

Id Cendoj: 28079130042007100280
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 11299/2004
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: RICARDO ENRIQUEZ SANCHO
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x APERTURA (OFICINAS DE **FARMACIA**) x
- x DERECHO AUTONÓMICO x
- x INADMISIÓN (CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD) x
- x COSA JUZGADA x

Resumen:

Recurso de casación. Apertura de **Farmacia**. Farmacias de mínimos. Derecho autonómico. Efectos de la interpretación de los preceptos constitucionales efectuada por el Tribunal Constitucional.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Julio de dos mil siete.

Visto el recurso de casación, que ante Nos pende, interpuesto por Doña Flor representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Andrea de Dorremocha Guiot contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de **Navarra** de fecha 5 de noviembre de 2004, sobre apertura de oficina de **farmacia**, habiendo comparecido como parte recurrida la Comunidad Foral de **Navarra** representada por el Procurador de los Tribunales don José Manuel de Dorremocha Aramburu, y D^a Bárbara , representada por la Procuradora D^a Isabel Alfonso Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Resolución 635/2003, de 2 de mayo, el Director General de Salud de la Comunidad Foral de **Navarra** autorizó a Doña Bárbara a la apertura de una oficina de **farmacia** en la Calle de la Cruz, nº 51 de Artajona (**Navarra**).

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso por Doña Flor recurso de alzada, que fue desestimado por Acuerdo del Gobierno de **Navarra** de 29 de septiembre de 2003.

TERCERO.- Contra la anterior resolución se interpuso por Doña Flor recurso contencioso administrativo que fue tramitado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra con el número 1149/2003 y recayó sentencia de fecha 5 de noviembre de 2004 , que desestimó el recurso interpuesto.

CUARTO.- Frente a la anterior sentencia se ha interpuesto el presente recurso de casación en el que, una vez admitido y tramitado conforme a las prescripciones legales, se ha señalado para la votación y fallo el día 3 de julio de 2007, fecha en la que se ha llevado a cabo el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho, Presidente de la Sección

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Flor interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de fecha 5 de noviembre de 2004 , que

desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por ella contra el Acuerdo del Gobierno de **Navarra** de 29 de septiembre de 2003, desestimatorio del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución 635/2003, de 2 de mayo, por la que el Director General de Salud de la Comunidad Foral de **Navarra** autorizó a D^a Bárbara a la apertura de una oficina de **farmacia** en la Calle de la Cruz, nº 51 de Artajona (**Navarra**).

SEGUNDO.- Por el cauce del *artículo 88.1.d) de la Ley Reguladora* de esta Jurisdicción (LJ) alega la parte recurrente la conculcación de la legislación básica del Estado en materia de **planificación** farmacéutica, constituida a estos efectos por el *art. 2, apartados 1, 2, 3 y 4 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de los Servicios de las Oficinas de Farmacia* y, consecuentemente, del orden constitucional de distribución de competencias derivado de los *arts. 149.1.16^a y 1^a de la C.E. y 53.1 de la LORAFNA*.

Lo subdivide en un primero a) que denomina infracción de la legislación básica del Estado en materia de **planificación** farmacéutica. Aquí tras citar la Ley Foral 12/2000 y sus *arts. 24.3, 26 y 27 acude a la Ley estatal 16/97* y su *art. 2* . así como su *Disposición final 1^a* para insistir en el modelo de **planificación** farmacéutica allí previsto y en el carácter básico de los *apartados 3, 4 del precitado art. 2* aunque no venga así atribuido por la norma. Concluye en la inconstitucionalidad de los ya mencionados artículos de la Ley foral.

Y en un primero b) con referencia explícita al Auto del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 2004 , cuya argumentación sigue la sentencia de instancia para desestimar el recurso. Arguye que el Auto de 24 de febrero de 2004, del Tribunal Constitucional se desvía de la doctrina reiterada del citado Tribunal sobre los supuestos en que en rigor procede declarar la inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad por notoria falta de fundamento. Aduce que el Auto de 24 de febrero de 2004 no despeja realmente las dudas de inconstitucionalidad planteadas que es una sola decisión y no fue notificado a las partes del proceso en que se dictó la sentencia. Imputa al interprete constitucional un error de análisis así como falta de resolución de la cuestión.

