

Id Cendoj: 28079130012009100034  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 12/2007  
 Nº de Resolución:  
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
 Ponente: SEGUNDO MENENDEZ PEREZ  
 Tipo de Resolución: Sentencia

#### Resumen:

Resumen: Oficinas de farmacia. Procedimiento cuyo objeto era, de un lado, determinar las nuevas oficinas que, además de las ya instaladas, requería una zona de salud a raíz de la ratio o proporción fijada en el art. 1.3 del Real Decreto-Ley 11/1996; y, de otro, adjudicarlas entre los farmacéuticos solicitantes según el orden de prelación resultante de las prioridades y méritos de éstos que en aquél se acreditaran. Recursos administrativo y jurisdiccional en los que el recurrente cuestionó el número de nuevas oficinas requeridas (tres y no dos), pero no la posición asignada a él en ese orden de prelación (la 39). Sentencia de instancia que declara que son tres y no dos las nuevas oficinas requeridas, estimando en ese punto la primera pretensión del actor, pero que desestima la segunda, referida a que su adjudicación corresponda a él como efecto jurídico que hubiera de derivar del hecho o circunstancia de ser el único recurrente. Los farmacéuticos solicitantes no recurrentes no han consentido realmente que esa tercera oficina se adjudique sin respetar el orden de prelación. Ni la doctrina del acto consentido ni el principio de seguridad jurídica conducen a un pronunciamiento distinto del alcanzado por la Sala de instancia. Decisión del Pleno de apartarse de la jurisprudencia establecida en las anteriores sentencias de 3 de diciembre de 2001, 15 de noviembre de 2004, 2 y 9 de febrero y 4 de octubre de 2005, dictadas respectivamente en los recursos de casación 4244/1996, 5974/2002, 5359/2000, 1005/2002 y 5976/2000. Desestimación de la casación sin imposición de costas.

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Diciembre de dos mil nueve

**VISTO** por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por D. Millán , representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Mercedes Rodríguez Puyol, contra sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 23 de octubre de 2006, sobre aprobación del orden de prelación de solicitantes para la apertura de Oficina de Farmacia en la Zona de Salud urbana nº 3 de Huesca "Pirineos" o "La Inmaculada", y autorización de apertura de oficinas de farmacia en dicha zona.

Se ha personado en este recurso, como parte recurrida, la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN, representada y dirigida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso-administrativo número 1305/1998 la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, con fecha 23 de octubre de 2006 , dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: " **FALLAMOS : PRIMERO.-** Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo número 1.305 del año 1.998, interpuesto por **DON Millán** , contra la resolución citada en el encabezamiento de la presente resolución y en su virtud anulamos la resolución recurrida y la que la misma confirma, exclusivamente en lo que hace referencia la (sic) número de farmacias cuya autorización procede que es de tres y no de dos, sin que haya lugar a lo demás solicitado. **SEGUNDO.-** No hacemos especial pronunciamiento en cuanto a costas".

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia ha preparado recurso de casación la representación procesal de D. Millán , interponiéndolo en base a los siguientes motivos de casación:

*Primero* .- Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y al artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la Jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en concreto, el artículo 9.3 de la Constitución en relación con los artículos 46.1 y 28 de la Ley de la Jurisdicción y 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , y de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en cuanto a la vulneración del principio de seguridad jurídica.

*Segundo* .- Bajo el mismo amparo procesal, al infringir la sentencia recurrida la Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la interpretación conjunta de la aplicación de los criterios de baremación y la garantía del principio de seguridad jurídica (Art. 9.3 C.E .), que establece la doctrina que las adjudicaciones de nuevas Oficinas de Farmacia autorizadas judicialmente, solamente han de otorgarse a los farmacéuticos que no hubieran consentido la firmeza del acto administrativo denegatorio.

*Tercero* .- Bajo el mismo amparo procesal que los anteriores, por errónea e indebida aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en la Sentencia 10/1998, de 13 de enero .

