



Roj: **STS 21/2019 - ECLI:ES:TS:2019:21**

Id Cendoj: **28079130032019100005**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **15/01/2019**

Nº de Recurso: **501/2016**

Nº de Resolución: **24/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FERNANDO ROMAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 12728/2015,**  
**STS 21/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 24/2019**

Fecha de sentencia: 15/01/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 501/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/01/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 501/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 24/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 15 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 501/2016, interpuesto por la Letrada de los Servicios Jurídicos de la Junta de Andalucía, contra la sentencia de fecha 9 de noviembre de 2015, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en su recurso contencioso-administrativo nº 1439/10, contra la Orden de la Junta de Andalucía por la que se convoca concurso público para la adjudicación de oficinas de farmacia. Han sido partes recurridas D. Jorge , D.<sup>a</sup> Hortensia , D. Lorenzo , D. Mariano , D. Maximiliano y D. Nemesio , representados por la procuradora D.<sup>a</sup> María Dolores Moreno Gómez, bajo la dirección letrada de D. José García Pastor.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso-administrativo antes referido la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, (Sección Primera), dictó sentencia el 9 de noviembre de 2015, cuyo fallo literalmente establecía:

"Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Jorge , D.<sup>a</sup> Hortensia , D. Lorenzo , D. Mariano , D. Maximiliano y D. Nemesio , frente a la Orden de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, de fecha 8 de abril de 2010, de que más arriba se ha hecho expresión, que anulamos en el único particular de la ubicación de las Oficinas de Farmacia convocadas para el municipio de Isla Cristina (Huelva), contenida en el Anexo I de la citada Orden, y sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en este recurso."

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia la Letrada de la Junta de Andalucía presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en decreto de fecha 9 de febrero de 2016, en la que se mandó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de la partes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, la recurrente (Junta de Andalucía), compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y con fecha 10 de junio de 2016 presentó escrito de interposición de recurso de casación, en el cual formuló los siguientes motivos de impugnación:

Primero.- Al amparo de la letra d) del punto 1 del artículo 88 de la LJCA, por infracción del Derecho estatal, así como la Jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, consistente en la del artículo 2.2 de la Ley 19/1997, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia .

Segundo.- (en el escrito aparece reseñado como "TERCERO") Al amparo de la letra d) del punto 1 del artículo 88 de la LJCA, anulando las previsiones de ubicación de las tres oficinas de farmacia ofertadas en el municipio de Isla Cristina. Vulneración del artículo 9.3 de la CE, en la línea jurisprudencial seguida por la STS de 3 de diciembre de 2012, que resolvió el recurso 394/2011, RJ 2012\11035.

Terminó su escrito suplicando: "[...] estime dicho recurso, casando la mencionada Sentencia y desestimando la demanda formulada."

**CUARTO.-** Por providencia de fecha 10 de octubre de 2016 se admitió el recurso de casación, y mediante diligencia de ordenación de fecha 13 de diciembre de 2016 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida, a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que hizo en escrito presentado en fecha 27 de enero de 2017 en el que, tras exponer los razonamientos que consideró oportunos, terminó con el siguiente suplico: "[...] dicte sentencia por la que declare no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la Sentencia nº 1955/2015 dictada en el Recurso 1439/2010 tramitado ante la Sección 1<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, confirmado dicha sentencia y con expresa imposición de costas a la parte recurrente ".

**QUINTO.-** Por providencia de fecha 26 de octubre de 2018 se acordó remitir las actuaciones a la Sección Tercera, en aplicación de las nuevas normas de reparto, y, una vez recibidas, por resolución de fecha 3 de

diciembre de 2018 se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia y se señaló para votación y fallo el día 8 de enero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Objeto del recurso.*

Es objeto de impugnación en este recurso la sentencia dictada el 9 de noviembre de 2015 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en virtud de la cual se estimó el recurso nº 1439/2010 interpuesto contra la Orden de 8 de abril de 2010, de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, por la que se convocaba concurso público para la adjudicación de oficinas de farmacia.

### SEGUNDO.- *Alegaciones y pretensiones de las partes.*

I. La parte recurrente (Junta de Andalucía) opone a la sentencia impugnada los siguientes motivos de impugnación:

(i) Al amparo de la letra d) del punto 1 del artículo 88 de la LJCA, por infracción del Derecho estatal, así como la Jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, consistente en la del artículo 2.2 de la Ley 19/1997, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia .

(ii) Al amparo de la letra d) del punto 1 del artículo 88 de la LJCA pretendemos que se case la Sentencia, pues la estimación de la demanda, anulando las previsiones de ubicación de las tres oficinas de farmacia ofertadas en el municipio de Isla Cristina, se ha decidido tras la infracción de los preceptos reguladores de la valoración de pruebas tasadas y dando lugar a un resultado contrario a la razón y lógica, conduciendo a un resultado inverosímil, lo que evidencia un ejercicio arbitrario del poder jurisdiccional, vulnerador del artículo 9.3 de la CE, en la línea jurisprudencial seguida por la STS de 3 de diciembre de 2012, que resolvió el recurso 394/2011, RJ 2012\11035.

Y, con base en ellos, finaliza su recurso solicitando la estimación del recurso, casando la sentencia impugnada y desestimando la demanda formulada.

II. La parte recurrida alega, en primer lugar, respecto del primer motivo de impugnación, que la invocación del derecho estatal ( artículo 2.2 de la Ley 16/1997) es artificiosa, pues dicho precepto no ha sido alegado en la instancia ni ha sido citado en la sentencia impugnada.

Además, en segundo lugar, rechaza la interpretación que la contraparte efectúa del párrafo de la sentencia referido a los datos de población tomados en consideración para la ubicación de las nuevas oficinas de farmacia, defendiendo la corrección de lo razonado en dicha sentencia y de la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia.

Finaliza la recurrida solicitando que se declare no haber lugar al recurso, confirmando la sentencia impugnada e imponiendo las costas a la parte recurrente.

### TERCERO.- *Utilización instrumental del derecho estatal en la formalización del recurso de casación.*

I. La parte recurrida cuestiona en primer término el cauce procesal elegido para articular el escrito de interposición del recurso y alega al respecto la utilización instrumental del derecho estatal ( artículo 2.2 de la Ley 16/1997) " cuando la normativa de aplicación al supuesto es en todo caso la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, dictada en uso de las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma en materia de ordenación farmacéutica, como así se hace referencia en la exposición de motivos de esta norma".

Por razones lógicas y sistemáticas debemos examinar en primer lugar esta alegación, toda vez que, de ser acogida, haría innecesario el examen de las restantes cuestiones suscitadas en este recurso.

A este respecto, en línea con lo que sostiene la parte recurrida, el examen de las actuaciones de instancia nos permite constatar que el precepto estatal invocado en sede casacional por la recurrente ( artículo 2.2 de la Ley 16/1997), no fue alegado por las partes en sus escritos de demanda y contestación, ni fue mencionado en la sentencia ahora impugnada, cuya *ratio decidendi* no está basada en dicho precepto, sino en los artículos 29, 31 y 32 de la Ley andaluza 22/2007, de Farmacia.

Además, del propio tenor del escrito de formalización del recurso de casación se infiere con toda evidencia que la invocación que en él se efectúa del derecho estatal (singularmente, del artículo 2.2 de la Ley 16/1997) es puramente instrumental, a fin de sortear la posible causa de inadmisión del recurso por estar referido éste, exclusivamente, a la aplicación del derecho autonómico.



Esta es la conclusión que cabe alcanzar cuando en aquel escrito la parte recurrente, a renglón seguido de la invocación del precepto estatal, se refiere a " *los distintos criterios de planificación farmacéutica que entran en juego en este caso, en concreto*", citando los artículos 29.1, 31 y 32 de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, como base para sostener lo siguiente:

"Pues bien, no se pone en duda en la Sentencia que haya cabida poblacional, conforme a los artículos citados, para tres oficinas de farmacia en el municipio de Isla Cristina, puesto que este es el ámbito territorial en el que se ha computado la población conforme a los criterios de planificación farmacéutica establecidos en los artículos 29 y 31 en la Ley 22/2007), sino la ubicación concreta señalada en la convocatoria (las 3 Secciones indicadas), que es un elemento territorial discrecional que tiene la Administración conforme al artículo 32.2 de dicha Ley.

