



Roj: **STSJ CL 914/2015 - ECLI:ES:TSJCL:2015:914**

Id Cendoj: **47186330012015100105**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **16/02/2015**

Nº de Recurso: **644/2013**

Nº de Resolución: **358/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ZATARAIN VALDEMORO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD

VALLADOLID

SENTENCIA: 00358/2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

VALLADOLID

N11600

C/ ANGUSTIAS S/N

N.I.G: 47186 33 3 2013 0100996

Procedimiento : **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000644 /2013 - ML**

Sobre: SANIDAD Y SALUD PUBLICA

De D./ña. María Virtudes

LETRADO OSCAR CASTAÑEDA ERRASTI

PROCURADOR D./D^a. MARIA JESUS TRIMIÑO REBANAL

Contra D./D^a. CONSEJERIA DE SANIDAD

LETRADO ABOGADO DEL ESTADO

PROCURADOR D./D^a.

SENTENCIA N° 358

Illtmos. Sres. Magistrados:

Doña Adriana Cid Perrino

Don Santos Honorio de Castro García

Don Felipe Fresneda Plaza

Don Francisco Javier Zatarain Valdemoro

En la Ciudad de Valladolid a dieciséis de febrero de dos mil quince.

En el recurso contencioso-administrativo número 0644/13 interpuesto por D^a María Virtudes representada por la Procuradora Sra. Trimiño Rebanal y defendida por el Letrado Sr. Castañeda Errasti contra la Orden de la Consejería de Sanidad de fecha 14.03.2013 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a resolución del Director General de Salud Pública de 13.12.2012, por la que se declara la pérdida de



la autorización de apertura de oficina de farmacia en la zona farmacéutica urbana I de Segovia; habiendo comparecido como parte demandada la Administración General de la Comunidad Autónoma representada y defendida por el Sr/Sra. De sus Servicios Jurídicos en virtud de la representación que por ley ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte demandante se interpuso recurso contencioso administrativo ante esta Sala el día 06.03.2013.

Admitido a trámite el recurso y no habiéndose solicitado el anuncio de la interposición del recurso, se reclamó el expediente administrativo; recibido, se confirió traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda, lo que efectuó en legal forma por medio de escrito de fecha 02.12.2013 que en lo sustancial se da por reproducido y en el que terminaba suplicando que se dicte sentencia por la que revoque el acto impugnado y se condene a la Administración demandada a otorgarle la autorización solicitada, junto con la imposición de las costas causadas.

SEGUNDO.- Se confirió traslado de la demanda por término legal a la administración demandada quien evacuó el trámite por medio de escrito de 12.02.2014 oponiéndose a lo pretendido en este recurso y solicitando la desestimación de la demanda sobre la base de los fundamentos jurídicos que el mencionado escrito contiene.

TERCERO.- Una vez fijada la cuantía y habiéndose recibido el pleito a prueba, se practicó la que fue en derecho admitida tras de lo cual se ordenó la presentación de conclusiones escritas. Ultimado el trámite, quedaron los autos pendientes de declaración de conclusos para sentencia, lo que tuvo lugar por providencia de 3 de febrero de 2015, en la cual y de conformidad con lo previsto en los arts. 67 y 64 de la Ley 29/98 se señaló como día para Votación y Fallo el 06.02.2015, lo que se efectuó.

Se han observado las prescripciones legales en la tramitación de este recurso.

Es magistrado ponente de la presente sentencia el Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Zatarain Valdemoro, quien expresa el parecer de esta Sala de lo Contencioso- administrativo y que actúa en régimen de sustitución ordinaria interna del ponente inicial por acuerdo de la Ilma. Sra. Presidenta de Sala de 11.12.2014.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Resolución impugnada y posiciones de las partes.

La Orden de la Consejería de Sanidad de fecha 14.03.2013 por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto frente a resolución del Director General de Salud Pública de 13.12.2012, por la que se declara la pérdida de la autorización de apertura de oficina de farmacia en la zona farmacéutica urbana I de Segovia considerando que la actora había patrimonializado dos oficinas de farmacias, algo proscrito por el decreto 199/1997, de 9 de octubre sobre planificación farmacéutica.

