

Id Cendoj: 28079130042009100507
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 721/2008
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: CELSA PICO LORENZO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DECRETO AUTONÓMICO 244/03 XUNTA DE GALICIA. HOMOLOGACIÓN SANITARIA DE RECETAS OFICIALES PARA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA. INCOACIÓN PRECEPTOS DEROGADOS. INTERPRETACIÓN DERECHO AUTONÓMICO.

SENTENCIA

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

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 721/08, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Justo Alberto Requejo Calvo en nombre y representación de la Asociación Profesional Sanitaria de Atención Primaria, contra la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección 2ª, en el recurso núm. 4797/03, interpuesto por la Asociación Profesional Sanitaria de Atención Primaria contra el *Decreto 244/2003, de 24 de abril, de la Xunta de Galicia*, por el que se regula el procedimiento de homologación sanitaria de recetas oficiales para la prestación farmacéutica. Ha sido parte recurrida la Consellería de Sanidad y el Servicio Gallego de Salud de la Xunta de Galicia, representadas por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vazquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo núm. 4797/03, seguido ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección 2ª se dictó sentencia con fecha 15 de noviembre de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Desestimar el recurso contencioso-administrativo interuesto por Asociación Profesional Sanitaria de Atención Primaria contra el *Decreto 244/2003, de 24 de abril, de la Xunta de Galicia*, por el que se regula el procedimiento de homologación sanitaria de recetas oficiales para la prestación farmacéutica; sin hacer especial condena en costas".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de la Asociación Profesional Sanitaria de Atención Primaria se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal por escrito presentado el 5 de marzo de 2008, formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- La representación procesal del Servicio Gallego de Salud de la Xunta de Galicia formalizó el 13 de diciembre de 2008, escrito de oposición al recurso de casación interesando su desestimación.

La representación procesal de la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia formalizó el 17 de diciembre de 2008, escrito de oposición al recurso de casación interesando su desestimación.

QUINTO.- Por providencia de fecha 9 de junio de 2009 se señaló para votación y fallo el 21 de octubre de 2009, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. **Celsa Pico Lorenzo** , Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La representación de la Asociación Profesional Sanitaria de Atención Primaria interpone recurso de casación 721/2008 contra la sentencia desestimatoria de fecha 15 de noviembre de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección 2^a, en el recurso núm. 4797/03 , interpuesto por aquella contra el *Decreto 244/2003, de 24 de abril, de la Xunta de Galicia* , por el que se regula el procedimiento de homologación sanitaria de recetas oficiales para la prestación farmacéutica.

Identifica la sentencia la norma impugnada en su PRIMER fundamento mientras en el SEGUNDO analiza los motivos de impugnación del Decreto que rechaza. Concluye que *"el Decreto está contemplando determinadas especialidades que por su naturaleza o características especiales el Ministerio de Sanidad y Consumo entiende necesaria la convalidación; que esta no supone intromisión alguna en el juicio clínico desde una perspectiva sustantiva y que el Decreto ahora impugnado en realidad se limita a regular el procedimiento de convalidación, ya contemplado bajo la denominación de visado en el párrafo segundo del apartado 1º del Decreto 45/2002, de 8 de febrero , por el que se regula la estructura orgánica del servicio de salud en la comunidad autónoma, y en el que ya se atribuye competencia para el visado a la División de Farmacia y Productos Sanitarios y cuya impugnación en cuanto a la atribución competencial que ahora nos ocupa no consta"*.

SEGUNDO .- 1. Un único motivo de casación se articula al amparo del *art. 88.1.d) LJCA* por infracción de los *arts. 106 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social* , *arts. 4 a 7 de la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias* , *art. 106 de la Ley General de Sanidad y Circular 6/1992, de 12 de agosto* , del Ministerio de Sanidad y Consumo.

Procede a reproducir determinados párrafos de la sentencia centrándose en el *art. 7 del Decreto* que afirma fue modificado por el *art. 2 del Decreto 14/2004, de 15 de enero*. Pasa luego a transcribir la posición del SERGAS y de la Xunta de Galicia en instancia para considerar que las citadas partes coinciden en reputar actividad asistencial la encomendada a los farmacéuticos mientras la sentencia la califica de no asistencial.

