



Roj: **STS 4627/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4627**

Id Cendoj: **28079130042017100456**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **13/12/2017**

Nº de Recurso: **2939/2015**

Nº de Resolución: **1963/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 1.963/2017**

Fecha de sentencia: 13/12/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2939/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sede Valladolid. Sala de lo Contencioso Administrativo.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: MTP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2939/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 1963/2017**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo



D. Jose Luis Requero Ibañez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 13 de diciembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 2939/2015, interpuesto por doña Ruth , representada por la procuradora doña Ana Prieto Lara-Barahona y defendida por el letrado don Alberto Ruenes Cabrilla, contra la sentencia n.º 1221, dictada el 12 de junio de 2015 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid, y recaída en el recurso n.º 1716/2011 , en el que se impugnó:

-La desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto contra la resolución dictada el 16 de mayo de 2011 por la Dirección General de Salud Pública e Investigación, Desarrollo e Innovación por la que se autoriza a doña Alicia el funcionamiento de una nueva oficina de farmacia en el Paseo del Cauce n.º 59 de Valladolid, Zona Farmacéutica de La Pilarica.

-La Orden de 19 de diciembre de 2011 de la Consejería de Sanidad por la que se desestima el recurso de alzada.

Se ha personado, como recurrida, la Comunidad Autónoma de Castilla y León, representada y asistida por la letrada de dicha Comunidad Autónoma.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el recurso n.º 1716/2011, seguido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid, el 12 de junio 2015 se dictó la sentencia n.º 1221 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLAMOS:

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de DOÑA Ruth contra las resoluciones reseñadas en el encabezamiento de esta sentencia [-La desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto contra la resolución dictada el 16 de mayo de 2011 por la Dirección General de Salud Pública e Investigación, Desarrollo e Innovación por la que se autoriza a doña Alicia el funcionamiento de una nueva oficina de farmacia en el Paseo del Cauce n.º 59 de Valladolid, Zona Farmacéutica de Pilarica. -La Orden de 19 de diciembre de 2011 de la Consejería de Sanidad por la que se desestima el recurso de alzada]; y ello sin hacer especial imposición respecto a las costas causadas en el mismo a ninguna de las partes".

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia anunció recurso de casación doña Ruth , que la Sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 22 de julio de 2015, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Personada la procuradora doña Ana Prieto Lara-Barahona, en representación de la recurrente, formalizó el recurso anunciado, que articuló en los siguientes motivos:

1.º.- Infracción del artículo 62. 1. f)

2.º.- Infracción del artículo 63.1

3.º.- Infracción del artículo 47

4.º.- Infracción del artículo 49.1

5.º.- Infracción del artículo 76.3

6.º.- Infracción del artículo 71

Todos de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

7.º.- Infracción de la jurisprudencia aplicable en relación a los criterios de interpretación derivados de los principios de buena fe y confianza legítima frente a la imprevisible acción administrativa.

8.º.- Infracción de la jurisprudencia aplicable en relación con los criterios de interpretación derivados del principio "pro-apertura".

Y suplicó a la Sala que



«[...] dicte en su día sentencia por la que, estimando los motivos de este recurso, case y anule la sentencia recurrida y resuelva de conformidad a la súplica del escrito de demanda, anulando la resolución administrativa que autorizó el funcionamiento de la oficina de farmacia autorizada a D<sup>a</sup>. Alicia en el local sito en el Paseo del Cauce 59, bajo, de Valladolid, con expresa imposición de costas».

**CUARTO.-** Admitido a trámite el recurso, se remitieron las actuaciones a esta Sección Cuarta, de conformidad con las reglas de reparto de asuntos.

**QUINTO.-** Recibidas, por diligencia de ordenación de 4 de febrero de 2016 se dio traslado del escrito de interposición a la letrada de la Comunidad Autónoma de Castilla y León para que formalizara su oposición. Trámite evacuado por escrito de 4 de marzo de 2016 en el que solicitó que se inadmita o subsidiariamente se desestime el recurso confirmando la resolución impugnada, con imposición de costas, dijo, a la parte recurrente.

