

## **Las Comunidades Autónomas tienen competencia para establecer módulos de población inferiores para el acceso a la titularidad de oficinas de farmacia**

La Sala declara que el sistema de módulos de población y distancias mínimas establecidos en los arts. 2 y 4 del Decreto se ajusta a derecho dado que el art. 2.3 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, dispone que las CCAA podrán establecer módulos de población inferiores para las zonas rurales, turísticas, de montaña, o aquéllas en las que, en función de sus características geográficas, demográficas o sanitarias, no fuese posible la atención farmacéutica, para asegurar una atención apropiada en zonas dispersas, que es precisamente lo que persiguen los preceptos examinados.

### **Tribunal Supremo**

#### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sentencia de 10 de mayo de 2012**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 828/2011

Ponente Excmo. Sr. SANTIAGO MARTÍNEZ-VARES GARCÍA

En la Villa de Madrid, a diez de Mayo de dos mil doce.

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, ha visto el recurso de casación número 828 de 2.011, interpuesto por la representación procesal del Principado de Asturias, por la Procuradora Doña Mercedes Revillo Sánchez, en nombre y representación del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España, el Procurador Don Jaime Briones Méndez, en nombre y representación del Muy Ilustre Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia, y por el Procurador Sr. D. Jacinto Gómez Simón en nombre y representación de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FERE) contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha treinta de noviembre de dos mil diez, en el recurso contencioso-administrativo número 1.316 de 2.002.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sección Primera, dictó Sentencia, el treinta de noviembre de dos mil diez, en el Recurso número 1.316 de 2.002, en cuya parte dispositiva se establecía: "Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D.ª Margarita Roza Mier, en nombre y representación de D. Higinio y Doña Raimunda, contra la resolución del Consejero de Salud y Servicios Sociales del Gobierno del Principado de Asturias, de fecha 14 de junio de 2.002, y contra el Decreto 72/2001 de fecha 10 de julio, por el que se regulan las oficinas de farmacia y botiquines del Principado de Asturias declarando: Primero.- La disconformidad a derecho y la nulidad de pleno derecho de los artículos 2 y 4 y apartado 6.º del anexo del Decreto impugnado. Segundo. La disconformidad a Derecho de los puntos 6 y 7 apartado c) del Anexo. Tercero.- La nulidad de la Resolución del Ilmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales del Principado de Asturias, de fecha 14 de junio de 2.002, en la medida que infringe los preceptos y apartados del baremo de méritos declarados nulos por la Sentencia de esta Sala recaída en el PO n.º 771/2002. Cuarto.- No hacer imposición de las costas devengadas en este procedimiento a ninguna de las partes litigantes.

SEGUNDO.- En escrito de veintisiete de diciembre de dos mil diez, el Procurador Don Luis Álvarez Fernández, en nombre y representación del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España, en escrito de veintiocho de diciembre de dos mil diez, el Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, en la representación de la Administración de la Comunidad Autónoma que legalmente tiene atribuida, en escrito de treinta de diciembre de dos mil diez, la Procuradora Doña Patricia Gota Brey, en nombre y representación del muy Ilustre Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia, en escrito de tres de enero de dos mil once, la Procuradora Doña Pilar Montero Ordóñez, en nombre y representación de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles interesaron se tuvieran por presentados los recursos de casación contra la Sentencia mencionada de esa Sala de fecha treinta de noviembre de dos mil diez.

La Sala de Instancia, por Providencia de veinte de enero de dos mil once, procedió a tener por preparado el Recurso de Casación, con emplazamiento de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el plazo de treinta días.

TERCERO.- En escrito de veinticuatro de febrero de dos mil once, la Procuradora Doña Mercedes Revillo Sánchez en nombre y representación del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España, en escrito de cuatro de marzo de dos mil once, el Procurador Don Jacinto Gómez Simón, en nombre y representación de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles, en escrito de siete de marzo de dos mil once, el Procurador

Don Jaime Briones Méndez en nombre y representación del muy Ilustre Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia, en escrito de veinticuatro de marzo de dos mil once, el Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, en la representación de la Administración de la Comunidad Autónoma que legalmente tiene atribuida, procedieron a formalizar el Recurso de Casación, interesando la revocación de la Sentencia dictada por la Sala de instancia, y que se dicte en su día nueva resolución ajustada a Derecho, admitiéndose el mismo por Providencia de tres de junio de dos mil once.

