



Roj: **STS 874/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:874**

Id Cendoj: **28079130032019100082**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **13/03/2019**

Nº de Recurso: **1613/2016**

Nº de Resolución: **336/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 336/2019

Fecha de sentencia: 13/03/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1613/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: T.S.J.ASTURIAS CON/AD SEC.1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1613/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 336/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor



D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 13 de marzo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1613/2016 interpuesto por el Procurador D. Carlos Delabat Fernandez en representación de D. Guillermo contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 18 de abril de 2016 dictada en el recurso contencioso-administrativo 470/2015 . Se ha personado en las actuaciones, como parte recurrida, el PRINCIPADO DE ASTURIAS, representado y defendido por el Letrado de su servicio jurídico.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. Guillermo interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias de 11 de marzo de 2015 (expediente administrativo NUM000) en la que se autoriza a D. Humberto la instalación de la oficina de farmacia que tiene concedida en el local por él designado sito en la C/ Ana María 47-49, bajo, de Gijón.

El recurso fue desestimado por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 18 de abril de 2016 (recurso contencioso-administrativo 470/2015), en la que se acuerda la imposición de las costas causadas al recurrente con el límite de 500 € más IVA.

SEGUNDO.- En el fundamento jurídico segundo de la sentencia sintetiza los argumentos de impugnación que aducía el demandante, en los siguientes términos:

<< (...) El recurrente después de hacer una serie de consideraciones sobre los efectos de la retroacción del procedimiento y de los actos y trámites que deben de conservarse por estimar que hubieran permanecido inalterables o inamovibles, considera que la designación anterior del local no debe ser conservado dado que la nueva valoración introduce cambios en el orden relativo de los concursantes, actuación que contrasta con la petición a los concursantes de formular nueva designación de preferencias, acto independiente, no afectado por ninguna nulidad ni anulabilidad que sí debe ser conservado y sin embargo no se mantiene vulnerando el principio de conservación de los actos, más con ello se está esquivando la recta ejecución de las sentencias, como ya se razonó en el recurso 723/2014 y de acuerdo con el artículo 103.4 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción debe tenerse por nula la emisión de las nuevas preferencias de 2014.

Para apoyar la pretensión se deduce que: en el informe previo a la resolución de autorización de la instalación que se combate no se contesta a la alegación de falta de publicación de una lista de aspirantes para cada concurso; la incorrecta resolución del concurso en relación a las tasas satisfechas y fianzas prestadas, con adjudicación de autorizaciones en concursos que no se participó, como se exige, señalando con una cruz el número de concursos en los que se desea participar; que no existe cosa juzgada respecto al pago de las tasas y la devolución de las mismas; que la mera manifestación de preferencias optando los adjudicatarios por la oficina abierta desde 2006, que no es previsible que quisieran cambiarla, se ha firmado de forma colectiva pudiendo que contradiciendo la voluntad individual.

Para terminar concluyendo que ocurre que para adjudicar a D. Humberto una oficina de farmacia en la Zona V.8, tienen que admitirse las siguientes irregularidades:

1º.- La no publicación de las notas desagregadas, irregularidad con la que encubre la incorrecta valoración de Amo Dobarro y de Ulloa Roo, denunciada en el P.O. 107/2014.

2º.- Adjudicación de autorizaciones a concursantes que no han participado en el concreto concurso por no haber signado la cruz correspondiente.

3º.- Incorrecta valoración de la concursante Marcial que debe de ser valorada exclusivamente en función de los servicios certificados por la Consejería de Sanidad, al igual que el resto de concursantes.

4º.- Omisión de la publicación preceptiva de una lista de concursantes por concurso, no por zona, con lo cual se encubre la concesión de autorizaciones a concursantes no comprendidos en la lista de determinados concursos.

5º.- Petición de nuevas preferencias en 2014, para que los concursantes opten a la oficina de farmacia que tienen autorizada desde 2006.



Irregularidades que si se rechazan, D. Humberto no resultaría adjudicatario de la oficina de farmacia en la zona V8, sino en la V.7.3, dado que todos los concursos están interconectados y como tales irregularidades corresponden a distintas fases del desarrollo del concurso, se pone de manifiesto la inconsistencia de pretender la conservación de los actos que se solicita por los concursantes>>.

