

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

DEBATES

CARLOS ROMERO REY

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: un palimpsesto

ORIOI MIR PUIGPELAT

La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la administración

RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE

La responsabilidad patrimonial derivada del acto administrativo

LUIS MEDINA ALCOZ

El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

EDORTA COBREROS MENDAZONA

Culpabilidad, funcionamiento de los servicios y antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración y una referencia a la de los demás poderes del Estado

ESTUDIOS

JUAN SANTAMARÍA

Proposiciones sobre la teoría y regulación de la invalidez de los actos administrativos

ESTEBAN ARIMANY LAMOGLIA

Gestión directa y descentralizada de servicios públicos locales: encargo a medio propio o transferencia de competencias

213

septiembre/diciembre
2020

DEBATES

ESTUDIOS

JURISPRUDENCIA

CRÓNICA
ADMINISTRATIVA

BIBLIOGRAFÍA

Revista de Administración Pública
ISSN-L 0034-7639
Núm. 213, septiembre-diciembre 2020

LA REGULACIÓN LEGAL DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO Y LA REGULACIÓN CONTRACTUAL DE SU GESTIÓN INDIRECTA: SU CONFUSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS CONCIERTOS FARMACÉUTICOS

JUAN DE LA CRUZ FERRER
Universidad Complutense de Madrid

Cómo citar/Citation

De la Cruz Ferrer, J. (2020).

La regulación legal de la prestación del servicio público y la regulación contractual de su gestión indirecta: su confusión en la jurisprudencia sobre los conciertos farmacéuticos.

Revista de Administración Pública, 213, 209-223.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.09>

Resumen

Los conciertos que suscriben los Servicios de Salud con las oficinas de farmacia, para prestar el servicio de la asistencia farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, no habían recibido una calificación jurídica por la jurisprudencia. Dos sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2019 califican jurídicamente los conciertos farmacéuticos como una operación no comercial y que genera obligaciones *ex lege*; lo cual tiene consecuencias graves porque excluye la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público. En el análisis de estas sentencias argumentamos que incurren en el error de aplicar el régimen jurídico de la prestación del servicio público por el farmacéutico al usuario, que tiene una regulación legal, a la relación entre la Administración y el farmacéutico para concertar la gestión del servicio, que tiene una regulación contractual.

Palabras clave

Conciertos farmacéuticos; asistencia farmacéutica del Sistema Nacional de Salud y de la Seguridad Social; calificación jurídica del contrato; gestión y prestación del servicio público.

Abstract

Until two Judgments of the Supreme Court of June 24, 2019, the agreements signed by the Health Services with the pharmacy offices, to provide the service of pharmaceutical assistance of the National Health System, had not received a legal qualification in case law. The legal classification of pharmaceutical agreements by the Supreme Court as a non-commercial operation, which generates *ex lege* obligations, has serious consequences because it excludes the application of the Public Sector Contract Act. In the analysis of these Judgments, we argue that they make the mistake of applying the legal regime of the provision of public service by the pharmacist to the user, which has a legal regulation, to the relationship between the Public Administration and the pharmacist to arrange the management of the service, which has a contractual regulation.

Keywords

Pharmaceutical agreements; Social Security and National Health System pharmaceutical assistance; contracts legal qualification; public service management and provision.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA JURISPRUDENCIA QUE DEFINE LA NATURALEZA DE LOS CONCIERTOS FARMACÉUTICOS. III. DOS TIPOS DE DISPENSACIÓN DE MEDICAMENTOS: LIBRE Y CONCERTADA: 1. La dispensación libre y las obligaciones esenciales del farmacéutico. 2. La dispensación concertada con cargo a la prestación farmacéutica del SNS. IV. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE JUNIO DE 2019: 1. Los conciertos de MUFACE, MUGEJU e ISFAS son definidos por la LCSP como contratos administrativos de concesión de servicios. 2. La distinción entre gestión y prestación del servicio: la regulación contractual de la gestión del servicio y la regulación legal de su prestación. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En los contratos administrativos la libertad de pactos (art. 34 LCSP) convive y debe respetar las normas legales imperativas, que quedarán incluidas en la regulación contractual. Por eso, el estatuto de las partes en la relación contractual será mixto: en una parte vendrá definido por acuerdos contractuales y, en otra parte, vendrá definido por normas legales de obligada aplicación. Esta confluencia de normas conlleva el riesgo de confundir el régimen jurídico de las obligaciones y derechos. El art. 1089 CCv distingue el origen de las obligaciones («las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia») porque cada fuente puede conllevar un régimen jurídico diferente.

