



Roj: **STSJ PV 3660/2011 - ECLI: ES:TSJPV:2011:3660**

Id Cendoj: **48020330022011100641**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **20/09/2011**

Nº de Recurso: **516/2009**

Nº de Resolución: **588/2011**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 516/09
DE Ordinario
SENTENCIA NUMERO 588/2011

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:

DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

DON LUIS VILLARES NAVEIRA

En Bilbao, a veinte de septiembre de dos mil once.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 516/09 y seguido por el procedimiento ORDINARIO, en el que se impugna: la resolución de 13 de febrero de 2009 del Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco por la que se inadmite por extemporáneo el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Director de Farmacia de 3 de noviembre de 2008 por la que se autoriza la adquisición directa del medicamento *Botox* a un centro asistencial autorizado.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE BIZKAIA , representado por el Procurador D. GERMÁN APALATEGUI CARASA y dirigido por el Letrado D. GUILLERMO IBARRONDO ZAMAKONA.
- **DEMANDADA** : ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, representada y dirigida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 6 de abril de 2009 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que el Procurador D. GERMÁN APALATEGUI CARASA actuando en nombre y representación del COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE BIZKAIA, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 13 de febrero de 2009 del Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco por la que se inadmite por extemporáneo el recurso de alzada



interpuesto contra la resolución del Director de Farmacia de 3 de noviembre de 2008 por la que se autoriza la adquisición directa del medicamento *Botox* a un centro asistencial autorizado; quedando registrado dicho recurso con el número 516/09.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que estime el recurso y:

1. Se declare nula y sin efecto alguno la resolución del Viceconsejero de Sanidad de fecha 13 de febrero de 2009, por la que se inadmite el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Director de Farmacia de fecha 3 de noviembre de 2008, declarándose que el recurso administrativo se formuló en tiempo y forma.
2. Se declare nula o sin efecto alguno la resolución de 3 de noviembre de 2008 del Director de Farmacia a la que se refiere el proceso.
3. Se impongan a la Administración demandada las causas causadas en el procedimiento.

TERCERO.- En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que desestime el recurso y confirme los actos recurridos.

CUARTO.- Por auto de 6 de julio de 2009 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

QUINTO.- El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos.

SEXTO.- En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 06/09/11 se señaló el pasado día 13/09/11 para la votación y fallo del presente recurso.

OCTAVO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso -administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Bizkaia, la resolución de 13 de febrero de 2009 del Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco por la que se inadmite por extemporáneo el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Director de Farmacia de 3 de noviembre de 2008 por la que se autoriza la adquisición directa del medicamento *Botox* a un centro asistencial autorizado.

La resolución del Director de Farmacia de 3 de noviembre de 2008 autorizó a un centro asistencial autorizado distinto de los hospitales la utilización del medicamento *Botox* de dispensación bajo prescripción médica restringida, resolución contra la que el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Bizkaia interpuso recurso de alzada que fue declarado inadmisibile por la resolución de 13 de febrero de 2009 al entender que el plazo de un mes para la interposición de dicho recurso debió computarse a partir del día siguiente al de su notificación, esto es, del 11 de noviembre de 2008, venciendo el 10 de diciembre siguiente, siendo así que el recurso tuvo entrada en el departamento el 16 de diciembre de 2008.

Contra dicha resolución se interpone el presente recurso jurisdiccional pretendiendo la corporación profesional recurrente su anulación, y asimismo la anulación de la resolución de 3 de noviembre de 2008 de la que trae causa.

Alega en fundamento de tales pretensiones que el recurso de alzada fue presentado en la oficina de Correos el 5 de diciembre de 2008, dentro del plazo legal, si bien es cierto que no se presentó en sobre abierto y no consta en consecuencia en el propio escrito la fecha de presentación ante la oficina de Correos. Alega que dicha defectuosa presentación no puede ser excusa para impedir su acceso al recurso y el ejercicio posterior de la acción jurisdiccional habida cuenta de que el recurso fue en efecto presentado el 5 de diciembre tal y como lo acredita el impreso de certificación que acompaña como documento número 3 a su escrito de interposición. Alega en apoyo de dicha interpretación las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2008 y de 9 de diciembre de 2004.

