

Id Cendoj: 28079130042009100654
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 4
 Nº de Recurso: 1644/2008
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
 Ponente: SEGUNDO MENENDEZ PEREZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Resumen: Decreto del Consello de la Xunta de Galicia núm. 244/2003, de 24 de abril, de "Homologación sanitaria de recetas oficiales para la prestación farmacéutica". Recurso de casación que no ofrece argumentos bastantes en ninguno de sus motivos. Carga procesal exigible a quien impugna una norma. Desestimación.

SENTENCIA

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

VISTO por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE INSPECTORES MÉDICOS E INSPECTORES FARMACÉUTICOS DE CARRERA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Matilde Rial Trueba, contra sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 22 de noviembre de 2007, sobre impugnación del *Decreto 244/2003, de 24 de abril de 2003, de Homologación Sanitaria de Recetas Oficiales* para la Prestación Farmacéutica.

Se han personado en este recurso, como partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA y el SERVICIO GALLEGO DE SALUD (SERGAS), representados por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillen.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 4791/2003 la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con fecha 22 de noviembre de 2007, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "**FALLAMOS** : Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ASOCIACIÓN PROFESIONAL INSPECTORES MEDICOS E INSPECTORES FARMACÉUTICOS GALICIA contra *Decreto 244/03, de 24-4-03, DE HOMOLOGACIÓN SANITARIA DE RECETAS OFICIALES PARA LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA* ; sin hacer especial mención en cuanto al pago de sus costas procesales".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia ha preparado recurso de casación la representación procesal de la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE INSPECTORES MÉDICOS E INSPECTORES FARMACÉUTICOS DE CARRERA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA, interponiéndolo en base a los siguientes Motivos de Casación:

Primero .- Al amparo de lo previsto en el *artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, por infracción de los principios de seguridad jurídica y de legalidad consagrados en el *artículo 9.3* de la Constitución.

Segundo .- Bajo el mismo amparo procesal, por infracción del *artículo 24 de la Ley del Gobierno número 50/1997, de 27 de noviembre*, en relación con el *artículo 11 de la Ley (Galicia) 9/1995, de 10 de noviembre*, por la que se crea el Consejo Consultivo de Galicia y el *artículo 2.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales*.

Tercero .- Bajo el mismo amparo procesal, por infracción de los *artículos 22.1, 94 y 95* y la *Disposición Adicional Séptima de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento* y su desarrollo reglamentario y actos de ejecución dictados por los órganos competentes de la Administración del Estado. Es decir, por infracción de normas de carácter básico dictadas por dicha Administración en las materias de productos farmacéuticos, de bases y coordinación general de la sanidad y de régimen económico de la Seguridad Social.

Cuarto .- Bajo el mismo amparo procesal que los anteriores, por infracción del *artículo 23 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo*, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Y termina suplicando a la Sala que "...se dicte una nueva resolviendo sobre las pretensiones contenidas en el suplico del escrito de la demanda antecedente".

TERCERO.- La representación procesal de la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA y el SERVICIO GALLEGO DE SALUD (SERGAS) se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en sus respectivos escritos a la Sala que "...dicte sentencia, desestimándolo y confirmando la Resolución judicial recurrida, con imposición de las costas a la parte recurrente".

CUARTO.- Mediante providencia de fecha 22 de octubre de 2009 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 9 de diciembre del mismo año, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de instancia desestima en su sentencia el recurso interpuesto por la "Asociación Profesional de Inspectores Médicos e Inspectores Farmacéuticos de Carrera de la Comunidad Autónoma de Galicia" contra el *Decreto del Consello de la Xunta de Galicia núm. 244/2003, de 24 de abril*, de "Homologación Sanitaria de Recetas Oficiales para la Prestación Farmacéutica".