Este motivo de casación ha de ser desestimado. Resulta oportuno reproducir lo vertido en el fundamento de derecho TERCERO de nuestra sentencia de 24 de abril de 2007, donde citábamos las de 3 de febrero de 2006 , recurso de casación 5611/2003 y de 5 de julio de 2005, dictada en el recurso de casación 3905/2003 frente a sentencia desestimatoria del Tribunal Superior de Justicia de **Navarra** contra Resolución del Director General de la Salud del Gobierno de **Navarra** por la que ordenaba el archivo de las solicitudes de apertura de **farmacia** efectuadas con anterioridad al fin del proceso de cobertura de **farmacia** de mínimos convocada por Orden Foral 335/2000. Se declaró en aquellas resoluciones que "la competencia para aplicar e interpretar las normas de las Comunidades Autónomas corresponde en exclusiva a los Tribunales Superiores de Justicia".

Se insistía en que "si bien el Tribunal Supremo, por mandato constitucional, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías jurisdiccionales (*art. 123 CE*) aquel debe ser integrado con el hecho de que los Tribunales Superiores de Justicia culminaran en cada Comunidad Autónoma (*art. 152.1,2 y art. 70 LOPJ*) la organización judicial lo que ha conducido a la introducción del recurso de casación autonómico (*art. 99 LJCA*) fundado en infracción de normas de la Comunidad Autónoma de que se trate.

Lo anterior nos conduce a constatar que es cierto lo afirmado por la parte recurrida al poner de relieve las interpretaciones llevadas a cabo por el Tribunal Superior de Justicia de **Navarra** en su marco competencial , cuya alusión se pretende mediante una genérica invocación de principios generales. Apoya su argumentación en una amplia panoplia de sentencia en la que la última de las invocadas, la de 5 de julio de 2004 ,menciona otras muchas anteriores dictadas en el año 2003 cuyos criterios, hemos constatado se reiteran en fecha reciente, como la sentencia del citado Tribunal de 2 de junio de 2005, recurso 375/2004 . Es incontrovertible para la Sala del Tribunal Superior de Justicia de **Navarra** que "el requisito sustancial para entender satisfecha las exigencias de mínimos es la autorización y no la apertura y puesta en funcionamiento material de la **farmacia**".

Asimismo resulta oportuno reseñar el fundamento de derecho duodécimo de la sentencia pronunciada el 16 de noviembre de 2005 en el recurso de casación 4470/2003 en que tras destacar que este Tribunal en su sentencia de 19 de mayo de 2005, recurso de casación 2501/2003 ya contempló la cuestión de las farmacias de mínimos adiciona que "Y a mayor abundamiento el Tribunal Constitucional mediante auto 62/2004, de 24 de febrero inadmitió la cuestión de constitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de **Navarra** respecto de los *artículos 24.3, 26 y 27 de la Ley Foral* , por lo que la cuestión de las llamada farmacias de mínimos ya ha sido objeto también de tratamiento constitucional que

no ha apreciado, en principio, vulneración por parte de los preceptos cuestionados de las normas básicas contenidas en el *art. 2 de la Ley 16/1997, de 25 de abril*, de regulación de los servicios de las oficinas de **farmacia**. Recordemos que el Tribunal Constitucional afirma que "resulta acorde con la normativa básica que la Ley foral **navarra**, una vez garantizada la prestación farmacéutica mínima para todo su territorio, permita su optimización complementando el número mínimo de oficinas de **farmacia** ..." Todo ello tras sentar que los módulos de población y distancias establecidas en la *Ley 16/97* cumplen un cometido meramente instrumental por cuanto la norma básica atiende a que las necesidades farmacéuticas se satisfagan por las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus propias características."

Concluimos este punto mencionando que en la sentencia de 4 de abril de 2006 dictada en el recurso de casación 7924 /2003 también se tiene en cuenta, para rechazar una imputada incongruencia, que la Sala de **Navarra** ha afirmado que "basta con la autorización de las farmacias de mínimos para que se pueda solicitar por quienes estén interesados en ello la autorización, cumpliendo los requisitos establecidos, sin que sea preciso que se hayan efectivamente abierto aquellas farmacias de mínimos".

De lo vertido en las resoluciones mencionadas se concluye inequívocamente que el Tribunal Constitucional inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad en relación con los *arts. 24.3, 26 y 27 de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre* de atención farmacéutica mediante ATC 62/2004, de 24 de febrero cuyos criterios fueron reproducidos en el posterior ATC 276/2004, de 13 de julio resolviendo idéntica cuestión.

Reprocha el recurrente al Tribunal Constitucional que en el precitado ATC 62/2004, de 24 de febrero se ha desviado de su anterior doctrina sobre el concepto de "cuestión notoriamente infundada" así como que se mueve en un plano absolutamente teórico pero sin motivar por qué la legislación foral responde a ese teórico posible. Insiste en que el Tribunal Constitucional ha cometido un error de análisis, de lectura y de integración que no puede permitir, al socaire de un auto de inadmisión dejar resuelta la cuestión.