Y termina suplicando a la Sala que "...dicte sentencia declarando:

a) Haber lugar al recurso de casación contra la referida sentencia por las expresadas causas de casación fundadas en el motivo d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción y artículo 5.4 de la L.O.P.J .

b) Haber lugar a casar la sentencia de instancia dejándola sin efecto ni valor alguno únicamente en lo que se refiere al inciso final del ordinal primero del fallo, que dice "sin que haya lugar a lo demás solicitado".

c) Haber lugar a estimar totalmente el recurso contencioso-administrativo 1.305/1998, declarando el derecho de D. Millán a que se le autorice la apertura de una nueva oficina de Farmacia en la Zona de Salud Urbana núm. 3 de "Pirineos" o "Inmaculada", de Huesca".

**TERCERO.-** La representación procesal de la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en su escrito a la Sala que "...dicte la sentencia que, con arreglo a Derecho proceda".

**CUARTO.-** Por providencia de fecha 1 de abril de 2009, dada la trascendencia de la cuestión que ha de resolverse en este recurso de casación, se dejó sin efecto el señalamiento para votación y fallo, acordando someter a la consideración del Excmo. Sr. Presidente de esta Sala si la misma ha de ser votada y fallada por el Pleno de la Sala.

**QUINTO.-** En fecha 13 de julio de 2009 acordó el Excmo. Sr. Presidente de la Sala en uso de las facultades que le otorga el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , someter el conocimiento del presente recurso de casación al Pleno de la Sala, señalándose el día 17 de noviembre de 2009 para la votación y fallo de este recurso.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El supuesto de hecho que enjuició la Sala de instancia puede ser descrito en los siguientes términos:

A) A raíz de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 11/1996, de 17 de junio , de Ampliación del Servicio Farmacéutico a la Población, y una vez dictada la Orden de 15 de noviembre de 1996, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de la Diputación General de Aragón, que estableció normas mínimas para su cumplimiento, se abrió y tramitó el procedimiento administrativo (expediente A22-96) que tenía por objeto autorizar y adjudicar las nuevas oficinas de farmacia que, además de las tres ya instaladas, requería la zona de salud urbana nº 3 de Huesca Capital, denominada "Pirineos" o "La Inmaculada". En él se acumularon todas las solicitudes cursadas para esa zona desde aquella entrada en vigor, recayendo resolución de la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Huesca de 17 de marzo de 1998, dictada por delegación, que atendiendo a la población censada a la fecha de 19.6.96 y a las prioridades y méritos referidos en los apartados 2º, 3º y 4º del art. 4.3 del Real Decreto 909/1978 : (1) aprobó el orden de prelación de los solicitantes; y (2) autorizó la apertura de dos nuevas oficinas de farmacia en aquella zona de salud, adjudicándolas a los farmacéuticos situados en los números primero y segundo de dicho orden de prelación.

B) El farmacéutico que luego ocuparía en el proceso la posición de actor, aquí recurrente en casación, situado en el número 39 del repetido orden de prelación, dedujo ante el Consejero de Sanidad solicitud que se calificó como recurso ordinario, en la que, sin cuestionar esa situación o número asignado, defendía la existencia de un error en el cómputo de habitantes y la procedencia por ello de que las nuevas oficinas de farmacia a autorizar habían de ser tres y no dos. Recurso ordinario que fue desestimado por resolución de dicho Consejero de 1 de julio de 1998. Y

C) Contra ella interpuso aquél el recurso contencioso-administrativo que ahora vemos en grado de casación, cuestionando en su escrito de demanda, una vez más y tan sólo, el número de habitantes computables en la zona de salud y, por ende, el de las nuevas oficinas de farmacia a autorizar. No obstante, añadiendo en sus razonamientos que la resolución de 1 de julio de 1998 había alcanzado firmeza para los farmacéuticos que no la hubieran impugnado en vía jurisdiccional, e invocando el principio de seguridad jurídica, dedujo en dicho escrito dos pretensiones: Una, la de anulación de esa resolución, " *en cuanto sólo autoriza la apertura de dos (2) nuevas oficinas de Farmacia en la Zona de Salud Urbana núm. 3, 'de Pirineos' o 'Inmaculada', de Huesca, en vez de autorizar la apertura de tres (3) nuevas oficinas de Farmacia* ". Y otra, de declaración del derecho del actor " *a que se le autorice la apertura de una nueva oficina de Farmacia en la Zona de Salud Urbana núm. 3, 'de Pirineos' o 'Inmaculada', de Huesca* ".