SEGUNDO.- El primer motivo de casación, formulado al igual que los tres restantes al amparo del *art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción*, dice en su enunciado que denuncia la infracción de los principios de seguridad jurídica y de legalidad consagrados en el *art. 9.3* de la Constitución. Y argumenta en su desarrollo que la sentencia de instancia encuentra su única razón para desestimar la demanda en el *art. 22.1 del Decreto autonómico 45/2002*, pese a que este artículo ya había sido declarado nulo por una sentencia anterior de la misma Sala dictada en el recurso núm. 532/2002, lo cual supone, por la contradicción que lleva consigo, infringir aquellos principios.

Motivo que debemos desestimar.

Aquella sentencia anterior dictada en el recurso núm. 532/2002, de fecha 9 de abril de 2003, que devino firme tras la nuestra de 25 de febrero de 2009, lo que consideró contrario al ordenamiento jurídico fue, realmente, la dependencia funcional que aquel *Decreto 45/2002* establecía para la Inspección Farmacéutica, que pasaba a depender, en ese plano, no de la Consellería de Sanidad, y sí de un órgano superior, la División de Farmacia y Productos Sanitarios, de un organismo autónomo, el Servicio Gallego de Salud (SERGAS), que gestiona los centros o establecimientos objeto de inspección. Consideró, en suma, que rompía el principio de unidad de Inspectores Médicos y Farmacéuticos, dado que los primeros seguían dependiendo orgánica y funcionalmente de la Consellería. Y, además, que perjudicaba el de independencia, pues para los segundos, por mor de esa modificación introducida en su dependencia funcional, ponía "en manifiesto peligro" la independencia e imparcialidad que debe regir la labor inspectora.

En este sentido, aquella sentencia anterior no declaró en su fallo la nulidad de aquel *art. 22.1, sino, literalmente, la de los particulares del Decreto 45/2002* "que afectan a la dependencia funcional de la Inspección Farmacéutica respecto de la División de Farmacia y Productos Sanitarios del SERGAS". Declaró nulo por tanto, o así ha de entenderse, un *inciso de ese art. 22.1* referido a la inspección farmacéutica. Pero no enjuició, pues no se refiere a ello, otro, separado del anterior, que disponía que la División de Farmacia y Productos Sanitarios era "el órgano competente de la ejecución y desarrollo... del visado de recetas"; esto es, de la "homologación sanitaria de recetas", pues ésta es la nueva denominación que da a aquel visado el *Decreto 244/2003*, tal y como se lee en su Parte Expositiva.

No vemos, pues, la contradicción en que se sustenta aquel primer motivo de casación, que se limita a

afirmarla, pero sin ofrecer un mínimo análisis de aquella sentencia anterior del que resulte su justificación.

TERCERO.- El segundo motivo de casación denuncia en su enunciado la infracción, literalmente, "del artículo 24 de la Ley del Gobierno nº 50/1997, de 27 de noviembre, en relación con el artículo 11 de la Ley (Galicia) 9/1995, de 10 de noviembre, por la que se crea el Consejo Consultivo de Galicia y el artículo 2.2 de la Ley 2/74, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales". Y argumenta en su desarrollo que en el procedimiento de elaboración de aquel Decreto 244/2003 se incumplió el trámite de audiencia a los Colegios Oficiales de Médicos.

Siendo éste el vicio que se denuncia y siendo así que el motivo afirma que el Consejo Consultivo de Galicia sí emitió su dictamen, no alcanzamos a comprender la razón por la que se incluye aquel art. 11 entre los preceptos que se dicen infringidos.

Apartamos por tanto ese extremo. Y también aquél en el que el motivo trae de nuevo a colación la errónea percepción del alcance de la declaración de nulidad de aquella anterior sentencia respecto del repetido art. 22.1 del Decreto 45/2002.

