



Roj: **STSJ BAL 259/2015 - ECLI:ES:TSJBAL:2015:259**

Id Cendoj: **07040330012015100200**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **25/03/2015**

Nº de Recurso: **58/2015**

Nº de Resolución: **211/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FERNANDO SOCÍAS FUSTER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00211/2015**

APELACIÓN

Rollo Sala

Nº **58/2015**

Autos Juzgado

Nº PO 109/2011

**SENTENCIA**

Nº 211

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 25 de marzo de 2015.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

D<sup>a</sup> Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los presentes autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte demandante apelante la entidad **ITALFARMACO,S.A.** representada por el Procurador D. Francisco Arbona Casanovas y asistido del Letrado D. Germán Alonso-Alegre Fernández; y como Administración demandada apelada el **SERVEI DE SALUD DE LES ILLES BALEARS**, representado y asistido por el Abogado de la CAIB.

Constituye el objeto del recurso la resolución de 21 de febrero de 2011, del Director General del Servicio de Salud de Illes Balears (IB-SALUT) por medio del cual se desestima el recurso especial en materia de contratación presentado por la aquí recurrente **ITALFARMACO,S.A.** contra los Pliegos reguladores del Acuerdo Marco para el suministro de medicamentos en los centros hospitalarios de la red sanitaria de las Illes Balears y, específicamente, contra el Lote Nº 71.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** . La sentencia N° 346, de fecha 10 de octubre de 2014 dictada por la Ilma Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 1 de Palma , en los autos seguidos por los trámites del procedimiento ordinario y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su fallo:

*"Desestimo el recurs interpolar pel procurador Francisco Arbona Casanovas en representació d'ITALFARMACO,S.A. i, en conseqüència, confirmo la resolució impugnada. Sense imposició de costes".*

**SEGUNDO** . Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante y admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, siendo seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalándose para la votación y fallo, el día 24.03.2015.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO . PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION LITIGIOSA.**

En el proceso para el suministro de medicamentos a los centros hospitalarios de la red sanitaria pública de Illes Balears, se aprobó por el IBSALUT un Acuerdo Marco que habría de regir el proceso de adjudicación a los distintos suministradores, incluyéndose unos Pliegos en los que se describían los diversos lotes de medicamentos a los efectos de ofertas independientes, por lotes

La recurrente ITALFARMACO,S.A. impugnó los Pliegos reguladores del Acuerdo Marco para el suministro de medicamentos en los centros hospitalarios de la red sanitaria de las Illes Balears y, específicamente, contra el Lote N° 71.

En el mencionado Lote N° 71 se proponía que para el suministro de medicamentos se agruparían las ofertas correspondientes a " *FACTORES ESTIMULANTES DE COLONIAS INY equivalentes a FILGRASTIM 300mg*".

La recurrente, que es fabricante de distintos medicamentos que pueden incardinarse en el referido lote, impugna que en el referido lote N° 71 se agrupen medicamentos que no son "sustituibles" entre sí -de conformidad con la Orden SCO 2874/2007, de 28 de septiembre de 2007-. Así, se argumenta que para que sea posible sacar a concurso el suministro de fármacos por lotes, es preciso que entre los fármacos del lote exista una homogeneidad y ésta sólo puede ser aquella derivada de que se trate de medicamentos con principios activos no sustituibles entre sí, de conformidad con la mencionada Orden. Considera que la homogeneidad entre medicamentos del lote, es imprescindible para la equitativa concurrencia entre las farmacéuticas ofertantes.

La sentencia apelada, sin negar que los medicamentos agrupados en el lote, no son "sustituibles" -en términos de la Orden SCO 2874/2007, de 28 de septiembre de 2007-, entiende que de ello no se deriva necesariamente que no puedan agruparse en un mismo lote, por cuanto la no sustitución a que se refiere la Orden, lo es en referencia la imposibilidad que tiene el dispensador de farmacia de sustituir un medicamento por otro, pero ello es restricción que no afecta al proceso de adquisición de medicamentos por la Administración.

