



Roj: **STS 3346/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3346**

Id Cendoj: **28079130042016100251**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **11/07/2016**

Nº de Recurso: **3711/2014**

Nº de Resolución: **1701/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AR 930/2014,**
STS 3346/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 11 de julio de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3711/2014 interpuesto por el Procurador de los Tribunales, D. Jacinto Gómez Simón, en nombre y representación de Colegio Oficial de Farmacéuticos de Zaragoza, contra la Sentencia de 4 de julio de 2014, dictada por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el recurso contencioso-administrativo nº 455/2011, sobre oficina de farmacia. Se han personado como partes recurridas el Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón en la representación que le es propia y el Procurador de los Tribunales D. Alejandro González Salinas, en nombre y representación de Dña. Erica, Dña. Milagrosa y D. Alexander.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª María del Pilar Teso Gamella

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón se ha seguido recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra la Resolución de 20 de abril de 2011 de la Consejería de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 11 de enero de 2011, de la Dirección General de Planificación y Aseguramiento, por la que se convoca concurso para la adjudicación de nuevas oficinas de farmacia.

SEGUNDO .- En el citado recurso contencioso-administrativo se dicta Sentencia, de 4 de julio de 2014, en cuyo fallo se dispone lo siguiente:

<<Que INADMITIENDO el recurso contencioso-administrativo interpuesto respecto de D. Esteban, respecto de los demás recurrentes, DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo número 455/2011, interpuesto por el Procurador D. Luis Gallego Coiduras, en nombre y representación de Dña. Erica, Dña. Milagrosa y D. Alexander, contra la resolución referida en el encabezamiento de la presente sentencia, DECLARANDO la misma no ajustada a Derecho, y, por consiguiente, ANULÁNDOLA, en el extremo por el que se autoriza una nueva oficina de farmacia en la Zona de Salud Urbana de Ejea de los Caballeros (Zaragoza). Sin costas>>.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se prepara, primero ante la Sala "a quo", y se interpone, después, ante esta Sala, recurso de casación, por la representación procesal del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Zaragoza, en el que se solicita que se dicte sentencia que case y anule la recurrida y se proceda a la desestimación del recurso interpuesto contra la Resolución de 11 de enero de 2011, de la Dirección General de Planificación y Aseguramiento del Departamento de Salud y Consumo, por la que se convoca concurso para la adjudicación de



nuevas oficinas de farmacia de conformidad con la Ley 4/1999, de 25 de marzo, de Ordenación Farmacéutica para Aragón.

CUARTO.- Mediante Auto de la Sección Primera de esta Sala, de fecha 9 de julio de 2015, se acordó lo siguiente:

<<Primero: No acceder a la solicitud de inadmisión del recurso formulada por los recurridos, Dña Erica, Dña Milagrosa y D. Alexander.

Segundo: Declarar la admisión del Recurso de Casación interpuesto por la representación procesal del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Zaragoza contra la Sentencia 363/2014, de 4 de julio, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el Recurso Contencioso-Administrativo nº 455/2011; y, para su sustanciación, remítanse las actuaciones a la **Sección Cuarta** de esta Sala de conformidad con las normas sobre reparto de asuntos. Sin costas>>.

En dicho auto se indica, respecto de la legitimación del Colegio que *<<Otra cosa es que la parte recurrente cuente, o no, con legitimación para recurrir en casación, sin bien, según ya hemos tenido ocasión de señalar (ATS de 21 de marzo de 2013, RC 3631/2012), tratándose de una cuestión jurídica atinente al fondo del asunto, sería una causa de inadmisión subsumible en el artículo 93.2.d) LJCA, que no cabe ser opuesta en el trámite de oposición. Y sin que en este trámite pueda someterse a censura el acuerdo jurídico de la infracciones normativas que se anuncian en el referido escrito>>*

QUINTO.- La parte recurrida, Comunidad Autónoma de Aragón, ha presentado escrito en el que manifiesta, que no formula oposición y que sólo se personó a efectos de conocer el resultado de la Sentencia.