En cuanto al fondo alega la disconformidad a derecho de la resolución del Director de Farmacia de 3 de noviembre de 2009 ante la falta de la normativa de desarrollo prevista por el artículo 2.5 de la Ley 29/2006, de 26 de julio de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en la medida en que el artículo 2.6 de la misma establece claramente que la custodia, conservación y dispensación de medicamentos de uso humano corresponde a las oficinas de farmacia abiertas al público legalmente autorizadas y a los servicios de farmacia de los hospitales, de los centros de salud y de las estructuras de atención primaria del Sistema Nacional de Salud. El apartado 5 establece una prohibición general de



venta directa de medicamentos y en su último párrafo prevé, que la normativa de desarrollo establecerá los requisitos para que puedan venderse directamente a profesionales de la medicina, odontología y veterinaria exclusivamente los medicamentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional, por lo que hasta que exista dicho desarrollo normativo queda prohibida la venta directa de medicamentos a tales profesionales.

Dicho régimen general no resulta alterado por el artículo 24.3 del Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, sobre medicamentos de prescripción médica restringida que se reservan a tratamientos que sólo pueden utilizarse en medio hospitalario o centros asistenciales autorizados, ya que tiene el efecto de limitar aún más su distribución sometiendo a un mayor control.

Alega que la normativa sobre prestación del servicio de atención farmacéutica es plenamente coherente con las disposiciones de la Ley 29/2006 tal como resulta de los artículos 3 y 4 de la Ley 11/1994, de 17 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco. De dicho marco normativo se deduce que tanto el medicamento con base en la receta o de prescripción hospitalaria, se dispensa por el profesional farmacéutico, bien de la farmacia, bien de los servicios de farmacia hospitalarios, sin que sirva de coartada siquiera el que nos encontremos ante medicamentos de uso hospitalario. Subyace a dicha regulación del medicamento la imposición de que la dispensación se lleve a cabo por un profesional farmacéutico incluso en los hospitales que no cuenten con servicios farmacéuticos, puesto que el artículo 83.3 de la Ley 29/2006 establece que los hospitales que no cuenten con servicios farmacéuticos deberán solicitar autorización para mantener un depósito de medicamentos bajo supervisión y control de un farmacéutico.

La Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco se opuso al recurso insistiendo en la extemporaneidad del recurso de alzada presentado ya que tuvo entrada en el departamento el 16 de diciembre siendo así que el plazo había vencido el 10 de diciembre, sin que la parte acredite su válida presentación ante la oficina de Correos el 5 de diciembre al no haberla realizado en sobre abierto tal como exige el artículo 31 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre al que se remite el artículo 38.4.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Rechaza la Administración que puede entrarse a dilucidar el fondo del asunto en el seno del presente recurso en atención al carácter revisor de la presente jurisdicción y teniendo en cuenta que la resolución impugnada se limitó a declarar la inadmisibilidad del recurso de alzada sin resolver la citada cuestión de fondo.

SEGUNDO: La resolución administrativa que es objeto de impugnación inadmite el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 3 de noviembre de 2008, notificada a la corporación profesional recurrente el 10 de noviembre de 2008, al considerar intempestiva su interposición el 16 de diciembre de 2008, fecha en la que tuvo entrada en el Departamento de Sanidad el recurso remitido por correo.

El Colegio Oficial de Farmacéuticos de Bizkaia alega que el recurso fue presentado el día 5 de diciembre en la Oficina de Correos, si bien reconoce que no lo presentó en sobre abierto haciendo constar la fecha de presentación.

El art. 38-4-c) LRJAP y PAC admite la presentación de escritos que los ciudadanos dirijan a las Administraciones Públicas en las Oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca.

El art. 31 del RD Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales., aprobado por el RD 1829/1999, de 3 de diciembre, establece:

< < Artículo 31. Admisión de solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos o entidades dirijan a los órganos de las Administraciones públicas

Las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos o entidades dirijan a los órganos de las Administraciones públicas, a través del operador al que se le ha encomendado la prestación del servicio postal universal, se presentarán en sobre abierto, con objeto de que en la cabecera de la primera hoja del documento que se quiera enviar, se hagan constar, con claridad, el nombre de la oficina y la fecha, el lugar, la hora y minuto de su admisión. Estas circunstancias deberán figurar en el resguardo justificativo de su admisión. El remitente también podrá exigir que se hagan constar las circunstancias del envío, previa comparación de su identidad con el original, en la primera página de la copia, fotocopia u otro tipo de reproducción del documento principal que se quiera enviar, que deberá aportarse como forma de recibo que acredite la presentación de aquél ante el órgano administrativo competente.

Practicadas las diligencias indicadas, el propio remitente cerrará el sobre, y el empleado formalizará y entregará el resguardo de admisión, cuya matriz archivará en la oficina.