**SEXTO.-** Mediante providencia de 4 de septiembre de 2017 se señaló para votación y fallo el día 28 de noviembre siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

**SÉPTIMO.-** En la fecha acordada, 28 de noviembre de 2017, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso. Y el 11 de diciembre siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Los términos del litigio y la sentencia de instancia.

La resolución de 16 de mayo de 2011 de la Dirección General de Salud Pública e Investigación, Desarrollo e Innovación autorizó el funcionamiento de la nueva oficina de farmacia de doña Alicia en el Paseo del Cauce n.º 59 de Valladolid, Zona Farmacéutica de La Pilarica. Previamente había autorizado su apertura. Doña Ruth impugnó en alzada en vía administrativa esa autorización de funcionamiento porque fue concedida cuando habían transcurrido en exceso los tres meses y la prórroga de los mismos por mes y medio que se concedió a la Sra. Alicia para que realizara las obras de adaptación en el local, conforme a lo previsto en el artículo 15 del Decreto 199/1997, de 9 de octubre, por el que se establece la planificación farmacéutica, el régimen jurídico y el procedimiento para la autorización de apertura de oficinas de farmacia en la Comunidad de Castilla y León.

El plazo prorrogado expiraba el 23 de enero de 2011 y la Sra. Ruth sostuvo en su alzada que, de acuerdo con ese precepto, debía considerarse a la Sra. Alicia decaída en su derecho.

Como quiera que no recibió respuesta de la Dirección General de Salud Pública, la entendió desestimada por silencio e interpuso recurso contencioso-administrativo contra esa resolución tácita. Posteriormente lo amplió a la Orden de la Consejería de Sanidad de 19 de diciembre de 2011 que confirmó expresamente la resolución de 16 de mayo de 2011 y puso fin a la vía administrativa.

La sentencia objeto del presente recurso de casación confirmó la legalidad de la actuación cuestionada. En sus fundamentos deja constancia de que toda la argumentación de la demanda parte del artículo 15.1 del Decreto 199/1997 y da cuenta de que la recurrente, la Sra. Ruth, puso en conocimiento de la Administración autonómica el 27 de enero de 2011 que había concluido la prórroga concedida a la Sra. Alicia sin que se hubiera comunicado la finalización de las obras. También recoge la alegación de la recurrente sobre la improcedencia de invocar el artículo 76.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para admitir la adecuación fuera de plazo. Asimismo, refleja que la Sra. Ruth sostuvo que no era relevante para ello la posible pérdida de la atención farmacéutica por los vecinos de San Pedro de Gallos donde la Sra. Alicia debía cerrar la oficina de farmacia de la que era titular. Deja constancia, además, de que la recurrente rechazó que de los principios pro apertura o de favorecimiento de la mejor atención farmacéutica pudiera derivar la subsanación del incumplimiento del plazo. En fin, la sentencia indica que la Sra. Ruth consideró que la Sra. Alicia había recibido un trato de favor.

La Sección Primera de la Sala de Valladolid rechazó los argumentos de la demanda y, como se ha dicho, desestimó el recurso contencioso-administrativo, no sin recordar que sobre la autorización de la oficina de farmacia del Paseo del Cauce n.º 59 se había pronunciado anteriormente en sus sentencias de 29 de mayo de 2014 (recurso n.º 426/2011) y de 17 de marzo de 2015 (recurso 1089/2010).

Para razonar su fallo, la sentencia aquí impugnada realiza una interpretación del artículo 15 del Decreto 199/1997.

Este precepto dice así:

«Autorización para la instalación.



1. Examinada la documentación y comprobado el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 14 de este Decreto, la Dirección General de Salud Pública y Asistencia concederá al titular de la autorización un plazo de 3 meses para ejecutar las obras o adaptaciones que exija la instalación de oficina de farmacia.

