

Roj: STS 2452/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2452
Id Cendoj: 28079130042016100189
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 3289/2014
Nº de Resolución: 1286/2016
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: ANGEL RAMON AROZAMENA LASO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En Madrid, a 2 de junio de 2016

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. **3289/2014**, interpuesto por la **COMUNIDAD DE MADRID**, representada por el Letrado de su Servicio Jurídico, contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 2 de septiembre de 2014, dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 999/2013, a instancia de D^a Adolfina, sobre guardias en oficinas de farmacia. Han sido partes recurridas D^a Adolfina, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Agueda María Meseguer Guillén y el **COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE MADRID** representado por la Procuradora de los Tribunales D^a María Isabel Sanjuán de Coca.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo núm. 999/2013 seguido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 2 de septiembre de 2014, se dictó sentencia núm. 551/2014, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *"FALLO: Que estimando el recurso administrativo interpuesto por la representación de doña Adolfina contra resoluciones a que se ha hecho referencia en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, debemos declarar no ajustadas a derecho las resoluciones que se impugnan, y en consecuencia declaramos nulos el cambio en los turnos de guardias de 24 horas introducido por el Acuerdo de 2-11-10 de la Junta de Gobierno del Colegio de Farmacéuticos de Madrid, así como de las modificaciones posteriores en los citados turnos de guardia y expresamente declaramos: 1.- Que corresponde a la Consejería de Sanidad la competencia originaria para organizar, fiscalizar y aprobar los servicios de guardia de 24 horas de las farmacias. 2.- Que la farmacia de Navalafuente debe ser incluida, a efectos de guardias, en la zona de Bustarviejo. 3.- Que la Consejería de Sanidad ha incurrido en dejadez de funciones y competencia Se condena al pago de las costas a las partes recurridas en concepto de costas en esta instancia en cuantía de 500 euros a cada una de ellas, con devolución de las tasas a la parte recurrente"*.

SEGUNDO.- El Letrado de la Comunidad de Madrid, presentó con fecha 26 de septiembre de 2014 escrito de preparación del recurso de casación.

El Secretario Judicial de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid acordó por diligencia de ordenación de fecha 26 de septiembre de 2014 tener por preparado el recurso de casación, remitir los autos jurisdiccionales de instancia y el expediente administrativo a la Sala Tercera del **Tribunal Supremo** y emplazar a las partes interesadas ante dicha Sala Tercera.

TERCERO.- La parte recurrente, presentó con fecha 18 de noviembre de 2014 escrito de formalización e interposición del recurso de casación, en el que solicitó se dicte sentencia por la que se case la sentencia recurrida y resuelva el presente recurso dictando una nueva sentencia revocatoria de la misma.

CUARTO.- D^a Adolfina representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Agueda María Meseguer Guillén y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid representado por la Procuradora de los Tribunales D^a María Isabel Sanjuan de Coca, comparecieron y se personaron como partes recurridas.

QUINTO.- La Sala Tercera -Sección Primera- acordó, por auto de fecha 15 de enero de 2015 , no acceder a la solicitud de inadmisión del recurso formulada por la recurrida, D^{ña}. Adolfina , al tiempo de su personación, que invocaba razones ajenas a las establecidas en el artículo 93.2.a) de la LJCA , únicas que conforme a lo que resulta del artículo 90.3 de la indicada ley pueden oponerse en dicho trámite; y declara la admisión del recurso de casación interpuesto por la Letrada de la Comunidad de Madrid, en la representación que legalmente ostenta, contra la reseñada sentencia núm. 551/2014, de 2 de septiembre de 2014, y, para su sustanciación, remite las actuaciones a la **Sección Cuarta** de esta Sala de conformidad con las normas sobre reparto de asuntos.

SEXTO.- Dado traslado del escrito de formalización e interposición del recurso de casación, a la representación de D^a Adolfina , parte recurrida, presentó en fecha 7 de abril de 2015 escrito de oposición al recurso, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala previos los trámites desestime el recurso y deniegue la casación con los pronunciamientos que en derecho procedan.

SÉPTIMO.- Dado traslado del escrito de formalización e interposición del recurso de casación, a la representación del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, presentó en fecha 7 de abril de 2015 escrito en el que se adhiere a los motivos del recurso de la Comunidad de Madrid.