Si la intensidad de la regulación imperativa es un fenómeno contractual generalizado, todavía lo es más en el caso de los contratos cuyo objeto es la gestión de un servicio público que compromete derechos fundamentales de los usuarios, cuyo ejercicio debe proteger la regulación. En este escenario, interesa realizar desde el principio una distinción que facilite comprender el planteamiento del problema: en todo servicio público subjetivo (aquel en que la Administración asume como propia la actividad de que se trata, según el art. 284.2 LCSP) se

presentan dos relaciones jurídicas: la primera, entre la Administración titular del servicio y el concesionario al que encarga su gestión; y la segunda, entre el concesionario que presta el servicio y el usuario. Estas relaciones tienen un régimen jurídico distinto: en la primera es contractual, mientras que en la segunda es legal.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA JURISPRUDENCIA QUE DEFINE LA NATURALEZA DE LOS CONCIERTOS FARMACÉUTICOS

Los conciertos farmacéuticos son los acuerdos suscritos entre los Servicios de Salud de las comunidades autónomas y los Colegios Provinciales de Farmacéuticos, que actúan en nombre de los farmacéuticos titulares de las 22.000 oficinas de farmacia existentes en España, para la gestión de la prestación farmacéutica incluida en la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y del Sistema Nacional de Salud.

Desde sus orígenes, que se remontan a la Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad de 1942, hasta ahora no se había formulado una jurisprudencia del Tribunal Supremo que definiera la naturaleza jurídica de los conciertos farmacéuticos. Evidentemente, desde los juzgados de lo contencioso hasta el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han tenido que resolver con alguna frecuencia controversias suscitadas entre gobiernos con motivo de la regulación por el Estado y las comunidades autónomas de las oficinas de farmacia y de los conciertos, o conflictos entre las oficinas de farmacia y las Administraciones sanitarias por las condiciones de la gestión de la prestación farmacéutica y de la regulación o aplicación de los conciertos farmacéuticos, pero hasta ahora no se había llegado a formular jurisprudencia.

Tras la recesión económica de 2008 y la generalización de los impagos de la facturación de la prestación farmacéutica por los Servicios de Salud a las oficinas de farmacia, las sentencias de los tribunales se hicieron más frecuentes. La situación planteaba cuestiones relevantes como el tipo de interés a devengar por la mora en los pagos, o la obligación de los farmacéuticos de continuar adquiriendo y dispensando medicamentos, arriesgando su propio patrimonio, a pesar del incumplimiento de la Administración.

Por eso, resultan trascendentales las Sentencias del Tribunal Supremo 877/2019, de 24 de junio, *Colegio Oficial de Farmacéuticos de Alicante*, ponente Pablo Lucas Murillo de la Cueva, y 860/2019, de 24 de junio de 2019, ponente Celsa Pico Lorenzo, cuyos fundamentos jurídicos son idénticos a la anterior.

Las sentencias resuelven sendos recursos de casación en que la Sala había precisado que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

determinar si en caso de retraso en el abono de la prestación farmacéutica debida a las oficinas de farmacia, por dilación de la Administración obligada a su

pago, los correspondientes intereses de demora deben cuantificarse conforme a la Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, o bien si a esos efectos han de ser aplicadas las reglas de las obligaciones no comerciales de la Administración pública.

Las sentencias resuelven la cuestión manifestando:

El punto central en torno al que gira la controversia que se nos ha sometido es el relativo a la naturaleza del negocio jurídico plasmado en el concierto de 23 de junio de 2004 (el Concierto farmacéutico) y, en relación con ella, si implica una operación comercial entre empresa o empresas y la Administración. Pues bien, hemos de decir que no nos parecen convincentes los argumentos que mantienen que las relaciones a que da lugar dicho concierto integren un contrato administrativo y den lugar a operaciones comerciales entre las oficinas de farmacia y la Generalidad Valenciana.