**SEGUNDO.-** La *sentencia de instancia*, acogiendo ahí la tesis del actor de la obligada consideración del "Padrón municipal vigente en la fecha de la solicitud" (*art. 1.3, párrafo segundo in fine, del Real Decreto-Ley 11/1996*), computa la población transeúnte que en él se incluía y estima por ello la primera de dichas pretensiones. En cambio, desestima la segunda, razonando en su fundamento de derecho octavo lo que a continuación transcribimos:

[...] no resulta procedente dicha pretensión ya que como señala la parte codemandada la adjudicación de la farmacia ha de ser conforme a los méritos previamente baremados y del expediente administrativo no resulta que sea el recurrente el solicitante con mayor puntuación, sin que el hecho de que otros solicitantes no hubieran impugnado la resolución pueda llevar a distinta conclusión a la vista de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, en numerosas sentencias a partir de la sentencia 10/1998, de 13 enero, que aunque referida a otro ámbito resulta aquí de aplicación, al señalar que tras reconocer que "lleva razón la Sala cuando concluye que fue el propio aquietamiento de la recurrente lo que determinó su distinta posición jurídica", añade que "si la concursante fue excluida en virtud de una errónea calificación, cuando ésta es corregida por obra del recurso de terceros, la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual, a resolver el recurso a la luz del *art. 23.2 CE*. Al no hacerlo, se produce un vicio autónomo y distinto que genera el derecho a la reparación. Y ello, porque una cosa es el hecho de aquietarse ante una eventual infracción de la legalidad, con las consecuencias que ello tenga de acuerdo con el ordenamiento, y otra muy distinta la producción ulterior de una nueva lesión, ésta de carácter o con relevancia constitucional. La solicitante de amparo consintió el erróneo criterio de valoración, pero no un vicio ulterior y distinto, cual es el surgido con ocasión de la resolución de ese error respecto de otros concursantes, y cuya reparación no puede ser impedida con el argumento de haber consentido una infracción distinta, anterior y de menor relevancia".

**TERCERO.-** El *recurso de casación* que ahora resolvemos sólo tiene por objeto ese pronunciamiento desestimatorio, al ser el actor el único que lo interpone. En él se formulan tres motivos de casación, todos ellos al amparo del *art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción*:

El primero denuncia la infracción del *art. 9.3* de la Constitución, en relación con los *artículos 46.1 y 28 de esa Ley, 63.1* de la *Ley 30/1992* y jurisprudencia (sic) del Tribunal Constitucional, " *en cuanto a la vulneración del principio de seguridad jurídica* ". Razona, en síntesis, que los efectos de la anulabilidad de los actos administrativos se despliegan sólo en favor del afectado y que aquel pronunciamiento desestimatorio, al extender los efectos de la sentencia a los solicitantes que consintieron la denegación administrativa, violenta el principio de seguridad jurídica, beneficiando injustificadamente a quienes han hecho voluntaria dejación de sus eventuales derechos; infringe los *artículos 63.1 y 115.1 de la Ley 30/1992 y 28 y 46.1 de la Ley 29/1998*, puesto que rehabilita actos firmes en derecho; y contradice la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la imposibilidad de revisar actuaciones administrativas firmes por no haber sido recurridas en tiempo y forma, con cita aquí de la *STC 45/1989*, que transcribe en parte.

El segundo denuncia la infracción de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo " *relativa a la interpretación conjunta de la aplicación de los criterios de baremación y la garantía del principio de seguridad jurídica* ". En él expresa, condensándola, que en ella se establece que " *las adjudicaciones de nuevas oficinas de farmacia autorizadas judicialmente, solamente han de otorgarse a los farmacéuticos que no hubieran consentido la firmeza del acto administrativo denegatorio* ". Y cita y transcribe en parte las

sentencias de 3 de diciembre de 2001, 15 de noviembre de 2004, 2 y 9 de febrero y 4 de octubre de 2005, dictadas respectivamente en los recursos de casación números 4244/1996, 5974/2002, 5359/2000, 1005/2002 y 5976/2000 .