En lo restante, los términos en que se formula el motivo nos obligan a su desestimación. En esencia, porque la Sala de instancia, en la sentencia aquí recurrida, en las tres que cita y en otra dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 4797/2003, ha interpretado el Decreto autonómico 244/2003, llegando a la conclusión que expresa a través de frases como las siguientes: su regulación no elimina la distinción entre prescripción del medicamento, atribuida al médico, y su dispensación, atribuida al farmacéutico; no supone una indebida intromisión en el juicio clínico estrictamente entendido; no supone una comprobación del cumplimiento de requisitos sustantivos con incidencia en el juicio clínico o diagnóstico; no supone asunción por el personal farmacéutico autorizado de valoraciones sobre el diagnóstico; o no supone intromisión alguna en el juicio clínico desde una perspectiva sustantiva. A partir de ahí, dado que es esa interpretación la que excluye la aplicación de aquellas normas estatales en el sentido pretendido, y dado que por referirse a una norma autonómica corresponde realizarla al Tribunal Superior de Justicia, pasaba a ser carga singular y acentuada de la recurrente la de combatirla seriamente, lo cual no hace en el motivo que nos ocupa. En éste se afirma que la regulación establecida afecta a la profesión médica, pero no vemos en él un razonamiento que analice los preceptos del Decreto para, desde ellos, llegar fundadamente a una conclusión distinta de la que alcanzó repetidamente la Sala de instancia. En concreto, no vemos que el Decreto impugnado se refiera, como requiere aquel art. 2.2 de la Ley 2/1974, a las condiciones generales de las funciones profesionales (de los médicos en este caso); ni que la homologación tienda propiamente, como dice el motivo, a mejorar la calidad de la prescripción, con un mejor control clínico- terapéutico y una selección adecuada de medicamentos; o que requiera un profundo conocimiento de las enfermedades. Siendo eso y nada más en realidad lo que se afirma en el motivo.

CUARTO.- El tercero denuncia la infracción de normas de carácter básico en materias de productos farmacéuticos, de bases y coordinación general de la sanidad y de régimen económico de la Seguridad Social, citando como tales los artículos 22.1, 94 y 95 y la Disposición adicional séptima de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, los Reales Decretos 767/1993 y 83/1993, y actos de ejecución dictados por la Administración del Estado. El argumento es, sin más, que la homologación no la realiza la Inspección de Servicios Sanitarios y sí, según establece el art. 5 de aquel Decreto 244/2003, el personal sanitario facultativo farmacéutico perteneciente a los centros asistenciales de atención primaria y a los servicios de farmacia de los centros de atención especializada; deduciendo de ahí la parte recurrente que dicho Decreto quiebra el sistema de garantías que entraña la dispensación de medicamentos reservada al Estado.

Tampoco podemos acoger el motivo.

El art. 22.1 de aquella Ley 25/1990 disponía que el Ministerio de Sanidad y Consumo, por razones sanitarias objetivas, podrá sujetar a reservas singulares la autorización de las especialidades farmacéuticas que así lo requieran por su naturaleza o características, así como las condiciones generales de prescripción y dispensación de las mismas o las específicas del Sistema Nacional de Salud. Precepto que sí respeta aquel Decreto 244/2003, pues su art. 2.1 dispone que "requieren homologación sanitaria de recetas, todos aquellos medicamentos, productos sanitarios y dietoterápicos complejos que el Ministerio de Sanidad y Consumo determine que precisen visado previo a su dispensación por las oficinas de farmacia".

Por la misma razón, tampoco vemos que dicho Decreto deje de respetar lo que dispuso el art. 94 de aquella Ley, pues éste se refería al procedimiento y criterios para determinar qué medicamentos y productos sanitarios habrían de financiarse, o no, con fondos de la Seguridad Social o fondos estatales

afectos a la sanidad, sometiendo su financiación pública al denominado sistema de precios de referencia. Ni que entre en contradicción con lo que dispuso el siguiente *art. 95*, pues en éste se reguló, para los financiados con cargo a esos fondos, el procedimiento, instrumento y criterios para determinar los supuestos en que la administración de medicamentos y productos sanitarios será gratuita, así como la participación en el pago a satisfacer por los enfermos por los medicamentos y productos sanitarios que les proporcione el Sistema Nacional de Salud.