*Lo que constituiría un exceso en el ejercicio de la jurisdicción al modificar la convocatoria, estableciendo discrecionalmente el órgano judicial (al amparo del artículo 32.2 de la Ley 22/2007) la ubicación de tres oficinas de farmacia convocadas por la Administración en otra ubicación concreta dentro del término municipal, cuando en realidad, toda la población considerada que ampara las tres nuevas oficinas de farmacia es la de todo el municipio de Isla Cristina.*

Es decir, es la Administración en el momento de la convocatoria la que puede concretar qué ubicación puede tener la oficina de farmacia dentro del ámbito territorial en el que se ha computado la población, pero esa discrecionalidad a posteriori no la ostenta, dicho con los debidos respetos, el Tribunal. Puesto que, si es toda la población del municipio la computada para dar cabida a estas nuevas oficinas de farmacia conforme a los artículos 29 y 31 de la Ley 22/2007, lo que podría declarar el Tribunal en caso de desacuerdo con la ubicación concreta señalada por la Administración (al amparo del artículo 32.2 de la Ley), es que el ámbito espacial donde han de ubicarse las tres nuevas oficinas de farmacia convocadas es la de todo el término municipal, idéntico al ámbito territorial de la población computada que legitima su existencia".

De lo expuesto se deduce, sin duda alguna, que bajo la apariencia formal de la invocación de una supuesta vulneración del artículo 2.2 de la Ley 16/1997, lo que realmente está cuestionando la parte recurrente es la interpretación y aplicación del derecho autonómico efectuadas por la Sala de instancia.

II. Por ello, debemos reiterar en este punto la doctrina jurisprudencial sentada respecto de estos supuestos en múltiples sentencias del Tribunal Supremo, entre las que, a título de ejemplo, podemos citar las siguientes: **STS nº 446/2018, de 20 de marzo (RC 3440/2015)**; **STS nº 1.740/2017, de 15 de noviembre (RC 5711/2012)**; **STS de 20 de diciembre de 2012 (RC 2379/2010)**; **STS de 12 de diciembre de 2011 (RC 5894/2008)**; **STS de 4 de julio de 2007 (RC 3129/2002)**; y **STS de 18 de junio de 2007 (RC 3141/2002)**.

Tal como hicimos en la primera de las sentencias citadas, procede recordar ahora que esta Sala ya se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la imposibilidad de revisar en casación la aplicación por parte de los Tribunales Superiores de Justicia de la legislación autonómica, precisando que la alegación de principios constitucionales o de preceptos estatales supletorios no hacen recurribles en casación a aquellos supuestos de aplicación normativa local o autonómica en los que la infracción constitucional alegada es meramente accesorio o los preceptos estatales supletorios no han sido aplicados o no han sido relevantes para el fallo. En este sentido se han pronunciado, entre otras, las **SSTS de 13 de diciembre de 2012 (RC 6362/2009)**, **27 de enero de 2010 (RC 4317/2007)** y **20 de octubre de 2005 (RC 5711/2012)**.

Más recientemente la **STS nº 1.740/2017, de 15 de noviembre de 2017 (RC 2579/2016)** establecía a este respecto lo siguiente:

"Como una reiteradísima jurisprudencia enseña, el art. 86.4 de la LJCA, antes de su reforma por Ley Orgánica 7/2015, determina que el recurso de casación no se puede fundar en la infracción de normas de derecho autonómico, ni cabe eludir dicho obstáculo procesal encubriendo la denuncia de la indebida interpretación y aplicación de normas autonómicas bajo una cita artificiosa y meramente instrumental de normas de derecho estatal. Es preciso que se funde en la infracción de normas de derecho estatal o comunitario europeo relevantes y determinantes del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

En el presente caso cabe observar que la normativa que ha servido a la Sala de instancia para desestimar las pretensiones actoras en la instancia, era puramente autonómica. Los principios invocados como infringidos, incluida la seguridad jurídica presente en el art. 9.1 de la CE, son principios que son comunes a todos los ordenamientos, ya sea estatal o autonómico y, por tanto, pueden invocarse en relación con cualquier norma de ambos ordenamientos en apoyo o contradicción de la misma, por lo que a los efectos de la casación han de ir indisolublemente referidos a la norma a que se aplican que será la que determinará el acceso o no a la casación. Como tantas veces ha dicho este Tribunal, lo trascendente es que la sentencia haya valorado