Y el tercero y último la errónea e indebida aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en la sentencia 10/1998 , pues en el caso de autos, y a diferencia del supuesto a que se refiere esa sentencia constitucional, el concurso entre los farmacéuticos solicitantes no es de acceso a la función pública y resulta extraño a la aplicación del *art. 23.2* de la Constitución.

**CUARTO.-** Iniciando ya la exposición de los razonamientos jurídicos que conducen a nuestra *decisión* , procede ante todo apartar del recurso aquello que no es relevante.

En esta línea, aunque es cierto, como vimos en el párrafo antes transcrito, que la sentencia recurrida sustenta también aquel pronunciamiento desestimatorio en la cita y transcripción en parte de la STC 10/1998, de 13 de enero ; y cierto igualmente que ésta abordó un supuesto no equiparable al aquí enjuiciado; lo es asimismo que no es ese su único sustento y que no desconoce que esa sentencia constitucional se refiere "a otro ámbito". De ella, lo que en realidad extrae la Sala de instancia es el matiz de un razonamiento que le sirve para delimitar el alcance que ha de atribuirse al hipotético consentimiento de los farmacéuticos no impugnantes. Lo relevante en este recurso de casación no es pues la invocación de aquella sentencia constitucional, sino lo que de su razonamiento extrae dicha Sala.

De ahí que el tercero de los motivos de casación, en los términos en que se formula, deba ser desestimado ya de entrada, reconduciéndolo o tratándolo como lo que en realidad es: un nuevo argumento en apoyo de lo que ya plantean los dos primeros, que lo es, ciertamente, la del alcance del consentimiento que se atribuye al resto de los farmacéuticos que concurrieron a aquel procedimiento de autorización y adjudicación de las nuevas oficinas de farmacia.

Tal desestimación viene avalada, además, porque lo esgrimible como motivo de casación no es el desacierto del juzgador al extraer de la doctrina constitucional una determinada regla jurídica, sino, tan solo, la infracción de los preceptos y principios constitucionales según la interpretación que de éstos haya alcanzado aquella doctrina. No siendo una infracción como esa la que en sí misma cabe ver denunciada en aquel motivo tercero.

**QUINTO.-** Aunque correctamente separados por el recurrente, procede el análisis conjunto de los dos primeros motivos de casación, pues la jurisprudencia cuya infracción denuncia el segundo es expresión del modo en que este Tribunal Supremo ha entendido aplicables los principios de seguridad jurídica y del acto consentido en procedimientos de adjudicación de oficinas de farmacia regidos por el de concurrencia competitiva (o por las prioridades y méritos a que ya se refería el *art. 4 del Real Decreto 909/1978* ), siendo aquellos los que precisamente denuncia como vulnerados el primero.

**SEXTO.-** Los farmacéuticos solicitantes que finalmente se aquietaron con las resoluciones administrativas dictadas en aquel procedimiento, consintieron que eran dos y no más las nuevas oficinas de farmacia que requería entonces aquella zona de salud. Y también que el orden de prelación de los que concurrían era en aquel tiempo el establecido en aquéllas. Pero no consintieron que ese orden se alterara u omitiera en la adjudicación de otra u otras que además de las dos autorizadas fueran ya necesarias por razón de la ratio o proporción oficinas/habitantes ordenada en el *art. 1.3 del Real Decreto-Ley 11/1996* .

Es más, el actor también consintió ese orden de prelación, al no cuestionarlo ni en el recurso administrativo ni en el jurisdiccional.

**SÉPTIMO.-** A partir de ahí, el pronunciamiento desestimatorio de la Sala de instancia que aquí se combate no vulnera la doctrina del acto consentido ni el principio de seguridad jurídica que le sirve de soporte o basamento.

