

## TE SERA DE HOSPITALIDAD, S.L

CIF: B-85363059  
C/ Cronos Nº 63 – 1ª Plta. Oficina 5  
28037 Madrid  
Correo electrónico: sara.castelo@teseradehospitalidad.es

Al servicio de la Administración Pública y sus Proveedores

En Madrid, a 22 de octubre de 2008

### **CIRCULAR INFORMATIVA Nº 0145/08.**

**ASUNTO: DICTAMEN 17/08 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA.**

#### **I.- INTRODUCCIÓN**

La Junta Consultiva de Contratación de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, ha elaborado un Dictamen dando respuesta a las consultas planteadas por **FARMAINDUSTRIA** en relación a la compra de Medicamentos.

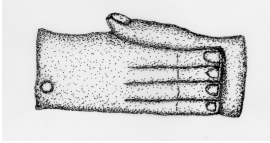
En concreto la consulta realizada por **FARMAINDUSTRIA** se centra en tres aspectos:

##### **1.- Medicamentos no Sustituibles.**

Recientemente se publicó la Orden SCO 287412007, de 28 de septiembre, por la que se establece la relación de medicamentos que no pueden sustituirse por el farmacéutico sin la expresa autorización del médico prescriptor.

La exposición de motivos de la misma señala claramente que el objetivo de esta limitación a la sustitución por el farmacéutico es asegurar la protección de la salud de los pacientes, dadas las características farmacológicas o terapéuticas de los productos que incluye.

La no sustitución que establece la Orden debería aplicarse no sólo cuando el producto se dispensa a través de oficinas de farmacia, sino también por los servicios de farmacia hospitalaria, pues la limitación a la sustitución debe ser independiente del nivel asistencial donde se prescriba y dispense el producto.



## TE SERA DE HOSPITALIDAD, S.L

CIF: B-85363059

C/ Cronos Nº 63 – 1ª Plta. Oficina 5

28037 Madrid

Correo electrónico: sara.castelo@teseradehospitalidad.es

Al servicio de la Administración Pública y sus Proveedores

Además, para confirmar esto la Orden enumera como medicamentos no sustituibles tanto medicamentos de uso y de diagnóstico hospitalario, dispensables en los servicio de farmacia hospitalarios, como medicamentos de prescripción mediante receta médica, dispensables en oficinas de farmacia.

En este sentido, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios en el informe emitido durante la tramitación de esta norma, señaló que la calificación como no sustituibles de los medicamento incluidos en la Orden no impide los concursos públicos u otras herramientas de gestión para la adquisición de uno de estos medicamentos en concreto y que sea éste el “que se utilice en los pacientes de ese hospital o área que inician tratamiento o que según criterio médico pueden cambiar el tratamiento”.

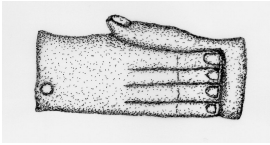
Es decir, será el criterio del médico responsable del paciente el que establecerá, en cada caso, el medicamento que debe facilitarse al paciente, no siendo posible que su prescripción se sustituya ni por el servicio de farmacia del hospital en la oficina de farmacia, salvo que el médico prescriptor autorice expresamente esta sustitución.

Esta afirmación plantea unas cuestiones, **¿cómo se han de convocar los suministros hospitalarios de estos medicamentos?**

**¿Deberán celebrarse acuerdos marco con los proveedores de todos aquellos productos no sustituibles que se administran a los pacientes de esta institución/CC.AA.?**

**O, una vez seleccionado uno de estos productos no sustituibles que se administrará a los pacientes que inicie tratamiento, ¿se deberá consultar a los especialistas de ser tratados con ese otro producto?**

**Y de considerarse que dicha sustitución no es posible, el hospital ¿debería disponerse de todos los productos no sustituibles que se administran a los pacientes de esta institución?**



## TE SERA DE HOSPITALIDAD, S.L

CIF: B-85363059

C/ Cronos Nº 63 – 1ª Plta. Oficina 5

28037 Madrid

Correo electrónico: sara.castelo@teseradehospitalidad.es

Al servicio de la Administración Pública y sus Proveedores

### **2.- Precio del Medicamento en los Concursos**

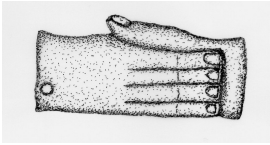
Existe la duda acerca de si en los concursos de medicamentos se puede ofertar un precio distinto del fijado por la Administración, de conformidad con el art. 90 de la Ley de Garantías y con el Real Decreto 271/1990, de 23 de febrero, de reorganización de la intervención de los precios de las especialidades farmacéuticas de uso humano, la Administración fija el Precio de Venta de Laboratorio (PVL) de las especialidades farmacéuticas financiadas con cargo a fondos públicos afectos de la Sanidad.

