



Roj: **STSJ CLM 285/2016 - ECLI:ES:TSJCLM:2016:285**

Id Cendoj: **02003330012016100085**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **01/02/2016**

Nº de Recurso: **370/2014**

Nº de Resolución: **85/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIANO MONTERO MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1

ALBACETE

SENTENCIA: 00085/2016

Recurso de apelación nº 370/2014

Juzgado Contencioso-administrativo nº 1 de Toledo

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE CASTILLA-LA MANCHA.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

Sección Primera.

Magistrados, Ilmos. Sres.:

D. José Borrego López, Presidente.

D. Mariano Montero Martínez.

D. Manuel José Domingo Zaballos.

D. Antonio Rodríguez González.

D. José Antonio Fernández Buendía

S E N T E N C I A N º 85

En Albacete, a uno de febrero de 2016.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha los presentes autos en vía de apelación, seguidos bajo el número 370 de 2014, siendo parte apelante FARMAINDUSTRIA, ASOCIACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA, representada por la Procurador Sra. Díez Valero y defendida por el Letrado Sr. Fatás Monforte y parte apelada el SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA, representado y defendido por los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Apelación contra sentencia dictada por el Juzgado antecitado en fecha diez de julio de 2014, en materia de instrucciones sobre prescripción de medicamentos.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Mariano Montero Martínez, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En la fecha mencionada, el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de los de Toledo y en su procedimiento ordinario nº 251/2010 dictó sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo entablado contra la resolución de la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Comunidades de



Castilla-La Mancha, de fecha veinte de enero de 2011, que había rechazado el recurso de alzada planteado contra resolución de la Dirección- Gerencia del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha de fecha veinticuatro de marzo de 2010, por la que se emitieron instrucciones para la desactivación de determinados fármacos del sistema de prescripción electrónica de recetas.

Segundo. Formalizado recurso de apelación por la representación procesal de la asociación demandante, terminó suplicando una sentencia que revocase la de instancia y declarase la nulidad de pleno derecho de la resolución combatida. Fue contestado por la representación de la Administración demandada, que solicitó una sentencia confirmatoria de la dictada por el Juzgado.

Tercero. Sin que se acordase el recibimiento del recurso de apelación a prueba, se señaló día y hora para votación y fallo, el veintiocho de enero de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. Como cuestión previa habremos de destacar que, según criterio de la Sala, no se debe discutir aquí si la Administración Autonómica Castellano- manchega puede o no regular la materia que nos ocupa, y si puede hacerlo en uno u otro sentido. En principio, sin entrar en mayor profundidad, la Comunidad Autónoma, que gestiona el sistema sanitario público dentro de su ámbito territorial, podría entenderse que dictase normas con un contenido similar al que presenta la resolución mediatamente impugnada. También se derivaría dicha posibilidad del artículo 88.1 de la Ley de Garantías y uso racional del medicamento.

Lo que aquí nos es dado analizar, más bien, es si ello se puede hacer mediante una resolución como la que nos convoca, con pretendida vocación de Instrucción, de las que regula el art. 21 de la Ley 30/1992, de veintiséis de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Y esa vocación le viene dada porque expresamente lo dice su preámbulo y porque también se califica así, como instrucción, por la Defensa Letrada de la Administración Autonómica.

Segundo. Pues bien, discrepamos de la interpretación contenida en la sentencia apelada y, en cambio, asumimos el planteamiento de la asociación apelante, por considerar que la resolución combatida, pretendidamente una simple instrucción para impartir consignas de actuación a los subordinados en el servicio público de salud, llamados a ejecutarlas, es mucho más que eso. Se trataría, por lo menos, de un acto administrativo con pluralidad de destinatarios y, en buena medida, de una auténtica disposición de carácter general. Por eso, al no haberse seguido, en realidad, ni el procedimiento para dictarse el primero, arts. 53 y 68 y siguientes de la Ley 30/1992, de veintiséis de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (señaladamente, los arts. 84 a 86), ni mucho menos el de aprobación de la segunda, arts. 51 y concordantes del mismo texto legal, amén de los preceptos relativos a los actos administrativos singulares. Ello comporta, por directa aplicación de los arts. 62.1.e) y 62.2 de la Ley 30/1992, de veintiséis de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la nulidad de pleno derecho de la instrucción cuyo estudio nos ocupa.

Tercero. La Jurisprudencia rechaza que las instrucciones puedan constituir actos administrativos, siendo su naturaleza la de simples mandatos emanados de la potestad auto-organizativa de la Administración Pública, que pueden desplegar sus efectos en la eficacia constitutiva de los derechos atinentes a los funcionarios públicos y al de los administrados a quienes obligan. Entre otras, en nuestras propias sentencias de tres de diciembre de 2009 -sentencia nº 534- u once de junio de 2007 -sentencia nº 268- ya lo destacábamos. De forma más extensa en nuestra sentencia de veintidós de septiembre de 2014, recurso contencioso-administrativo 538/2012, en estos términos:

[“El art. 21 de la Ley 30/1992 nos dice, en cuanto a las Instrucciones y Ordenes de Servicio, que los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio. Preveía, además, la publicación de las mismas en el periódico oficial que correspondiese, si lo estableciera una disposición específica o se estimase conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que pudieran producirse; como parece lógico, añadía el número segundo de este artículo que el incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir... Como ya dijimos en nuestra sentencia de veintisiete de marzo de 1999, la naturaleza que doctrinalmente suele atribuirse a estas instrucciones es la de simples mandatos emanados de la potestad auto-organizativa de la Administración Pública, que pueden desplegar sus efectos en la eficacia constitutiva de los derechos atinentes a los funcionarios públicos, y al de los administrados a quienes afecte, por ejemplo a la hora de recurrir dichas Instrucciones o Circulares en la medida en que infrinjan el Ordenamiento Jurídico, siempre que lo permita la ley rituaría; hasta el punto de haberse vedado el acceso a la casación, o haber supuesto la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo interpuesto (SSTS 7.10.94 ó 31.10.89,



respectivamente), precisamente por tratarse de disposiciones para exclusivo "consumo interno" de los órganos administrativos, sin publicación alguna, y sobre todo, sin efectos visibles para los administrados"].

Cuarto. A partir de tales premisas, pues, el contenido de la resolución, así denominada en su título, excede con mucho el simple mandato a los depositarios naturales de las medidas contenidas -recuérdese, la exclusión del sistema de prescripción electrónica de recetas de determinados nombres comerciales de medicamentos, y la indicación de inclusión de los genéricos o principios activos-, los facultativos y, en otro sentido, los farmacéuticos, para implicar una regulación completa de la materia, con vocación de generalidad. Que el ámbito al que afecta sea reducido, porque al cabo lo que se ciñe es a unas cuantas sustancias y nombres comerciales, no empece para que agote el contenido de las instrucciones impartidas, que no se limitan a rozar indirectamente a los administrados -algo permitido en las instrucciones o antiguas circulares- o sólo lejanamente a los laboratorios farmacéuticos, sino que condicionan en buena medida la dispensación de medicamentos, de aquellos a los que se refiere la resolución.

Cierto que no se excluyen esos nombres comerciales del sistema público de salud -faltaría más, hacerlo mediante una instrucción-, pero en realidad la resolución impugnada está afectando de forma directa a la actividad de los laboratorios farmacéuticos, porque la consecuencia de las prescripciones contenidas en la resolución apelada es que se dificulta o limita la indicación mediante receta electrónica de determinados fármacos. A fuer de insistir, ello podría ser regulado mediante una disposición de carácter general que mereciera tal nombre, con un procedimiento de elaboración, trámite de audiencia o de información pública, informes preceptivos..., mas no por medio de una pretendida instrucción. Asumimos, como no puede ser menos, la doctrina de la STS de veintidós de mayo de 2012 que cita la Administración apelada, en el sentido de que la forma en la que se recete un medicamento no altera la libertad de prescripción de los facultativos, pero ello no empece para que las instrucciones con vocación normativa y alcance general deban articularse por las formas contempladas en el ordenamiento jurídico, no mediante una simple circular o instrucción de muy limitado contenido legal.

Por otro lado, no puede colmar las exigencias de elaboración de una norma, pero tampoco las de un acto administrativo con pluralidad de destinatarios y la relevancia que presenta el de autos, el informe preparado por el Área de Farmacia del SESCAM a modo de memoria justificativa, insuficiente para el calado de las disposiciones contempladas en la resolución discutida.

Quinto. Obsérvese, en tal sentido, que aunque se mantenga por la resolución la posibilidad de prescribir los medicamentos con nombre comercial que se mencionan, mediante receta manual, el hecho mismo de que no quepa hacerlo por prescripción electrónica, porque lo prohíbe la sedicente instrucción, altera e innova el sistema de dispensación de fármacos, vincula a médicos y farmacéuticos y modifica lo que hasta la resolución venía siendo el sistema de prescripción electrónica, probablemente el sistema que será el normal en un futuro más o menos cercano pero que, desde luego, ha presidido la prescripción de medicamentos para, sobre todo, tratamientos de larga duración y enfermedades crónicas. Por ende, esa eficacia al exterior o "ad extra" que tradicionalmente se ha negado como factible para una circular o instrucción, se consume de forma clara en la resolución combatida, según lo entendemos, de ahí que no quepa utilizar la forma de la instrucción.

Sexto. Razones, las expuestas, que nos mueven a la estimación de la apelación trabada, con declaración de la nulidad de pleno derecho de la resolución combatida, por infracción absoluta de procedimiento.

Séptimo. Dado el pronunciamiento estimatorio de la alzada, no se realiza un concreto pronunciamiento en cuanto al abono de las costas procesales.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLAMOS:

Que **ESTIMAMOS** el recurso de apelación entablado por la representación procesal de la asociación profesional citada contra sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de los de Toledo, de fecha diez de julio de 2014, la cual revocamos, de forma que **estimamos el recurso contencioso-administrativo entablado** contra la resolución de la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, de fecha veinte de enero de 2011, que había rechazado el recurso de alzada planteado contra resolución de la Dirección-Gerencia del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha de fecha veinticuatro de marzo de 2010, por la que se emitieron instrucciones para la desactivación de determinados fármacos del sistema de prescripción electrónica de recetas; **resoluciones ambas que declaramos nulas de pleno derecho**.

Sin pronunciamiento en cuanto al abono de las costas de esta alzada.



Así, contra esta Sentencia, contra la que no cabe interponer recurso ordinario alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