Por su parte, el Procurador de los Tribunales D. Alejandro González Salinas, en representación de Dña. Erica, Dña. Milagrosa y D. Alexander, en su escrito de oposición, solicita se declare la inadmisión del recurso de casación en base al artículo 95.1 LJCA por concurrir los motivos de inadmisibilidad previstos en el artículo 93.2 LJCA y, en caso de no estimarse las causas de inadmisibilidad invocadas, se dicte sentencia confirmando íntegramente la Sentencia 363/2014 de referencia impugnada en casación. Con imposición de costas a la parte recurrente.

SEXTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día 28 de junio de 2016, fecha en la que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que ahora se impugna inadmite el recurso interpuesto por un recurrente al no haber seguido la vía administrativa previa, y estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por los demás contra la Resolución del Director General de Planificación y Aseguramiento, de 11 de enero de 2011, y la desestimación de la alzada, por la que se convoca concurso para la adjudicación de nuevas oficinas de farmacia.

La estimación del recurso contencioso administrativo se fundamenta en la interpretación y aplicación del artículo 14 de la Ley 4/1999, de 25 de marzo, de Ordenación Farmacéutica para Aragón. Se señala que *<<entrando a conocer de la cuestión de fondo que se está planteando aquí, que no es otra que la interpretación del artículo 14.1 de la LOFA, en la redacción que da al mismo la Ley 26/03, en el sentido de si cabe entender que se establece un criterio municipal de distribución que funciona autónomamente del criterio zonal, para supuestos de zona de salud urbana, habremos de coincidir con la recurrente en que, por el tenor de los apartados primero y segundo del artículo 14, no ha sido voluntad del Legislador aragonés, adoptar el mismo criterio de distribución de oficinas de farmacia en zonas de salud urbanas que en las no urbanas>>*. Y se concluye que *<<En definitiva, una aplicación del criterio municipal tal y como se pretende, haría inútil el párrafo primero del artículo 14.1, pues bastaría con respetar la ratio general en un municipio para crear nuevas oficinas de farmacia, sin necesidad de observar el criterio zonal y la misma organización farmacéutica concebido en todo caso por zonas, y supondría la alteración del régimen de organización y distribución del sistema farmacéutico en función del sanitario, régimen de naturaleza básica, situando la legislación autonómica en contradicción y vulneración de las bases estatales que rigen la cuestión. (...) Y, en fin, todo lo anterior, es acorde con la línea de razonamiento que hemos mantenido en las sentencias que el Letrado de la Comunidad Autónoma refiere en su escrito de contestación a la demanda, pues, efectivamente, la sentencia de 26 de noviembre de 2007 se refiere siempre al criterio de distribución de farmacias en zonas de salud no urbanas, en los términos en que aquí hemos expuesto al desprenderse del artículo 14.2 un criterio municipal con operatividad autónoma del criterio general zonal, mientras que si se atiende a la sentencia citada por el Letrado del Gobierno de Aragón, de 7 de julio de 2008, podremos comprobar que el razonamiento en relación con el artículo 14.1 es diferente, limitándonos ahora en realidad a especificar lo que allí ya se apuntaba>>*.



SEGUNDO .- El recurso de casación se sustenta sobre tres motivos, el primero y tercero por el cauce procesal que dibuja el artículo 88.1.d) de la LJCA, y el segundo al amparo del artículo 88.1.c) de la misma Ley .

El motivo *primero* aduce la lesión del artículo 2, apartados 1 y 2, de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las oficinas de farmacia. El *segundo* denuncia la infracción de los artículos 24 de la CE , 218.2 de la LEC , por incongruencia de la sentencia. Y el *tercero* , alega la contravención del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea . Y en otro motivo tercero, que sería el cuarto, aduce infracción de jurisprudencia.

Por su parte, las recurridas alegan la falta de legitimación del colegio recurrente para interponer recurso de casación porque no fue parte en el recurso contencioso administrativo y ni debiera haberlo sido porque fue emplazada personalmente, además de la nulidad del acuerdo societario presentado con la preparación, anterior a la fecha de la sentencia. Aduciendo, respecto del fondo de los motivos invocados, que las infracciones sobre las que se sustentan carecen de fundamento.