La empresa farmacéutica impugna la sentencia reiterando los argumentos que fueron rechazados por la sentencia y que considera indebidamente apreciados. Entiende que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (con cita de la resolución de 27 de marzo de 2013) avalan que los lotes de medicamentos deben estar conformados por medicamentos con el mismo principio activo y que sean sustituibles entre sí, por lo que no pueden entrar en el mismo lote aquellos otros que no cumplan con lo anterior, a pesar de que concurra equivalencia terapéutica.

La Administración demandada se opone al recurso de apelación invocando en primer lugar la posible inadmisibilidad del mismo por razón de la cuantía (se advierte que la apelante presenta tasa señalando cuantía de 18.000 euros) y en cuanto al resto, interesa la ratificación de los argumentos de la sentencia apelada.

### **SEGUNDO. ACERCA DE LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

Con independencia de la cantidad declarada a los efectos de la interposición del recurso, la cuantía debe fijarse en indeterminada -en cuanto se trata de un pliego de un acuerdo marco de suministro de medicamentos- o, en su caso, de cuantía determinada -700.496,16 €, que es la fijada en el presupuesto del Pliego-, por lo que en cualquiera de los dos supuestos, la sentencia es apelable.

### **TERCERO. LAS NORMAS QUE IMPONEN EL GRADO DE HOMOGENEIDAD ENTRE LOS MEDICAMENTOS DEL LOTE.**



Recordemos que la tesis de la recurrente es que los lotes de medicamentos deben estar conformados por medicamentos con el mismo principio activo y que sean sustituibles entre sí, por lo que no pueden entrar en el mismo lote aquellos otros que no cumplan con lo anterior, a pesar de que concurra equivalencia terapéutica.

Para argumentar lo anterior, se hace invocación de lo dispuesto en la Orden SCO 2874/2007, de 28 de septiembre de 2007, conforme a la cual no son sustituibles por el farmacéutico los medicamentos que no presenten igual composición, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación. Conforme a la referida Orden, los medicamentos incluidos en el Lote N° 71 "FACTORES ESTIMULANTES DE COLONIAS INY equivalentes a FILGRASTIM 300mg" no serían sustituibles entre sí, por tratarse de medicamentos biológicos. Por tanto, según la recurrente, no podrían incluirse en el mismo lote por cuanto las empresas ofertarían, por el mismo lote, medicamentos no equiparables entre sí, entendiéndose que no lo son aquellos que no son sustituibles conforme a los criterios de la repetida Orden SCO 2874/2007.

Pues bien, sin negar que dentro del lote N° 71 quepan medicamentos que no sean sustituibles entre sí conforme a la Orden SCO 2874/2007, lo que falta es el apoyo normativo que indique que en proceso de concurrencia para la adquisición de medicamentos por la administración pública sanitaria, sólo pueden conformarse lotes con medicamentos que, entre sí, sean sustituibles conforme a la citada Orden.

Como bien advierte la sentencia apelada, no existe precepto alguno que así lo imponga. La Orden SCO 2874/2007 no tiene por objeto regular la formación de lotes en procesos de contratación de suministros sanitarios, sino establecer los medicamentos que constituyen excepción a la posible sustitución por el farmacéutico con arreglo al artículo 86.4 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Es decir, en la operativa de dispensación de medicamentos por la farmacia (aunque sea de hospital público). Pero ello nada tiene que ver con la operativa de compra de medicamentos por la administración pública. La Orden entrará en aplicación después, cuando se hayan de dispensar los medicamentos previamente adquiridos.

La única limitación es la que está presente en el art. 86 Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido) y conforme al cual "cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto".

En definitiva, el núcleo de la cuestión litigiosa se centra en determinar si la Administración, al fijar adjudicaciones por lotes, ha procurado que los productos del mismo guarden entre sí una homogeneidad tal que les haga susceptibles de formar una unidad funcional.