Frente a este acuerdo, la actora insiste en que la resolución dictada supone la vulneración del fallo de la sentencia número 1977, de 24 septiembre 2010 de este tribunal. Considera también que la resolución impugnada ha infringido el artículo nueve. Uno del decreto 199/1997, de 9 octubre como el criterio nueve. Uno de la resolución de 4 febrero 1999 dado que la transmisión de la oficina de farmacia de la que era titular no se produjo durante la tramitación del procedimiento sino con posterioridad toda vez que es el procedimiento de autorización finalizó mediante resolución de 12 septiembre 2006 de la Dirección General de Salud Pública y Consumo de la Consejería de Sanidad por la que se autorizó la apertura de nuevas oficinas de farmacia en el marco del procedimiento iniciado mediante resolución de 4 febrero 1999. También la delación del principio de igualdad toda vez que otros farmacéuticos que realizaron transmisión o cesión total o parcial de su oficina durante la tramitación del procedimiento de autorización no les fue revocada su autorización por la administración demandada. Considera que se trata de una discriminación.

La administración demandada, como es legalmente preceptivo (art. 68.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León), defiende la plena conformidad a derecho de la resolución impugnada.

SEGUNDO .- Inexistencia de desobediencia a la STSJ de 24 de septiembre de 2010, PO número 876/2007.

Esta sentencia, en relación con el procedimiento iniciado en 1999 reconoció el derecho de la actora a obtener determinada puntuación, y si con ella le era suficiente, al autorización de una apertura de oficina de farmacia. En ejecución de esta sentencia y otras, se dictó resolución de 20 septiembre 2012 de la Dirección General de Salud Pública que le reconoció los puntos inicialmente negados y con ellos el derecho a la apertura de la oficina de farmacia número 44 en el municipio de Segovia (Zona Farmacéutica Urbana de Segovia). Pues bien; como



correctamente afirma la defensa de la administración autonómica, esta resolución, dictada en ejecución de nuestra sentencia no ha sido cuestionada por la actora, ni en procedimiento jurisdiccional independiente ni en incidente de ejecución de sentencia. Es más; en conclusiones que aquella resolución cumplió suficientemente la sentencia (página dos primer párrafo) y que en relación con la resolución de 13 diciembre 2012 no ha hecho sino seguir la vía de recursos ofrecida por la administración demandada, o lo que es lo mismo, vuelva reconocer que se trata de un acto administrativo sustancialmente diferente. No hay pues contravención a lo juzgado.

Al tiempo de esta resolución de 20 septiembre 2012, la actora podía mantener la farmacia de la que era titular en el municipio de Cebreros, cuya autorización obtuvo en el procedimiento de 2001, o bien abrir la nueva oficina que le fue autorizada por esta resolución en Segovia. Sin embargo, la actora, en puridad, había hecho suyas ambas oficinas. Ello porque nunca esperó al dictado de esta resolución sino que trasmitió en diciembre de 2007 en la oficina de farmacia que tenía en el municipio de Cebreros.

El art. 9.1 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 establece que " Art. 9.º *Distintos efectos de la autorización. La autorización de una oficina de farmacia de nueva apertura otorgada en los supuestos descritos a continuación comportar, además de los efectos que le son propios, los siguientes: 1. Si el farmacéutico autorizado viniese siendo titular o cotitular de otra oficina de farmacia y realizara transmisión o cesión, total o parcial, durante la tramitación del procedimiento, perder el derecho a la autorización pasando ésta al siguiente o siguientes solicitantes.* ", precepto que la actora entiende que no le es de aplicación toda vez que, según ella, la expresión "tramitación del procedimiento" ha de entenderse en sentido estricto, según regulación realizada por la Ley 30/1992, de 26 noviembre, por lo que viendo adjudicada en el año 2002 la oficina de farmacia de Cebreros, en ejecución del procedimiento convocado en 2001, como quiera que la transmisión de la referida oficina la realizó en 2007, y el procedimiento de autorización de apertura de nuevas oficinas convocado en 1999 fue resuelto mediante resolución de 12 de septiembre de 2006, no puede sino concluirse que aquel procedimiento había finalizado por lo que no se produce el supuesto contemplado en la norma.

