



Roj: **SAN 1544/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1544**

Id Cendoj: **28079230072021100187**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **30/03/2021**

Nº de Recurso: **55/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE GUERRERO ZAPLANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SÉPTIMA

Núm. de Recurso: 0000055 /2020

Tipo de Recurso: APELACION

Núm. Registro General : 0000229/2020

Apelante: MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL

Apelado: CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

SENTENCIA EN APELACION

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. BEGOÑA FERNANDEZ DOZAGARAT

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. LUIS HELMUTH MOYA MEYER

D^a. YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO

Madrid, a treinta de marzo de dos mil veintiuno.

VISTO por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso de apelación núm. 55/2020, promovido por el ABOGADO DEL ESTADO contra la Sentencia nº 39/2020, de fecha 19/05/2020, dictado por JUZGADO CENTRAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 6 en el Procedimiento Ordinario 84/2019.

Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por el Ministerio de Sanidad y Consumo se *interpuso recurso contencioso administrativo*, frente a la resolución de 8 de julio de 2019, de la Presidencia del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, estimatoria de la reclamación presentada por D^a Fátima , contra la resolución, de fecha de fecha 4 de abril de 2019, del



MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, que deniega el acceso a la información solicitada por la interesada para conocer el "desglose de los medicamentos que componen el gasto farmacéutico hospitalario correspondiente al año 2018, incluyendo la información del principio activo, marca comercial, número de unidades, precio de adquisición y laboratorio que comercializa, por cada una de las Comunidades Autónomas y resto de Administraciones públicas en un formato editable (excel o scv). Según declaraciones de la Directora General de Farmacia, Patricia Lacruz, el 25,4 % del gasto farmacéutico hospitalario corresponde a medicamentos oncológicos, por lo que solicito conocer la información completa relativa a este gasto con el desglose anteriormente indicado".

Tras la tramitación del oportuno recurso contencioso administrativo por el Juzgado Central de lo Contencioso Número Seis, se dictó sentencia desestimatoria del recurso.

El fallo de la sentencia, literalmente, decía: "QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO EL PRESENTE RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NUMERO PO 84/19, INTERPUESTO POR LA ABOGACIA DEL ESTADO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 8 DE JULIO DE 2019, DE LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO, ESTIMATORIA DE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA POR D^a Fátima , CONTRA LA RESOLUCIÓN, DE FECHA DE FECHA 4 DE ABRIL DE 2019, DEL MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, QUE DENIEGA EL ACCESO A LA INFORMACIÓN SOLICITADA POR LA INTERESADA. EFECTUAR IMPOSICIÓN A LA DEMANDANTE DE LAS COSTAS CAUSADAS EN LA SUBSTANCIACIÓN DEL RECURSO.

SEGUNDO. - Por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta del Ministerio de Sanidad, se interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia tras lo que se dio traslado al CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO que se opuso a la estimación del recurso de apelación, interesando la confirmación de la sentencia.

TERCERO. - No habiéndose solicitado la práctica de prueba, se declararon conclusas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente recurso de apelación, se señaló el día 2 de Marzo de 2021.

No habiéndose obtenido el acuerdo de la Sala en el sentido de la sentencia que debía dictarse, por providencia de fecha 5 de Marzo se acordó un nuevo turno de ponencia y el cambio de Ponente, designándose ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es **objeto del presente recurso** de apelación la sentencia Sentencia nº 39/2020, de fecha 19/05/2020, dictado por JUZGADO CENTRAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 6 en el Procedimiento Ordinario 84/2019.

Dicha sentencia confirma la resolución de 8 de julio de 2019 dictada de la Presidencia del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, estimatoria de la reclamación presentada por D^a Fátima .

Dicha resolución del CTBG anula la resolución del Ministerio de Sanidad de fecha 4 de abril de 2019 que denegaba el acceso a la información solicitada por D^a Fátima .

SEGUNDO.- Son **hechos relevantes** para el correcto enjuiciamiento de la cuestión que se somete a la consideración de esta Sala los siguientes:

- D^a Fátima presentó escrito ante el Ministerio de Sanidad en el que solicitaba conocer el "desglose de los medicamentos que componen el gasto farmacéutico hospitalario correspondiente al año 2018, incluyendo la información del principio activo, marca comercial, número de unidades, precio de adquisición y laboratorio que comercializa, por cada una de las Comunidades Autónomas y resto de Administraciones públicas en un formato editable (excel o scv). Con el anterior desglose, el gasto farmacéutico hospitalario correspondiente medicamentos oncológicos.

- Esta petición fue respondida mediante una resolución del Ministerio de Sanidad de fecha 4 de Abril de 2019 que rechazaba la petición de información por entender que procedía "denegar el acceso a la información solicitada al amparo de la causa prevista en el artículo 14.1 k) de la meritada Ley 19/2013". En la misma resolución se entendía que era de aplicación la previsión del artículo 106 del 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.



- Frente a esta resolución denegatoria dictada por el Ministerio de Sanidad, la solicitante de la información acudió al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que dictó resolución en la que se acordaba estimar la reclamación a instar al Ministerio de Sanidad a facilitar la información solicitada.

