

Id Cendoj: 28079130042009100389  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 4  
Nº de Recurso: 16/2008  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: SANTIAGO MARTINEZ-VARES GARCIA  
Tipo de Resolución: Sentencia

#### Resumen:

Medidas cautelares. Auto que deniega la suspensión de la Resolución que decide definitivamente un concurso convocado para adjudicación de nuevas oficinas de farmacia y en el que a las recurrentes no se les adjudicó farmacia alguna. En esa resolución no se computan a las recurrentes méritos que habían servido para otorgarles farmacias de las que eran titulares en virtud de un concurso anterior ya resuelto. La Sala rechaza la aplicación de *fumus boni iuris* y pondera el interés general del mejor servicio frente al de las recurrentes cuyo perjuicio de existir sería económicamente indemnizable.

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintidós de julio de dos mil nueve

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, ha visto el recurso de casación número 16 de 2008, interpuesto por la Procuradora Doña Nuria Munar Serrano, en nombre y representación de Doña Margarita y de Doña María Cristina , contra **el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, de fecha dos de noviembre de dos mil siete, en el recurso contencioso-administrativo número 1001 de 2001.**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, Sección Primera, dictó Sentencia, el dos de noviembre de dos mil siete, en el Recurso número 1001 de 2001, en cuya parte dispositiva se establecía: "Desestimar el recurso de súplica formulado frente al auto de la Sala de fecha 11 de septiembre pasado, debiendo estarse a sus determinaciones, sobre improcedencia de adopción de las medidas cautelares interesadas. Todo ello sin imposición de costas a ninguna de las partes".

**SEGUNDO.-** En escrito de cuatro de diciembre de dos mil siete, por el Procurador Don Jorge Rodríguez-Monsalve Garrigós en nombre y representación de Doña Margarita y de Doña María Cristina , interesó se tuviera por presentado el recurso de casación contra el Auto mencionado de esa Sala de fecha dos de noviembre de dos mil siete .

La Sala de Instancia, por Providencia de once de diciembre de dos mil siete , procedió a tener por preparado el Recurso de Casación, con emplazamiento de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el plazo de treinta días.

**TERCERO.-** En escrito de cuatro de febrero de dos mil ocho, la Procuradora Doña Nuria Munar Serrano, en nombre y representación de Doña Margarita y de Doña María Cristina , procedió a formalizar el Recurso de Casación, interesando la revocación del Auto dictado por la Sala de instancia, y que se dicte en su día nueva resolución ajustada a Derecho, admitiéndose el mismo por Providencia de siete de noviembre de dos mil ocho.

**CUARTO .-** En escrito de treinta de marzo de dos mil nueve, la Letrada de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, manifiesta su oposición al Recurso de Casación y solicita se dicte sentencia por la que

se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente.

**QUINTO.-** Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día quince de julio de dos mil nueve, en cuya fecha tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado de la Sala que expresa la decisión de la misma

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna por la representación procesal de las Sras. María Cristina y Margarita el Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, Sede de Valladolid, Sección Primera, de once de septiembre de dos mil siete, dictado en la pieza separada de medidas cautelares, del recurso 1.001/2.007 que denegó la suspensión de la decisión del Director General de Salud Pública de doce de septiembre de dos mil seis, que decidió definitivamente el concurso convocado para adjudicación de nuevas oficinas de farmacias y en el que a las recurrentes no se les otorgó autorización de oficina de farmacia alguna.

Ese Auto fue recurrido en súplica por las demandantes siendo confirmado el mismo por otro posterior de dos de noviembre siguiente.

**SEGUNDO.-** El Auto recurrido, el inicial de once de septiembre de dos mil siete, en los fundamentos de Derecho segundo, tercero y cuarto rechazó los argumentos de las recurrentes y mantuvo en el segundo que: "En el presente caso, desde la óptica de los perjuicios derivados del juego de la ejecutividad del acto administrativo ha de decirse que se contienen alegaciones sobre perjuicios meramente hipotéticos, que se ubican en las alegaciones de la actora en los deletéreos efectos, catastróficos, que se generarían en la hipótesis de anulación del acto, en cuanto que habría que reformar las situaciones creadas al amparo del concurso.