o dejado de valorar indebidamente y con relevancia para el fallo una norma estatal o comunitaria europea, ya que, de lo contrario, bastaría invocar instrumentalmente, una pretendida infracción de cualquier precepto constitucional o de derecho estatal para convertir en impugnables por la vía del recurso de casación aquellas sentencias que, con arreglo a lo establecido en el artículo 86.4 de la Ley de la Jurisdicción, están excluidas de este recurso extraordinario. Por tanto, dichos principios "no pueden servir de base por sí solos para fundar un recurso de casación, cuando el derecho material es puramente autonómico, pues admitir lo contrario sería tanto como privar de contenido al artículo 86.4 de la Ley Jurisdiccional, al existir siempre la posibilidad de acogerse a estos preceptos instrumentales y principios generales para con base en su infracción entablar el recurso de casación".

No es suficiente, pues, a los efectos de la viabilidad de un recurso de casación contra una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia en la que sólo se aplica derecho autonómico, invocar principios generales, como hace la recurrente, de carácter intraordinamental, considerados aisladamente sin ofrecer la necesaria conexión con las normas estatales o europeas en conflicto. Los principios de seguridad jurídica, buena fe, protección de la confianza legítima y la doctrina de los actos propios informan cualquier ordenamiento jurídico, ya sea estatal o autonómico, y constituye un componente elemental de cualquiera de ellos, al que deben someterse en todo momento los poderes públicos. Sin embargo, la procedencia estatal de la norma en que están insertos no habilita para, con amparo en ella, articular el motivo de casación. Como se ha puesto de manifiesto la parte recurrente invoca la infracción de los expresados conflictos sin realizar esfuerzo alguno tratar de enlazar los mismos con las normas estatales o europeas aplicadas, o no aplicadas debiendo serlo, por la sentencia de instancia, cuando resulta por demás, diáfano, que la sentencia impugnada se limita a aplicar Derecho autonómico.

Si se admitiera tal forma de proceder, como tantas veces se ha dejado dicho, supondría vaciar de contenido el artículo 86.4 de la Ley Jurisdiccional, pues los principios constitucionales y de procedimiento administrativo proporcionan el sustrato común y laten en todos los ordenamientos jurídicos, y, por esta vía, bastaría su mera invocación retórica para desbordar los límites legales fijados para acceder a la casación, y, en consecuencia, este séptimo motivo de casación debe ser también desestimado."

Por tanto, cuando se invoca la concurrencia de una infracción de la normativa estatal con un mero carácter instrumental, siendo la verdadera *ratio decidendi* de la sentencia impugnada la interpretación y aplicación de normas autonómicas, el motivo de casación debe ser rechazado [véase también a este respecto la **STS nº 1.151/2017, de 29 de junio de 2017 (RC 410/2015)**].

**III.** En consecuencia, una vez constatado el hecho de que en el supuesto enjuiciado la invocación del artículo 2.2 de la Ley 16/1997 ha sido puramente formal e instrumental, así como que la auténtica *ratio decidendi* de la sentencia recurrida se sustenta en la interpretación y aplicación de los artículos 29, 21 y 32 de la Ley 22/2007, de Andalucía, debemos rechazar el motivo de casación articulado por la Junta de Andalucía.

#### **CUARTO.- Conclusión y costas.**

Lo expuesto en el precedente Fundamento hace innecesario el examen del resto de las cuestiones suscitadas en el recurso, por lo que procede declarar no haber lugar al mismo, confirmar la sentencia impugnada y, conforme a lo previsto en el artículo 139 LJCA, imponer a la recurrente las costas, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le confiere el apartado 3 de dicho precepto, limita a 4.000 €, el importe máximo a reclamar por todos los conceptos, más el IVA correspondiente, en su caso.

#### **FALLO**

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

**Primero.** No haber lugar al recurso de casación nº 501/2016 interpuesto por la Junta de Andalucía, contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, dictada en fecha 9 de noviembre de 2015, en el recurso contencioso-administrativo nº 1439/10, y, en consecuencia, confirmar la sentencia objeto de este recurso.

**Segundo.** Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente, con la limitación establecida en el último Fundamento de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas

D.ª Maria Isabel Perello Domenech D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso



D. Fernando Roman Garcia

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