- A su vez, frente a esta resolución del CTBG, se interpuso recurso contencioso por el Abogado del Estado que se tramitó ante el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 6 y que fue desestimado por la sentencia objeto del presente recurso de apelación.

TERCERO. - La **resolución del Consejo de Transparencia** basa la estimación de la reclamación formulada frente a la resolución del Ministerio de Sanidad en los siguientes argumentos:

- Consideramos que la respuesta del Ministerio es demasiado genérica, puesto que invocar un Real Decreto Legislativo no otorga ninguna información sobre gasto farmacéutico. (...) debe pedírsele un esfuerzo concretizador más profundo y detallado para que la reclamante pueda conocer los medicamentos que componen el gasto farmacéutico hospitalario correspondiente al año 2018 y el gasto farmacéutico hospitalario correspondiente a medicamentos oncológicos, finalidad que entronca con el espíritu de la LTAIBG de conocer cómo toman los poderes públicos las decisiones que afectan a los ciudadanos, especialmente en el tema de la salud pública y su impacto en las cuentas del Estado, de marcado interés social.

- La remisión a un enlace para obtener información no cumple con satisfacción la demanda de la reclamante y, por lo tanto, no puede entenderse que haya sido de aplicación lo previsto en el art. 22.3 de la LTAIBG.

- Rechaza el límite del artículo 14.1.K) de la Ley de Transparencia pues entiende que "la Administración se limita a invocar el límite sin argumentar mínimamente porqué resulta de aplicación, a su juicio. Asimismo, este Consejo de Transparencia no percibe que sea de aplicación dicho límite, ya que se pide una información relativa al gasto farmacéutico que, i) existe- por cuanto no se ha indicado lo contrario por parte de la Administración ii) debe ser pública en atención al concepto de información pública y a la interpretación amplia que debe proporcionarse el derecho de acceso a la información y ii) que, en atención a su naturaleza, su conocimiento no perjudica los intereses de personas físicas o jurídicas.

La parte dispositiva de la resolución del CTBG objeto de impugnación ante el Juzgado Central de lo Contencioso es del siguiente tenor literal: *PRIMERO: ESTIMAR la reclamación presentada por D^a Fátima, con entrada el 16 de abril de 2019, contra la resolución, de fecha de fecha 4 de abril de 2019, del MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL.*

SEGUNDO: INSTAR al MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL a que, en el plazo máximo de 20 días hábiles, remita a la reclamante la siguiente información: ? El desglose de los medicamentos que componen el gasto farmacéutico hospitalario correspondiente al año 2018, incluyendo la información del principio activo, marca comercial, número de unidades, precio de adquisición y laboratorio que comercializa, por cada una de las Comunidades Autónomas y resto de Administraciones públicas. ? Con el anterior desglose, el gasto farmacéutico hospitalario correspondiente a medicamentos oncológicos.

La **sentencia que ahora es objeto del presente recurso de apelación** se basa en los siguientes razonamientos

o No hay una regulación específica de información en materia de medicamentos por lo que no se excluye la aplicación de la ley 19/2013. Se refiere para ello al criterio de sentencias precedentes.

o No es aplicable el límite del artículo 24.3 de la Ley de Transparencia pues la resolución del Ministerio de Sanidad no se basaba para rechazar la petición de información en que fuera necesario dar audiencia a terceros interesados.

o En cuanto a la aplicación del límite del artículo 14.1.k) de la Ley de Transparencia, considera que no es aplicable pues no se justifica que la información a suministrar deba quedar limitada por la garantía imprecisa de confidencialidad que se invoca, o por la alegada pérdida de credibilidad o de desventaja de la Administración por la publicación del precio al que se adquieren los medicamentos, ni que por ello se afecte al secreto requerido en procesos de toma de decisión.

o "El derecho de información ejercitado en este caso no se justifica que deba quedar restringido o limitado por las alegaciones realizadas por la representación procesal de la demandante. La información existe, es de interés público y no es suficiente lo argumentado y enmarcado en el apartado k) el art. 14 para limitar su entrega a la solicitante".

o Finalmente, entiende la sentencia que no era posible acordar la inadmisión por abusiva de la petición de información puesto que ni tampoco ha de hacerlo el juzgador pues ello comportaría sustituir y configurar la decisión administrativa en un extremo que no fue considerado por el órgano competente para fundamentar su resolución, lo que excedería con mucho del control de legalidad de la actuación administrativa que a este



orden jurisdiccional reserva la LRJCA; decisión que, reiteramos, no fue inadmitir a trámite por la razón ahora invocada de ser abusiva, sino de limitar el acceso a la información por el perjuicio que el acceso comportaría para la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos administrativos de toma de decisión previsto en el art. 14.1.k) de la Ley.

En el **recurso contencioso tramitado por el Juzgado Central de lo Contencioso**, el Ministerio de Sanidad adujo cuatro motivos que son los siguientes:

o Infracción de la disposición adicional primera de la Ley 19/2013.

o Infracción del art. 14.1.h) y 24.3 de la ley 19/2013 por vulnerar los derechos de terceros afectados por la resolución recaída...

o Vulneración del art. 14.1.k) de la ley 19/2013, pues en caso de suministrarse la información requerida se estaría perjudicando a la Hacienda Pública.

o La petición de información solicitada tiene carácter abusivo y desborda claramente el ámbito de la Ley 19/2013, porque en este caso no se trata de una consulta de información individualizada ni que se está pidiendo una información puntual y concreta, sino el desglose indicado de todos los medicamentos suministrados en 2018 lo que afecta a 12.220 presentaciones de medicamentos y a 494 laboratorios comercializadores de estos medicamentos. Entendía el Ministerio en su demanda que, por el carácter abusivo, se incurría en el supuesto de inadmisión recogido en el art. 18.1e) de la ley de transparencia.