Sin embargo, frente a esta alegación ha de decirse que, como expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2003, encontrándonos ante un proceso de concurrencia para la apertura de nuevas oficinas de farmacia, los eventuales perjuicios causados, tanto a los farmacéuticos ya instalados o a los que pudieran obtener nueva oficina de farmacia, únicos en los que se pueden residenciar los eventuales perjuicios, son resarcibles por la Administración.

En efecto, no existe irreparabilidad del perjuicio, pues siempre cabría la satisfacción por la Administración de las cantidades en que se pudieran evaluar tales hipotéticos perjuicios, dada la solvencia de la Administración para proceder al pago de tales cantidades".

En el tercero de ellos el Auto expresó que: "Se alegaba también que existen vicios invalidantes del acuerdo recurrido, en cuanto que se procedió a descontar puntuación a los recurrentes, argumento que tampoco puede ser acogido. La fuerza suspensiva de este razonamiento sería acogible desde la aplicación de la doctrina del "fumus", que siempre ha de serlo de una forma un tanto restrictiva, en cuanto nos encontremos ante un supuesto de nulidad radical fácilmente apreciable, sin prejuzgar la resolución definitiva que se adopte.

En relación con la reiterada doctrina ha de decirse con la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2000, y la que en ellas se citan, que el análisis de una cuestión de fondo en una pieza de suspensión solo es posible cuando se invoca un supuesto de nulidad radical "o que la apariencia del buen derecho en el recurrente sea palmaria y evidente", habiéndose precisado por este Tribunal, en orden a la primera, que sólo "en los casos en que tal nulidad apareciese como algo ostensible y evidente podría resultar justificada una suspensión basada en la misma (la nulidad) y una vez acreditada la producción de daños y perjuicios "(Sentencia de 4 de noviembre de 1997 y 5 de marzo de entre otras)".

La misma sentencia en cuanto a la aplicación de la doctrina del "fumus boni iuris" expresa que para su aplicación "es necesario que concurren una apariencia razonable de buen derecho en la posición del recurrente y la falta de una argumentación sólida de la Administración que destruya aquella apariencia. El primero de los requisitos citados consiste en que en las actuaciones aparezcan datos relevantes que anuncien el buen éxito de la pretensión sin necesidad de efectuar un análisis detenido de la legalidad del acto impugnado, ya que este estudio debe hacerse en el proceso principal "(Sentencia de esta Sala de 27 de enero de 1998, entre otras)".

Y concluía la Resolución impugnada afirmando que: "En el presente caso la Sala, sin perjuicio de la

decisión de fondo que se adopte al resolver de forma definitiva el recurso, no aprecia a tenor de las alegaciones de la recurrente la existencia de un vicio de nulidad radical, sin perjuicio de una análisis exhaustivos de las causas de la infravaloración denunciada al momento de resolver el recurso de forma definitiva, en sentencia.

Ha de estarse, por ello, al juego normal de la ejecutividad del acto administrativo, por lo que de la ponderación de los intereses en juego, ha de entenderse que es superior el que demanda la ejecutividad de dichos actos que, en principio, entrañan el interés general.

Procede, por lo tanto, no acceder a la suspensión del acto solicitada por no causarse perjuicios de imposible o difícil reparación a consecuencia de su ejecución, siendo superior el posible perjuicio que se causaría al interés público a consecuencia de la no ejecución de los actos recurridos, y por no constatarse, siempre "prima facie", una causa de nulidad radical de los reiterados actos".

**TERCERO.-** El recurso de casación que se interpone se sustenta en un motivo único al amparo del apartado d) del *núm. 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción* por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate".

