



XXII Congreso Nacional de DERECHO SANITARIO

15-16-17 OCTUBRE

MADRID 2015

1

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUBASTAS DE MEDICAMENTOS EN ANDALUCÍA **MARCO NORMATIVO PARA LAS SUBASTAS DE MEDICAMENTOS**

Madrid, 15 de octubre de 2015

José Ignacio Vega Labella
Socio de Ramón y Cajal Abogados, SLP
Abogado del Estado (en excedencia)
Ex Secretario General Técnico del Ministerio de Sanidad y Consumo





XXII Congreso Nacional de DERECHO SANITARIO

15-16-17 OCTUBRE

MADRID 2015

2

- I. EXPOSICIÓN DE LA SITUACIÓN: LAS DIFERENTES IMPUGNACIONES JURISDICCIONALES**
- II. LAS RAZONES DE LAS DIFERENTES IMPUGNACIONES**
- III. EL CRITERIO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**
- IV. POSIBLES ESCENARIOS TRAS EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**
- V. ¿SON LAS SUBASTAS UN MODELO IDÓNEO?**
- VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES**





XXII Congreso Nacional de DERECHO SANITARIO

15-16-17 OCTUBRE

MADRID 2015

3

I.- EXPOSICIÓN DE LA SITUACIÓN: LAS DIFERENTES IMPUGNACIONES JURISDICCIONALES

- Desde 2012 a 2015: **7 subastas y una prórroga** (de la 1ª)
- Los **procesos constitucionales**: 2 conflictos de competencias y 1 recurso de inconstitucionalidad. Suspensión (alzada).
- Los **procesos contencioso-administrativos**: su vinculación a los procesos constitucionales (prejudicialidad constitucional).
- Procesos en materia de **Unidad de Mercado**





XXII Congreso Nacional de DERECHO SANITARIO

15-16-17 OCTUBRE

MADRID 2015

4

II.- LAS RAZONES DE LAS DIFERENTES IMPUGNACIONES

- **Procesos constitucionales:** cuestiones competenciales
 - **Títulos competenciales:** 149.1.1, 149.1.16 y 149.1.17 CE
 - **Legislación (básica) estatal infringida:** igualdad de acceso a prestación farmacéutica, cartera de servicios, financiación de medicamentos, régimen de dispensación y sustitución.
- **Procedimientos contenciosos frente a las siete subastas:**
 - **Cuestiones competenciales** (cuestionan el modelo): idénticos motivos a los de los procesos constitucionales.
 - **Cuestiones de legalidad ordinaria** (cuestionan la aplicación del modelo, bien en su diseño o convocatoria, bien en su desarrollo): prueba capacidad de abastecimiento, comercialización efectiva, lotes, unidad de mercado.
 - ¿Otras cuestiones?: desabastecimiento, adherencia tratamientos, ahorro, etc.
 - ¿Qué se pide?: **anulación + Ds y Ps** (pretensión de “plena jurisdicción”).
- **Procedimientos contenciosos frente a la prórroga de la 1ª subasta:** La prórroga es ilegal y encubre novación de los convenios.
- **Procedimientos en materia de unidad de mercado:** trabas libertades establecimiento y servicios





XXII Congreso Nacional de DERECHO SANITARIO

15-16-17 OCTUBRE

MADRID 2015

5

III.- EL CRITERIO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

- Falta de valoraciones jurídicas
- Informe 2/2014 de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía:
 - Es un sistema implantado por Ley, que se encuentra plenamente vigente
 - Puede participar cualquier operador interesado y no interviene, incide ni determina, precio alguno.
 - Se mantiene la dispensación de medicamentos en los términos fijados por la legislación estatal.
 - El sistema planteado por el SAS plantea evidentes ventajas: permite utilizar el poder de mercado del comprador público mayoritario (¿?) para fomentar la competencia de precios; los precios de las transacciones son más transparentes; no distorsiona la competencia, y el laboratorio tiene más certeza sobre la demanda esperada; facilita la entrada de nuevos competidores; etc.
 - Las subastas disminuyen los inconvenientes que suponen para los pacientes el cambio continuo de presentación en las sucesivas dispensaciones.
 - El sistema o no afecta en absoluto a la prestación farmacéutica del SNS.
 - Permite combatir los descuentos.
 - Sigue existiendo libertad de prescribir por marca y de medicamentos de autocuidado.