La respuesta de la Sala de instancia se contiene en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la sentencia y es la siguiente:

<< (...) TERCERO. - Como ponen de manifiesto las partes, al presente recurso le precedieron otros muchos, y es consecuencia de la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación 2847/2011 por el que se ordenaba una nueva valoración de los méritos del recurrente; efectuada la valoración por resolución de 11 de enero de 2014, se resuelve el procedimiento para la autorización de las oficinas de farmacia la que impugnada, fue resulta por sentencia de fecha 14 de diciembre de 2015, dictada en el P.O. 107/2014 , pendiente de recurso de casación, elevando a definitivas las puntuaciones otorgadas a todos los peticionarios.

Al igual que se argumentaba en el citado recurso 107/2014, el objeto del presente recurso se circunscribe a la resolución de fecha 11 de marzo de 2015 por la que el Consejero de Sanidad autoriza a D. Humberto la instalación de la farmacia que tiene concedida en la C/Ana María 47-49 bajo, de Gijón, resultando extraño a este proceso cualesquiera otras cuestiones anteriores que pudieran afectar a dicha autorización aunque su validez y eficacia se hallen subordinadas a ellas por ser consecuencia de las mismas.

La autorización de la instalación de una oficina de farmacia exige la obtención previa del derecho para poder instalarla mediante una resolución que antecede a la de su autorización, de la que es consecuencia necesaria y cuya impugnación no puede apoyarse en la resolución que autoriza la instalación en función de las características del local e implica la propia designación, por parte del titular del derecho a la instalación, del local en el que se pretende abrir la farmacia, hecho que tuvo lugar, dando cumplimiento a la resolución de fecha 9 de septiembre de 2014, por escrito del día 15 de octubre del mismo año, con fecha de registro de entrada del día 24 del mismo mes, designando como local para llevar a cabo la instalación de la farmacia, en el indicado de la C/Ana María de Gijón, que se corresponde con el designado en octubre de 2005 con motivo del concurso convocado por resolución de 14 de junio de 2002 dejado sin efecto por las sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 30 de mayo y 4 de julio de 2012 .

La circunstancia de que D. Humberto y otros adjudicatarios de la oficina de farmacia optaran en la designación del local para su instalación el mismo local que ya habían designado en la adjudicación que tuvo lugar en el concurso convocado en el año 2002, además de no causar daño o perjuicio alguno al recurrente que le legitime para impugnar dicha instalación, se viene a efectuar una nueva solicitud de autorización en la instalación de la nueva farmacia, si bien, como consecuencia de dicha nueva solicitud, se convalidan y se dan por válidas las actuaciones que tuvieron lugar en la adjudicación de la convocatoria de 2002, como autoriza el artículo 67 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común . Por otra parte, no existe razón alguna para determinar que no puedan designarse de nuevo como locales en los cuales se van a instalar las oficinas de farmacia, los mismos que ya se designaron en un concurso anterior anulado o que puedan sustituirse por otros a voluntad de los interesados a quienes corresponde, en definitiva, defender e impugnar aquellos actos en los que estiman que su voluntad individual ha sido puesta en entredicho, y no a terceros como hace el recurrente con apoyo en el documento que acompaña con la demanda con el nº 3 que además aparece correctamente firmado y consolidado por los afectados con indicación de su D.N.I., aunque al pie de la fecha no conste firma alguna.

CUARTO.- Por último reiterar, como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, que este proceso no resulta adecuado para examinar las irregularidades en que se hubieran podido incurrir en las valoraciones de los méritos de los adjudicatarios, así como la forma de concurso, publicación de las listas de concursantes, como de las consecuencias que de apreciar tales irregularidades se hubieran producido y que en todo caso afectarían a personas ajenas a las del propio recurrente [...]>>.