En el presente *recurso de apelación*, el Ministerio de Sanidad empleó tres motivos (que rubrica como I, II y Segundo):

- La Sentencia apelada incurre en una infracción del ordenamiento jurídico por contravenir el artículo 24.3 de la Ley 19/2013 y la jurisprudencia dictada sobre dicho precepto y que debió acordarse la retroacción del procedimiento para dar audiencia a los interesados. Afirma que "en la decisión en cuestión estaban afectados los derechos de otros sujetos que participaban en la toma de la decisión o negociación con el Ministerio... Según la información facilitada por Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, y que fue incorporada al procedimiento, lo que se pidió por parte de la solicitante se refiere a 12.220 medicamentos y 494 laboratorios. Es decir, la incidencia en la esfera de los intereses de los citados laboratorios de la decisión que se adopte es, a nuestro entender, incuestionable (...) la Sentencia de instancia debió acordar la retroacción del procedimiento a fin de que se diese audiencia a los interesados.

- La Sentencia apelada niega que se pueda entrar a valorar el límite previsto en el artículo 14.1.h) de la Ley 19/2003 pues no se pueden alegar en vía contenciosa fundamentos diferentes a los expuestos en vía administrativa. Entiende que dicha limitación no existe por aplicación de lo previsto en el artículo 56 de la LRJCA. Por esta razón, insiste en que existe un perjuicio evidente, real y efectivo a los intereses económicos y comerciales y que la sentencia apelada debió valorar la concurrencia del límite previsto en el artículo 14.1.K) de la Ley de Transparencia.

- Entiende que la sentencia incurre en error en la valoración de la prueba respecto de la concurrencia del límite previsto en el art. 14.1k) de la Ley 19/2013. También entiende que se ha reconocido la confidencialidad de los datos cuya aportación solicita ex lege y que dicha confidencialidad se ha acreditado por la prueba documental aportada por el propio Ministerio de Sanidad. Basa este argumento en dos informes:

o El Informe de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del SNS y Farmacia, cuyo contenido detalla en el escrito de apelación

o El Informe del Comisionado Irlandés de Transparencia (cuya situación es trasladable a España) y que había rechazado una petición de información como la que ahora se solicitaba.

CUARTO. - La resolución del Ministerio de Sanidad de fecha 4 de Abril de 2019 que rechazaba la petición de información pretendida por la persona interesada se basaba en la aplicación del artículo 14.1.K) de la Ley de Transparencia que establece que "El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.

El empleo de este único argumento por parte del Ministerio de Sanidad en la resolución que denegaba el acceso a la información, no impide que, cuando el propio Ministerio de Sanidad por medio del Abogado del Estado, interpone recurso contencioso administrativo contra la resolución del CTBG que obliga a remitir la información que había sido solicitada, utilice en el escrito de demanda todos los argumentos que puedan apoyar su pretensión impugnatoria para rechazar la resolución que le obligaba a remitir dicha información inicialmente rechazada.



Es decir, el Ministerio de Sanidad rechaza la petición de información y dicho rechazo es dejado sin efecto por la resolución del CTBG y cuando el Ministerio debe impugnar esta última resolución puede emplear cuantos motivos y razonamientos tenga a su disposición pues el artículo 56.1 de la LRJCA no establece límite alguno en esta cuestión.

El análisis del escrito de apelación permite concluir que no se ha producido por parte del Abogado del Estado variación en los argumentos empleados en la primera y segunda instancia sino que la exigencia de retroacción del procedimiento para dar audiencia a terceros por aplicación de lo previsto en el artículo 24.3 de la Ley de Transparencia, ha sido un argumento utilizado en ambas instancias.

Es importante señalar que la hipótesis de acordar la retroacción del procedimiento se vincula a la regularidad de la tramitación del procedimiento de obtención de la información solicitada, pero no se debe vincular a los límites del acceso a la información que se recogen en el artículo 14 de la Ley.

Una hipotética falta de audiencia a los interesados obligaría a la retroacción y a que, posteriormente se facilitase la información que se considerase procedente; mientras que la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 14 de la Ley 19/2013 impiden el acceso a la información que incurre ó viola los límites allí previstos.

QUINTO. - La naturaleza revisora del recurso de apelación ha sido establecida por el Tribunal Supremo como principio básico desde sentencias inmemoriales. En el recurso de casación 3564/91 se decía que "Es doctrina constante de esta Sala, que, por reiterada resulta innecesaria en su cita, que el escrito de alegaciones del recurso de apelación debe contener un análisis crítico de la fundamentación de la sentencia cuya revocación se pretende ya que se trata de una instancia procesal revisora de lo decidido por el Tribunal "a quo", siendo necesario, en consecuencia, conocer los motivos de discrepancia con los argumentos de la Sentencia apelada".