Ejecutadas éstas, el titular lo pondrá en conocimiento de la Dirección General dentro del referido plazo de 3 meses, la cual ordenará efectuar visita de inspección en la que se comprobará la adecuación de las instalaciones a las previsiones contenidas en la documentación aportada, así como a las demás exigidas legalmente.

2. A la vista de lo actuado, se extenderá la correspondiente acta de inspección que, una vez incorporada al expediente, dará lugar a la autorización de funcionamiento y determinará la devolución de la garantía constituida».

Pues bien, la sentencia destaca, en primer lugar, los aspectos relevantes para la solución del litigio, corrobora que las obras no estaban terminadas a la fecha en que vencían los plazos –el 23 de enero de 2011– y reconoce que la cuestión que se le había sometido no tiene fácil solución. No obstante, llega a la conclusión de que depende del carácter que se le otorgue al plazo que establece este artículo 15, prórroga incluida. Es decir, depende de si tiene o no un carácter esencial. De poseerlo, explica, los efectos de su transcurso serían necesariamente preclusivos y procedería estimar el recurso mientras que, en caso contrario, debería ser desestimado.

Pese a partir del principio de la obligatoriedad de los plazos que impone el artículo 47 de la Ley 30/1992 , la sentencia tiene en cuenta que su artículo 63 sólo considera anulable la actividad realizada fuera de plazo cuando así lo imponga la naturaleza del mismo y, puesta a determinar cuál es la del previsto en el artículo 15 del Decreto 197/1999 , atiende a la relevancia de incumplimiento en la resolución final que debe adoptarse. Ese juicio le lleva a concluir que el plazo en cuestión no es esencial por lo que debe rechazar los argumentos de la demanda.

Las consideraciones en las que descansa ese juicio son las siguientes: (i) el artículo 15 de referencia contempla la posibilidad de prorrogar el plazo si media justa causa lo cual se compadece mal con su esencialidad; (ii) no se refiere a la autorización de apertura de la farmacia, ya concedida por resolución previa del 1 de septiembre de 2010 de manera que no puede tener siempre el grave efecto del decaimiento del derecho sino sólo cuando concorra falta de diligencia de la farmacéutica autorizada o el abandono de su obligación pero no cuando, como en el caso, existe causa justificada; (iii) puede entenderse concurrente la existencia de justa causa para obtener una nueva prórroga por un plazo superior ya que se dilató la autorización de la nueva oficina de la Sra. Alicia en la zona farmacéutica de La Pilarica hasta la autorización del botiquín farmacéutico en San Pedro de Gallos; (iv) los principios de buena fe y confianza legítima juegan en favor de la interpretación defendida por la Sala de instancia; (v) también el artículo 76.3 de la Ley 30/1992 y el principio de subsanabilidad de su artículo 71 ; (vi) y lo mismo dice del principio pro apertura afirmado por la jurisprudencia; (vii) el artículo 12.4 del Decreto 12/2011, de 17 de marzo , por el que se desarrolla parcialmente la Ley 13/2001, de 20 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de Castilla y León, no aplicable por razón de temporalidad, contribuye a corroborar la interpretación anterior. En efecto, exige para que se produzca el decaimiento del derecho, en los supuestos de transcurso del plazo concedido sin que se haya comunicado la finalización de las obras, una previa resolución dictada al efecto que así lo declare con lo que es posible la admisión extemporánea de la comunicación antes de ese momento.

Termina la sentencia advirtiendo que no siendo imputable a la Sra. Alicia el retraso no puede tener las consecuencias pedidas por la demanda y que el pronunciamiento desestimatorio se hace "con independencia de los efectos que pueda tener la sentencia de fecha 17 de marzo de 2015, pronunciada en el recurso n.º 1089/2010 , la cual estimó el recurso interpuesto por D<sup>a</sup> Laura reconociéndole el derecho a la instalación de la oficina de farmacia en el local que la misma había designado, sito en el Paseo del Cauce, esquina con la Glorieta del Descubrimiento n.º 3 de Valladolid, y que es anterior en el tiempo al de la Sra. Alicia ".

