

Roj: STS 2702/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2702
Id Cendoj: 28079130042015100211
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 2831/2013
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Junio de dos mil quince.

Visto por la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo el recurso de casación nº 2831/2013 interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Sanchez Puelles, en nombre y representación de la **Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles** (FEFE), contra la Sentencia de 27 de mayo de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso contencioso-administrativo nº 642/2013 , sobre fijación de precio de medicamentos.

Ha sido parte recurrida el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Madrid se ha seguido el recurso contencioso administrativo nº 642/2013 , interpuesto contra la Resolución del Secretario General de Sanidad, de 15 de abril de 2011, que inadmite el recurso de alzada interpuesto contra las cartas instrucciones dirigidas por el Director General de Farmacia y Productos Sanitarios, con fecha 14 y 18 de junio y 14 de julio de 2010, a los Presidentes de Farmaindustria, del Consejo General de Colegios Oficiales de **Farmacéuticos** y de la **Federación** Española de Distribución Farmacéutica.

SEGUNDO.- La sentencia dictada en el citado recurso, y ahora impugnada, acuerda en el fallo lo siguiente:

*<<Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS parcialmente el Recurso Contencioso-Administrativo nº 642/2013, promovido por promovido (sic) por el Procurador de los Tribunales, D. Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación de **FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE FARMACEUTICOS ESPAÑOLES** (FEFE), contra Resolución del Secretario General de Sanidad de fecha 15 de abril de 2011, que resuelve inadmitir el Recurso de Alzada interpuesto por la actora contra las Cartas Instrucciones dirigidas por el Director General de Farmacia y Productos Sanitarios, con fecha 14 y 18 de junio y 14 de julio de 2010, a los Presidentes de Farmaindustria, del Consejo General de Colegios Oficiales de **Farmacéuticos** y de la **Federación** Española de Distribución Farmacéutica, retrotrayendo las actuaciones a la fecha en que la administración debió resolver entrando al fondo el Recurso de Alzada interpuesto para que por la Administración se dicte nueva Resolución conforme a derecho. Sin costas>>.*

TERCERO.- Contra dicha Sentencia se prepara, primero ante la Sala "a quo" y se interpone, después, ante esta Sala, recurso de casación, en el que se solicita que se estime la casación, se case y anule la sentencia dictada, y se dicte la sentencia de conformidad con las pretensiones formuladas en el suplico de la demanda.

CUARTO.- La parte recurrida, la Administración General del Estado, solicita, en su escrito de oposición, que se inadmita, o subsidiariamente, que se desestime el recurso de casación, con imposición de costas a la recurrente.

QUINTO .- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día 9 de junio de 2015, en cuya fecha ha tenido lugar.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria del Pilar Teso Gamella, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que aquí se recurre estimó en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución del Secretario General de Sanidad, de 15 de abril de 2011, que inadmite el recurso de alzada interpuesto contra los "escritos" dirigidos por el Director General de Farmacia y Productos Sanitarios, con fecha 14 y 18 de junio y 14 de julio de 2010, a los Presidentes de Farmaindustria, del Consejo General de Colegios Oficiales de **Farmacéuticos** y de la **Federación** Española de Distribución Farmacéutica.

En el recurso contencioso administrativo se alegaron, por la Administración General del Estado, dos causas de inadmisibilidad, la falta de legitimación activa, que es desestimada en el fundamento de derecho segundo de la sentencia, y la falta de actividad administrativa impugnada, que también desestima la sentencia en la parte final del mismo fundamento segundo.

Las razones por las que se desestiman ambas causas de inadmisibilidad, como es natural, no son impugnadas en casación, ya que la ahora recurrente lo era también en el recurso contencioso administrativo. El disenso con el contenido de la sentencia surge porque una vez desestimadas dichas causas, la sentencia concluye, en el fundamento tercero, que << *Rechazadas las causas de inadmisibilidad alegadas por las razones expuestas, debemos declarar admisible el presente recurso, pero dado que la Administración no ha entrado en el fondo de la pretensión actora, limitándose a inadmitir el recurso de alzada y dado el carácter revisor de esta Jurisdicción, no es posible entrar a conocer sobre el fondo de la cuestión propuesta, es decir la adecuación o no a derecho de las instrucciones para decidir el procedimiento a seguir para la aplicación de los descuentos previstos en el Real Decreto-Ley 12 de Enero de 2010, procediendo por tanto resolver ordenando la retroacción del presente recurso, para que por la Administración con estudio de las alegaciones formuladas por la entidad recurrente, dicte nueva resolución conforme a derecho, procediendo por tanto la estimación parcial del presente recurso*>>.