Al negar la directa adjudicación de la tercera oficina de farmacia al actor y obligar así a una ulterior actuación administrativa que decida sobre ella, no da pie a la mera revisión en beneficio de los farmacéuticos no recurrentes de la misma e idéntica situación jurídica previamente aceptada por estos, sino, más bien, a un nuevo pronunciamiento sobre una situación novedosa y no idéntica: la que surge de modo obligado tras la autorización judicial de esa tercera oficina de farmacia. No hay entre los actos administrativos consentidos por aquellos otros farmacéuticos y el nuevo de adjudicación que ahora habrá de dictarse la plena identidad o ausencia de toda novedad tradicionalmente exigida por nuestra jurisprudencia (SSTS de 8 de junio de 1984, 22 de julio de 1985 o 14 de julio de 1986 , entre otras) cuando ha hecho aplicación de la causa de inadmisibilidad del recurso jurisdiccional hoy regulada en el *art. 28 de la Ley de la*

*Jurisdicción .*

A su vez, el principio de seguridad jurídica, autónomamente considerado, tampoco es vulnerado por aquel pronunciamiento desestimatorio, pues sólo desde una percepción errónea, o interesada, del alcance real del consentimiento prestado por los otros farmacéuticos, pudo inferir el actor que él y ningún otro tendría derecho a la adjudicación de esa tercera oficina de farmacia.

**OCTAVO.-** Desde otra perspectiva, los pronunciamientos de la sentencia de instancia y la consecuencia a la que conducen de que esa tercera farmacia, autorizada ya por ella, sea adjudicada aplicando el orden de prelación que ahora se establezca, no comporta rebasar ni infringir el ámbito subjetivo de sus efectos, pues el *art. 72.2 de la Ley de la Jurisdicción* no ciñe o limita a las partes del proceso los que derivan de la sentencia que anula un acto administrativo, sino que los extiende, literalmente, "para todas las personas afectadas".

**NOVENO.-** Ciertamente es que la jurisprudencia expresada en las sentencias que invoca el segundo motivo de casación puede ser leída en el sentido que ahí se hace, deduciendo de ella la consecuencia de que la tercera oficina de farmacia sólo podría ser adjudicada al recurrente o entre los recurrentes que impugnaron aquellos actos administrativos previos.

Pero aunque así sea, la precisión que ahora hacemos sobre el alcance real del consentimiento prestado por los farmacéuticos no impugnantes, más las concretas circunstancias del caso aquí enjuiciado, entre las que cobra relevancia la relativa al coetáneo establecimiento por esos mismos actos de un orden de prelación que aquellas sentencias no tuvieron necesidad de valorar, y a la posición o situación que en él ocupó el recurrente sin cuestionarlo en momento alguno, también ausente en ellas, llevan al Pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo a apartarse de aquella jurisprudencia, considerando que la decisión adoptada por la Sala de instancia es la que mejor se acomoda al ordenamiento jurídico y la única que satisface el principio de concurrencia competitiva rector del procedimiento de autorización y adjudicación de nuevas oficinas de farmacia.

**DÉCIMO.-** El amparo que esa anterior jurisprudencia podía prestar a la pretensión deducida por el recurrente en casación, puede y debe ser considerada como una circunstancia de aquéllas a las que se refiere el *art. 139.2, in fine, de la Ley de la Jurisdicción*; es decir, como una que justifica la no imposición de las costas causadas en este recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

**FALLAMOS**

**NO HA LUGAR** al recurso de casación que la representación procesal de D. Millán interpone contra la sentencia que con fecha 23 de octubre de 2006 dictó la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el recurso número 1305 de 1998. Sin que proceda hacer imposición de las costas causadas en él.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . D. Ramon Trillo Torres D. Mariano de Oro-Pulido y Lopez D. Ricardo Enriquez Sancho D. Pedro José Yagüe Gil D. Jesus Ernesto Peces Morate D. Jose Manuel Sieira Miguez D. Rafael Fernandez Montalvo D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Juan Jose Gonzalez Rivas D. Enrique Lecumberri Marti D. Manuel Campos Sanchez-Bordona D. Nicolas Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D. Santiago Martinez-Vares Garcia D. Eduardo Espin Templado D. Juan Gonzalo Martinez Mico D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Rafael Fernandez Valverde D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo D. Octavio Juan Herrero Pina **D. Emilio Frias Ponce D. Jose Diaz Delgado D. Eduardo Calvo Rojas** D. Manuel Martin Timon D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D. Angel Aguillo Aviles D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco D<sup>a</sup> Maria del Pilar Teso Gamella D. Juan Carlos Trillo Alonso **D. Jose Antonio Montero Fernandez D<sup>a</sup> Maria Isabel Perello Domenech** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, todo lo cual yo el Secretario, certifico.