Dice bien la sentencia de instancia que las oficinas de farmacia tienen la obligación legal de dispensar los medicamentos y otros productos farmacéuticos a los asegurados que presenten las recetas correspondientes en forma y que esa obligación es de derecho público. Resulta del art. 103 de la Ley General de Sanidad, del art. 1 de la Ley 16/1997, del art. 84 de la Ley 29/2006 y, ahora, del art. 86 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015 de 24 de julio ...

El concierto solamente establece un mecanismo mediante el que la Generalidad Valenciana satisface a los Colegios las facturaciones mensuales de las oficinas de farmacia relativas a la parte del precio de los medicamentos dispensados que no satisfacen los asegurados.

No se aprecia, pues, la relación contractual típica ni tampoco se advierten los elementos que, según la Directiva y la Ley 3/2004, identifican a las operaciones comerciales a las que se refieren.

En consecuencia, la sentencia no ha infringido la Ley 3/2004 y ha establecido correctamente que a los intereses de demora por el retraso en el pago de las facturaciones respecto de los plazos previstos en el concierto no les es aplicable el tipo señalado por aquella, sino el legal del dinero.

Estas sentencias de 24 de junio de 2019 tienen consecuencias graves porque, al responder a la cuestión esencial sobre la naturaleza jurídica del Concierto Farmacéutico, dicen lo que no es, pero no explican lo que es. Excluyen que los Conciertos Farmacéuticos constituyan contratos administrativos, por lo que no resultarán de aplicación los mecanismos de salvaguardia contractual que la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, brinda a los contratistas de la Administración; pero solamente califican los conciertos como un «mecanismo de pago», términos que no constituyen una calificación jurídica ni permiten aplicar régimen jurídico alguno en el que se establezcan derechos, obligaciones y garantías para el farmacéutico en caso de impago o incumplimiento de otras obligaciones por parte de la Administración.

III. DOS TIPOS DE DISPENSACIÓN DE MEDICAMENTOS: LIBRE Y CONCERTADA

Para aclarar el régimen jurídico de la dispensación de medicamentos y de las obligaciones de los farmacéuticos es imprescindible distinguir la dispensación «libre», es decir, el suministro privado a los particulares, de la dispensación «concertada» o cubierta por la prestación sanitaria pública, cuya financiación corre a cargo del Sistema Nacional de Salud.

La dispensación de medicamentos es un servicio público esencial e imprescindible para las personas que necesitan disponer de medicamentos y productos sanitarios para proteger su salud. La regulación sobre las oficinas de farmacia (Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia) y la dispensación de medicamentos (Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios) tiene su razón de ser en que este servicio se preste con la mayor seguridad y calidad posibles.

El servicio puede prestarse: a) de forma «libre» o b) de forma «concertada», como gestión indirecta —por cuenta del Estado— de la asistencia sanitaria y farmacéutica de la Seguridad Social y del Sistema Nacional de Salud. En ambos casos nos encontramos con un servicio esencial e imprescindible para los particulares, que debe prestarse de manera continuada, por lo que puede calificarse como servicio público. En el primer caso, nos encontramos ante un servicio público «objetivo» porque el servicio no es de titularidad de una Administración pública; mientras que, en el segundo caso, nos encontramos ante un servicio público «subjetivo» porque el servicio sí es de titularidad de la Administración pública.

La Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos distingue estos dos tipos de obligaciones de los farmacéuticos, al disponer en su art. 86.3 que:

[...] las oficinas de farmacia vienen obligadas a dispensar los medicamentos que se les demanden tanto por los particulares como por el Sistema Nacional de Salud en las condiciones reglamentarias establecidas.

La redacción del precepto es incorrecta porque los medicamentos siempre son demandados a la oficina de farmacia por los particulares: en unos casos, para su adquisición «libre», con o sin receta médica, mediante el pago del precio de venta al público regulado; y, en otros casos, para su adquisición «concertada», siempre con receta y de forma total o parcialmente gratuita, con cargo a la prestación farmacéutica.