SEGUNDO .- El recurso de casación se sostiene sobre los tres motivos siguientes.

El primero, por el cauce del artículo 88.1. a) de la LJCA aduce la lesión de los artículos 24 de la CE y 11.3 de la LOPJ , pues la sentencia incurren en defecto en el ejercicio de la jurisdicción.

El segundo, al amparo del artículo 88.1.c) de la misma Ley , reprocha a la sentencia la vulneración de los artículos 67.1 , 70.2 y 71 de la citada LJCA , ya que una vez calificadas las cartas-instrucciones como disposiciones general hay que entrar en su examen de fondo.

El tercero, por el motivo que establece el artículo 88.1.d) de la LJCA , denuncia la infracción de los artículos 51 , 52 y 62.2 de la Ley 30/1992 , porque al no entrar en el fondo de la cuestión suscitada en el recurso, se han lesionado las citadas normas.

Por su parte, la Administración recurrida considera que en el recurso contencioso administrativo tuvo lugar una falta de legitimación activa. Y respecto de los motivos invocados, señala que no se ha incurrido en defecto de jurisdicción, con cita de una sentencia al efecto (motivo primero), que no se invoca una infracción de normas reguladoras de la sentencia ni una infracción procesal (motivo segundo), y que las cartas instrucción no son disposiciones generales (motivo tercero).

TERCERO .- Antes de examinar los motivos invocados conviene hacer una consideración preliminar sobre el alegato que esgrime el Abogado del Estado, en el escrito de oposición.

No resulta procesalmente admisible que en dicho escrito, por quién se ha personado como parte recurrida, se alegue la falta de legitimación activa de la recurrente en el proceso contencioso administrativo, insistiendo en la causa de inadmisibilidad que, como demandada, esgrimió en la instancia y fue desestimada por la sentencia recurrida. Del mismo modo que tampoco puede cuestionarse lo razonado por la sentencia sobre la naturaleza de las denominadas "Cartas Instrucción". Y ello es así porque se está aduciendo un alegato que resulta incompatible con su posición procesal como parte recurrida. Cuando una de las partes del recurso contencioso administrativo no está conforme con la sentencia estimatoria en parte del recurso, como en este caso, debe preparar e interponer, en los plazos correspondientes, recurso de casación.

La mera invocación de razones de orden público, desde luego, no pueden desvirtuar tal conclusión, pues la solución contraria a la que hemos expuesto, produciría una nociva confusión sobre la posición y actuación de las partes en el proceso.

CUARTO .- Entrando en el examen de los motivos de casación, el defecto en el ejercicio de la jurisdicción, que se aduce en el primer motivo, por el cauce del artículo 88.1. a) de la LJCA , y con infracción

de los artículos 24 de la CE y 11.3 de la LOPJ , no puede prosperar, por las razones que seguidamente expresamos.

En la formulación del motivo se advierte una falta de correspondencia entre las infracciones denunciadas y el motivo, de los previstos en el artículo 88.1 de la LJCA , que sirve de cauce procesal, pues el previsto en el apartado a) del citado precepto, se encuentra reservado, como venimos declarando, desde el ATS 14 de julio de 1997 (recurso de casación nº 2320/1997), a lo siguiente: << Respecto del primer motivo, invocado al amparo del ordinal primero del artículo 95.1 de la LRJCA , por defecto en el ejercicio de la jurisdicción, porque la infracción que denuncia la parte recurrente, no haber tenido en cuenta la sentencia recurrida el informe del técnico aportado por aquélla en la instancia, no se puede hacer valer con apoyo en el citado artículo 95.1.1º, que sirve únicamente para denunciar el abuso, exceso o defecto de jurisdicción, comprensivo por tanto de los supuestos de decisiones que desconozcan los límites de esta jurisdicción respecto de otros órdenes jurisdiccionales o los demás poderes del Estado (cfr. Sentencias de 26 de mayo de 1989 y 15 de febrero y 30 de abril de 1991), incurriendo en defecto de jurisdicción el juez o Tribunal que deja de conocer un asunto de su competencia (cfr. Sentencias de 22 de mayo y 26 de junio de 1996)>>. Y en este caso, el alegato que justifica las infracciones que se aducen en este primer motivo se centran en que la sentencia no ha resuelto, cuando debió hacerlo, las cuestiones suscitadas en el proceso, lo que sitúa el defecto denunciado en la órbita propia de la falta de congruencia que se esgrime como segundo motivo.

