **medicamentos** y protección de la salud, en concreto, en el ámbito de la dispensación de **medicamentos** prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud.

Tales conclusiones vienen reforzadas por las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 16/2017, de 2 de febrero (conflicto positivo de competencia núm. 1092-2013 , núm. 7/2017, de 19 de enero (conflicto positivo de competencia núm. 1923-2013) y la núm. 210/2016, de 15 de diciembre (recurso de inconstitucionalidad núm. 4539-2012), en las que se resuelve la constitucionalidad del régimen andaluz de la subasta de **medicamentos** en ciernes.

TERCERO.- Finalmente, en lo concerniente a la personación de la Junta de Andalucía (Consejería de Salud) no procede tenerla como parte recurrida en el presente recurso de casación, toda vez que fue resuelto por la sentencia de instancia su falta de legitimación pasiva y tal pronunciamiento no recurrido en apelación.

CUARTO.- 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 de Teva Pharma SLU contra la sentencia de 17 de julio de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla), dictada en el recurso de apelación núm. 409/2019.

Y, a tal efecto, precisamos que las cuestiones en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son aclarar:

- Si en el procedimiento de selección de **medicamentos** instaurado en Andalucía concurren efectivamente, los caracteres que determinan la existencia de un procedimiento de contratación.

- 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.

Señalamos, además, que las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación son las contenidas en el artículo la contenida 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 los artículos 28, 34 y 36 TFUE (Tratado Funcionamiento de UE).

QUINTO.- 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. 8333/2019.

La Sección de Admisión acuerda:

PRIMERO.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de Teva Pharma SLU contra la sentencia de 17 de julio de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla), dictada en el recurso de apelación núm. 409/2019.

SEGUNDO.- Precisar que las cuestiones en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son aclarar:

- Si en el procedimiento de selección de **medicamentos** instaurado en Andalucía concurren efectivamente, los caracteres que determinan la existencia de un procedimiento de contratación.

- 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 la contenida 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 los artículos 28, 34 y 36 TFUE (Tratado Funcionamiento de UE)

Todo ello, 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.

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

Así lo acuerdan y firman.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez D. Antonio J. Fonseca-Herrero Raimundo

D. Cesar Tolosa Tribiño D. Angel Arozamena Laso

D. Dimitry Berberoff Ayuda

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