La cuestión jurídica que interesa destacar es que, siguiendo la clasificación del art. 1.089 del Código Civil y la tradicional distinción de relaciones jurídicas en el contrato de gestión de servicio público en la que incidiremos más adelante, la primera obligación general de dispensación «libre» de medicamentos al público

nace de la ley; mientras que la segunda obligación específica o «concertada» de dispensar medicamentos con cargo a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud nace de un contrato de concesión de servicio público.

Ahora bien, la cuestión no es tan sencilla, y aquí radica el origen de las confusiones, porque basta leer el anterior art. 86.3 de La Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos para comprobar que la obligación específica o concertada también nace de este precepto legal y de la regulación legal y reglamentaria que la desarrolle... Es decir, nos encontramos, según apuntamos al comienzo, con «contratos intensamente regulados», en que los derechos y obligaciones de las partes, pactados por la autonomía de su voluntad (contenido dispositivo), conviven con otros derechos y obligaciones impuestos por la regulación legal y reglamentaria (contenido imperativo).

1. LA DISPENSACIÓN LIBRE Y LAS OBLIGACIONES ESENCIALES DEL FARMACÉUTICO

Las obligaciones esenciales del farmacéutico son la adquisición, custodia y dispensación de medicamentos al público. Con carácter general, la Ley 14/1986, General de Sanidad, dispone en su art. 103 que «la custodia, conservación y dispensación de medicamentos corresponderá: a) a las oficinas de farmacia...».

La Ley 16/1997 de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia dispone:

Artículo 1. Definición y funciones de las oficinas de farmacia.— En los términos recogidos en la Ley 14/1986 General de Sanidad, de 25 de abril, y la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios privados de interés público, sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas, en las que el farmacéutico titular-propietario de las mismas, asistido, en su caso, de ayudantes o auxiliares, deberá prestar los siguientes servicios básicos a la población: 1. La adquisición, custodia, conservación y dispensación de los medicamentos y productos sanitarios.

Por su parte, la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios dispone:

Artículo 3. Garantías de abastecimiento y dispensación.— 1. Los laboratorios farmacéuticos, entidades de distribución, importadores, oficinas de farmacia, servicios de farmacia de hospitales, centros de salud y demás estructuras de atención a la salud están obligados a suministrar o a dispensar los medicamentos y productos sanitarios que se les soliciten en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas.— 2. Los responsables de la producción, distribución, venta y dispensación de medicamentos y productos sanitarios deberán respetar el principio de continuidad en la prestación del servicio a la comunidad.

Así pues, «la obligación general de las oficinas de farmacia de dispensar medicamentos en las condiciones legal o reglamentariamente establecidas» es una obligación que nace de la ley, conforme al art. 1089 del Código Civil, y queda conformada —en cuanto a su alcance y responsabilidad por incumplimiento— por la ley y por los reglamentos que la desarrollan.

2. LA DISPENSACIÓN CONCERTADA CON CARGO A LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA DEL SNS

Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, establece en su art. 7 el Catálogo de Prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que incluye los servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos. El Catálogo comprende la prestación farmacéutica. El artículo 16 dispone que

la prestación farmacéutica comprende los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad. Esta prestación se regirá por lo dispuesto en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, y por la normativa en materia de productos sanitarios y demás disposiciones aplicables.

Por su parte, la Ley General de la Seguridad Social, cuyos textos refundidos fueron aprobados por el Decreto 2065/1974 y por el actualmente vigente Real Decreto Legislativo 8/2015 (que ha mantenido vigente la regulación del Decreto 2065/1974 sobre la asistencia sanitaria y las prestaciones médicas y farmacéuticas contenida en sus arts. 98 y siguientes), dispone que los beneficiarios de la Seguridad Social tienen derecho a la asistencia sanitaria, que incluye la prestación farmacéutica mediante la prescripción facultativa de los medicamentos necesarios para la salud y su dispensación por las oficinas de farmacia, de forma parcial o totalmente gratuita para el usuario, en función del tipo de beneficiario y del tipo de tratamiento. El Estado gestiona las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social mediante el Sistema Nacional de Salud integrado por los Servicios Autonómicos y Estatales (INGESA) de Salud.

Frente al Sistema Nacional de Salud y a la Seguridad Social nos encontramos ante el principal «servicio público subjetivo» del Estado. La Ley 14/1986, General de Sanidad, dispone en sus arts. 44 y 45 que todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integrarán el Sistema Nacional de Salud. El Sistema Nacional de Salud es el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. El Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud.