Añade que esa competencia que el Decreto impugnado atribuye a los farmacéuticos para rechazar la prescripción en base al informe clínico del médico prescriptor lesiona la libertad de prescripción que a este último le atribuye el *art. 106 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social* ("*Los facultativos encargados de los servicios sanitarios de este Régimen General podrán prescribir libremente las fórmulas magistrales y las especialidades farmacéuticas reconocidas por la legislación sanitaria vigente que sean convenientes para la recuperación de la salud de sus pacientes*") y el *art. 107* del mismo cuerpo jurídico en la medida en que atribuye a los servicios de farmacia la dispensación de los medicamentos prescritos, en armonía con lo dispuesto en el *art. 3 de la Ley 25/1990* .

Sostiene lesiona también el *art. 4.7 de la Ley 44/2003, de Ordenación de las profesiones sanitarias* que procede a transcribir.

1.1. Objeta el motivo el Servicio Gallego de Salud exponiendo que el *art. 106 de la Ley General de la Seguridad Social* dispone lo siguiente que nada tiene que ver con lo alegado:

"1. La obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación del trabajo, incluido el período de prueba. La mera solicitud de la afiliación o alta del trabajador al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social surtirá en todo caso idéntico efecto.

2. La obligación de cotizar se mantendrá por todo el período en que el trabajador esté en alta en el Régimen General o preste sus servicios, aunque éstos revistan carácter discontinuo. Dicha obligación subsistirá asimismo respecto a los trabajadores que se encuentren cumpliendo deberes de carácter público o desempeñando cargos de representación sindical, siempre que ello no dé lugar a la excedencia en el trabajo.

3. Dicha obligación sólo se extinguirá con la solicitud en regla de la baja en el Régimen General al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social. Sin embargo, dicha comunicación no extinguirá la obligación de cotizar si continuase la prestación de trabajo.

4. La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad laboral transitoria, cualquiera que sea su causa, y en las demás situaciones previstas en el *artículo 125* en que así se establezca reglamentariamente.

5. La obligación de cotizar se suspenderá durante las situaciones de huelga y cierre patronal.

6. La obligación de cotizar por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales existirá aunque la empresa, con infracción de lo dispuesto en la presente Ley, no tuviera establecida la protección de su personal, o de parte de él, respecto a dichas contingencias. En tal caso, las primas debidas se devengarán a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social".

Refuta también la infracción del *art. 4 de la Ley 44/2003, de Ordenación de las profesiones sanitarias* que procede a transcribir.

Mantiene que el *art. 6.2* . no establece facultades tasadas.

Por último, rechaza la vulneración del *art. 106 de la Ley General de Sanidad* derogado por la *Disposición derogatoria única de la Ley 14/2007, de 3 de julio* que regula la investigación biomédica.

TERCERO.- El recurso de casación tal cual aparece regulado en la vigente LJCA 1998, *artículo 86* y siguientes, sigue la línea formalista y restrictiva que lo ha caracterizado tradicionalmente tras su ya lejana implantación en la jurisdicción civil (desde la decimonónica Ley de Enjuiciamiento de Civil aprobada por *Real Decreto de 3 de febrero de 1881* a la última *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero*) así como en la jurisdicción penal (*Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882*) hasta su introducción en el orden contencioso-administrativo (*Ley 10/1992, de 30 de abril, sobre Medidas Urgentes de Reforma Procesal*).

Su función queda claramente plasmada en la Sentencia 37/1995, de 7 de febrero del Tribunal Constitucional al afirmar que "aparece en el siglo pasado la casación civil y penal, cuya sede se situó en el Tribunal Supremo, generalizándose para los demás órdenes jurisdiccionales una vez promulgada la Constitución, con la función de preservar la pureza de la ley para conseguir la igualdad y la seguridad jurídica en su aplicación, donde tiene su origen la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico (*art. 1.6. Código Civil*)." Parte éste pronunciamiento de que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías jurisdiccionales (*art. 123 CE*).

Aserto que debe ser complementado con el hecho de que los Tribunales Superiores de Justicia culminaran en cada Comunidad Autónoma (*art. 152.1,2 y art. 70 LOPJ*) la organización judicial, lo cual ha conducido a la introducción del recurso de casación autonómico (*art. 99 LJCA*) fundado en infracción de normas legales o reglamentarias de la Comunidad Autónoma de que se trate. Por ello ante este Tribunal no cabe invocar discrepancias respecto a la interpretación dada por la correspondiente Sala de un Tribunal Superior de Justicia respecto a normas legales o reglamentarias emanadas de sus órganos legislativos o ejecutivos.