Para determinar el criterio de homogeneidad, repetimos que no existe precepto alguno que imponga a la administración pública que saca a concurso el suministro de medicamentos por lotes, la obligación de que cada lote lo sea de medicamentos con el mismo principio activo y en condiciones de sustituibles conforme a la Orden SCO 2874/2007.

La referida Orden, aprobada para otra finalidad distinta de la relativa a la adquisición de medicamentos por la administración sanitaria pública, sin duda puede constituir un parámetro para determinar la homogeneidad entre los medicamentos del lote, pero no necesariamente la única, como pretende hacer ver la empresa apelante.

Tan válido es el criterio de la no sustitución de la repetida Orden, como el criterio asumido por el órgano de contratación: la equivalencia terapéutica entre los principios activos de los medicamentos que conforman el lote.

En la resolución impugnada ya se argumenta que si bien es cierto que entre los fármacos que forman el lote puede haber diferencias en su composición o entidad química, sin embargo "se consideran con actividad farmacológica y terapéutica similar, en base al Programa de Equivalentes Terapéuticos (PET) del Hospital Universitario Son Espases". Se añade que el indicado programa es un documento consensuado para la prescripción y dispensación de fármacos considerados equivalentes terapéuticos según la información científica disponible. Para el caso de los medicamentos del lote N° 71 se estima que, conforme al indicado Programa, se ha aplicado el criterio de tratarse de medicamentos "homólogos" entre sí, esto es de "equivalentes terapéuticos que no han demostrado superioridad en términos de eficacia y seguridad, y que se utilizan indistintamente en el contexto de la gestión de adquisiciones, en función de su disponibilidad y/o coste".

En definitiva, la Administración, de un modo razonable y razonado, ha agrupado dentro de un lote una serie de medicamentos equivalentes en términos terapéuticos, lo que no puede afirmarse que sea disconforme a derecho en la medida en que no existe precepto normativo que imponga que la equivalencia u homogeneidad



entre los del mismo lote, deba regirse, exclusivamente, por las pautas de la Orden SCO 2874/2007, que es lo que pretende la parte apelante.

La resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 27 de marzo de 2013, que la recurrente en apelación esgrime como fundamento de su recurso, lo que afirma es que es conforme a derecho la agrupación de medicamentos dentro del mismo lote siguiendo el criterio de que se trate de medicamentos con el mismo principio activo. Criterio con el que estamos perfectamente de acuerdo por ser también un razonable criterio de homogeneidad entre los del lote. Pero de ello no cabe extraer la conclusión de que este criterio sea el único posible o que sea ilegal el criterio que aquí se ha aplicado, el de la equivalencia terapéutica entre medicamentos " *con actividad farmacológica y terapéutica similar, en base al Programa de Equivalentes Terapéuticos (PET) del Hospital Universitario Son Espases*".

La razonable y fundada justificación de la agrupación de medicamentos del Lote N° 71, determina que el órgano de contratación haya actuado dentro de los límites de la discrecionalidad que le incumbe a la hora de elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades.

Procede así, desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia apelada.

#### **COSTAS PROCESALES.**

En aplicación del art. 139.2º de la Ley Jurisdiccional /98, procede imponer las costas a la parte apelante si se desestima totalmente el recurso -lo que es el caso-, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecia la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. En la medida en que no se aprecian circunstancias excepcionales que hagan modificar el criterio del vencimiento objetivo establecido en la norma, debe imponerse las costas a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLAMOS**

1º) DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad **ITALFARMACO,S.A.** contra la sentencia N° 346, de fecha 10 de octubre de 2014 dictada por la Ilma Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 1 de Palma , la cual se confirma en su integridad.

2º) Se imponen las costas de esta apelación a la parte apelante.

Contra la presente resolución no cabe recurso ordinario.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.