Sin embargo la postura de la actora es incongruente. Si la resolución de septiembre de 2006 fue impugnada por ella, y además obtuvo su suspensión cautelar, la eficacia de la misma, en todos sus extremos quedó diferida y por lo tanto el procedimiento administrativo no podía desplegar sus efectos, empezando por su propia finalización. No fue sino hasta el dictado de nuestra STSJ cuando en puridad podría afirmarse que el procedimiento había finalizado. Y como quiera que, además, la sentencia fue estimatoria, anulando aquella resolución, más aún puede defenderse que el procedimiento no había terminado. Nótese que ella misma cuestionó esa resolución interesando su suspensión cautelar.

En definitiva, lo que aflora es lo que la propia administración demandada plantea; que la actora patrimonializó en un momento dado la titularidad de dos oficinas de farmacia, situación que expresamente busca atajar el artículo 9.1 transcrito.

Ha de reseñarse que esta es ya una cuestión resuelta por la Sala, por ejemplo en la STSJ, aportada por la administración demandada y que, aún no habiéndolo sido, esta Sala no puede desconocer su propia doctrina, so pena de vulnerar el principio constitucional de igualdad en al aplicación jurisdiccional de la ley. Efectivamente, nuestra STSJ de 03.06.2014 PO 976/11 ya razonaba: " *...Finalmente, saliendo al paso de lo alegado por el recurrente sobre la plena aplicabilidad del citado precepto normativo, decir que nuestra sentencia de 30 de enero de 2004, que validaba el artículo 9 del Decreto 199/1997, ha sido confirmada por la sentencia dictada por la Sala 3ª, sección 4ª, del Tribunal Supremo el día 22 de enero de 2008 al resolver el recurso de casación nº 2949/2004.*

En todo caso, debe repararse en que lo alegado por la parte es el diferente trato que la Administración ha dado a quienes participaron en el mismo proceso de autorización pero, y esto no puede olvidarse pues resulta esencial para el juicio comparativo que ha de realizarse, no en función de cómo se ha aplicado un mismo precepto y mandato a todos ellos, sino en función de la aplicación que se ha hecho de los artículos 9.1º y 12.2º del Decreto 199/1997, preceptos que contemplan supuestos claramente diferentes al venir referidos, el primero de ellos, a la pérdida del derecho a la autorización de oficina de farmacia a quienes hubiera transmitido o cedido otra durante la tramitación del procedimiento y en beneficio del siguientes o siguientes solicitantes, y, el segundo, a la prohibición de valoración de determinados criterios de selección a quienes ya le hubieran sido valorados para la obtención de una oficina de farmacia, en cualquier lugar. Por tanto, encontrándonos ante situaciones fácticas diferentes, no cabe hablar de trato jurídico diferente. En todo caso lo que podría discutirse es la aplicación que la Administración ha hecho del artículo 9.1º del Decreto, cuestión a la que ya hemos dado respuesta anteriormente".

De esta forma, se da respuesta a la cuestión relativa a la legalidad del precepto reglamentario aplicado, pues como se ha dicho la sentencia de 30 de enero de 2004, que validaba el artículo 9 del Decreto 199/1997, ha



sido confirmada por la sentencia dictada por la Sala 3ª, sección 4ª, del Tribunal Supremo el día 22 de enero de 2008 al resolver el recurso de casación nº 2949/2004, por lo que ningún reproche cabe efectuar a esta norma desde la óptica de la vulneración del principio de legalidad. Asimismo de la misma sentencia se desprende que no es posible proceder a la adjudicación de una nueva oficina de farmacia a quienes ya hubiesen procedido a la transmisión de otra en el curso del procedimiento de adjudicación.