En el recurso de casación 9004/95 se establecía la clara diferencia con el recurso extraordinario de casación al hablar de que el recurso de apelación "No es, por consiguiente, un recurso ordinario, como el de apelación, que permite un nuevo total examen del tema controvertido desde los puntos de vista fáctico y jurídico, sino un recurso que sólo indirectamente, a través del control de la aplicación del derecho que haya realizado el Tribunal <<a quo>>, resuelve el concreto caso controvertido. No puede ser, pues, suficiente el vencimiento para abrir la entrada a un recurso de casación como sucede en el ámbito de otros medios de impugnación de resoluciones judiciales, en concreto en la apelación".

Por lo tanto, esta Sala, en la presente sentencia dictada en grado de apelación, debe referirse tanto a la sentencia recurrida (como impone el artículo 85 LRJCA) como a la resolución inicial impugnada ante el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo no existiendo limitación en cuanto a los argumentos que pueden emplearse a la hora de determinar la procedencia o no de conceder la información interesada por Dña. Fátima .

SEXTO. - Esta Sala considera que, por razones de lógica en el razonamiento, debe pronunciarse primero sobre la existencia del límite recogido en la letra K del artículo 14.1 de la Ley de Transparencia cuando dispone que puede limitarse el derecho a acceder a información cuando suponga un perjuicio para: *k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.*

Sobre esta cuestión es necesario referirse al Informe emitido por la Dirección General de Cartera Básica de SS, y que fue aportado por el Abogado del Estado junto a su demanda presentada ante el Juzgado central de lo Contencioso y del que resultan las siguientes circunstancias que deben vincularse claramente con el límite señalado y que obligan a que deba concluirse que no es posible facilitar la información que se pretende:

- Se producen entre los laboratorios y la Administración una serie de conversaciones informales que tienen lugar durante el proceso de elaboración del informe de evaluación del medicamento en cuestión, el cual tiene por objeto, además de la valoración de la eficacia del producto y su interés para el Sistema Nacional de Salud (SNS), la determinación del precio al que el SNS está dispuesto a financiarlo.

- La fijación de precios es una competencia propia de cada Estado Miembro de la Unión Europea.

- Los titulares de la autorización de comercialización de un concreto medicamento no están dispuestos a hacer concesiones (reducciones de precios) en un país determinado (por ej., en países con una situación económica menos próspera) si los precios en dicho país se hacen públicos, toda vez que ello les obligaría a aplicar esas mismas ventajas en países con mejores situaciones económicas.

- Dar acceso a terceros de los precios de financiación en España de los medicamentos supondría la pérdida de credibilidad de nuestra Administración, y llevaría aparejada una desventaja negociadora a la hora de conseguir precios más competitivos.



- Para la fijación de los precios es necesario realizar un ejercicio de ponderación entre los costes de fabricación del medicamento, margen de beneficio empresarial y la utilidad terapéutica del producto.

A juicio de esta Sala, estas circunstancias no son atendidas ni valoradas por la resolución del Consejo de Transparencia objeto de la impugnación inicial, ni por la Sentencia objeto de apelación, pues el hecho de que la resolución procedente del Ministerio de Sanidad haya mencionado el apartado k) del artículo 14 debe relacionarse con las particularidades que se derivan del régimen legal de la información en relación con los medicamentos.

En relación con esta cuestión *deben citarse dos preceptos del Real Decreto Legislativo 1/2015* por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

En primer lugar el artículo 97 de la Ley del Medicamento que establece lo siguiente: " 1. A los efectos de la fijación de precios, los laboratorios farmacéuticos deberán facilitar al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad toda la información sobre los aspectos técnicos, económicos y financieros. El Ministerio podrá efectuar comprobaciones sobre la información facilitada.

2. En el caso de que la empresa esté integrada en un grupo que realice otras actividades, además de las relacionadas con medicamentos, o las desarrolle fuera de España, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad podrá requerir la información que permita conocer la imputación para determinar los gastos afectados a la actividad farmacéutica en España.

3. La información que en virtud de este artículo obtenga la Administración General del Estado será confidencial".

En segundo lugar el artículo 106.1 de la misma norma, y que ya fue mencionado por el Ministerio de Sanidad en su resolución: "Al objeto de ejecutar las acciones necesarias para la valoración de la prescripción y de la política farmacéutica general, las Administraciones Públicas competentes facilitarán la información agregada o desagregada relativa al consumo de medicamentos tanto por receta como a nivel de centros hospitalarios y cualesquiera otros ámbitos incluidos dentro de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud. Como mínimo, dicha información se presentará con periodicidad mensual; se facilitará desde las Consejerías responsables de las comunidades autónomas al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que efectuará la agregación y depuración correspondiente antes de hacerla pública". (es decir, la información se facilita, pero sometida a límites cuidadosamente establecidos)

Por lo tanto, la información en materia de medicamentos es una información que no es libre, sino que se encuentra sometida a controles de carácter administrativo; pero resulta que tampoco es una información que tenga un régimen específico completo que haga imposible la aplicación de la ley de transparencia.