#### **SEGUNDO.- Los motivos de casación.**

Según se ha visto, la Sra. Ruth ha interpuesto ocho motivos de casación contra esta sentencia. Todos se acogen al apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción .

Antes desarrollar los argumentos en los que sostiene cada uno de ellos, expone los antecedentes del pleito y reproduce los fundamentos que llevaron a la sentencia contra la que se dirige a desestimar su recurso contencioso-administrativo.

Según se advierte fácilmente, en esos ocho motivos, la recurrente sostiene la infracción de los preceptos y principios que invoca porque la sentencia ha confirmado la autorización de funcionamiento de la oficina de farmacia pese a ser un acto nulo de pleno Derecho (1.º) o anulable (2.º) al haberse concedido cuando había



decaído el derecho de la Sra. Alicia por transcurso de un plazo esencial. Esa misma razón le lleva a considerar que la sentencia ha desconocido que los plazos y términos obligan (3.º) y que su ampliación no es ilimitada (4.º) y, en consecuencia, no cabe admitir actuaciones una vez vencidos (5.º) ni subsanar su incumplimiento (6.º). Tampoco cabía, en las condiciones del caso, invocar los principios de buena fe y confianza legítima, pues no hubo actividad administrativa que pudiera ampararlos (7.º), ni el de pro apertura (8.º) ya que no puede jugar *contra legem*.

### **TERCERO .- La oposición de la letrada de la Comunidad de Castilla y León.**

Después de recordar los pronunciamientos de la sentencia y los argumentos de los que se vale, resume los motivos de casación y, a continuación, nos pide que inadmitamos el recurso de casación porque, pese a afirmar que la sentencia ha incurrido en infracciones del Derecho del Estado, sin embargo, el pleito versa exclusivamente sobre un precepto autonómico, el artículo 15 del Decreto 197/1999. La invocación de los preceptos de la Ley 30/1992 y de los principios jurisprudenciales, dice, es instrumental ya que "lo único que cuestiona tanto en la instancia como en la presente casación, es si el acto impugnado vulneraba o no un Decreto autonómico".

Subsidiariamente, nos pide que desestimemos el recurso de casación porque no se han producido las infracciones que denuncia la Sra. Ruth .

### **CUARTO.- El juicio de la Sala .**

Con esta son ya tres las sentencias que dicta esta Sala y Sección sobre la oficina de farmacia situada en el Paseo del Cauce n.º 59 de Valladolid. Las dos anteriores desestimaron sendos recursos de casación interpuestos por la Sra. Ruth .

La primera es la de 26 de mayo de 2016 (casación n.º 2620/2014) y confirmó la de la Sala de Valladolid de 29 de mayo de 2014. Esta última desestimó el recurso n.º 426/2011 de la Sra. Ruth contra la autorización concedida a la Sra. Alicia por la resolución de 22 de febrero de 2011 de la Dirección General de Salud Pública e Investigación, Desarrollo e Innovación de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, para instalar la nueva oficina de farmacia en el local del Paseo del Cauce n.º 59 de Valladolid, previamente autorizada por resolución de 12 de septiembre de 2006. Se discutió entonces en la instancia si entre ese lugar y el Centro de Especialidades de La Pilarica mediaban o no más de 250 metros, alcanzándose la conclusión de que no se había probado que fuera inferior.

La otra sentencia de esta Sala y Sección es la de 27 de mayo de 2016 (casación n.º 1749/2015) que confirmó la de instancia de 17 de marzo de 2015. Esta última acogió parcialmente el recurso n.º 1089/2010 de doña Laura , a la que reconoció el derecho a la instalación de la oficina de farmacia en el Paseo del Cauce, esquina con la Glorieta del Descubrimiento n.º 3 de Valladolid y a ser indemnizada por el lucro cesante.