Los envíos aceptados por el operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal, siguiendo las formalidades previstas en este artículo, se considerarán debidamente presentados, a los efectos previstos en el art. 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , y en su normativa de desarrollo.> >

El citado precepto establece la forma en que han de ser presentados los escritos dirigidos a las Administraciones Públicas.

La STS de 24 de septiembre de 2008 invocada por el Colegio profesional recurrente, recuerda que una línea jurisprudencial que arranca de la STS de 28 de noviembre de 1975 , postuló una interpretación antiformalista del art. 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo en relación con el art. 205 del Decreto 1653/1964, de 14 de mayo , y reconoció la suficiencia de la entrega en sobre cerrado, a no ser que se demuestre que el recurso obrante en el organismo a quien va dirigido, es distinto de aquel que se dice entregado para su certificación, línea jurisprudencial que ha sido matizada por una posición más reciente de la STS de 5 de abril de 2006 , que se ha decantado por la asunción literal del art. 38.4.c) LRJAP y PAC en relación con el art. 205 del Decreto 1653/1964, de 14 de mayo , negando la pertinencia de extender la anterior línea jurisprudencial a supuestos en que no está en juego el acceso a los recursos.

La STS de 24 de septiembre de 2008 (Rec. 7339/2005) es del siguiente tenor:

< < CUARTO.- El examen del segundo motivo exige ir desgranando la legislación aplicable y la jurisprudencia esgrimida.

1.1. La jurisprudencia invocada fue elaborada bajo la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1.958 EDL1958/101 , LPA, cuyo artículo 66.3 y 5 , expresaba:

"66.(...)

3. Las Oficinas de Correos recibirán también las instancias o escritos dirigidos a los Centros o dependencias administrativas, siempre que se presenten en sobre abierto, para ser fechados y sellados por el funcionario de Correos antes de ser certificados.

(...)

5. Se entenderá que los escritos han tenido entrada en el órgano administrativo competente en la fecha que fueron entregados en cualquiera de las dependencias a que se refieren los párrafos anteriores.

Podrán hacerse efectivas mediante giro postal o telegráfico dirigido a la oficina pública correspondiente, cualesquiera tasas que haya que satisfacer en el momento de la presentación de instancias u otros escritos a la Administración."

1.2. Regulación legal que fue desarrollada reglamentariamente en el artículo 205, apartados 2 y 3 del Reglamento del Servicio de Correos aprobado por el Decreto 1653/1964, de 14 de mayo EDL1964/92 ,modificado por el Decreto 2655/1985 EDL1985/9819), que han constituido la norma que se había venido engarzando con la LPA 1958. Establecía el Reglamento:

"Artículo 205. Admisión de instancias y escritos dirigidos a Centros o Dependencias administrativas.

2. Los escritos e instancias de que se trata se presentarán en sobre abierto y acompañados de los respectivos resguardos de imposición editados por al Mutualidad Benéfica y extendidos por los remitentes.

3. El empleado que admita el envío estampará el sello de fechas en la parte superior izquierda del documento principal, de modo que aparezcan con claridad el nombre de la Oficina y la fecha de presentación. A continuación del sello de fechas estampado, el empleado hará constar, además, tanto en el documento principal como en el resguardo de imposición, cuando el remitente así lo solicite, la hora y minuto del depósito.

El remitente también podrá exigir la estampación del sello de fechas por el empleado a cuyo efecto deberá aportar fotocopia u otro tipo de reproducción fotográfica del documento principal, como forma de recibo que acredite la presentación del mismo ante el órgano administrativo competente, así como la consignación en aquélla de la hora y minuto del depósito.

Practicadas las diligencias indicadas, el propio remitente cerrará el sobre, y el empleado formalizará y entregará el resguardo de imposición, cuya matriz archivará en la Oficina "

2.1 El nuevo marco legal está conformado por la vigente LRJAPAC que estatuye respecto a la presentación de escritos:

"38.4. Las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas podrán presentarse:



(...)

c) *En las oficinas de Correos , en la forma que reglamentariamente se establezca. (...)*"

2.2. *Y la vigente LRJAPAC se encuentra, en este aspecto, complementada por la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales EDL1998/44318 , cuyo art. 18 reserva, con carácter exclusivo al operador que se encomienda la prestación del servicio postal universal, entre otros servicios, el consignado en la letra D) que expresa:*

"La recepción, como servicio postal, de las solicitudes, de los escritos y de las comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas, conforme al artículo 38.4.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL1992/17271 "

