

Id Cendoj: 28079130042009100492
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 387/2008
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: SEGUNDO MENENDEZ PEREZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Resumen: Farmacias. Comunidad Valenciana. Procedimiento para la adjudicación de las autorizaciones de las nuevas oficinas de farmacia consideradas necesarias, iniciado cuando está pendiente de decisión judicial, tanto la conformidad a Derecho del Decreto autonómico que regula algunos de sus aspectos, como de alguna de las resoluciones que determinaron para algunos municipios las farmacias que permitía el llamado módulo turístico. Prejudicialidad derivada de esas dos causas o circunstancias; inexistencia. Acumulación en un mismo procedimiento de la adjudicación de farmacias determinadas por aplicación del módulo general y por aplicación del módulo turístico; inexistencia de infracción por tal motivo. Desestimación de la casación.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Octubre de dos mil nueve

VISTO por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por D^a Julieta y Milagrosa , representadas por el Procurador de los Tribunales D. Jorge Deleito García, contra sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 20 de diciembre de 2007, sobre solicitud de autorización de apertura de nuevas Oficinas de Farmacia.

Se ha personado en este recurso, como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA VALENCIANA, representada y dirigida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 1033/2005 la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con fecha 20 de diciembre de 2007, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: " **FALLAMOS:** I.- Con rechazo de la causa de inadmisibilidad alegada por la Generalitat, se desestima el Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por D^a Julieta y D^a Milagrosa , contra la Resolución de 26/Enero/06 del Secretario Autonómico para la Agencia Valenciana de Salud, que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 16/Febrero/05 del Director General de Farmacia, sobre inicio del procedimiento de adjudicación de autorizaciones de apertura de nuevas Oficinas de Farmacia. II.- No procede hacer imposición de costas".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia ha preparado recurso de casación la representación procesal de D^a Julieta y D^a Milagrosa , interponiéndolo en base a los siguientes motivos de casación:

Primero .- Al amparo del *artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción* por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, al infringirse los *artículos 42.3, 43 y 421* en relación con el *artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , reguladores de la prejudicialidad no penal y la litispendencia.

Segundo .- Al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley* reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, concretamente el *artículo 73 de la Ley*

30/92 .

Y termina suplicando a la Sala que "...dicte en su día sentencia casando la recurrida, estimando el recurso contencioso- administrativo dicho en los términos del suplico de las demandas de mis representadas, anulando por no ser conformes a Derecho las resoluciones de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Valencia de 16 de febrero de 2005, y la del Secretario Autonómico para la Agencia Valenciana de Salud de 26 de enero de 2006, por la que desestimaba de forma expresa el recurso de alzada interpuesto por mis mandantes contra la anterior resolución, revocándolas con todas sus consecuencias legales".

TERCERO.- La representación procesal de la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA VALENCIANA se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en su escrito a la Sala que "...dicte sentencia por la que se desestime el recurso de Casación interpuesto y se declare conforme a Derecho la sentencia recurrida".

CUARTO.- Mediante providencia de fecha 9 de julio de 2009 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 6 de octubre del mismo año, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo que ahora pende en grado de casación, impugnaron las actoras la desestimación presunta y luego expresa del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de fecha 16 de febrero de 2005, del Director General de Farmacia y Productos Sanitarios de la Comunidad Valenciana, que acordaba iniciar de oficio el procedimiento de adjudicación de autorizaciones de nuevas oficinas de farmacia.

De dicha resolución, y limitándonos a lo que aquí va a ser de interés, debe retenerse: a) Que entre las bases del concurso que a ese fin se convocaba figuraba, en la base Segunda, la exigencia de que los solicitantes procedieran a la autobaremación de sus méritos de conformidad con lo dispuesto en el *Decreto autonómico 198/2003, de 3 de octubre* , que establecía los criterios de selección aplicables en los procedimientos de autorización de nuevas Oficinas de Farmacia. Y b) que en aquel procedimiento cuyo inicio se acordaba, se acumulaban, para su adjudicación en él, tanto las nuevas oficinas de farmacia resultantes de la aplicación del llamado módulo general, que una resolución del Conseller de Sanidad de 30 de septiembre de 2004 había determinado como necesarias para ofrecer una adecuada atención farmacéutica a la población en la Comunidad Valenciana; como, también, las que por aplicación del denominado módulo turístico se habían determinado para algunos municipios, entre ellos el de Torreveija, por resoluciones de dicho Conseller de 4 de febrero de 2005.

A partir de ahí, en una descripción que aquí no ha sido puesta en tela de juicio, afirma la Sala de instancia en su sentencia que aquella resolución de 16 de febrero de 2005 se impugnaba por las actoras aduciendo dos argumentos:

1º.- Aquel *Decreto autonómico 198/2003* había sido declarado nulo en parte en una sentencia de esa misma Sala de 30 de diciembre de 2003 (en realidad, de 2004), recurrida en casación ante este Tribunal Supremo (ver nuestra sentencia de 17 de junio de 2008 , dictada en el recurso de casación núm. 3417/2005); razón por la que "concurriría un supuesto legal de prejudicialidad", que requería esperar a nuestra decisión en esa casación pendiente. Asimismo, dado que alguna de las resoluciones de 4 de febrero de 2005 (en concreto, la del municipio de Torreveija) había sido impugnada jurisdiccionalmente, estando pendiente de sentencia el recurso interpuesto, concurría también otro supuesto de prejudicialidad en cuanto a la acumulación en el procedimiento de adjudicación de las farmacias resultantes por el módulo turístico. Y

2º.- Esa acumulación en un mismo procedimiento no era procedente, al no concurrir la identidad o íntima conexión requerida por el *art. 73 de la Ley 30/1992* , pues mientras el procedimiento del módulo general se inicia de oficio por la Consellería, el del módulo turístico sólo cabe a solicitud de las Entidades Locales, de los Colegios de Farmacéuticos o de los farmacéuticos interesados (*art. 4.2 del Decreto autonómico 149/2001*), tratándose de procedimientos diferenciados.