QUINTO .- El quebrantamiento de forma por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, que se aduce en el segundo motivo, al amparo del artículo 88.1.c) de la misma Ley , debe ser estimado, porque la sentencia efectivamente ha incurrido en la lesión de los artículos 67.1 , 70.2 y 71 de la citada LJCA .

La estimación del motivo de casación procede cuando se advierte que la sentencia arranca de una cierta confusión entre la inadmisión administrativa y la jurisdiccional. Así es, 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 impugnada en el recurso contencioso administrativo. Mientras que en sede jurisdiccional es el artículo 25 de nuestra LJCA el que determina la actividad administrativa impugnabile.

Dejando al margen, por ahora, la inviabilidad, con carácter general, de recurso administrativo alguno cuando se trata de la impugnación de disposiciones de carácter general, atendida la peculiaridad del caso por la confusión sobre la naturaleza jurídica que despertaban las denominadas "cartas", "escritos" o "cartas instrucción" remitidas por el Director General de Farmacia a los Presidentes de Farmaindustria, del Consejo General de Colegios Oficiales de **Farmacéuticos** y de la **Federación** Española de Distribución Farmacéutica, pues precisamente la controversia se cernía sobre si eran actos, disposiciones o meras opiniones sin carácter decisorio.

Pues bien, la sentencia rechaza las dos causas de inadmisibilidad opuestas por la Administración General del Estado en el recurso contencioso administrativo (por falta de legitimación activa y por falta de actividad administrativa impugnabile), fundando la desestimación de esta segunda en que las cartas remitidas son, en realidad, disposiciones generales, por lo que se trataba de una actividad impugnabile, a diferencia de lo que sostenía la Administración al inadmitir la alzada que consideraba que se trataba de meras opiniones.

Pero, seguidamente, la sentencia acuerda la retroacción de actuaciones, invocando el carácter revisor de esta jurisdicción, para que resuelva la Administración el recurso de alzada que debió de haber admitido. Es decir, que se exige a la Administración que declare que se trata de una disposición general, cuando ya lo ha declarado un Tribunal, y a examinar el fondo de un recurso administrativo, la alzada, cuando contra una disposición general, así declarada ya judicialmente, no cabe dicho recurso administrativo, ex artículo 107.3 de la Ley 30/1992 . Y cuando la cuestión de fondo que suscitaba la parte era, precisamente, que no se había seguido el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales.

SEXTO .- No compartimos, en consecuencia, las razones que emplea la sentencia para rechazar la segunda causa de inadmisibilidad por falta de actividad administrativa impugnabile. Así es, el acto impugnado en el recurso contencioso administrativo fue, simplemente, la inadmisión de un recurso de alzada, de modo que era un acto claramente impugnabile ante la Sala de instancia, simplemente porque es un acto expreso que pone fin a la vía administrativa, ex artículo 25.1 de la LJCA .

Sentada dicha conclusión, que 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, que es cuestión distinta. Es decir, si es o no conforme con el ordenamiento jurídico. Y ahora sí, para realizar este examen de fondo es preciso determinar la naturaleza jurídica de esas " cartas instrucción " remitidas por

el Director General de Farmacia, que la Sala de instancia, acertadamente, considera que son, en realidad, disposiciones de carácter general.

Siguiendo este orden lógico, una vez sentado que son disposiciones de carácter general, y como tal impugnables ante esta jurisdicción, según dispone el ya citado artículo 25.1 de la LJCA, no procede concluir en la retroacción de actuaciones, para que la Administración ahora admita y resuelva un recurso de alzada, expresando lo que ya ha declarado un órgano judicial. Por ello, la Sala de instancia debió, de ahí su incongruencia, tras declarar que la inadmisión de la alzada es impugnante ante nuestra jurisdicción y que la naturaleza de las cartas son disposiciones generales, examinar las razones sustantivas esgrimidas en el escrito de demanda y resolver sobre lo allí planteado, que limitaban, a tenor de lo razonado en el escrito de demanda, a señalar que no se ha seguido el procedimiento propio de una disposición general.