2.3. *Y el art. 31 del RD 1829/1999, de 3 de diciembre EDL1999/64002 , por el que se aprueba la prestación de los servicios postales, confiere el siguiente contenido al vigente artículo 38.4.c) de la LRJAPAC :*

"Las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos o entidades dirijan a los órganos de las Administraciones públicas, a través del operador al que se le ha encomendado la prestación del servicio postal universal se presentarán en sobre abierto, con objeto de que en la cabecera de la primera hoja del documento que se quiera enviar, se hagan constar, con claridad, el nombre de la oficina y la fecha, el lugar, la hora y minuto de su admisión. Estas circunstancias deberán figurar en el resguardo justificativo de su admisión. El remitente también podrá exigir que se hagan constar las circunstancias del envío, previa comparación de su identidad con el original, en la primera página de la copia, fotocopia u otro tipo de reproducción del documento principal que se quiera enviar, que deberá aportarse como forma de recibo que acredite la presentación de aquél ante el órgano administrativo competente.

Practicadas las diligencias indicadas, el propio remitente cerrará el sobre, y el empleado formalizará y entregará el resguardo de admisión, cuya matriz archivará en la oficina .

Los envíos aceptados por el operador al que se encomienda la prestación del servicios postal universal, siguiendo las formalidades previas en este artículo, se considerarán debidamente presentados, a los efectos previstos en el artículo 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL1992/17271 , y en su normativa de desarrollo."

2.4. *La Base tercera, apartado quinto de la Convocatoria, publicada en el DOCM de 3 de julio de 1998, establece que "En el supuesto de que las solicitudes se presenten en las Oficinas de Correos , deberán ir en sobre abierto para ser fechadas y selladas por el funcionario de correos antes de ser certificadas"*

3.1. *La jurisprudencia invocada se ciñe a un conjunto antiguo de sentencias de este Tribunal que se inician con la de 28 de noviembre de 1975 , y siguen con las de 25 de octubre de 1976 , 16 de marzo de 1981 y 10 de febrero de 1986 EDJ1986/1137 .*

La citada línea jurisprudencial realiza una interpretación antiformalista del art. 66 LPA EDL1992/17271 , al considerar que la Administración Postal incumplió las formalidades exigidas en el art. 66 LPA EDL1992/17271 en relación al Reglamento de 14 de mayo de 1964 en la primera de ellas, STS de 28 de noviembre de 1975 .

En la de 25 de octubre de 1976 valora que la entrada de un documento al día siguiente del último día hábil evidencia que se presentó en la oficina de Correos al menos el último día del plazo, dado que entre Salamanca y Madrid no cabe que el despacho, traslado y recepción se hiciera en menos de una fecha.

La de 16 de marzo de 1981 confirma la dictada en instancia que, con base en las dos anteriores sentencias, reputa suficiente la presentación en sobre cerrado, a no ser que se demuestre que el obrante en el centro que debe resolver es distinto de aquel entregado para su certificación.

Criterio el acabado de exponer que sigue la de 10 de febrero de 1986 añadiendo que ello es para hacer posible procesalmente la mayor amplitud al ejercicio de las acciones que asisten al administrado liberándole de limitaciones que alteren los principios rectores del sistema procesal.

Además de las citadas siguen la antedicha pauta entre otras las STS de 7 de julio de 1987 EDJ1987/5468 , 14 de abril de 1988 , 27 de febrero de 1990 EDJ1990/2183 , 25 de noviembre de 1996, recurso de apelación 532/93 EDJ1996/8911 , 9 de febrero de 1998, recurso de apelación 2679/90 EDJ1998/501 , 7 de abril de 1998, recurso de apelación 5691/90 EDJ1998/4069 , 9 de febrero de 2004, recurso de casación 395/99 EDJ2004/229474 , que, a su vez reiteran lo manifestado en las STS de 26 de marzo de 1981 sobre que es suficiente la entrega para certificación en una oficina de correos , aunque se presente el recurso en sobre cerrado, a no ser que se demuestre que el obrante en el organismo a quien va dirigido, es distinto de aquel que se dice entregado para



su certificación, y ello con la finalidad de aplicar a los preceptos administrativos la interpretación antiformalista que caracteriza a esta jurisdicción.

Similar la STS de 9 de octubre de 1998, recurso de apelación 10121/1992 EDJ1998/23512 respecto a la remisión en sobre cerrado aunque más simple pues la Sala subraya que la administración reconoce haber recibido el escrito que había sido remitido en tiempo hábil.

