

CON LA VENIA: *Legislar de forma valiente*



Santiago Tomás

Abogado de Faus & Moliner

El BOE de 21 de septiembre de 2022 publicaba la interposición por el Gobierno, de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, que modifica la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra. Dicha Ley introdujo una medida vanguardista, que modificaba el sistema tradicional de compra de medicamentos para uso hospitalario y lo dotaba de una mayor (y necesaria) agilidad.

Concretamente, se excluía de la aplicación de la normativa de contratos públicos (y con ello de licitación) la compra de todos los medicamentos que cuenten con una resolución de financiación por el SNS. Los medicamentos financiados pasaban a poder adquirirse de forma directa mediante contratos sujetos a derecho privado.

El recurso del Gobierno defiende que la Ley navarra vulnera competencias exclusivas del Estado. Por el contrario, Navarra entiende que la norma es conforme a Derecho, pues estaría amparada en las competencias que la Ley Orgánica 13/1982 le otorga sobre “contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia”.

Hay que tener en cuenta que Navarra goza de un régimen competencial distinto al de las Comunidades Autónomas de Régimen Común, que le obliga a respetar solo “los principios esenciales” de la normativa básica del Estado, en lugar de todo su contenido normativo. La clave será determinar si excluir de la licitación la compra de los medicamentos financiados es contrario a los “principios esenciales” de la LCSP.

Más allá de la constitucionalidad de la norma, también podría plantear dudas la exclusión total de la compra pública de medicamentos financiados por el SNS. El Tribunal de Justicia la Unión Europea entiende que la finalidad de la normativa comunitaria sobre contratos públicos es salvaguardar la competencia, por lo que la selección de un operador de entre varios posibles es lo que determina la existencia de un contrato público. Cabría pensar que, cuando existen diversos proveedores, necesariamente se produce una “selección” en el momento en el que se adjudica el suministro del medicamento a una entidad concreta y, con ello, un contrato público.

Sin embargo, una parte de la propuesta navarra podría (y debería) ser rescatada. Siguiendo esta interpretación finalista pro-garantía de la competencia, nada impediría excluir de su aplicación la compra pública de medicamentos innovadores, que son exclusivos de una sola compañía. En este caso no puede producirse ninguna selección (solo hay un proveedor posible) y las condiciones económicas (precio) ya han sido preestablecidas por el Ministerio.

Conviene que esta no sea una oportunidad perdida. Hay que aprovechar las reflexiones que suscita la norma navarra y trasladarlas al conjunto del Estado, mediante una modificación legal que exceptúe del régimen de los contratos públicos la compra de medicamentos exclusivos. El proceso de revisión de la Ley de Garantías del Medicamento en curso puede ser la oportunidad perfecta para ello, como propusimos desde nuestro despacho en el trámite de Consulta Pública. Es la hora de legislar de forma valiente en beneficio del sistema.