Si por razones de eficiencia y eficacia, la Administración, en vez de gestionar el servicio mediante su propia organización (gestión «directa»), decide encargar esta gestión a los particulares (gestión «indirecta»), será necesario formalizar ese encargo en un contrato público al que se denomina concierto sanitario (art. 90 de la Ley General de Sanidad). La legislación básica del Estado aborda esta cuestión en la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos, cuyo art. 105, Colaboración entre oficinas de farmacia y el Sistema Nacional de Salud, dispone:

«1. Las oficinas de farmacia, como establecimientos sanitarios que son, colaborarán a los fines de esta ley para garantizar el uso racional de los medicamentos en la atención primaria a la salud. 2. Con independencia de las obligaciones establecidas en esta ley y las que se determinen en la normativa de desarrollo, las oficinas de farmacia podrán ser objeto de concertación en el Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con el sistema general de contratación administrativa».

Aquí es donde encajan los conciertos farmacéuticos y la dispensación concertada de medicamentos y productos sanitarios. Por eso, la obligación específica de dispensar medicamentos a los particulares con cargo a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud nace tanto de su regulación por el respectivo Concierto suscrito entre el Servicio Autonómico de Salud y los farmacéuticos titulares de oficina de farmacia como de su regulación legal y reglamentaria específica.

IV. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE JUNIO DE 2019

Llegamos al punto en que resulta imprescindible aclarar la cuestión principal: en la legislación sanitaria, farmacéutica y del medicamento, en los conciertos farmacéuticos y en las decisiones de los tribunales nos encontramos con que la obligación de dispensación de medicamentos se rige simultáneamente por la ley y por el concierto, por lo que es necesario delimitar cuál es el supuesto específico o el ámbito propio de cada regulación, como criterio para definir su alcance.

La jurisprudencia sentada por las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2019 excluye la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público a la relación Administración-farmacéutico estipulada en los conciertos farmacéuticos porque nos encontramos ante una obligación legal y no contractual, que surge de una relación que no es comercial, que no integra un contrato administrativo. Seguidamente argumentamos por qué estas calificaciones no nos parecen correctas.

1. LOS CONCIERTOS DE MUFACE, MUGEJU E ISFAS SON DEFINIDOS POR LA LCSP COMO CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS

Al igual que ya sucedía con la regulación de la LCSP 2011, la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público plantea un grave problema a las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2019 porque, en su disposición adicional decimonovena, define la naturaleza jurídica de los Conciertos para la prestación de asistencia sanitaria:

Los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de concesión de servicios regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público.

La asistencia farmacéutica es una de las prestaciones que integran la asistencia sanitaria y los conciertos que celebran las mutualidades con las oficinas de farmacia tienen el mismo objeto que los que estas celebran con los Servicios de salud de las comunidades autónomas, por lo que no cabe que dos negocios jurídicos con el mismo contenido reciban una calificación jurídica diferente por parte de una ley y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Importa recordar que, para valorar con qué criterios debe efectuarse la calificación jurídica de un determinado negocio, hay que tener en cuenta que la naturaleza de un contrato no depende de la voluntad de las partes, sino de su propio contenido y esencia: los contratos son lo que son y no lo que las partes quieren que sean. Lo competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo impone a los tribunales que no se queden en analizar el *nomen iuris* que las partes hayan asignado a un contrato, puesto que las cosas son lo que son con independencia de la calificación que quieran darles las partes.

Este criterio ha sido ampliamente reafirmado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pudiendo citarse la Sentencia de 15 de febrero de 1999 [RJ 1999/915]:

[...] en el Derecho Administrativo, la calificación que las partes otorguen al contrato no tiene virtualidad para alterar su verdadera naturaleza jurídica. Sirve, sin duda, de elemento importante para su interpretación pero no para alterar el régimen jurídico que le resulte aplicable en razón a su causa y objeto.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2003 explica que

hay que estar no a la denominación que las partes intervinientes otorguen al negocio objeto de la controversia sino a la «real naturaleza del mismo», de manera que si los derechos y obligaciones que contraen las partes son las características de cualquier contrato típico o especial regulado en las leyes, será el régimen de esos contratos el que determine el procedimiento que tiene que seguirse para su celebración, y la regulación de su contenido y efectos.