Además, el Ministerio de Sanidad y Consumo, mediante escrito de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de 29 de agosto de 2006, ha aclarado a todo el sector farmacéutico que también “el precio de los medicamentos de uso hospitalario sigue estando sometido a intervención por la autoridad administrativa competente”.

Estos medicamentos de uso hospitalario son los que administran a los pacientes diagnosticados, tratados y cuyo seguimiento se lleva a cabo en centros hospitalarios y que se adquieren para los hospitales públicos, mediante las formulas contractuales de la Ley de Contratos del Sector Público.

Por otro lado, el art. 3.6 de la Ley de Garantías, prohíbe “el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, bonificación, descuento, primas u obsequios, por parte de quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de la prescripción, dispensación y administración de medicamentos.

Se exceptúa de la anterior prohibición los descuentos por pronto pago o por volumen de compras, que realicen los distribuidores a las oficinas de farmacia, reflejados en la correspondiente factura.



## TE SERA DE HOSPITALIDAD, S.L

CIF: B-85363059

C/ Cronos Nº 63 – 1ª Plta. Oficina 5

28037 Madrid

Correo electrónico: sara.castelo@teseradehospitalidad.es

Al servicio de la Administración Pública y sus Proveedores

La Abogacía General del Estado emitió un dictamen el 23 de noviembre de 2005 en que dejó claro que no era posible realizar descuentos en los medicamentos.

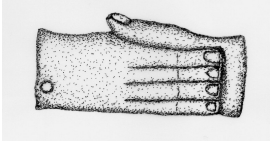
Este criterio es aplicable tanto en medicamentos dispensado en Oficina de Farmacia como a los hospitales, por ello, que se entiende que tampoco sería admisible la práctica de descuentos a la hora de concurrir a contratos de suministros de medicamentos convocados por los hospitales o Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.

Al ser el precio de los medicamentos fijado por la Administración en estos casos, éste habrá de ser el precio que rija en los contratos administrativos que tengan por objeto estos productos, sin que sean de aplicación los criterios fijados en la Ley 30/2007 para otro tipo de productos objeto de contratación administrativa, en que el precio lo fija libremente el licitador y, por tanto, puede ofrecer descuentos o rebajas en el mismo.

Las cuestiones que se plantean son: En los suministros hospitalarios **¿Se ha de contratar y por tanto concurrir al precio fijado por los medicamentos en cuestión por la Administración? ¿Se aplica también a los productos que se contratan dentro del ámbito de aplicación de la Ley 30/2007 la prohibición de descuentos de la Ley de Garantías?.**

**¿Se permitirían los descuentos por pronto pago o por volumen de ventas que el distribuidor (en caso de suministros hospitalarios: el titular de la autorización de comercialización del medicamento o su representante que lo lleva directamente al hospital) puede ofrecer a la oficina de farmacia punto donde se dispensa el medicamento y que, en el caso de los de uso hospitalario, sólo podría ser el servicio de farmacia del hospital?**

**De admitirse eso último, ¿se podrá sólo un descuento “normal” dentro del tráfico mercantil y que debería constar en la factura emitida tras la recepción de los medicamentos?**



**TeSERA DE HOspITALIDAD, S.L**

CIF: B-85363059

C/ Cronos Nº 63 – 1ª Plta. Oficina 5

28037 Madrid

Correo electrónico: sara.castelo@teseradehospitalidad.es

Al servicio de la Administración Pública y sus Proveedores

**En otras palabras, ¿el precio de licitación del medicamento sería, en este último caso, el fijado por la Administración con la posibilidad de ofrecer a posteriori, un descuento por pronto pago, o por volumen de compras, que constaría en la factura en el momento de emitir la misma y conocerse efectivamente “el volumen” de la compra?**

### **3.- Devoluciones. Caducidad de los medicamentos debidamente, entregados a la Administración Contratante.**

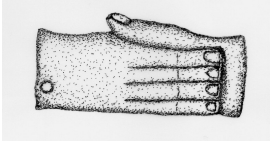
En los últimos años muchos de los Pliegos de cláusulas administrativas imponían la obligación al laboratorio adjudicatario de reponer los medicamentos que caducaban en poder de la Administración contratante incluso cuando hubieran sido entregados correctamente y con los plazos mínimos de validez establecidos en el **Real Decreto 726/1982**.

Estas cláusulas trasladaban al laboratorio las posibles insuficiencias en la gestión interna por parte de la Administración de los medicamentos, insuficiencias que se traducían en no utilizar primero los medicamentos con fecha de caducidad más cercana.

Ahora en el **artículo 268.4 de la Ley 30/2007** se indica expresamente que ***“una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será esta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos en los mismos”***.