Por todo ello, si las normas y preceptos son estatales y relevantes para el fallo el recurso de casación se residencia ante el Tribunal Supremo mientras lo hará ante el Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma cuando la norma aplicada hubiere sido dictada por órganos autonómicos (STS 20 de marzo de 2007, recurso de casación 7849/2004). Es decir, que las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia solo pueden ser combatidas en esta sede alegando como base del recurso la vulneración de normas estatales o de derecho comunitario europeo que hubiesen sido relevantes y determinantes del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora (*art. 86.4 LJCA*).

Y de la doctrina reflejada en el FJ 8º de la STS del Pleno de 30 de noviembre de 2007, recurso de casación 7638/2002 , podemos extraer que:

a) "no cabe inferir una doctrina que, en términos absolutos y omnicomprensivos, impida a esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los ordenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (*art. 123.1 CE*), conocer, interpretar y aplicar el Derecho autonómico".

b) "siempre será preciso examinar los supuestos de cada caso y, en contemplación de ellos, decidir lo procedente."

c) "la ponderación de las específicas circunstancias será especialmente exigible en aquellos supuestos en los que se produzcan entrecruzamientos ordinamentales, lo que obligará a discriminar si la controversia está o no sometida a preceptos no sólo autonómicos y cuál sea el grado de incidencia que en la resolución del supuesto tengan preceptos de procedencia no autonómica, que no sean manifiestamente invocados con la exclusiva voluntad de frustrar el propósito que inspira la exigencia de justificación contenida en el *art. 89.2 de la L.J.*"

d) "Los Tribunales Superiores de Justicia son protagonistas activos de la preservación de su función interpretadora del Derecho autonómico".

CUARTO.- Sentado lo anterior la doctrina sobre el recurso de casación la única conclusión posible en el presente caso es su inadmisión por un conjunto de razones conforme al *art. 95.1* en relación *art. 93.2.b)* *ambos de la LJCA* .

Una. Deficiente planteamiento del motivo que invoca artículos que resultan ajenos al debate suscitado en instancia. Así el contenido del *art. 106 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social* reproducido en el escrito nada tiene que ver con el texto del mismo publicado en el BOE, vigente al tiempo de la formulación del recurso en instancia, *Real Decreto Legislativo 1/94, de 20 de junio* . Así se refiere a la duración de la obligación de cotizar, más arriba consignado con ocasión de reflejar la oposición de la administración demandada. El texto concretamente esgrimido fue derogado por la *Disposición Derogatoria única del citado RD Legislativo 1/94, de 20 de junio* , pues tal era el redactado del *art. 196 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo* , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Además, no obstante haber sido derogado el *art. 106 de la Ley General de Sanidad, 14/1986, de 25 de abril* , en virtud de la *disposición derogatoria única de la Ley 14/2007, de 3 de julio* que regula la investigación biomédica, lo cierto es que tampoco el contenido de aquel, relativo al fomento de las actividades de investigación, guarda relación con el objeto de la controversia.

Dos. Ausencia de argumentación alguna combatiendo los razonamientos de la Sala de instancia al invocar la lesión de determinados *preceptos de la Ley 44/2003, de Ordenación de las profesiones sanitarias* cuyo contenido se limita a reproducir mas sin argumentar como la sentencia los conculca. Así tras su cita se limita a decir que la infracción normativa, que no ha analizado, resulta más evidente si se atiende al contenido de la Circular 6/1992, que sin perjuicio de su carácter de norma reglamentaria estructurada en 9 instrucciones y no publicada en diario oficial alguno tampoco analiza.

Tres. Se limita la Sala de instancia a realizar una determinada interpretación del *Decreto 244/2003* a partir de lo regulado en un *Decreto anterior, 45/2002* , actuación que no solo no es combatida por el recurso sino que significa realizar una hermenéutica concreto del derecho autonómico que escapa al examen de esta Sala por las razones más arriba expuestas.

QUINTO.- Procede hacer expresa imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el *art. 139.3 LJCA* y teniendo en cuenta la entidad del proceso y la dificultad del mismo, señala en 3.000 euros la cifra máxima por honorarios del Letrado de la entidad recurrida, sin perjuicio de la posible reclamación, en su caso, del cliente de la cantidad que se estime procedente.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de la Asociación Profesional Sanitaria de Atención Primaria contra la sentencia desestimatoria de fecha 15 de noviembre de 2007, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección 2ª, en el recurso núm. 4797/03 , interpuesto por aquella contra el *Decreto 244/2003, de 24 de abril, de la Xunta de Galicia* , por el que se regula el procedimiento de homologación sanitaria de recetas oficiales para la prestación farmacéutica, la cual se declara firme con expresa imposición de las costas en los términos reflejados en el último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la

Secretaria, certifico.