Por eso, desde el momento en que los Conciertos de MUFACE, MUGEJU e ISFAS han sido calificados por la Ley 9/2017, es decir, por la ley que regula la contratación pública, como contratos administrativos de concesión de servicios, de acuerdo con la causa y objeto de los contratos y con los derechos y obligaciones que contraen las partes, los Conciertos Farmacéuticos Autonómicos, que tienen un objeto idéntico, no pueden ser calificados por el Tribunal Supremo (plenamente sometido a la ley) diciendo que no constituyen contratos administrativos...

2. LA DISTINCIÓN ENTRE GESTIÓN Y PRESTACIÓN DEL SERVICIO: LA REGULACIÓN CONTRACTUAL DE LA GESTIÓN DEL SERVICIO Y LA REGULACIÓN LEGAL DE SU PRESTACIÓN

Las Sentencias del Tribunal Supremo afirman, sin exponer la motivación que lleva a realizar tales calificaciones, que

las relaciones derivadas del concierto farmacéutico no integran un contrato administrativo y no dan lugar a operaciones comerciales entre las oficinas de farmacia y la Administración. Según estas Sentencias, las oficinas de farmacia tienen la obligación legal de dispensar los medicamentos y otros productos farmacéuticos a los asegurados que presenten las recetas correspondientes de forma que esa obligación es de Derecho Público (art. 103 de la Ley General de Sanidad, art. 1 de la Ley 16/1997 de servicios de oficinas de farmacia, art. 86 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015). El concierto solamente establece un mecanismo mediante el que la Generalidad Valenciana satisface a los Colegios las facturaciones mensuales de las oficinas de farmacia relativas a la parte del precio de los medicamentos dispensados que no satisfacen los asegurados...

Por ello, las sentencias excluyen la aplicación de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y de la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

La carencia de motivación de las sentencias del Tribunal Supremo obliga a buscar las razones de la decisión (*ratio decidendi*) en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Valencia que fueron recurridas en casación y cuyos argumentos dan por válidos.

Ante los retrasos en los pagos de la Administración sanitaria a las farmacias, algunas sentencias del TSJ Valencia han debido dilucidar cuál es el tipo de interés

devengado por esta obligación de pago, exigiendo que la Sala analizara y se pronunciara sobre la cuestión que nos interesa.

Las Sentencias del TSJ Valencia 867/2016, de 26 de octubre, y 207/2017, de 21 de febrero, tras enunciar algunas normas que disciplinan la prestación farmacéutica a cargo de las oficinas de farmacia, añaden que:

[...] la naturaleza de la relación que une a la Administración Sanitaria y los Farmacéuticos a juicio de la Sala es una relación jurídico-pública. Los afiliados a la Seguridad Social tienen derecho a la dispensa de medicamentos cumpliendo los requisitos fijados por la Administración sanitaria, esa obligación recae sobre el Sistema Nacional de Salud, en la Comunidad Valenciana la Consellería de Sanidad —directamente o a través del ente instrumental Agencia Valenciana de Salud, hoy desaparecida—. Según el art. 2.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, la dispensación de los medicamentos de los hospitales u oficinas de farmacia. La conclusión que obtenemos es que la relación que une las farmacias con la administración sanitaria en la dispensación de medicamentos es jurídico pública.

Sentada la anterior premisa, las Sentencias se pronuncian sobre el régimen jurídico que disciplina la relación Administración-farmacéutico cuando se produce la dispensación de un medicamento con cargo a la asistencia del SNS:

«En el contexto de una relación jurídico pública, la primera cuestión que llama la atención, tanto del Convenio de 2004 (Concierto farmacéutico) como de la Exposición de Motivos del Decreto ley 2/2013 (del Consell, de Actuaciones Urgentes de Gestión y Eficiencia en Prestación Farmacéutica y Ortoprotésica), es la continua referencia a la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007 y RDLeg 3/2011)¹.

A pesar de esta continua referencia a la normativa de contratación, el art. 4.1.b), tanto de la Ley 30/2007 como del Real Decreto Legislativo 3/2011 excluyen este tipo de relaciones jurídicas de la legislación estatal², no obstante, su número 2 establece: [...] Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse. [...].