SEGUNDO.- Ninguno de esos dos argumentos es acogido en la sentencia de instancia, que en consecuencia desestima el recurso contencioso-administrativo.

Rechaza el referido a aquellas causas de prejudicialidad, razonando que el *art. 94 de la Ley 30/1992* establece que los actos de las Administraciones Públicas son inmediatamente ejecutivos, salvo que se haya acordado su suspensión cautelar, por lo que, al no constar que ésta se hubiera adoptado en aquellos otros procesos judiciales, los actos allí recurridos despliegan plenamente su eficacia.

Y afirma que la procedencia de la acumulación en un mismo procedimiento de la adjudicación de nuevas oficinas resultantes de aquellos dos módulos, ya fue declarada por la misma Sala en una sentencia anterior, la de fecha 21 de febrero de 2007, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 503/2005, cuyo fundamento de derecho quinto, párrafo primero, transcribe. En él, tras tomar en consideración diversas normas autonómicas de la *Ley 6/1998* y del *Decreto 149/2001*, se afirma, en efecto, que ningún obstáculo existe para la tramitación procedimental conjunta de las autorizaciones de uno y otro módulo.

TERCERO.- Aquellos dos argumentos son los que de nuevo se hacen valer en este recurso de casación a través de los dos motivos que en él se formulan, amparados en el *artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción el primero*, y en la letra d) del mismo *artículo el segundo*.

Ocupándonos en este fundamento de derecho del primero, se denuncia en él la infracción de los *artículos 42.3, 43 y 421 en relación con el 222.4, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. A juicio de la parte, al dictarse la sentencia aquí recurrida, sin esperar a las que finalmente recaigan en aquellos procesos dirigidos contra el *Decreto 198/2003* y *contra la resolución de 4 de febrero de 2005*, se han quebrantado esas normas y se ha producido una situación de indefensión para ella, pues el resultado final de este recurso ahora en grado de casación depende de lo que se decida en esos otros procesos.

Motivo que no podemos compartir y que en consecuencia desestimamos. En esencia, por la misma razón jurídica que expresó la Sala de instancia en su sentencia.

Los principios que rigen la actividad de las Administraciones Públicas, condensados en la fórmula con que se expresa la norma del *artículo 103.1* de la Constitución, imponían a la Administración demandada iniciar con prontitud un procedimiento -como aquel que inició la resolución de 16 de febrero de 2005- cuyo objeto y finalidad no eran otros que los de atender de modo adecuado las necesidades farmacéuticas de la población; y a iniciarlo, precisamente, con estricta sujeción al ordenamiento jurídico entonces vigente y a sus actos previos dotados de ejecutividad.

Por ello, no es la validez, la conformidad a Derecho de esa resolución de 16 de febrero de 2005, la que en su caso quedará afectada por las decisiones firmes que después de ella se hayan adoptado o se adopten en aquellos otros procesos, sino, más bien, su eficacia; o la validez y/o eficacia de las que, culminando el procedimiento iniciado por aquélla, se tomaran en él.

En suma, para juzgar sobre el objeto del proceso ahora en grado de casación, referido sólo a la conformidad o disconformidad a Derecho de la resolución en él impugnada, no había necesidad alguna de suspender el dictado de la sentencia.

CUARTO.- La misma suerte ha de correr el segundo de los motivos de casación, en el que se denuncia la infracción del *artículo 73 de la Ley 30/1992* razonando, de nuevo y como antes dijimos, que no era procedente la acumulación en un mismo procedimiento de la adjudicación de nuevas oficinas resultantes de aquellos dos módulos, el general y el turístico, al no concurrir la identidad o íntima conexión requerida por dicho artículo.

Su desestimación se impone, ante todo, por una razón de principio que enlaza con la naturaleza y consiguientes exigencias del recurso de casación, pues el motivo se olvida por completo y no combate por tanto la razón de decidir de la Sala de instancia, expresada en aquella transcripción en parte de una sentencia anterior.

Y también por otra que igualmente enlaza con la regulación misma de nuestro recurso de casación, cual es la invocación como infringida de una norma estatal que, sin embargo, se trae a colación con carácter meramente instrumental, por no ser ella en sí misma, y sí la autonómica, la que podrá haberlo sido. Así, en el caso que nos ocupa, es la recta interpretación de las normas autonómicas reguladoras del procedimiento de adjudicación de nuevas oficinas de farmacia la que permitirá concluir si la acumulación denunciada es o no procedente. Y en este sentido, es la misma parte la que se remite y utiliza esas normas autonómicas para defender, con sustento en lo que en ellas se dispone y en la interpretación que de ellas hace, aquella falta de identidad o íntima conexión.

QUINTO.- La desestimación de los motivos de casación alegados comporta la declaración de no haber lugar al recurso interpuesto y la imposición de las costas procesales a la parte recurrente, según establece el *artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, si bien, como permite el apartado tercero* del mismo precepto, procede limitar su cuantía, por el concepto de honorarios de Abogado de la parte recurrida, a la cifra de tres mil euros, dada la actividad desplegada por aquél al oponerse al indicado recurso.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

NO HA LUGAR al recurso de casación que la representación procesal de Doña Julieta y Doña Milagrosa interpone contra la sentencia que con fecha 20 de diciembre de 2007 dictó la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso número 1033 de 2005. Con imposición a la parte recurrente de las costas de este recurso de casación, con el límite fijado en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos . **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, todo lo cual yo el Secretario, certifico.