Sin embargo nada puede pretender ante este órgano jurisdiccional al respecto. Discrepa de la constitucionalidad de determinados preceptos de una Ley mas olvida que la función de declarar si una Ley, estatal o autonómica, es incompatible con la Constitución corresponde en exclusiva al citado Tribunal Constitucional. Obviamente cuando su promulgación ha sido posterior a la entrada en vigor de la Constitución, por cuanto respecto a las anteriores la inaplicación de preceptos contrarios puede ser realizado por la jurisdicción ordinaria. Y, es a ésta última, en concreto al orden contencioso administrativo, a la que incumbe el control de legalidad de las normas inferiores a la Ley.

Debe recordarse que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, *art. 1 LO 2/1979, de 3 de octubre, Ley Orgánica* del Tribunal Constitucional, LOTC así como el órgano que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad contra Leyes.

Es asimismo necesario subrayar que el *art. 38 de la LOTC* establece que "las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación el Boletín Oficial del Estado". Añade su segundo párrafo que "las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundados en la misma infracción de idéntico *precepto constitucional*". Y *finalmente el párrafo tercero* del citado *artículo 38* dispone en su inciso final que "El Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas".

Significa, por tanto, que ante la existencia de dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la inadmisión a trámite de la cuestión nos encontramos frente a la situación de "cosa juzgada" respecto a los tres artículos citados.

No cabe oponer la falta de notificación a las partes concernidas del ATC 62/2004, de 24 de febrero, no solo por tratarse de una cuestión huérfana de prueba, sino esencialmente por ser ajena al motivo casacional. Y, a mayor abundamiento, no existe duda alguna acerca de su publicación (se encuentra en la web del Tribunal Constitucional que pone los documentos a disposición del público por medios electrónicos siguiendo el principio general contenido en el *art. 3 de la Directiva 2003/98 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de noviembre de 2003* relativa a la reutilización de la información del sector público).

Tampoco es óbice que se trate de dos autos, y no de sentencias, pues, a tenor del *art. 5.1 LOPJ* la interpretación de los preceptos constitucionales efectuada por el Tribunal Constitucional, en todo tipo de procesos, es vinculante para todos los jueces y tribunales. Y en tal sentido el inicial auto es taxativo al

destacar que "los módulos de población y distancias recogidas en el *art. 2.3 y 2 de la Ley 16/1997*, amén de no tener alcance de normativa básica, cumplen un cometido meramente instrumental, y solo sirven como mera referencia para que las Comunidades Autónomas establezcan sus propios módulos de población y distancias" y concluir que "la norma básica atiende a que las necesidades farmacéuticas se satisfagan por las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus propias características".

La argumentación expresada conduce inequívocamente al rechazo de los dos apartados que constituyen el primer motivo.

TERCERO.- Al amparo del *art. 88.1.d) de la LJCA*, articula dos motivos de casación, por quebranto del *art. 53.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre* Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, LRJAPAC. Aquí se expone el recurrente frente a la interpretación de la Sala de las normas forales que entiende absurda e ilógica, Cita también como vulnerados el *art. 3.1 del Código civil* y *art. 57 de la Ley 30/1992* así como el *9.3* de la Constitución. Y cita en relación con dichos preceptos las normas forales aludidas.

Estos motivos de casación también deben ser desestimados. Si bien se utiliza con carácter instrumental el *art. 3.1. del Código Civil en relación con el 53.2* de la LRJAPAC, así como el *art. 57 de la LRJAPAC*, y el *art. 9.3* de la Constitución, en realidad se discute la interpretación efectuada por la Sala de instancia respecto a la hermenéutica de los tantas veces citados *arts. 26 y 27* de la Foral de Atención Farmacéutica. Toda la argumentación de los motivos gira alrededor de los mencionados *preceptos de la citada Ley Foral 12/2000* sobre las llamadas farmacias de mínimos y por tanto respecto a norma autonómica.

CUARTO.- Procede hacer expresa imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el *art. 139.3 LJCA* y teniendo en cuenta la entidad del proceso y la dificultad del mismo, señala en 3.000 euros la cifra máxima por honorarios del Letrado a abonar por mitad a cada una de las partes recurridas, sin perjuicio de la posible reclamación, en su caso, del cliente de la cantidad que se estime procedente.

FALLAMOS

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D^a Flor contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 5 de noviembre de 2004, condenando a la parte recurrente al pago de las costas causadas, con el límite expresado en el Fundamento Jurídico Cuarto de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho, Magistrado Ponente en estos autos; de lo que como Secretaria, certifico.