Por tales razones la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Asturias termina desestimando el recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación de D. Guillermo , que luego formalizó la interposición de su recurso mediante escrito presentado el 16 de mayo de 2016 en el que se formulan tres motivos de casación, los dos primeros al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el tercero invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley . El enunciado de cada uno de estos motivos es el que sigue:



1/ Infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por falta de motivación de la sentencia, aduciendo el recurrente que la sentencia recurrida ignora la prueba propuesta en el proceso, de la que resulta que no todos los concursantes abonan la misma cuantía por concurso, que algunos resultaron autorizados en concursos en los que no concurrieron, y que la Administración ha publicado una lista con las notas de valoración, infringiendo el artículo 12 del Decreto 72/2001 . La sentencia omite cualquier valoración sobre la prueba admitida y practicada, que acredita tales vulneraciones.

2/ Infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por incongruencia interna de la sentencia. Sostiene el recurrente que, dado que no se ha declarado firme ninguna de las resoluciones antecedentes de la aquí controvertida, resulta incongruente admitir a la vez que las resoluciones son antecedentes una de otra, subordinadas y a la vez independientes, estancas. La resolución que ahora se combate depende necesariamente de la anterior, combatida a su vez, y sin fallo judicial; y esta última depende de la anterior, actualmente en recurso de casación. Todas las irregularidades que afectan a esta autorización, enumeradas en la sentencia, están a la espera de que se declare su conformidad o no a derecho, y no es conforme la lógica pretender enjuiciar la autorización de instalación solamente en consideración a las características geométricas o de ubicación del local. La autorización de instalación trae causa de otras autorizaciones anteriores pendientes de pronunciamiento, entre las cuales se encuentra la impugnación de la titularidad de esa autorización. Además esas cuestiones que se dicen ajenas al proceso fueron debatidas en el escrito de contestación a la demanda, y fueron objeto de prueba en el momento procesal oportuno, prueba propuesta, admitida, practicada y no valorada. Y si fue admitida la prueba es que las cuestiones sobre las que la sentencia rechaza su pronunciamiento eran trascendentes para el pronunciamiento judicial.

3/ Infracción de la jurisprudencia que declara la obligatoriedad de las bases del concurso para todas las partes (cita SsTS de 27 de mayo de 2010 , y 7 de abril de 2006 .

Termina el escrito solicitando que se dicte sentencia en la que, casando la sentencia recurrida y resolviendo, en su lugar, de acuerdo con lo solicitado en la demanda [en el suplico de la demanda se pide que se anule la resolución de la Consejería de Sanidad de 11 de marzo de 2015 (expediente administrativo NUM000) en la que se autoriza a D. Humberto la instalación de la oficina de farmacia que tiene concedida en el local por él designado].

CUARTO.- Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala de 14 de septiembre de 2016 se acordó la admisión del recurso de casación, así como la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en la Sección Cuarta, y no habiéndose producido en aquel momento la personación de ninguna parte recurrida, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 8 de septiembre de 2017, se tuvo por personado y parte en las actuaciones al Principado de Asturias.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 26 de octubre de 2018 se acordó la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera.

OCTAVO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 28 de enero de 2019 se fijó para votación y fallo el día 5 de marzo de 2019, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- - El presente recurso de casación nº 1613/2016 lo interpone la representación procesal de D. Guillermo contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 18 de abril de 2016 (recurso 470/2015), en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el referido D. Guillermo contra la resolución de la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias de 11 de marzo de 2015 (expediente administrativo NUM000) en la que se autoriza a D. Humberto la instalación de la oficina de farmacia que tiene concedida en el local por él designado sito en la C/ Ana María 47-49, bajo, de Gijón.

En el antecedente segundo han quedado reseñadas las alegaciones que formulaba el recurrente en el proceso de instancia así como las razones que expone la sentencia recurrida para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

Procede entonces que pasemos a examinar los motivos de casación formulados por la representación procesal del recurrente, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente tercero.



SEGUNDO.- En el motivo de casación primero se alega la infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por falta de motivación de la sentencia.