TERCERO . La circunstancia alegada de que debe estarse a la situación existente al momento de la solicitud, en cuyo momento no se era titular de una oficina de farmacia , que se adquirió posteriormente dada la amplia duración del procedimiento que se inició en fecha de 4 de febrero de 1999 y fue suspendido por la Sala, lo que permitió que la recurrente deviniera titular de la oficina de farmacia que fue ulteriormente transmitida antes de la culminación del procedimiento en que recae la resolución ahora recurrida, fue también analizada por la sentencia de la Sala de 13 de septiembre de 2010, recaída en el recurso n.º 153 de 2007 , que aun con las diferencias propias del caso en dicha sentencia contemplado, en cuanto que en éste se trataba de la exclusión del procedimiento para la autorización , en tanto que en el que es objeto de consideración en el presente recurso se trata ya de la adjudicación final de la autorización , llegó a la consideración de que no es posible llegar a ser adjudicataria de una oficina de farmacia aun habiendo adquirido su titularidad en el curso de la tramitación del procedimiento. Dicha sentencia se expresa en los siguientes términos:

" . La convocatoria que ha dado origen a los acuerdos recurridos fue objeto de suspensión jurisdiccional mediante auto de esta Sala de 16 de noviembre de 1999 . Por lo tanto nada impedía la participación en otros procedimientos posteriores ante la falta de efectividad de aquel en el que han recaído las resoluciones recurridas, y así ocurrió en el presente caso en que se participó en el ulterior procedimiento en que se obtuvo previamente la titularidad de la farmacia que ha servido de fundamento para excluir de participación al actor en la convocatoria en que han recaído los actos recurridos.

De esta forma se debería producir una armonización entre los dispuesto en el citado precepto, artículo 9.3 del Decreto 199/1997, de 9 de octubre y los demás apartados del propio artículo, de los que se deduce la imposibilidad de ostentar la titularidad de dos farmacias y se establecen incluso consecuencias restrictivas de derechos -artículo 9.1 de Decreto en los casos de enajenación en el curso de la tramitación del procedimiento- con la circunstancia de que en este caso se ha producido la suspensión del procedimiento. Al ser ello así deben en abstracto conciliarse los derechos que pudieran derivarse de la participación en el primer procedimiento, con el principio general de existencia de incompatibilidad para ser titular de dos farmacias , por lo que teniendo en cuenta la prioridad temporal de la convocatoria del año 1.999 puede entenderse que existe prioridad en la autorización de este procedimiento frente a la que dimana de la convocatoria del año 2001, pese a que la resolución de este se anticipó a aquél. Por ello se pudo modular la aplicación del artículo 9.3 del Decreto confiriendo a la recurrente el derecho de opción entre la titularidad de la farmacia ya previamente concedida o la que derivaría en su caso del procedimiento en que se adoptaron los acuerdos recurridos.

TERCERO. No obstante lo razonado en el apartado precedente concurre la circunstancia sobrevenida de que la recurrente ha procedido a la enajenación de la titularidad de la farmacia, de la que resultó titular en base a la convocatoria del año 2001, por ende mal puede compaginarse la titularidad de una nueva farmacia , a adjudicar en el procedimiento en que han sido dictados los actos recurridos, con el hecho de que ya se ha patrimonializado los derechos derivados de la titularidad de aquélla, por lo que el otorgamiento de la interesada en esta "litis", vendría a suponer la vulneración del principio prohibitivo de ostentar simultáneamente el ejercicio de más de una oficina de farmacia , contraviniendo lo preceptuado en el artículo 9.1 del Decreto 199/1997 -21.1 de la Ley 13/2001-, que guarda una gran analogía con el presente supuesto de hecho y que sanciona con la pérdida del derecho a la autorización la enajenación total o parcial de la farmacia de que se es titular en el curso de la tramitación del procedimiento de autorización .

De esta forma el conferir la autorización interesada podría amparar una conducta tortuosa dirigida a soslayar el cumplimiento de la norma y que generaría un importante lucro en la recurrente, todo lo cual es contrario a las normas y principios que anteriormente han sido enumerados.