QUINTO.- De las normas consignadas en el fundamento anterior se colige, sin género de dudas, que nuestra normativa procedimental desde la LPA 1958 a la vigente LRJAPC 1992 ha venido exigiendo al hacer la entrega en el Servicio de Correos la presentación en sobre abierto y haciendo constar la fecha.

Las modificaciones sustanciales se circunscribe a que la exigencia legal en sobre abierto de la LPA 1958 se ha degradado a requisito reglamentario bajo la LRJAPAC por razón de la remisión en blanco que la misma efectúa. Y que el nuevo marco reglamentario vigente desde 1999 contempla incluso la obligatoriedad de la consignación de la hora y el minuto.

Se ha constatado que hubo una interpretación flexible de la norma pero la más reciente posición de este Tribunal vertida en STS de 5 de abril de 2006, recurso de casación 7437/2002 EDJ2006/43040, se ha decantado por la asunción literal del art. 38.4.c) LRJAPAC en relación con el art. 205 del Decreto 1653/1964, de 14 de mayo EDL1964/92, negando la pertinencia de extender la anterior jurisprudencia a supuestos en que no está en juego el acceso a los recursos y, por ende, el derecho de defensa en el ámbito administrativo, sino la adquisición de una posición jurídica ventajosa para el particular afectado.

Mas con anterioridad la STS de 5 de junio de 2003, recurso de casación 8204/93 EDJ2003/29769 bien había abandonado aquella interpretación flexible en un supuesto de recurso administrativo negando eficacia a la fecha de envío de documentación enviada en sobre cerrado certificado.

Sin perjuicio de que la última jurisprudencia exija para determinar la fecha de presentación de documento que se lleve a cabo en sobre abierto, en el caso de autos nos encontramos además con las bases del concurso que constituyen la regla que deben respetar administrado y administración.

Y si en las mismas figuraba como requisito la presentación en sobre abierto no cabe eludir la citada exigencia pues las bases del concurso constituyen regla a respetar por los concursantes.

Tampoco prospera este motivo.> >

Pues bien, en el supuesto de autos, la recurrente alega que el recurso de alzada fue remitido por correo certificado a la Administración el día 5 de diciembre de 2008 aportando al efecto un resguardo de una carta certificada con acuse de recibo dirigida a la Viceconsejería de Sanidad, así como la copia del acuse de recibo con el sello de dicho órgano y fecha de recepción de 11 de diciembre de 2008 (doc. nº3 del escrito de interposición), y en la medida en que se halla en juego el acceso al recurso y como consecuencia de ello el derecho a la tutela judicial efectiva, hemos de concluir que, en aplicación de la antedicha doctrina jurisprudencial el recurso se interpuso tempestivamente el 5 de diciembre de 2008, de lo que se sigue la disconformidad a derecho de la resolución recurrida.

TERCERO: La recurrente pretende no sólo la anulación de la resolución de 13 de febrero de 2009 que inadmite el recurso de alzada, sino además la anulación de la resolución de 3 de noviembre de 2008 de la que trae causa, a lo que se opone la Administración vasca alegando la ausencia de un previo pronunciamiento de la Administración y el carácter revisor del presente orden jurisdiccional.

La Sala concluye que en efecto, no cabe sino la retroacción de actuaciones al momento de dictar resolución sobre el recurso de alzada, al no haber un previo pronunciamiento de órgano llamado a pronunciar una resolución definitiva en el procedimiento, y carecer la Sala de los necesarios elementos de juicio para afrontar la cuestión de fondo, máxime teniendo en cuenta la existencia de terceros interesados que no se hallan personados, a quienes puede deparar perjuicio la estimación del recurso.

ÚLTIMO: De conformidad a lo dispuesto en el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción, no concurren méritos bastantes para hacer un expreso pronunciamiento en cuanto a las costas.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación este Tribunal dicta el siguiente

FALLO

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el presente recurso nº 516/2009, interpuesto por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Bizkaia, contra la resolución de 13 de febrero de 2009 del Departamento de Sanidad



del Gobierno Vasco por la que se inadmite por extemporáneo el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Director de Farmacia de 3 de noviembre de 2008 por la que se autoriza la adquisición directa del medicamento *Botox* a un centro asistencial autorizado , *Debemos* :

Primero: Declarar la disconformidad a derecho de la resolución recurrida que consecuentemente anulamos, disponiendo la retroacción de actuaciones a fin de que la Administración demandada resuelva el recurso de alzada.

Segundo : Desestimar el recurso en lo demás.

Tercero : Sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **DIEZ DÍAS** , contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito), con nº 4697 0000 93 0516 09, de un **depósito de 50 euros** , debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.