Como quiera que la relación que une a la Administración sanitaria valenciana con los farmacéuticos, respecto a las personas afiliadas a la Seguridad Social, tiene

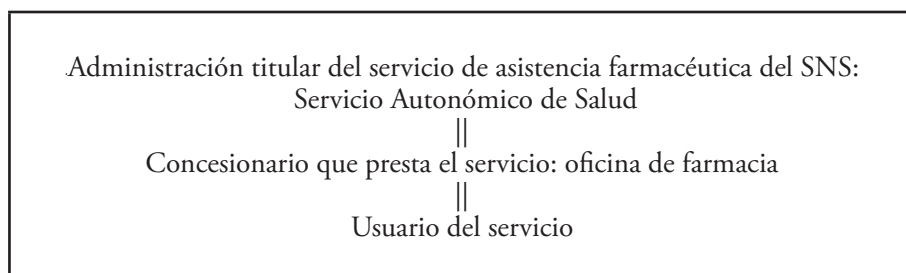
¹ En la cuestión que estamos analizando el régimen jurídico no ha cambiado con la LCSP 2017.

² «Artículo 4. Negocios y contratos excluidos. 1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: ...b) Las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general.»

En la Ley 9/2017 esta exclusión se mantiene en el art. 11.2.

naturaleza jurídico-pública, solo puede tratarse de una obligación *ex lege*, no olvidemos que el art. 1089 del Código Civil establece como primera fuente de obligaciones las nacidas de la Ley.

Entendemos que estas Sentencias del TSJ Valencia incurren en el error de considerar que la relación entre la Administración y las oficinas de farmacia concertadas no está sometida a la Ley de Contratos del Sector Público, en virtud de lo dispuesto por el art. 4.1.b de la LCSP 2011 (actual art. 11.2 LCSP 2017). Tras leer el supuesto de hecho de la exclusión (*relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público*), se comprueba que su objeto no es la relación entre la Administración y el farmacéutico, sino la relación entre el farmacéutico y los usuarios a los que presta el servicio público de la asistencia farmacéutica.



Este error también queda en evidencia al confrontar la argumentación de las sentencias con la explicación que la LCSP 2017 expone en el apdo. IV de su preámbulo:

en el contrato para la gestión de un servicio público existían³ dos tipos de relaciones jurídicas: 1ª la que se establecía entre la Administración contratante y el empresario, que es contractual (contrato de gestión de servicios públicos), y 2ª la que se establecía entre el contratista y el usuario del servicio, que se regula por la normativa propia del servicio que se presta⁴.

³ Podríamos decir que existían y existen porque la nueva ley no ha suprimido «los contratos para la gestión de un servicio público»: ha suprimido el contrato típico con esta denominación específica, pero siguen existiendo contratos de concesión de servicio (en el supuesto de que la Administración transfiera el riesgo de explotación al contratista) y contratos de servicio (cuando no transfiera el riesgo) «para la gestión de un servicio público». Por ello, la explicación goza de plena vigencia.

⁴ Interesa transcribir la explicación:

«[...]el contrato de gestión de servicios públicos hasta la regulación de esta Ley era un supuesto de gestión indirecta del servicio, lo que implicaba que mediante este contrato, la Administración le encomendaba a un tercero, el empresario (normalmente, el concesionario), que gestionase un determinado

Las sentencias del Tribunal Supremo no aciertan a distinguir la existencia de estas dos relaciones jurídicas y confunden su distinto régimen jurídico. Volvamos a contemplar la formulación de la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia:

Determinar si en caso de retraso en el abono de la prestación farmacéutica debida a las oficinas de farmacia, por dilación de la Administración obligada a su pago, los correspondientes intereses de demora deben cuantificarse conforme a la Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, o bien si a esos efectos han de ser aplicadas las reglas de las obligaciones no comerciales de la Administración Pública.