TERCERO .- La panorámica de los motivos de casación y de oposición nos llevan necesariamente a analizar, con carácter preferente, la falta de legitimación activa del colegio recurrente para interponer recurso de casación, que se invoca por las recurridas.

Con carácter general, el recurso de casación, según dispone el artículo **89.3** de la LJCA , " *podrá interponerse por quienes hayan sido parte en el procedimiento a que se contraiga la sentencia o resolución recurrida* ". Debemos añadir inmediatamente que, en la interpretación del citado precepto según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, la casación puede interponerse además de por quienes hayan sido parte, *por quienes debieran haber sido parte* , pero no lo fueron al no haber sido oportunamente emplazados. Y lo cierto es que en este caso, efectivamente, el Colegio recurrente fue **emplazado**, además de los correspondientes edictos, personalmente, como pone de manifiesto el examen de las actuaciones de instancia, concretamente al folio 36, donde consta el emplazamiento a dicho Colegio Oficial, realizado mediante oficio del Gobierno de Aragón de 1 de septiembre de 2011.

De modo que el emplazamiento se realizó, como legalmente se exige, a los que " *aparezcan como interesados* " en el expediente administrativo (artículo 49.1 de la LJCA). Y realizado dicho emplazamiento, la actitud procesal de la recurrente fue no personarse en el recurso contencioso administrativo, lo que, como es natural, tiene sus consecuencias procesales, como es no poder ser asimilado a la condición de parte procesal, a que se refiere el artículo **89.3** de la LJCA .

El colegio recurrente, en definitiva, no está legitimado, ex artículo **89.3** de la LJCA , para interponer un recurso de casación contra una sentencia, que, por cierto, aplica exclusivamente normas de derecho autonómico y cuya invocación de normas estatales es meramente instrumental, dictada en un recurso contencioso administrativo en el que no fue parte procesal cuando pudo haberlo sido, al haber resultado convenientemente emplazada.

CUARTO .- Ninguna lesión, por tanto, se produce de la tutela judicial efectiva, ni se causa indefensión, por la expresada aplicación del artículo **89.3** de la LJCA , pues recordemos que la doctrina del Tribunal Constitucional, que se resume en las SSTC 79/2009, de 23 de marzo y 166/2008, de 15 de diciembre , declara que se produce la lesión del derecho constitucional a una tutela judicial cuando se dan los tres requisitos siguientes: " a) *Que quien no ha sido **emplazado** sea titular, al tiempo de la iniciación del proceso, de un derecho o de un interés legítimo y propio susceptible de afectación en el proceso contencioso- administrativo en cuestión.* b) *Que sea posible identificar a ese interesado por el órgano jurisdiccional, atendiendo especialmente a la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda.* c) *Por último, que ese interesado haya sufrido como consecuencia de la omisión del emplazamiento una situación de indefensión real y efectiva, lo que no acontece cuando el interesado tiene conocimiento extra procesal del asunto o cuando no se persona en el proceso por su propia falta de diligencia .*"

QUINTO .- Al declararse no haber lugar al recurso de casación, procede imponer las costas a la parte recurrente (artículo 139.2 de la LRJCA).

Al amparo de la facultad prevista en el artículo 139.3 de la citada Ley , se determina que el importe de las costas procesales, por todos los conceptos, no podrá rebasar la cantidad de 4.000 euros, únicamente respecto de la representación procesal de los recurridos Dña. Erica , Dña. Milagrosa y D. Alexander .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Que **no ha lugar** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Zaragoza, contra la Sentencia de 4 de julio de 2014, dictada por la Sala de lo Contencioso



administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el recurso contencioso-administrativo nº 455/2011 . Con imposición de costas en los términos previstos en el último fundamento.

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

Así se acuerda y firma.

D. Segundo Menendez Perez D^a Maria del Pilar Teso Gamella D. Jose Luis Requero Ibañez D. Jesus Cudero Blas D. Angel Ramon Arozamena Laso D. Rafael Toledano Cantero

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