SÉPTIMO .- La reposición de actuaciones a la vía administrativa, al estimar un recurso respecto de una inadmisión administrativa, además de las razones expuestas que hacían inviable dicha conclusión en este caso concreto, debemos añadir que, con carácter general, únicamente podría acordarse dicha medida cuando ha sido solicitado por la parte que no hace alegaciones sobre el fondo, o cuando no hay datos suficientes en las actuaciones y expediente para resolver, de modo acabado, el recurso contencioso administrativo. Y ninguna de estas circunstancias concurre en el caso, porque la sentencia se basa, únicamente, en el superado carácter revisor de esta jurisdicción para justificar esa retroacción.

La estimación de este motivo segundo nos dispensa del examen del tercero, y nos conduce a declarar que ha lugar al recurso de casación. Y, situados en la posición que nos coloca el artículo 95.2.c) de la LJCA, nos lleva a resolver dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

OCTAVO .- Esta Sala considera, como ya hemos adelantado, que efectivamente los escritos o cartas instrucción, remitidos por el Director General de Farmacia a los Presidentes de Farmaindustria, del Consejo General de Colegios Oficiales de **Farmacéuticos** y de la **Federación** Española de Distribución Farmacéutica, tienen la naturaleza propia de una disposición de carácter general. Y ello no sólo porque la propia resolución administrativa, que inadmite el recurso de alzada contra dichas "cartas", señala que se trata de "escritos remitidos" por el Director General " *sobre las características del procedimiento a seguir para efectuar las deducciones sobre los medicamentos impuestas por el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo* "; sino porque su contenido establece un conjunto de normas, que se consolidan con su aplicación, y que diseñan un procedimiento en aplicación de la citada norma legal. No expresan, por tanto, meras opiniones. Al contrario, establecen el camino a seguir para hacer las deducciones previstas en el citado RD Ley 8/2010, respecto de los diversos agentes de la cadena farmacéutica.

Así es, la mera lectura de las cartas de 14 y 18 de junio y 14 de julio de 2010 pone de relieve que se está concretando y desarrollando, a pesar de emplear términos como " *recomendaciones* ", los artículos 8 y 10 de citado RD Ley 8/2010, respecto de las deducciones que deben aplicarse sobre los medicamentos no integrados en el sistema de referencia, estableciendo un procedimiento, que sirve de pauta para " *actuar a partir de ahora* ", entre los diferentes agentes de la cadena farmacéutica: laboratorios, distribuidores y oficinas de farmacia.

En definitiva, dichas cartas o escritos, atendido su contenido y finalidad, son disposiciones de carácter general, dictadas por un Director General, que se han elaborado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, nos referimos a los artículos 51 y siguientes de la Ley 30/1992 y 23 y siguientes de la Ley 50/1997, para el ejercicio de la potestad reglamentaria, por lo que la conclusión no puede ser otra que la nulidad plena de dichas cartas, pues las disposiciones generales no consienten otro grado de invalidez, ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992.

En consecuencia, procede haber lugar a la casación y estimar el recurso contencioso administrativo.

NOVENO.- No se hace imposición de las costas procesales (artículo 139.2 de la LRJCA).

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

FALLAMOS

Que **ha lugar** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles** (FEFE), contra la Sentencia de 27 de mayo de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso contencioso-administrativo nº 642/2013, que casamos y anulamos.



Estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la misma parte procesal, contra la Resolución del Secretario General de Sanidad, de 15 de abril de 2011, que inadmite el recurso de alzada interpuesto contra las cartas dirigidas por el Director General de Farmacia y Productos Sanitarios, con fecha 14 y 18 de junio y 14 de julio de 2010, que declaramos nulas.

No se hace imposición de costas .

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 Segundo Menendez Perez Luis Maria Diez-Picazo Gimenez Maria del Pilar Teso Gamella Jose Luis Requero Ibañez Jesus Cudero Blas **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. D^a Maria del Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