

## CON LA VENIA: *Viva la creatividad*



Santiago Tomás

*Abogado de Faus & Moliner*

Cuando hablamos de creatividad lo más común es que nuestra mente imagine a alguien como un pintor convirtiendo un lienzo en una obra de arte o a un escultor dando vida a un fragmento de roca o metal. No obstante, creativos podemos ser todos y, por qué no, también la Administración.

Fue ciertamente creativa la Administración Andaluza cuando ideó el polémico sistema de las “subastas andaluzas”. Un procedimiento mediante el que se seleccionaban los medicamentos a dispensar por los farmacéuticos cuando la prescripción se efectuase por principio activo (no por denominación comercial), atendiendo al menor precio ofrecido por los laboratorios participantes en cada convocatoria. Ahora el Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de junio de 2021, como ya hicieron antes otros Tribunales, ha dado un espaldarazo a dicha creatividad.

La sentencia resuelve el recurso planteado por un laboratorio contra la resolución de una de dichas convocatorias, cuestionando la legalidad del propio sistema. Las cuestiones analizadas por el Tribunal Supremo son dos, las más polémicas: (i) si el sistema de subastas tenía o no la naturaleza de contrato público (licitación) sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público y sus principios; y (ii) si, independientemente de su naturaleza, restringía la libre competencia. El Tribunal responde negativamente a ambas cuestiones confirmando la legalidad del sistema, a pesar de haber sido éste superado por los cambios normativos acaecidos.

El Tribunal entiende que, en el convenio suscrito entre el laboratorio seleccionado y la Administración no se daban los elementos esenciales para la existencia de un Contrato Público oneroso sujeto a la referida Ley. Sostiene que no estamos

ante la formalización de un contrato de suministro, no hay entrega de un bien a la Administración ni pago de un precio por parte de ésta. Es el farmacéutico o la farmacéutica, un sujeto de derecho privado, quien compraba luego el medicamento al laboratorio seleccionado y lo prescribía al paciente, si éste presentaba una prescripción médica por principio activo.

Tampoco consideró el Tribunal que el referido sistema supusiese un obstáculo a la competencia. Todas las empresas en el mercado podían participar en cada convocatoria y la selección se producía exclusivamente por un criterio objetivo, el precio.

Podríamos debatir durante horas acerca de la conveniencia, oportunidad, necesidad, utilidad e impacto del sistema de subastas andaluzas (ya menos sobre su legalidad), motivos de discusión los habrá de sobras. Sin embargo, eso ya no tiene sentido al no estar más en funcionamiento. En lugar de ello es preferible buscar una moraleja constructiva. La creatividad de la Administración es posible si se atiene a los límites legales.

Una de las lecciones que podemos obtener de esta pandemia es que ha llegado la hora de reinventarnos. Es el momento de innovar, cambiar el funcionamiento del sistema al que estamos acostumbrados, que en muchas ocasiones se ha demostrado obsoleto. Es conveniente reflexionar sobre nuevas formas de adquirir, distribuir y dispensar medicamentos. Hay que buscar nuevos paradigmas en la contratación pública y la financiación de medicamentos que fomenten la innovación. La Administración puede ser parte del cambio, con una dosis de creatividad.