Entendemos que este nuevo artículo supone para la contratación de productos farmacéuticos por la Administración, que ésta es la responsable de la gestión de los medicamentos recibidos y, en su caso, de su perecimiento.

Es decir, sitúa en la Administración contratante la responsabilidad de una puntual gestión de los inventarios de los medicamentos sin que pueda trasladar una ineficaz llevanza de los mismos al laboratorio contratista, pudiendo negarse los laboratorios a aceptar devoluciones de productos caducados.



## TE SERA DE HOSPITALIDAD, S.L

CIF: B-85363059

C/ Cronos Nº 63 – 1ª Plta. Oficina 5

28037 Madrid

Correo electrónico: sara.castelo@teseradehospitalidad.es

Al servicio de la Administración Pública y sus Proveedores

### **¿Es correcta esta interpretación?**

**¿Cabría que, al imponer al proveedor la obligación de aceptar devoluciones, el pliego de cláusulas administrativas de un determinado Concurso dejara sin efecto esta responsabilidad de recogida en el art. 268.4 de la Ley para la Administración contratante?**

**¿Sería una cláusula contraria al ordenamiento jurídico al amparo del art. 25 de la Ley 30/2007, al establecer otra cosa en el art. 268.4 de la misma Ley?**

## **II.- DICTAMEN**

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa resuelve las cuestiones planteadas de la siguiente forma:

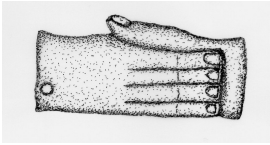
### **1.- Medicamentos no sustituibles.**

La primera cuestión que se plantea sobre esta materia se refiere a si la facultad de sustitución de medicamento es aplicable también al ámbito hospitalario.

Esta cuestión excede de la competencia que por razón de la materia tiene atribuida la Junta, por lo que no se trata en el informe.

Sin embargo, sea cual fuere la conclusión que se adopte es evidente que en nada afectaría a los preceptos que deben considerarse de aplicación a la adquisición de estos medicamentos por los centros hospitalarios integrantes de las redes públicas.

Tanto si el medicamento puede sustituirse por decisión del farmacéutico, como si se requiere para ello la autorización del facultativo, es evidente que a la hora de determinar si la adquisición y suministro del mismo debe someterse a licitación pública debe estarse a lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público para los procedimientos de licitación en general y para el contrato de suministros en particular.



## TE SERA DE HOSPITALIDAD, S.L

CIF: B-85363059

C/ Cronos Nº 63 – 1ª Plta. Oficina 5

28037 Madrid

Correo electrónico: sara.castelo@teseradehospitalidad.es

Al servicio de la Administración Pública y sus Proveedores

De conformidad con ello, deberá convocarse licitación para la adquisición del medicamento de que se trate siempre que pueda ser suministrado por más de una empresa.

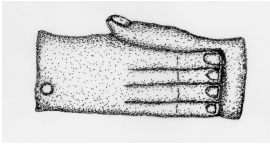
En aquellos casos en que concurran circunstancias que determinen la necesidad de adquirir el medicamento de un único distribuidor, será de aplicación lo dispuesto en el **artículo 154 d) de la Ley de Contratos del Sector Público**, de conformidad con el cual la adquisición podrá efectuarse por el procedimiento negociado sin publicidad.

### 2.- Precio del Medicamento en Concursos.

En segundo lugar se somete al criterio de la Junta Consultiva, la cuestión de si en las licitaciones que se convoquen para el suministro de los medicamentos en los centros hospitalarios de la red pública, podrá establecerse como uno de los criterios de valoración a tener en cuenta a efectos de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa el de el precio más bajo.

Se plantean dudas respecto de ello, por cuanto “se prohíbe el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos, primas u obsequios, por parte de quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración de medicamentos”.

Sin embargo, para ser entendido correctamente dicho precepto, debe tenerse en consideración el comienzo del párrafo transcrito, de conformidad con el cual la prohibición se establece “a efectos de garantizar la independencia de las decisiones relacionadas con la prescripción, dispensación y administración de medicamentos respecto de intereses comerciales”, razón por la cual debe entenderse que tiene destinatarios directos “a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración de medicamentos o a sus parientes y personas de su convivencia”.



## TE SERA DE HOSPITALIDAD, S.L

CIF: B-85363059

C/ Cronos Nº 63 – 1ª Plta. Oficina 5

28037 Madrid

Correo electrónico: sara.castelo@teseradehospitalidad.es

### Al servicio de la Administración Pública y sus Proveedores

Sentado lo anterior, debe traerse a colación lo previsto en el mismo artículo y párrafo, “in fine” a cuyo tenor “se exceptúa de la anterior prohibición los descuentos por pronto pago o por volumen de compras, que realicen los distribuidores a las oficinas de farmacia, **siempre que no se incentive la compra de un producto frente al de sus competidores** y queden reflejados en la correspondiente factura”.

