CAPSULAS
Boletín de información jurídica

Número 188 | Faus & Moliner Abogados | Marzo 2018

"No" definitivo a las "ATEs"

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 29 de enero de 2018, estima un recurso preparado por Faus & Moliner en interés de uno de nuestros clientes

Antecedentes

En julio de 2013 el Servicio Andaluz de Salud abrió la licitación de un llamado "Acuerdo Marco de homologación para la selección de principios activos para determinadas indicaciones". El objeto era seleccionar, para cada lote licitado, un proveedor que suministraría uno de los medicamentos que se podían ofertar en cada lote. Los lotes se configuraban por indicaciones terapéuticas. Así, por ejemplo, en el lote 18 se podían ofertar Anti-TNFs y hasta 5 medicamentos biológicos para el tratamiento de la artritis reumatoide; en el 19 se podían ofertar diversos biológicos contra la espondilitis anquilosante, y en el lote 20 se podían ofertar dos principios activos distintos para el tratamiento en segunda línea de la esclerosis múltiple. El objetivo era seleccionar un único medicamento que se incorporase a las guías de los hospitales andaluces para su dispensación a pacientes. El SAS, a sabiendas de los problemas que se avecinaban, incluía en los pliegos la idea de que un medicamento no seleccionado podría ser prescrito cuando existieran "factores clínicos" relevantes.

Otros órganos de contratación emprendieron iniciativas similares y todo ello avivó el debate sobre la selección de medicamentos en los hospitales, la libertad de prescripción, y la sustitución de ciertos productos, debate que en buena medida sigue abierto todavía hoy.

Cómo deben configurarse los lotes

En 2013, al preparar varios recursos contra los pliegos andaluces, nos apoyamos en una resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 27 de marzo de 2013, contra unos pliegos del INGESA. En ese caso, se decidió que la lógica de la regulación sanitaria impone que lo correcto es diseñar las licitaciones por principio activo y no por indicaciones, porque el perfil terapéutico de cada producto está sujeto a interpretaciones, y porque el hecho de que dos productos puedan estar indicados para la misma patología no supone que puedan ser intercambiables. Los recursos interpuestos en Andalucía no prosperaron ni en vía administrativa ni en la primera instancia judicial. En 2016, el Tribunal Supremo dictó una sentencia en contra de las ATEs previstas en un concurso convocado por Instituciones Penitenciarias. El SAS, por su parte, siguió defendiendo su Acuerdo Marco a ultranza.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo ha puesto fin al debate en torno a las ATEs. El Tribunal concluye sin fisuras que dos productos distintos no pueden integrarse en un mismo lote, ya que ello incumple la exigencia de que los lotes formen una unidad funcional. Se ha validado por tanto el criterio que en su día fijó el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Después de la primera sentencia de 2016 en el caso de Instituciones Penitenciarias, esta segunda sentencia ya genera jurisprudencia y debería ser suficiente para enterrar de una vez por todas la idea de las ATEs y de que pueden convocarse concursos configurando los lotes por indicaciones terapéuticas incluyendo en dichos lotes productos que no sean intercambiables.