Se basa el motivo en la infracción del *art. 130.1 de la Ley de la Jurisdicción* que a su vez supone infracción del *art. 24.1* de la Constitución por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

La alegación de las recurrentes es que lo está en cuestión es si dentro del concurso competitivo convocado poseen el derecho subjetivo a obtener una autorización de nueva oficina de farmacia y ese derecho depende de la puntuación que obtengan de acuerdo con el baremo que rige el concurso. Y ello les afecta a ellas y al resto de los concursantes porque si finalmente tienen derecho a una autorización ese hecho repercutirá sobre todo los concursantes. Y afectará al periculum in mora porque se dilatará en el tiempo y hará que el recurso pierda su finalidad legítima Y discrepan también de la no suspensión porque la misma se sostiene sobre la idea de que los perjuicios hipotéticos que puedan producirse serán compensables económicamente.

De lo que se trata es de que se reconozca el derecho subjetivo y eso habrá de hacerse cautelarmente ponderando los intereses en conflicto. En este supuesto el interés general no sufre porque el servicio farmacéutico está atendido razonablemente y lo único que produce la no suspensión es quizá una mejora del mismo y de ahí que deba prevalecer el interés que representa la suspensión que de no concederse constituirá un perjuicio superior. Y a lo anterior añade que los intereses de los terceros que han obtenido autorizaciones no puede prevalecer sobre el de sus representadas. Porque lo importante para todos es que la adjudicación sea definitiva y no cause perjuicios posteriores como las inversiones que se hayan hecho y que queden después frustradas. El interés de todos se satisface mejor con la suspensión.

La representación procesal de la Administración recurrida plantea la no admisión del recurso porque no se recurre el Auto que debe recurrirse sino el que resolvió la súplica que constituye un simple requisito de procedibilidad.

Se opone al motivo que: "El planteamiento de las recurrentes es el mismo que el sostenido en la Pieza de Medidas Cautelares, pretendiendo hacer prevalentes (sic) sus propios intereses económicos frente al interés público que pretende garantizar el acto impugnado en última instancia, que es la eficacia de la Resolución de 12 de septiembre de 2006, de la dirección General de Salud Pública y Consumo, que se dicta dentro del procedimiento de autorización de oficinas de farmacia convocado por Resolución de 4 de febrero de 1999, debiendo tener en cuenta que, mientras se encontraba en suspenso este procedimiento, en el posterior iniciado por Resolución de 3 de septiembre de 2001, las demandantes obtuvieron una oficina de farmacia.

La Resolución recurrida, de 12 de septiembre de 2006, establece la puntuación definitiva de los solicitantes admitidos en el procedimiento de autorización de oficinas de farmacia convocado en el año 1999, de la que resulta que respecto a las demandantes se les restaron méritos ya que éstos habían servido previamente para obtener autorización de oficina de farmacia en el procedimiento iniciado en el año 2001.

Denegar la suspensión de la ejecución del concurso tal como instaron al solicitar la medida cautelar, puede reportar unos perjuicios económicos de carácter privado a las recurrentes, que no pueden prevalecer sobre el interés público concretado en una mayor oferta a los ciudadanos del servicio farmacéutico que tratan de salvaguardar el acto impugnado, tratándose de establecimiento sanitarios destinados al público.

Alegan las demandantes que lo que se ventila en el procedimiento es su derecho subjetivo a una autorización, y si así resulta cuando concluya el proceso, la autorización que se concedería comporta la anulación de la concedida al actual adjudicatario de la misma.

Pues bien, evidentemente, lo que están pretendiendo es que se de por supuesto de antemano que reúnen los méritos que han sido descontados en el acto recurrido, es decir que se entre a valorar el fondo del asunto principal. Y, que, tratándose de medida cautelares, la procedencia o no de su adopción debe hacerse sin prejuzgar la cuestión de fondo, porque se carece todavía de elementos bastantes para hacer esa clase de enjuiciamiento".