Por lo tanto, debemos concluir (y en eso coincide esta Sala con lo reflejado en la Sentencia objeto del presente recurso de apelación) que no puede aplicarse a los medicamentos la Disposición Adicional Primera 2 de la Ley de Transparencia cuando establece que "2. Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información".

Por lo tanto, a juicio de esta Sala, en casos como el presente, solamente, es necesario emplear el régimen que resulta de la ley de transparencia con especial prudencia cuando se refiere a los medicamentos y proceder a la aplicación de los límites del artículo 14 realizando una especial y cuidadosa ponderación.

Como tiene establecido la jurisprudencia que analiza la Ley de Transparencia (STS dictada en el recurso de casación 1866/2020 o 5239/2019) la aplicación de estos límites y su oportuna ponderación debe ser interpretada de modo restrictivo pero su aplicación justificará, en su caso, que no se acceda a determinadas peticiones de suspensión.

Todo ello tomando en consideración que, incluso, hubiera sido posible la inadmisión por abusiva de la petición (como veremos en el FJ siguiente), pero una vez que se ha acordado la admisión a trámite es suficiente con efectuar dicha correcta ponderación.

Esa ponderación de intereses afectados también debe realizarse en relación con el apartado h) del artículo 14.1 de la Ley de Transparencia cuando limita el acceso a la información cuando suponga un perjuicio para "h) Los intereses económicos y comerciales".

Este argumento fue claramente empleado por el Abogado del Estado en la demanda del recurso contencioso tramitado ante el Juzgado Central de lo Contencioso y la sentencia recurrida consideró que no se debía tomar en consideración puesto que no había sido incluido en la resolución del Ministerio de Sanidad de 4 de Abril de 2019.

La afectación de intereses de terceros en el caso presente es obvia (y a ello nos referiremos en el FJ siguiente de esta Sentencia) y esta Sala se ha pronunciado en diversas sentencias (apelación 34/2018 ó 64/2018)



reconociendo que la existencia de esos intereses obligaba a acordar la retroacción concediendo audiencia por aplicación de lo previsto en el artículo 24.3 de la Ley de Transparencia.

Ya adelantamos que en el caso presente no se considera precisa dicha retroacción puesto que daría lugar a la consideración de una petición de información abusiva que, en su caso, podría haber sido inadmitida por aplicación del artículo 18.1.e).

SÉPTIMO. - Como decíamos mas arriba, una vez que la resolución del Ministerio de Sanidad de fecha 4 de Abril de 2019 no acordó la inadmisión de la petición de información, sino que la rechazó aplicando para ello el límite del artículo 14.1.K) de la ley de transparencia, solo es preciso realizar algunas consideraciones añadidas sobre el carácter abusivo de la petición.

En relación al carácter abusivo ó no de la petición de información presentada por Dña Fátima es necesario tomar en consideración que de la documentación aportada por el Abogado del Estado en la demanda formulada ante el Juzgado Central de lo Contencioso resultan los siguientes datos facticos relevantes en relación al carácter abusivo de la petición de información:

- En el ejercicio 2018, a nivel nacional, en la Red Pública de hospitales del Sistema Nacional de Salud, se consumieron unidades de 12.220 presentaciones de medicamentos.

- En ese mismo periodo fueron un total de 494 el número de laboratorios titulares de las autorizaciones de comercialización de los mismos.

Si bien, este argumento debe considerarse residual (en cuanto que no hace referencia al fondo de la pretensión sino al procedimiento), resulta que en la petición de acceso a la información formulada hay intereses de centenares de laboratorios farmacéuticos que se encuentran claramente comprometidos en la información que se solicita y que de acceder a facilitar la información (que ya hemos razonado que no debería ser así) en todo caso, debería haberse acordado previamente la audiencia de los laboratorios afectados.

El elevado numero de afectados (los 494 laboratorios) permiten a esta Sala considerar que la dificultad de cumplir las exigencias del artículo 24.3 relacionan este supuesto con las solicitudes de información que se consideran abusivas mencionadas en el artículo 18.1.e) de la misma Ley 19/2013

El carácter desmedido de la información ya ha sido tomado en consideración por esta Sala en asuntos semejantes: así en la sentencia correspondiente al recurso de apelación 47/2019.

OCTAVO.- La conclusión que obtiene esta Sala en relación a la cuestión que se plantea consiste en entender que, si bien la petición de acceso a la información pudiera haber sido inadmitida por abusiva, no habiéndolo hecho así por el Ministerio de Sanidad que consideró que debía negarse dicho acceso por ser aplicable el limite referido a la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión, resulta que la aplicación de la normativa relativa a publicidad de medicamentos justifica la aplicación de dicho límite y obliga a anular la resolución del CTBG confirmando la resolución del Ministerio de Sanidad.

De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* , las costas procesales de ambas instancias habrán de ser satisfechas por cada una de las partes.

FALLAMOS

Que, estimando el recurso de apelación, interpuesto por el ABOGADO DEL ESTADO contra la Sentencia nº 39/2020, de fecha 19/05/2020, dictado por JUZGADO CENTRAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 6 en el Procedimiento Ordinario 84/2019 debemos anular la sentencia y la resolución del CTBG de fecha 8 de Julio de 2019 confirmando la resolución del Ministerio de Sanidad de fecha 4 de Abril de 2019 que denegaba el acceso a la información presentada por Dña. Fátima .

Sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes en ninguna de las dos instancias.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el *artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción* justificando el interés casacional objetivo que presenta.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. HELMUTH MOYA MEYER.-



Con respeto a la opinión mayoritaria que recoge la sentencia dictada en el rollo de apelación nº 55/2020, paso a exponer las razones por las que disiento del mismo:

La sentencia se apoya en que la confidencialidad de la información económica facilitada por una farmacéutica al Ministerio de Sanidad, en virtud del artículo 97 de la Ley del Medicamento- en el marco de la negociación sobre precios- y en el artículo 106 sobre gestión de información sobre prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, que tras declarar que "la información agregada resultante del procesamiento de las recetas del Sistema Nacional de Salud (...) es de dominio público, salvando siempre la confidencialidad de la asistencia sanitaria y los datos comerciales de empresas individualizadas..." para concluir diciendo que "la información en materia de medicamentos es una información que no es libre, sino que se encuentra sometida a controles..." en especial cuando afecta a los intereses económicos y comerciales de terceros. Asume el contenido del informe de la Dirección General de Cartera Básica de la Seguridad Social, según el cual de revelarse los precios a los que se obtienen los medicamentos las empresas perderían la confianza en la Administración y rechazarían ofrecer descuentos, lo que lleva a considerar confidencial la información sobre el gasto farmacéutico realizado referido a cada medicamento.

Sin reparar en que con este argumento solo se da respuesta a porqué no debe entregarse información sobre el precio de adquisición de cada medicamento, se desestima la petición de información relativa al gasto farmacéutico hospitalario, comprendiendo indicaciones sobre el principio activo de cada medicamento, marca comercial, número de unidades, y laboratorio que lo comercializa.

En la sentencia se confunde la confidencialidad de la información "sobre los aspectos técnicos, económicos y financieros" que facilitan los laboratorios para permitir al Ministerio de Sanidad negociar la fijación de los precios, con la información relativa al gasto público y los precios pagados por los medicamentos. Dicha información no comprende el precio de los medicamentos, sino los datos técnicos sobre elaboración del medicamento, costes del proceso de producción y de financiación que son relevantes a la hora de fijar el precio. El precio no es una información facilitada por la farmacéutica, única a la que se refiere el deber de confidencialidad, sino que figura en el contrato de adquisición de los medicamentos.

Ni tan siquiera se intenta cohonestar la solución a la que se llega de proyectar la confidencialidad sobre el precio de adquisición del medicamento con el claro mandato contenido en el artículo 8 de la Ley de Transparencia, según el cual "los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, **como mínimo**, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria" entre ellos "todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de la adjudicación...".

Con ello, a pesar de la formal asunción de un criterio interpretativo restrictivo de los límites al derecho a la información, se niega una información que expresamente es declarada pública en todos los casos por la Ley de Transparencia, la relativa al gasto público farmacéutico.

No se repara siquiera en que el propio artículo 106.2 de la Ley del Medicamento, que se transcribe en la sentencia, tras declarar que la información agregada resultante del procesamiento de las recetas del Sistema Nacional de Salud es de **dominio público**, precisa que también lo será "la información relativa a las compras de medicamentos y de productos sanitarios realizadas a través de los correspondientes servicios de farmacia por los hospitales del Sistema Nacional de Salud".

Luego, se desconoce el expreso mandato legal que declara de dominio público "la información relativa a las compras de medicamentos", en consonancia con la publicidad que se da en la Ley de Transparencia a todo acto de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria.

La petición de información no es abusiva, porque se trata de la misma información agregada prevista en el artículo 106, que debe completarse con la referencia a los precios pagados por los medicamentos, principio activo de los mismos y laboratorios que los suministraron, una información que no requiere de un complicado proceso de reelaboración, sino que figura en los contratos suscritos con los laboratorios.

Este argumento empleado en la sentencia, que en realidad parece ser el que mayor peso tiene para desestimar la solicitud de información, no ha sido planteado en el recurso de apelación y debió introducirse en el debate por la vía del planteamiento de una tesis. La Abogacía del Estado se había limitado a denunciar la infracción del principio de audiencia a terceros interesados- cometida por la propia Administración a la que representa- lo que lleva a considerar a la mayoría que, por ser ésta una tarea abrumadora, debe considerarse abusiva la petición, un razonamiento que se desvía claramente del debate suscitado por las partes.

La necesidad de dar audiencia a un número elevado de interesados, perfectamente determinado para la Administración, no es argumento para considerar abusiva una petición de información. De lo contrario, siempre que la información afecte al gasto farmacéutico en su conjunto, la petición debería ser rechazada.



Pero sobre todo, no es necesario el traslado, porque no se trata de información facilitada por los laboratorios farmacéuticos, que es a la que se refiere el artículo 97 de la Ley del Medicamento, sino información que figura en los expedientes de gestión administrativa de la adquisición de medicamentos, en concreto en los contratos suscritos con los laboratorios, que expresamente es declarada de dominio público por la Ley del Medicamento, por lo que los contratantes con la Administración sanitaria no pueden oponerse a su divulgación.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA DÑA. MARIA YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO.-

Con todo el respeto hacia el parecer mayoritario, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, formulo **voto particular** con base en los siguientes razonamientos:

1.- La discrepancia con el voto mayoritario se ciñe a lo siguiente: la Sentencia afirma que no es necesario la retroacción de actuaciones a fin de conceder audiencia, por estimar que ello daría lugar a la consideración de una petición de información abusiva, que resultaría inadmisibile, por la aplicación del art. 18.1e) de la Ley de Transparencia.