OCTAVO.- Terminada la sustanciación del recurso, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 24 de mayo de 2016, fecha en la que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D^a Adolfina contra la Resolución, de 3 de abril de 2013, de la Viceconsejería de Ordenación Sanitaria e Infraestructuras, dependiente de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, mediante la que se inadmite el recurso de alzada formulado frente a la Resolución, de 2 de octubre de 2012, de la Subdirección General de Ordenación, adscrita a la Dirección General de Ordenación e Inspección, por la que se contesta a la solicitud de anulación del Acuerdo, de 2 de noviembre de 2010, de la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, por la que se establece que la oficina de farmacia ubicada en el municipio de Navalafuente (Madrid) preste servicio de guardia de 24 horas cuando le corresponda, conforme a los turnos rotatorios establecidos para la Zona de La Cabrera- Torrelaguna, con efectos para el año 2011.

Destaquemos algunos datos y hechos recogidos en la sentencia (fundamento de derecho segundo):

"(...) Pese a lo que dicen las cartas de 8-3-11 y 13-4-11-del Colegio de Farmacéuticos sobre organización del servicio de guardia-, la farmacia de la recurrente sigue realizando las guardias, unas veces incluida en la zona de La Cabrera-Torrelaguna, y otras en la zona de Buitrago-Rascafría, pero nunca en la zona de Soto del Real donde estaba antes del cambio, ni tampoco en la zona de Bustarviejo, que es la que le corresponde según el Decreto 115/1997. (...)

El 4-11-11 la Dirección General de Ordenación remite contestación fechada el 27-10-11, que figura en folio 2 del expediente, diciendo que "no compete a esta Dirección General resolver los recursos sobre actos de los órganos colegiales", que "la organización de los turnos de guardia corresponde al COF" según el Decreto 239/2001, y que remite copia del escrito al COF. (...)

Al no tener contestación a las solicitudes de 26 y 27-7-12, el 27-9-12 se reiteró la solicitud ante la Consejería de Sanidad (Folio 4) y el 10-10-12 se notificó la resolución de 2-10-12 que figura en folio 7, que viene a decir que la organización de los servicios de guardia no han variado desde el Decreto 259/2001 de 15 de noviembre, que el Colegio de Farmacéuticos goza de personalidad jurídica y que se ha remitido copia del escrito al citado Colegio. El oficio de remisión figura en folio 10, la entrada en COF se produjo el 15-10-12 según acuse de recibo del folio 12, y carta del folio 13.

A los pocos días recibió Resolución de la Comisión de Recursos del Colegio de Farmacéuticos de 8-10-12, obrante en folios 24 a 27 del expediente, que refiere Acuerdo de 19-9-12 de la Comisión de Recursos, acordando "*desestimar por extemporáneo el recurso presentado contra Acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 2-11-10 por el que se acordó la organización de los turnos de guardia para 2011, en los términos establecidos en los arts. 6 y 7 del Decreto 259/2001, de 15 de noviembre*".

No figura cual es el recurso desestimado, suponemos que el presentado el 18-7-11 ante la Dirección General de Ordenación Farmacéutica (que la Dirección General había remitido al COF el 4-11-11, nueve meses antes, según folio 3)".

La sentencia declara que el acto recurrido es impugnabile, al no tener la consideración de acto de trámite. Señala que la competencia para el establecimiento de los turnos de guardia para las oficinas de farmacia compete al Colegio Oficial de Farmacéuticos, pero respetando las zonas farmacéuticas previstas por el Decreto 115/1997, de 18 de septiembre. Y, conforme al Decreto 259/2001, de 15 de noviembre, si bien es cierto que el Colegio organiza las guardias, no lo es menos que lo hace bajo la supervisión de la Consejería, por lo que la actuación de la Dirección General de Inspección y Ordenación incurre en dejación de funciones. Considera que la inclusión en la Zona de la Cabrera-Torrelaguna no tiene justificación alguna, ya que Navalafuente se incluye en el Decreto 115/1997 en la de Bustarviejo, por lo que la inclusión de la oficina de farmacia en una zona diferente infringe la distribución efectuada por dicho Reglamento, dictado en desarrollo de la Ley autonómica 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid, sin que se haya procedido en vía administrativa a su modificación.