**CUARTO.-** El motivo y el recurso deben rechazarse. Pero antes de entrar en la resolución del motivo hemos de responder a la no admisión del mismo que plantea el Sr. Abogado del Estado. No es posible aceptar ese rechazo que se pretende, y no lo es porque aún siendo cierto que en el escrito de interposición se afirma que se recurre el Auto que resolvió la súplica y ello es incorrecto jurídicamente porque el Auto a recurrir es el inicial puesto que como resulta de la Ley de la Jurisdicción el Auto que resuelve la súplica no es más que el requisito de procedibilidad que permite acceder a la casación, no es menos cierto que en este caso se está recurriendo aquél Auto puesto que el resolutorio del recurso se limitó a ratificar el anterior.

La alegación del *fumus bonus iuris* fundada en que se les priva a las recurrentes de modo injustificado de determinados puntos que debían haber sido valorados lo que posiblemente hubiera variado su situación en el concurso, propiciando que se les hubiese adjudicado una nueva oficina de farmacia no puede tomarse en consideración porque de hacerlo así se estaría incidiendo sobre el fondo del asunto en un momento en que ello no es posible, puesto que en la fase cautelar en la que se desenvuelve una pretensión de suspensión el Tribunal sólo puede realizar un análisis de la cuestión meramente indiciario sobre los intereses confrontados. Proceder de otro modo en este momento procesal sería prejuzgar el fondo de la cuestión vulnerando así las garantías de defensa y contradicción y prueba inherentes al derecho a la tutela judicial efectiva del *art. 24* de la Constitución.

Por lo tanto el Tribunal al examinar en esta fase previa o cautelar una pretensión como la aquí sostenida de suspensión de la ejecutividad de la decisión de un concurso de concurrencia competitiva a lo que está obligado de acuerdo con el *art. 130.1 de la Ley de la Jurisdicción* es a efectuar una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto y a adoptar la medida cuando la ejecución del acto en este caso, pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Y en este supuesto la Sala ponderando de modo circunstanciado los intereses en conflicto decidió mantener la ejecutividad de la Resolución que resolvió el recurso porque entendió prevalerte el interés general de mejora del servicio frente a ese presunto derecho de las recurrentes a obtener una nueva oficina de farmacia con la atribución de unos puntos que ya les habían sido reconocidos para obtener la oficina de la que ya eran titulares, al resolverse un recurso anterior.

Si en el supuesto de que finalmente prosperase la tesis que sustentan y se les reconociese ese derecho, los perjuicios que se les hubieran podido causar serían indemnizables económicamente reparándose así el perjuicio causado.

En consecuencia el Auto recurrido es firme.

**QUINTO.-** Al desestimarse el recurso procede de conformidad con lo prevenido en el *art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción* hacer expresa condena en costas a las recurrentes si bien la Sala haciendo uso de la facultad que le otorga el *núm. 3* del artículo citado señala como cifra máxima que en concepto de honorarios de abogado podrá hacerse constar en la tasación de costas la suma de tres mil euros. (3.000 #).

**EN NOMBRE DE SU MAJESTAD**

**EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN**

**FALLAMOS**

**No ha lugar** al recurso de casación **núm. 16/2.008**, interpuesto por la representación procesal de las Sras. María Cristina y Margarita frente a el Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, Sede de Valladolid, Sección Primera, de once de septiembre de dos

mil siete , dictado en la pieza separada de medidas cautelares, del recurso 1.001/2.007 que denegó la suspensión de la decisión del Director General de Salud Pública de doce de septiembre de dos mil seis, que decidió definitivamente el concurso convocado para adjudicación de nuevas oficinas de farmacias y en el que a las recurrentes no se les otorgó autorización de oficina de farmacia alguna, que es firme y todo ello con expresa condena en costas a las recurrentes con el límite expresado en el fundamento de Derecho quinto de esta Sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Don Santiago Martínez-Vares García, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.