En el asunto al que se refiere el presente recurso de casación también hemos de confirmar la sentencia de la Sección Primera de la Sala de Valladolid.

Aunque la Sra. Ruth le reprocha diversas infracciones de preceptos de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia de esta Sala, en realidad el litigio se ha centrado, tal como dice el escrito de oposición, en la interpretación de un precepto autonómico, el reiteradamente citado artículo 15 del Decreto 197/1999 .

La propia sentencia de instancia advierte que toda la argumentación de la demanda descansa en ese artículo y sobre él se centran los razonamientos principales que llevan al fallo. En efecto, si repasamos su fundamento cuarto, comprobaremos que da una importancia determinante al hecho de que la autorización sometida a plazo no era para la apertura de la farmacia, sino la contemplada en el artículo 15 para la realización de obras de adaptación. Este presupuesto vinculado a la posibilidad ofrecida por el precepto autonómico de disponer de un plazo prorrogable para llevarlas a cabo es determinante del juicio de proporcionalidad que hace la sentencia y le lleva a considerar excesivo que el mero incumplimiento del plazo produzca el decaimiento del derecho sustantivo a la apertura de la farmacia. De ahí que lo tenga por no esencial y corrobore esa primera conclusión con la apreciación de la concurrencia de la justa causa que contempla el artículo 15 a la vista de las circunstancias relacionadas con el cierre de la farmacia de San Pedro de los Gallos.

Las consideraciones sobre los artículos 76.3 y 71 de la Ley 30/1992 son secundarias a los razonamientos anteriores a los que no añaden ningún elemento decisivo de igual modo que no lo aportan los principios de confianza legítima y de buena ni el de pro apertura. Los razonamientos que los tienen en cuenta pueden, por tanto, ser tenidos como argumentos a mayor abundamiento ya que por sí solos no servirían para llegar a la solución que la Sala de Valladolid extrae de su interpretación del artículo 15. Además, el carácter autonómico del litigio lo corrobora el propio escrito de interposición ya que sus motivos, a pesar de todo, tienen que girar en torno al sentido que se le ha de dar.



Tiene, por tanto, razón la letrada de la Comunidad de Castilla y León: en este pleito se ha discutido de la correcta aplicación de un precepto de un Decreto autonómico. La invocación que se ha hecho de artículos de la Ley 30/1992 y de principios jurisprudenciales es meramente instrumental para buscar el acceso al recurso de casación. Sin embargo, el artículo 86.4 de la Ley de la Jurisdicción, cuando se dirige contra sentencias dictadas en única instancia por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, lo circunscribe al enjuiciamiento de las infracciones del Derecho del Derecho del Estado y de la Unión Europea atribuibles a esas sentencias. Y la jurisprudencia ha explicado que la mera alegación de preceptos estatales que no forman parte de la *ratio decidendi* de esas sentencias no es suficiente para abrir el paso al recurso de casación. En otras palabras, la interpretación del Derecho de las Comunidades Autónomas termina en las Salas de sus Tribunales Superiores de Justicia.

Así lo recuerda la sentencia n.º 49/2016, de 19 de enero (casación n.º 1726/20149) invocada por el escrito de oposición y las que en ella se mencionan. Y en la más reciente n.º 99/2017, de 25 de enero (casación n.º 1305/2015), lo hemos reiterado.

#### **QUINTO.- Costas.**

A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 4.000?. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Que no ha lugar al recurso de casación n.º 2939/2015 interpuesto por doña Ruth contra la sentencia n.º 1221, dictada el 12 de junio de 2015, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid y recaída en el recurso n.º 1716/2011, e imponemos a la parte recurrente las costas del recurso de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos jurídicos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.