Acuerda en su parte dispositiva estimar el recurso interpuesto por D^a Adolfinia contra las reseñadas resoluciones y declara no ajustadas a derecho las mismas, y en consecuencia declara nulo el cambio en los turnos de guardias de 24 horas introducido por el Acuerdo de 2 de noviembre de 2010 de la Junta de Gobierno del Colegio de Farmacéuticos de Madrid, así como de las modificaciones posteriores en los citados turnos de guardia y expresamente declara: 1) Corresponde a la Consejería de Sanidad la competencia originaria para organizar, fiscalizar y aprobar los servicios de guardia de 24 horas de las farmacias. 2) La farmacia de Navalafuente debe ser incluida, a efectos de guardias, en la zona de Bustarviejo. 3) La Consejería de Sanidad ha incurrido en dejadez de funciones y competencia.

SEGUNDO.- La Administración recurrente invoca dos motivos de casación:

Primero: al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA por incongruencia omisiva, con vulneración del artículo 67 de la LJCA en relación con el derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la CE , al no resolver sobre las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso.

La sentencia, a su juicio, no se pronuncia sobre una de las pretensiones ejercitadas por parte de la Comunidad de Madrid, cual es la relativa a la competencia que la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, en conexión con los artículos 90 y 92 del Estatuto del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, otorga a los propios Colegios Profesionales para resolver los recursos corporativos interpuestos frente a los actos emanados de sus órganos. Sostiene que de tales preceptos se desprende la incompetencia de la Administración de la Comunidad de Madrid para entrar a resolver de un recurso interpuesto frente a un Acuerdo dictado por la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, pues ello supondría interferir en el ejercicio de las competencias propias del Colegio.

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA por vulneración del artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre .

Viene a decir que la comunicación no es un acto administrativo impugnabile de conformidad con los criterios del artículo 107.1 de la Ley 30/1992 , al limitarse simplemente a declarar la incompetencia de la Administración para conocer del recurso interpuesto, y sin que tal acto contenga ningún pronunciamiento sobre el fondo del asunto, esto es, la conformidad a derecho de la organización de los turnos de guardia establecida en el Acuerdo de 2 de noviembre de 2010 para el año 2011.

TERCERO.- A continuación examinamos el primer motivo de recurso formulado al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA por incongruencia de la sentencia.

Como recuerda esta Sala en sentencia de 30 de octubre de 2014 -recurso de casación núm. 421/2014 -, para resolver el motivo resulta oportuno subrayar que el Tribunal Constitucional ha dicho que la incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones (STC 36/2006, de 13 de febrero).

La citada doctrina distingue entre lo que son meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (STC 189/2001, de 24 de septiembre). Son sólo estas últimas las que exigen una respuesta congruente ya que no es preciso una respuesta explícita y pormenorizada de todas las cuestiones planteadas no sustanciales (STC 51/2010, de 4 de octubre , FJ 3º), salvo que estemos ante una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes (STC 24/2010, de 27 de abril , FJ 4º) en que no cabría la respuesta conjunta y global. E insiste en que es una categoría

legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar al citado máximo intérprete constitucional (STC 8/2004, de 9 de febrero). Cabe, además, una respuesta de forma tácita o implícita obtenida del conjunto de razonamientos (STC 29/2008, de 20 de febrero). No cabe un desajuste entre el fallo y las pretensiones de las partes que contravenga los razonamientos expuestos para decidir (STC 114/2003, de 16 de junio). Si se desatiende un aspecto con posible incidencia en el fallo puede darse lugar a una denegación de justicia (STC 24/2010, de 27 de abril , FJ4).

Constatamos que no es necesaria una correlación literal entre el desarrollo argumentativo de los escritos de demanda y de contestación y el de los fundamentos jurídicos de la sentencia. Y nos remitimos a, entre otras, la citada sentencia de 30 de octubre de 2014 que expone la doctrina de esta Sala sobre el vicio de incongruencia; y, en el mismo sentido, sentencia de 29 de diciembre de 2015 -recurso de casación núm. 1153/2014 -.

A la vista de las anteriores consideraciones, es lo cierto que la sentencia objeto de recurso se pronuncia de manera suficiente y explícita sobre la pretensión planteada por la parte recurrente y resuelve en función de los alegatos expuestos por las partes en la instancia.