XXII Congreso Nacional de DERECHO SANITARIO

15-16-17 OCTUBRE

MADRID 2015

6

IV.- POSIBLES ESCENARIOS TRAS EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- **Imposibilidad de determinar el sentido del fallo; precedente STC 211/2014 (*cataloguiño*):**
 - “Constitucionalidad mediata”: crítica y consecuencias. El voto particular
 - Art. 91, 4 y 5 TRLGURMYP
- **Sentencias estimatorias: inconstitucionalidad de norma y subastas**
 - Imposibilidad de nuevas subastas
 - Anulación 1ª, 2ª y prórroga de la 1ª: Continuación de pleitos para determinar Ds y Ps.
 - ¿Subastas 3ª y siguientes?: decisión de los Tribunales contenciosos, pero deberían anular:
 - Porque han suspendido sus procedimientos.
 - Art. 40.2 LOTC
 - Pretensiones de plena jurisdicción: resarcimiento de daños en ejecución de sentencia
 - Posibles reclamaciones RPA de laboratorios no impugnantes: 1 año desde la 1ª sentencia firme
- **Sentencias desestimatorias:** validez del modelo subasta, pero deberían continuar los pleitos para determinar si cabe anulación de las convocatorias (y de la prórroga de la 1ª) por motivos de legalidad ordinaria (lotes, capax producción, etc).
- Si desestiman también por motivos de legalidad ordinaria, sería difícil acción de resarcimiento (plazo).





XXII Congreso Nacional de DERECHO SANITARIO

15-16-17 OCTUBRE

MADRID 2015

7

V.- ¿SON LAS SUBASTAS UN MODELO IDÓNEO?

- **Las subastas** (adjudicaciones basadas únicamente en criterio precio) **son cada vez más excepcionales** en materia de contratación pública. Se prefiere el concurso (adjudicaciones con base en varios criterios) o, incluso, el diálogo competitivo.
- Los procedimientos concursenciales en forma de subasta están únicamente **indicados cuando se trata de adquirir productos al menor precio posible**: el SAS ni compra, ni debe hacerlo necesariamente al menor precio.
- En materia farmacéutica, no se trata de ahorrar el máximo en la factura farmacéutica sino de **garantizar que el medicamento llegue a todos sus destinatarios de la manera más eficaz posible.**
- Implican el otorgamiento de una “**exclusiva**”. En este caso el efecto es mucho más perverso porque, *de facto*, implica la “**desfinanciación**” total del medicamento, ya que hay un **único comprador.**
- Al reducirse la oferta, **las posibilidades de desabastecimiento se incrementan exponencialmente** (incluso los laboratorios no seleccionados tenderán a reducir su producción).





XXII Congreso Nacional de DERECHO SANITARIO

15-16-17 OCTUBRE

MADRID 2015

8

V.- ¿SON LAS SUBASTAS UN MODELO IDÓNEO?

- Si se opta por un sistema de subastas, para evitar el desabastecimiento habrá que **extremar las exigencias de solvencia económica y técnica de los licitadores**, lo que indudablemente producirá el efecto de **exclusión de las pequeñas y medianas compañías**.
- **El Estado pierde la herramienta de fijación unilateral del precio** como instrumento de contención del gasto, quedando en manos de los licitadores y facilitando prácticas colusorias o de cartelización en modo alguno deseables.
- A medio y largo plazo, **pueden ser anticompetitivas**.
- La Ley prevé **otras medidas mucho más eficaces** (sistema de precios de referencia, agrupaciones homogéneas, precios seleccionados).
- El Ministerio ha dado un **nuevo sesgo al sistema de precios seleccionados** en el proyecto de RD de precios: **ya no es una subasta**.





XXII Congreso Nacional de DERECHO SANITARIO

15-16-17 OCTUBRE

MADRID 2015

9

VI.- CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

- **El TC no va a resolver el problema de las subastas ni el modelo territorial.** Solo si las sentencias son estimatorias se podría entender resuelto el problema. Si son desestimatorias, los tribunales podrían anular las subastas y reconocer indemnizaciones como consecuencia de la infracción de la normativa ordinaria, no constitucional.
- Si los tribunales “validan” el modelo definitivamente se producirá, con toda seguridad, un **efecto expansivo en muchas otras comunidades autónomas**, con el consiguiente peligro de desequilibrios e inequidades territoriales.
- Cada modelo, incluso, podría ser distinto, lo que derivaría en una **judicialización de la política farmacéutica**.
- **El modelo de subasta o, incluso, de precios seleccionados, no parece especialmente indicado para la financiación de medicamentos y productos sanitarios** incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud. **Hay otras medidas mucho más eficaces**
- Se impone, pues, un **gran pacto en materia de política farmacéutica**, a través del CISNS o, incluso, de alguna medida normativa previamente consensuada, a la que podría atribuirse el carácter de legislación básica estatal (art. 149.1.16ª CE) o legislación armonizadora (art. 150.3 CE). **¿LOAPA sanitaria?**





XXII Congreso Nacional de DERECHO SANITARIO

15-16-17 OCTUBRE

MADRID 2015

10

MUCHAS GRACIAS