Como hemos visto en el antecedente tercero, en este motivo de casación el recurrente aduce que la sentencia recurrida ignora la prueba practicada en el proceso, de la que resulta que no todos los concursantes abonan la misma cuantía por concurso, que algunos resultaron autorizados en concursos en los que no concurrieron, y que la Administración ha publicado una lista con las notas de valoración, infringiendo el artículo 12 del Decreto 72/2001 . La sentencia omite cualquier valoración sobre la prueba admitida y practicada, que acredita tales vulneraciones.

El motivo no puede ser acogido.

Como hemos visto, el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida explica que << (...) al presente recurso le precedieron otros muchos, y es consecuencia de la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación 2847/2011 por el que se ordenaba una nueva valoración de los méritos del recurrente; efectuada la valoración, por resolución de 11 de enero de 2014 se resuelve el procedimiento para la autorización de las oficinas de farmacia la que, impugnada, fue resulta por sentencia de fecha 14 de diciembre de 2015, dictada en el P.O. 107/2014 , pendiente de recurso de casación, elevando a definitivas las puntuaciones otorgadas a todos los peticionarios>>.

Y a continuación el mismo fundamento tercero especifica: <<(…) el objeto del presente recurso se circunscribe a la resolución de fecha 11 de marzo de 2015 por la que el Consejero de Sanidad autoriza a D. Humberto la instalación de la farmacia que tiene concedida en la C/ Ana María 47-49 bajo, de Gijón, resultando extraño a este proceso cualesquiera otras cuestiones anteriores que pudieran afectar a dicha autorización aunque su validez y eficacia se hallen subordinadas a ellas por ser consecuencia de las mismas>>.

Por tanto, no cabe afirmar que la sentencia incurra en falta de motivación por no haber entrado a valorar la prueba. Sucede, sencillamente, que esos elementos de prueba se refieren a las irregularidades que el recurrente reprocha a actos anteriores y distintos a la resolución que es objeto de impugnación. La sentencia menciona la resolución de la Consejería de Sanidad de 11 de enero de 2014 que resolvió el procedimiento para la autorización de las oficinas de farmacia, que fue impugnada en el recurso contencioso- administrativo 107/2014, resuelto por sentencia de la Sala de instancia de 14 de diciembre de 2015 . Pero también cabe mencionar -aunque la sentencia recurrida no alude a ella- la resolución de la misma Consejería de 31 de enero de 2014, por la que se publican las notas definitivas otorgadas a los participantes, que también fue impugnada por D. Guillermo en un proceso distinto (recurso contencioso-administrativo 100/2014), en el que la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó sentencia con fecha 14 de junio de 2016 .

Así las cosas, la sentencia aquí recurrida se encarga de señalar que las cuestiones relativa a actuaciones anteriores resultan extrañas a este proceso; ello sin perjuicio - matiza la propia sentencia- de que pudieran afectar a la validez y eficacia de la autorización que es aquí objeto de controversia.

TERCERO.- En estrecha relación con lo anterior, en el motivo de casación segundo se alega la infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por incongruencia interna de la sentencia.

En el motivo el recurrente sostiene que, dado que no se ha declarado firme ninguna de las resoluciones antecedentes de la aquí controvertida, resulta incongruente admitir a la vez que dichas resoluciones son antecedentes una de otra, subordinadas y a la vez independientes. La resolución que ahora se combate depende necesariamente de la anterior, combatida a su vez, y sin fallo judicial; y esta última depende de la anterior, actualmente pendiente de recurso de casación. Todas las irregularidades que afectan a esta autorización están a la espera de que se declara la conformidad o no a derecho de las resoluciones anteriores a ella, y no es conforme a la lógica pretender enjuiciar la autorización de instalación solamente en consideración a las características geométricas o de ubicación del local. Además, esas cuestiones que se dicen ajenas al proceso fueron debatidas en el escrito de contestación a la demanda, y fueron objeto de prueba en el momento procesal oportuno, prueba propuesta, admitida, practicada y no valorada. Y si fue admitida la prueba es que las cuestiones sobre las que la sentencia rechaza su pronunciamiento eran trascendentes para el pronunciamiento judicial.

Al igual que el motivo anterior, también este motivo segundo debe ser desestimado.