La cuestión versa sobre el sistema de guardias de las oficinas de farmacia y, en concreto, sobre los reiterados escritos y recursos planteados por la reseñada farmacéutica, Sra. Adolfinia , dirigidos al Colegio de Farmacéuticos de Madrid, al Servicio de Ordenación Farmacéutica y a distintos organismos de la Consejería de Sanidad que aparecen exhaustivamente reseñados en la sentencia recurrida y, en relación con los mismos, a los acuerdos adoptados por la Viceconsejera de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, de 3 de abril de 2013 y la comunicación de 2 de octubre de 2012 de la Subdirección General de Ordenación Sanitaria; así como la resolución de 19 de septiembre de 2012 del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid que procedió a examinar el recurso interpuesto por D^a Adolfinia , contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 2 de noviembre de 2010, por el que se acordó la organización de los turnos de guardia para el año 2011, en los términos establecidos en los artículos 6 y 7 del Decreto 259/2001, de 15 de noviembre , resolviendo desestimar el mismo por extemporáneo. Contra dicha resolución se le indica a la interesada la posibilidad de recurrir la misma ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La cuestión examinada por la Sala "a quo" -establecimiento del servicio de guardia de 24 horas- está sujeta a la normativa autonómica y, por ello excluida del recurso de casación.

En lo que ahora se refiere, la cuestión sometida a nuestra consideración, aparece expresamente resuelta en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida -al que nos remitimos en su integridad-, que examina la competencia de la Consejería de Sanidad para el establecimiento del turno de guardias para las oficinas de farmacia y el papel que desempeña en la organización de los turnos el Colegio Oficial de Farmacéuticos.

El motivo de casación no puede ser acogido. Como se sigue de los fundamentos de derecho primero (resoluciones impugnadas), segundo (exhaustivo relato de los antecedentes de este asunto), tercero (turnos de guardia), cuarto (naturaleza del acto recurrido), quinto (competencia de la Consejería de Sanidad), y sexto a décimo (sobre la normativa aplicable en la regulación de los correspondientes horarios y servicios de guardia y vacaciones, de ámbito estrictamente autonómico), los jueces "a quo" no solo abordan expresamente la pretensión actora y la oposición de la demandada, sino que justifican la razón por la que estiman el recurso a la vista de las resoluciones adoptadas por la Consejería de Sanidad y por el Colegio Oficial de Farmacéuticos y sus respectivas competencias. Y se pronuncian expresamente en el propio fallo de la sentencia.

Es legítima, obvio es decirlo, la discrepancia de la parte recurrente con el razonamiento expresado por la Sala de instancia en dichos fundamentos jurídicos. Pero, desde luego, no puede imputarse a la resolución recurrida en casación que haya guardado silencio sobre la pretensión ejercitada y la oposición formulada.

La Sala contesta a los argumentos esgrimidos por la Administración demandada, exponiendo con detalle los antecedentes de este asunto, la normativa aplicable, sus modificaciones y su interpretación.

La lectura de la sentencia de la cual se pretende su casación permite deducir el juicio valorativo de la Sala de Madrid para llegar a su fallo y contiene la necesaria y suficiente motivación y además, en todo caso, es clara la decisión contenida en su parte dispositiva, estimado el recurso y anulando las resoluciones impugnadas.

No hay incongruencia sino un rechazo de las pretensiones, en este caso de la parte recurrida y que consta suficientemente motivado -basta remitirnos a la sentencia impugnada- aunque la Administración

recurrente pueda no compartir los argumentos del Tribunal "a quo". Y, en consecuencia, procede rechazar este primer motivo.

CUARTO.- Si pasamos a examinar el segundo motivo de casación por vulneración del artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cabe recordar que los recursos administrativos son admisibles contra las resoluciones o actos de trámite que señala el artículo 107 de la Ley 30/1992, que es la norma que presta cobertura a la inadmisión de la alzada cuestionada en el recurso contencioso administrativo.

La inadmisión de un recurso administrativo es un acto impugnabile ante esta jurisdicción. Hay que pasar a analizar la legalidad de dicha inadmisión del recurso de alzada.