2.- El Ministerio de Sanidad denegó el acceso a la información solicitada y, en el trámite de alegaciones ante el Consejo de Transparencia, no invocó ninguna causa de inadmisión del art. 18 de la Ley de Transparencia, causa que en todo caso debe ser objeto de una interpretación muy restrictiva.

3.-La parte apelante, Abogacía del Estado en representación y defensa del Ministerio de Sanidad, sostiene en primer lugar que la Sentencia apelada incurre en una infracción del ordenamiento jurídico por contravenir el artículo 14.1h) de la Ley 19/2013 y la jurisprudencia sobre el artículo 24.3 de la Ley 19/2012.

A tal efecto afirma que " *Dejando a un lado la posibilidad de alegar en fase contenciosa motivos de impugnación distintos de los analizados en la instancia, ex art. 56 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), sobre la que volveremos más adelante, a juicio de esta representación procesal, la jurisprudencia de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 17 de julio de 2017, recaída en el recurso 40/2017, es aplicable al caso de autos, por cuanto la naturaleza del límite invocado en vía administrativa- la garantía de la confidencialidad en los procesos de toma de decisiones- evidencia que en la decisión en cuestión estaban afectados los derechos de otros sujetos que participaban en la toma de la decisión o negociación con el Ministerio.... El CTBG "t enía pleno conocimiento de los intereses de terceros afectados, aun cuando fueran analizados desde la óptica del art. 14.1.k) y no del h) de la Ley. Ello sin perjuicio de que entendemos además que se trata de límites que, en el caso de autos, "van de la mano".*

Y es que en la negociación entre la Administración Sanitaria y el laboratorio para la fijación de un precio de financiación, es fundamental la reserva de las informaciones de que cada una de las partes dispone; informaciones que el interés público en la obtención del mejor precio posible obliga a no revelar, a fin de no otorgar a la otra parte una posible ventaja en la negociación.

Por ello, entendemos que la jurisprudencia de la citada Sentencia de la Audiencia Nacional es aplicable, en la medida en que la existencia de un perjuicio para terceros, con independencia de que se hiciera sobre la base del art. 14.1.k) en lugar del art. 14.1.h) fue puesta de manifiesto, por lo que el CTBG ya sabía de su existencia.

Según la información facilitada por Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, y que fue incorporada al procedimiento, lo que se pidió por parte de la solicitante se refiere a 12.220 medicamentos y 494 laboratorios. Es decir, la incidencia en la esfera de los intereses de los citados laboratorios de la decisión que se adopte es, a nuestro entender, incuestionable.

El CTBG era, en vía administrativa, absolutamente conocedor de esta circunstancia.

..

Por todo lo expuesto, a nuestro entender, la Sentencia de instancia debió acordar la retroacción del procedimiento a fin de que se diese audiencia a los interesados."

4.- *Sobre la posibilidad de alegar en el escrito de demanda motivos no esgrimidos en vía administrativa, el artículo 56.1, in fine, LJCA permite proponer cuantos motivos procedan, aunque no se hubieran expuesto en la vía previa, siempre que la pretensión no se altere en su esencia básica y tenga por objeto el acto impugnado. Esta doctrina ha sido recogida entre otras en las Sentencias de la Sala III del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2016 dictada en el recurso núm. 1342/2015 y de 20 de diciembre de 2012 dictada en el recurso núm. 2379/2010.*

5.- *Sobre la infracción del art. 24 y artículo 19.3 en relación con el artículo 14.1 h) y k), todos ellos de la Ley 19/2013 .*



El artículo 19.3 de la Ley 19/2013, dispone: "3. Si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. El solicitante deberá ser informado de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación."

El art. 24.3 de la Ley 19/2013 dispone: "3. La tramitación de la reclamación se ajustará a lo dispuesto en materia de recursos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de derechos o intereses de terceros se otorgará, previamente a la resolución de la reclamación, trámite de audiencia a las personas que pudieran resultar afectadas para que aleguen lo que a su derecho convenga."

Como se ha indicado antes, la parte apelante estima que resultan de aplicación los límites al acceso a la información previstos en el artículo 14.1 j) y h) de la ley de transparencia relativos a " la garantía de confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión" y a " los intereses económicos y comerciales".

Para justificar la aplicación del límite previsto en la letra h) del art. 14 de la Ley de Transparencia y por tanto, la necesidad de acordar la retroacción del procedimiento a fin de dar audiencia a los interesados, la parte apelante afirma que "en la negociación entre la Administración Sanitaria y el laboratorio para la fijación de un precio de financiación, es fundamental la reserva de las informaciones de que cada una de ellas dispone...Según la información facilitada por la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia... lo que se pidió por parte de la solicitante se refiere a 12.220 medicamentos y 494 laboratorios."