El acto recurrido por el que se excluyó a la recurrente del procedimiento para la autorización de nuevas oficinas de farmacia es así ajustado a Derecho, en atención a la circunstancia de que la enajenación de la oficina de farmacia de que se era titular impide obtener una nueva en los plazos establecidos en la normativa de aplicación".

Por lo tanto, por más que la recurrente deba partir de la consideración de su situación inicial, y que la suspensión del procedimiento, con una larga tramitación no le haya impedido participar en otros procedimientos, una vez que ha procedido a la transmisión de la oficina de farmacia obtenida en uno de ellos, esta situación no hace posible adquirir la titularidad de la farmacia de la que ha resultado excluida.

A tenor de los precedentes razonamientos la demanda debe ser íntegramente desestimada. "

Debe pues rechazarse el argumento.

TERCERO .- Sobre la infracción del principio constitucional de igualdad.

Plantea finalmente la actora que a farmacéuticos que se encontraban en su misma situación, no se les ha resuelto declarando su pérdida de autorización, circunstancia que comporta una infracción del el sitio constitucional de igualdad.

Pues bien, el presente es un alegato absolutamente inútil, toda vez que pretende la igualdad en la ilegalidad, juicio unánimemente rechazado por la doctrina jurisprudencial, desde sus mismos orígenes. Así la primera sentencia del Tribunal Constitucional 22/81 de 2 de julio , y la constante doctrina jurisprudencial ordinaria, ya advertía, restantes requisitos aparte, que el juicio comparativo se desarrolle en el marco de la legalidad, pues no cabe invocar el principio de igualdad en la ilegalidad sin que pueda servir para perpetuar situaciones contrarias a lo previsto por el ordenamiento jurídico (SSTS 11-11-81 , 29-6-98 y 22-7-98). Así, ya lo afirmaba la S.T.C. 1/90, de 15 de enero " *el principio de igualdad en la aplicación de la Ley no llega a fundamentar por sí solo la pretensión de que sean reconocidos determinados derechos en contradicción con el ordenamiento jurídico, por cuanto el principio de igualdad encuentra un límite en el principio de legalidad, desplegando plena eficacia en el ámbito de los derechos e intereses jurídicamente adecuados o conformes a derecho, pero, a la vez, cesando su virtualidad cuando esa igualdad condujera al mantenimiento o constitución de situaciones ilegales o disconformes a derecho*".

Debe pues rechazarse el argumento.

ÚLTIMO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA , en su redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, vigente desde el 31 de octubre de 2011, procede la imposición de costas a la parte recurrente al haber visto rechazadas todas sus pretensiones.

De conformidad con lo prevenido en los artículos 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , y 208.4 de la Ley 1/2.000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , en relación con la doctrina de los artículos 86 y concordantes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede comunicar a los interesados, mediante entrega de copia de esta sentencia, que la misma es firme.

Vistos los artículos precedentes y demás de pertinente aplicación, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad que le confiere el Pueblo Español dicta el siguiente

FALLO

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo nº 644/13 interpuesto por D^a María Virtudes contra la Orden de la Consejería de Sanidad de fecha 14.03.2013 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a resolución del Director General de Salud Pública de 13.12.2012, por la que se declara la pérdida de la autorización de apertura de oficina de farmacia en la zona farmacéutica urbana I de Segovia; declarándola conforme a derecho, con imposición de costas procesales a la recurrente.

Esta sentencia es firme y contra ella no cabe recurso ordinario alguno. Conforme establece el art. 104 de la LJCA de 1998 , en el plazo de diez días, remítase oficio a la administración demandada, al cual se acompañará el expediente administrativo y testimonio de esta sentencia, a fin de que la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo. Hágase saber a la administración que en el plazo de diez días deberá acusar recibo de dicha documentación e indicar el órgano responsable del cumplimiento del fallo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que en ella se expresa en el mismo día de su fecha, estando celebrando sesión pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de lo que doy fe.