El objeto de recurso es la Resolución de 3 de abril de 2013 de la Viceconsejería de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, que inadmite el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución, de 2 de octubre de 2012, de la Subdirección General de Ordenación, adscrita a la Dirección General de Ordenación e Inspección, por la que se contesta a la solicitud de anulación del Acuerdo, de 2 de noviembre de 2010, de la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, por la que se establece que la oficina de farmacia ubicada en el municipio de Navalafuente (Madrid) preste servicio de guardia de 24 horas cuando le corresponda, conforme a los turnos rotatorios establecidos para la Zona de La Cabrera-Torrelaguna, con efectos para el año 2011.

La sentencia transcribe el contenido literal de la Resolución originaria y sigue: "Contra la anterior comunicación interpuso recurso la demandante, que ha sido *calificado por la Administración como de alzada*, recurso inadmitido por la Secretaría General Técnica por resolución de 3 de abril de 2013, *que es la que se impugna en este proceso, (...)*".

Sigue diciendo la sentencia que "La representación de la Comunidad de Madrid solicita la confirmación de la Resolución recurrida, aduciendo que no pueden recurrirse en vía judicial *actos de mera comunicación o información sin carácter resolutorio alguno*; que la pretensión de la recurrente es *competencia exclusiva del COF, no pudiendo interferir la Comunidad en cuestiones propias y exclusivas del Colegio*".

Cuestión resuelta en el fundamento cuarto cuando dice la sentencia: "*No es un acto de trámite. Lo que ocurre es que, en lugar de resolver la cuestión planteada, se dice que la Consejería no es competente. Se puede recurrir contra esta decisión porque el órgano sí es competente y el acto pone fin al procedimiento porque impide continuarlo*".

En el fundamento de derecho quinto, la sentencia analiza las normas que establecen la competencia discutida, completado con los fundamentos sexto a décimo que exponen y aplican la normativa autonómica sobre horarios y guardias de las oficinas de farmacias en la Comunidad de Madrid.

Por tanto, establecida sin lugar a dudas la competencia y, en palabras de la sentencia, *calificado por la Administración como de alzada* el recurso inadmitido, volver a plantear la cuestión en vía casacional supone ir contra los propios actos.

La interesada ha agotado la vía administrativa previa, presentando varias solicitudes, escritos y recursos ante la Consejería de Sanidad y el Colegio Oficial de Farmacéuticos, quedando expedita la vía de acceso a esta jurisdicción a la vista de las reseñadas respuestas de aquellas entidades. No puede considerarse un acto de trámite cuando ha agotado la vía administrativa, por un lado al declararse incompetente la Consejería de Sanidad y, por otro lado, el Colegio Oficial de Farmacéuticos al declarar extemporáneo el recurso contra el acuerdo organizando los turnos de guardia.

QUINTO.- Finalmente, reiterar que la cuestión de fondo, detalladamente examinada en la sentencia recurrida, responde claramente a la interpretación y aplicación de la normativa autonómica sobre el "*servicio de guardia de 24 horas*" de las oficinas de farmacia, regulado en la Comunidad de Madrid por Decreto 259/2001, de 15 de noviembre y las denominadas "zonas farmacéuticas", establecidas en el Decreto 115/1997, de 18 de septiembre, labor que corresponde a la Sala del Tribunal Superior de Justicia y que tiene vedado su acceso a esta sede casacional.

SEXTO.- Al declararse no haber lugar al recurso de casación, procede imponer a la parte recurrente las costas procesales del recurso de casación (artículo 139.2 de la LJCA).

Al amparo de la facultad prevista en el artículo 139.3 de la citada Ley, se determina que el importe de las costas procesales, por todos los conceptos, no podrá rebasar la cantidad de 4.000 euros, sin que haya lugar a cantidad alguna para el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, que, en definitiva, ha venido a adherirse al recurso de casación de la Comunidad de Madrid, sin formular estrictamente escrito de oposición.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la **COMUNIDAD DE MADRID** contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 2 de septiembre de 2014, dictada en el recurso núm. 999/2013 , sobre guardias en oficinas de farmacia. Con imposición de las costas a la parte recurrente, con el límite que fijamos en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

Segundo Menendez Perez Maria del Pilar Teso Gamella Jose Luis Requero Ibañez Jesus Cudero Blas Angel Ramon Arozamena Laso Rafael Toledano Cantero **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