6.- Dado que la solicitante quería conocer el "desglose de los medicamentos que componen el gasto farmacéutico hospitalario correspondiente al 2018, incluyendo... precio de adquisición y laboratorio que comercializa.." y que, según la información facilitada por la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del SNS, lo que pidió la parte, se refiere a 494 laboratorios, si la Administración pretende fundamentar la denegación de la información solicitada en aplicación del límite previsto en el art. 14.1 h) de la Ley 19/2013 " El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: [...] h) Los intereses económicos y comerciales.[...]", es preciso conocer a través del trámite de audiencia a sus titulares, qué intereses económicos y comerciales se verían perjudicados, el alcance de dicho perjuicio y si el mismo pudiera quedar desplazado por un interés superior así como, en su caso, si cabría al menos la posibilidad de reconocer el acceso parcial. Y todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 14.2 de la Ley 19/2013: " 2. La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.". Si la Administración deniega el acceso a la información por los supuestos perjuicios a los intereses económicos y comerciales de los laboratorios, el trámite de audiencia a estos resulta insoslayable. Debiendo observar, a este respecto, que la norma no condiciona el reconocimiento del trámite de audiencia al número de los titulares de intereses económicos afectados o a la mayor o menor dificultad práctica de implementar el mismo.

7.- La reciente STS de 8 de marzo de 2021 dictada en el recurso de casación núm. 3193/2019, a la hora de establecer la relación entre los dos trámites de audiencia previstos en los art. 19.3 y 24.3 de la Ley de Transparencia, en un supuesto en que se deniega por el Ministerio de Sanidad el acceso a la información solicitada, por entender que podría afectar a los intereses económicos y comerciales de terceros, (laboratorio o laboratorios farmacéuticos que elaboran y comercializan el producto "Truvada") y no se había concedido el trámite de alegaciones previsto en el art. 19.3 de la Ley de Transparencia, declara en el fundamento de derecho segundo " Es un hecho no debatido que el órgano administrativo destinatario de la solicitud de información (el Ministerio de Sanidad) resolvió sin dar un trámite de audiencia a la empresa fabricante del producto al que se refería la información solicitada.

No cabe duda de que dicha empresa, en cuanto titular de derechos que podían resultar afectados por la decisión que se adoptase, tenía la consideración de interesada (art. 4.1. b de la Ley 39/2015) por lo que debió ser llamada al procedimiento.

La obligación de emplazar a los interesados y de concederles un trámite de audiencia se prevé, con carácter general, en numerosos preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo -entre otros en los arts. 8, 75.4 y 76 de la Ley 39/2015 -, y más específicamente en el art. 19.3 de la Ley 19/2013 de Transparencia y Buen Gobierno ...

La Administración incurrió así en una irregularidad invalidante, al prescindir de un trámite esencial que hubiese permitido incorporar las razones por las que la empresa fabricante valoraba si la información solicitada afectaba



o no a sus intereses económicos y/o comerciales, lo cual resultaba pertinente además para la ponderación de los intereses en conflicto.

El trámite de audiencia ante el Consejo de Transparencia no se condiciona en la norma, como se pretende en el recurso de casación, a que los interesados hayan sido oídos previamente en el procedimiento tramitado ante el órgano administrativo destinatario de la solicitud de información. El art. 24.3 lo exige "Cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de derechos o intereses de terceros", por lo que, en puridad, la audiencia a los afectados es aún más necesaria cuando los mismos no han sido escuchados previamente por el órgano administrativo, pues se convertirá en la opción que permite al Consejo de Transparencia tomar en consideración los intereses privados que pudieran resultar afectados antes de adoptar su decisión.

Aunque el trámite de audiencia regulado en los artículos 19.3 y 24.3 de la Ley de Transparencia aparece referido a dos momentos distintos y ante órganos diferentes, la finalidad perseguida en ambos casos es la misma: que las personas o entidades cuyos derechos o intereses puedan verse afectados por la información pública solicitada, y consecuentemente con la decisión que se adopte, puedan formular alegaciones.

La audiencia a los interesados en la tramitación de la reclamación ante el Consejo de Transparencia no trata de desplazar sobre éste una carga que también recae en el órgano administrativo sino de cumplir una exigencia que la ley también le impone y hacer efectivo el derecho de contradicción exigido por el art. 24.3 de la Ley de Transparencia, garantizándose así que su decisión dispone de los elementos de juicio necesarios para la ponderación de los intereses en conflicto. No debe olvidarse que el Consejo de Transparencia, al tiempo de aplicar los límites fijados en el art. 14 de la Ley de Transparencia, debe hacerlo de forma proporcionada a su objeto y finalidad de protección, atendiendo "a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso", por lo que necesita conocer los intereses privados concurrentes para adoptar su decisión."

6.- Por lo anteriormente expuesto, procedía estimar parcialmente del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Sanidad contra la Sentencia núm. 39/2020 de 19 de mayo, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 6, que se dejaría sin efecto, por estimar infringido el art. 24.3 de la Ley de Transparencia, y acordar la retroacción del procedimiento administrativo a fin de que por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se proceda a dar trámite de audiencia en debida forma a las personas que pudieran resultar afectadas en la tramitación del expediente ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, tal y como ha resuelto la Sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2021, dictada en el recurso de casación núm. 3193/2019.