Esto es, el caso objeto de análisis casacional es el retraso en el abono de la prestación farmacéutica debida a las oficinas de farmacia por la Administración obligada a su pago, es decir, la primera relación jurídica, entablada entre la Administración y los farmacéuticos titulares de oficina de farmacia. Sin embargo, la exclusión del art. 4.1.b de la LCSP 2011 (actual art. 11.2 LCSP 2017) son las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público, esto es, la segunda relación, que se entabla entre el farmacéutico y los usuarios del servicio público de la asistencia farmacéutica.

Las sentencias que comentamos incurrir en el error de aplicar la regulación de la segunda relación a la primera, confundiendo el régimen jurídico de la *prestación del servicio* con el régimen jurídico de la *gestión del servicio*. Efectivamente, esta segunda relación jurídica entre la oficina de farmacia y el usuario queda regulada por la ley que establece el régimen jurídico del servicio público de asistencia sanitaria-farmacéutica, por lo que los derechos y obligaciones del prestador del servicio y del usuario nacen de la ley. Por el contrario, la primera relación entre la Administración y el contratista, aunque también regulada básicamente por ley, tiene naturaleza comercial y contractual.

servicio público. El que gestionaba el servicio, por lo tanto, era el empresario o el concesionario, por lo que en todo lo relativo a la utilización del servicio suponía el establecimiento de una relación directa entre el concesionario y el usuario del mismo.

Por ello, en la medida en que el que gestionaba el servicio público y, por tanto, se relacionaba con el usuario era el concesionario, era preciso determinar previamente el régimen jurídico básico de ese servicio, que atribuyera las competencias y determinara las prestaciones a favor de los administrados. Igualmente había que establecer que la actividad que realizaba el concesionario quedaba asumida por la Administración respectiva, puesto que no era la Administración la que prestaba directamente ese servicio.

En definitiva, había dos tipos de relaciones, la que se establecía entre la Administración y el empresario, concesionario, que era contractual (contrato de gestión de servicios públicos), y la que se establecía entre el concesionario y el usuario del servicio, que se regulaba por la normativa propia del servicio que se prestaba».

El anterior error lleva a las sentencias del TSJ Valencia y del Tribunal Supremo a otro error sobre uno de los elementos del régimen jurídico de la relación entre la Administración y el farmacéutico, el tipo de interés que se devenga en caso de retraso en el pago:

DÉCIMO.— A tenor de lo que acabamos de exponer, queda por dilucidar el tipo de interés que debe abonar la Generalidad Valenciana, se deduce claramente de la exposición que hemos hecho. La relación que une a las farmacias con el sistema valenciano de salud es jurídica pública, la obligación de dispensar medicamentos a los afiliados de la Seguridad Social que presenten las recetas en las condiciones reglamentarias es una obligación *ex lege*, el tipo de interés no puede ser el recogido en la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad, sino el interés legal.

Frente a esta argumentación de las sentencias del TSJ Valencia y del Tribunal Supremo (basada en el error de calificar la obligación de pago por la Administración como *obligación ex lege* y no *ex contractu*), la naturaleza contractual de la relación Administración-farmacéutico nos lleva a la aplicación de la LCSP y de su art. 198.4, conforme al cual, a partir del cumplimiento del plazo de pago, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro sí son los establecidos en la Ley 3/2004, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

V. CONCLUSIÓN

Podemos concluir sobre el régimen jurídico de la obligación de dispensación de medicamentos, diciendo que *la prestación del servicio público tiene una regulación legal, mientras que la gestión del servicio tiene una regulación contractual*. Ambas regulaciones tienen ámbitos distintos, pero se condicionan mutuamente. La obligación de dispensación se ubica en la relación jurídica entre el farmacéutico y el usuario del servicio, por lo que su regulación es legal. Ahora bien, la prestación del servicio queda condicionada por el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas para su gestión, por lo que su incumplimiento podría dar lugar a la exoneración de la obligación de prestar el servicio.

El análisis del supuesto concreto que hemos expuesto permite efectuar la aclaración de que, desde la perspectiva del art. 1089 CCv, las obligaciones imperativas, que las partes deben acatar en un contrato, solo constituyen obligaciones *ex lege* de manera mediata o indirecta, porque son obligaciones *ex contractu* de manera inmediata y directa. El contrato es el negocio que determina el nacimiento de esas obligaciones legales para las partes. Si no existiera el contrato, las obligaciones legales imperativas no vincularían a las partes.