Lo que el recurrente pretendía en el proceso de instancia -y también ahora en casación- es, sencillamente, suscitar el debate sobre cuestiones referidas a actuaciones administrativas anteriores a la que era objeto de impugnación. Y si bien aquellas resoluciones anteriores no eran firmes entonces -pues el propio D. Guillermo las había impugnado- lo cierto es que se trataba de actos administrativos eficaces y ejecutivos, pues ninguna autoridad administrativa o judicial había dejado en suspenso su ejecutividad, por lo que en el proceso de instancia que ahora no ocupa la Sala de instancia debía asumir aquellas resoluciones como antecedentes del



acto impugnado, aun con la salvedad, que la sentencia expresamente hace, de la incidencia que la eventual anulación de aquellas pudiera tener respecto de la concreta resolución impugnada en el proceso (autorización de instalación de la oficina de farmacia).

Por lo demás, aquellas resoluciones anteriores a la que recurrida habían sido objeto de impugnación independiente. Respecto de una de ellas, la resolución de la Consejería de Sanidad de 11 de enero de 2014 que resolvió el procedimiento para la autorización de las oficinas de farmacia, la propia sentencia recurrida señala que fue impugnada en el recurso contencioso administrativo 107/2014, desestimado por sentencia de la Sala de instancia de 14 de diciembre de 2015.

Por su parte, ya hemos señalado en el apartado anterior que la resolución de la misma Consejería de 31 de enero de 2014, por la que se publican las notas definitivas, otorgadas a los participantes, también fue impugnada por D. Guillermo en un recurso distinto (recurso contencioso-administrativo 100/2014), que fue desestimado por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en sentencia con fecha 14 de junio de 2016.

Pues bien, debemos ahora añadir que las dos sentencias a las que acabamos de referirnos son ya firmes.

De un lado, por auto de la Sección Primera de esta Sala del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2016 (casación 254/2016) se admitió el recurso de casación interpuesto por D. Guillermo contra la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 14 de diciembre de 2015 (recurso contencioso-administrativo 107/2014).

Por otra parte, la Sección Cuarta de esta Sala del Tribunal Supremo dictó sentencia nº 1496/2017, de fecha 3 de octubre de 2017 (casación 2490/2017), en la que se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto también por D. Guillermo contra la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 14 de junio de 2016 (recurso contencioso-administrativo 100/2014).

Por tanto, bien puede decirse que las cuestiones que el recurrente pretendía suscitar en el seno del litigio que aquí nos ocupa, y también ahora en casación, todas ellas referidas a resoluciones administrativas anteriores, no sólo eran cuestiones ajenas al proceso sino que, además, son cuestiones que han quedado definitivamente zanjadas por resolución firme.

CUARTO.- Por último, en el motivo de casación tercero se alega la infracción de la jurisprudencia, que declara la obligatoriedad de las bases del concurso para todas las partes (cita SsTS de 27 de mayo de 2010, y 7 de abril de 2006).

El motivo se formula en estrecha relación con los dos anteriores; y, como ellos, debe también ser desestimado.

El recurrente invoca la jurisprudencia relativa a la obligatoriedad de las bases del concurso para reforzar su argumentación de que en aquellas actuaciones a las que nos venimos refiriendo, anteriores a la concreta resolución impugnada en el proceso, la Administración incumplió y vulneró las bases del concurso. Pero ya hemos señalado que tales cuestiones quedaban fuera del objeto del proceso, por venir referidas a resoluciones anteriores. Además, esas resoluciones anteriores fueron objeto de recursos independientes, que, como también hemos visto, han sido ya resueltos por sentencia firme en sentido desfavorable al recurrente.

QUINTO.- Por las razones expuestas en los apartados anteriores, el recurso de casación debe ser desestimado. Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No ha lugar al recurso de casación nº 1613/2016 interpuesto por D. Guillermo contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 18 de abril de 2016 (recurso contencioso-administrativo 470/2015, con imposición de las costas de este recurso de casación a la parte recurrente).

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

Jose Maria del Riego Valledor Maria Isabel Perello Domenech

Diego Cordoba Castroverde Angel Ramon Arozamena Laso



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