Ni vulnera, por ende, aquella *Disposición adicional séptima, pues en ella se dispuso que el Gobierno por Real Decreto*, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, establecerá la forma, requisitos y condiciones de aplicación de los criterios contenidos en el *artículo 94* y determinará las exclusiones totales o parciales de los grupos, subgrupos, categorías o clases de medicamentos excluidos de la financiación con cargo a fondos de la Seguridad Social o fondos estatales afectos a la Sanidad.

Por lo que hace a aquellos Reales Decretos, nada hemos de decir aquí, pues la parte no identifica en su motivo qué preceptos de los mismos habrían dejado de ser respetados por la norma reglamentaria autonómica que impugna. Ni sobre aquellos actos de ejecución también invocados en el motivo, pues tampoco éste los identifica.

Al hilo de todo ello y para concluir nuestro razonamiento, deviene obligado recordar aquello que afirma con insistencia la doctrina *constitucional* (por ejemplo, en el *párrafo tercero del fundamento jurídico 4* de la STC 118/1998) y también nuestra jurisprudencia (así, en la sentencia de 17 de febrero de este año, dictada en el recurso núm. 82/2006): la impugnación de una norma debe hacerse aportando un análisis y una argumentación consistente. Cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los recurrentes no sólo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal en un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan. Es justo pues hablar de una carga del recurrente y, en los casos en que aquélla no se observe, de una falta de diligencia procesalmente exigible, que es la diligencia de ofrecer la fundamentación que razonablemente es de esperar.

Lo recordamos, porque el motivo no ofrece realmente una argumentación de la que podamos deducir que la designación que hace el *art. 5 del Decreto 244/2003* sobre el personal autorizado para la homologación conculque alguna norma básica. Falta la identificación precisa de una de este carácter que obligue a situar en el ámbito estricto de la Inspección de Servicios Sanitarios, de su organización administrativa, esa actividad de homologación o visado. Y falta también un razonamiento referido a la eventual contradicción o incompatibilidad entre la razón de ser de esa actividad y el sistema que sobre ella establece aquel Decreto.

QUINTO.- Por fin, la misma suerte ha de correr el último de los motivos de casación. De entrada, porque cita como infringido un *artículo, el 23, de una Ley, la 16/2003, de 28 de mayo*, posterior al Decreto impugnado. Además, porque termina afirmando que la sentencia recurrida no dedica ni una sola línea a lo que en él se argumenta, lo cual obligaba, para que ahora pudiéramos hacerlo, a la previa denuncia de ese hipotético vicio de incongruencia omisiva por el cauce del *art. 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción*. Y por último, porque no se nos explica ni vemos que trato desigual, en lo sustancial no en lo accesorio, surge realmente con aquel Decreto entre el sistema de homologación que establece y el de visado que pueda regir en otras Comunidades Autónomas. O en otras palabras, porque no vemos ni se nos explica en que se aparta ese sistema de aquello que pueda constituir un común denominador exigible como tal en todas ellas.

SEXTO.- La desestimación de todos los motivos de casación alegados comporta la declaración de no haber lugar al recurso interpuesto y la imposición de las costas procesales a la parte recurrente, según establece el *artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, si bien, como permite el apartado tercero* del mismo precepto, procede limitar su cuantía, por el concepto de honorarios de Abogado, a la cifra de dos mil euros por cada una de las dos partes comparecidas como recurridas, dada la coincidencia de sus escritos de oposición y el contenido de estos.

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 la "Asociación Profesional de Inspección de Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de Galicia", antes denominada "Asociación Profesional de Inspectores Médicos e Inspectores Farmacéuticos de Carrera de la Comunidad Autónoma de Galicia", interpone contra la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2007, dictada por la

Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso núm. 4791/2003 . Con imposición a la parte recurrente de las costas causadas, con el límite dispuesto en el fundamento de derecho sexto de esta sentencia.

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 . 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.