La Ley admite la posibilidad de ofrecer descuentos a las oficinas de farmacia, dentro de las cuales debe considerarse incluidos los servicios farmacéuticos, siempre que éstos reúnan los siguientes requisitos:

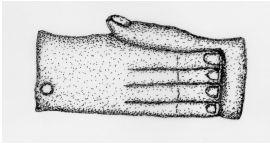
- a) Que sean descuentos ofrecidos por pronto pago o por volumen de compras.
- b) Que no se ofrezcan con carácter competitivo, puesto que no deben tener como finalidad incentivar la compra de un medicamento en lugar de otro.
- c) Que el descuento se refleje en la factura.

Ello quiere decir que en las licitaciones a celebrar en relación con la adquisición de medicamento por los servicios de farmacia de los centros hospitalarios de la red pública, no puede establecerse como criterio de valoración de las ofertas el relativo al precio más bajo, toda vez que la **Ley 30/2006** excluye expresamente la posibilidad de que los únicos descuentos en ella permitidos sean ofrecidos para incentivar la compra de un producto frente a otro.

Este requisito, evidentemente, es incompatible con la posibilidad de utilizar el precio más bajo como un criterio para establecer la preferencia de unas ofertas respecto de otras.

Ello no obstante, esta circunstancia no excluye la posibilidad de celebrar licitaciones públicas a través de los procedimientos abiertos o restringidos, cuando se den las restantes circunstancias establecidas en la Ley de Contratos del Sector Público, pues nada impide que para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa se utilicen otros criterios de valoración distintos del precio más bajo.





## TE SERA DE HOSPITALIDAD, S.L

CIF: B-85363059

C/ Cronos Nº 63 – 1ª Plta. Oficina 5

28037 Madrid

Correo electrónico: sara.castelo@teseradehospitalidad.es

Al servicio de la Administración Pública y sus Proveedores

Nada impide que el precio aparezca como una de las condiciones del contrato de tal forma que las ofertas deban ajustarse a los precios establecidos en los pliegos, siendo posible incluso el establecimiento de descuentos fijos e iguales para todos los licitadores en función del plazo de pago o de la cuantía de los suministros efectivamente realizados durante el tiempo de vigencia de los acuerdos marco.

### 3.- Devoluciones por Caducidad.

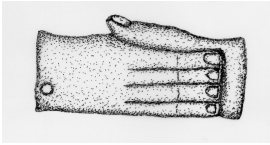
La Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que debe tenerse en consideración lo dispuesto en el **artículo 268.4 de la Ley de Contratos del Sector Público** a cuyo tenor “una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos de los mismos”.

El precepto transcrito nos lleva a la conclusión de que fuera de los supuestos en que el producto suministrado resultase afectado por defectos o vicios ocultos, la responsabilidad respecto de su mantenimiento o de su utilización antes de la fecha de caducidad del medicamento, recae sobre la Administración contratante.

Ello significa que de no establecerse otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento contractual, los suministradores de los medicamentos (laboratorios o distribuidores) no estarán obligados a sustituir gratuitamente los medicamentos caducados en poder de la Administración.

La cuestión fundamental, sin embargo, se refiere a si puede establecer en los pliegos o en el documento contractual una cláusula que disponga lo contrario.

En definitiva se trata de determinar si el órgano de contratación puede establecer condiciones contractuales que contradigan lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público.



## TeSera de Hospitalidad, S.L

CIF: B-85363059

C/ Cronos Nº 63 – 1ª Plta. Oficina 5

28037 Madrid

Correo electrónico: sara.castelo@teseradehospitalidad.es

Al servicio de la Administración Pública y sus Proveedores

**El artículo 268.4** no deja duda acerca de su carácter taxativo por lo que debe entenderse que ello implica la exclusión de la posibilidad de establecer cláusulas que contradigan lo dispuesto en este precepto y, por tanto, no será válida la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas ni el de los documentos contractuales que se formalicen de condiciones que impongan al suministrador de los medicamentos la obligación de sustituirlos sin cargo adicional.

Esta prohibición deber ser considerada compatible con la posibilidad de exigir en los pliegos que el medicamento tenga un plazo de utilización antes de su caducidad que no sea inferior al tiempo especificado en ello.

### III. CONCLUSIONES

1. Los medicamentos no sustituibles sin autorización del médico que los hubiera prescrito son susceptibles de licitación pública.
2. El precio de los medicamentos no puede ser utilizado como único criterio de valoración de las ofertas relativas a la adquisición de los mismos.
3. No es válido desde el punto de vista legal imponer al suministrador la obligación de sustituir gratuitamente los medicamentos suministrados que caduquen en posesión del Hospital, una vez recibidos de conformidad.