CUARTO.- En escrito de tres y cuatro de octubre de dos mil once, el Procurador Don Eduardo Codes Pérez-Andujar, en nombre y representación de Plataforma para la Libre apertura de Farmacias (Plafarma), y el Procurador Don Alberto Pérez Ambite, en nombre y representación de Doña Raimunda, respectivamente, manifiestan su oposición a los Recursos de Casación y solicitan se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas a los recurrentes.

Por diligencia de ordenación de quince de diciembre de dos mil once, se declara caducado en trámite de oposición a FEFE, Principado de Asturias, Consejo General de Colegios Oficiales Farmacéuticos y de España y Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia.

QUINTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día veinticuatro de abril de dos mil doce, en cuya fecha tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado de la Sala que expresa la decisión de la misma

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, dictó sentencia en treinta de noviembre de dos mil diez, en el recurso contencioso administrativo núm. 1.316/2.002, interpuesto por la representación procesal de D. Higinio y D.ª. Raimunda contra la resolución del Consejero de Salud y Servicios Sociales del Gobierno del Principado de Asturias, de fecha 14 de junio de 2.002, así como contra el Decreto 72/2.001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias.

La sentencia de instancia que constituye el objeto del recurso estimó en parte el mismo, y en su fallo declaró no conformes a Derecho y por tanto la nulidad de pleno derecho de los artículos 2 y 4 y los puntos 6 y 7 apartado c) del Anexo del Decreto 72/2.001 impugnado del Principado de Asturias, y la resolución del Ilmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales del Principado de Asturias, de fecha 14 de junio de 2.002, en la medida que infringe los preceptos y apartados del baremo de méritos declarados nulos por la Sentencia de esta Sala recaída en el PO n.º 771/2002.

SEGUNDO.- La sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia en el Principado de Asturias en el fundamento de Derecho segundo expuso los argumentos impugnatorios de los recurrentes por los que consideraban que la resolución que impugnaban no era conforme a Derecho por cuanto distintos preceptos del Decreto 72/2.001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias infringían normas de rango jerárquico superior, y porque no se contemplaba que pudiera iniciarse a instancia de parte la instalación de una farmacia; por la exigencia de méritos y capacidad, como si de funcionarios se tratase; porque el sistema de concurso había sido derogado por la Ley 16/1997, y por una serie de vicios en la normativa que rige el concurso; al imponer una tasa la característica desproporcionada de la misma; por establecer valoración adicional a titulares de establecimiento que haya efectuado cesión onerosa o gratuita; por falta de igualdad en baremos de méritos profesionales al primar a los de localidades con número inferior a 2.800; y por falta de equidad al menospreciar el trabajo desarrollado por farmacéuticos en farmacias veterinarias.

A tales alegaciones la parte codemandada ha opuesto las que ha estimado en Derecho y que aquí por economía procesal se dan por reproducidas".

Ya en el fundamento tercero puso de manifiesto que por la misma Sala y Sección en once del mismo mes se había dictado sentencia en el PO 771/2001 entre las mismas partes procesales, enjuiciando la conformidad a Derecho del Decreto 72/2.001, en la cual se abordaron las cuestiones que se planteaban y que resolvía la Sala en este proceso y seguidamente transcribía en parte lo allí dicho.

En ese fundamento expuso lo que sigue: "En primer lugar se cuestionaba la disconformidad a Derecho de los artículos 2 y 4 del Decreto en la medida que establecían determinados módulos poblacionales para obtener la autorización de apertura de una oficina de farmacia. En los mismos preceptos se fijaban distancias mínimas entre las distintas oficinas de farmacias lo que también consideraba contrario a derecho. En concreto se invocaba la infracción de los artículos 35 y 36 de la Constitución que reconocen el derecho y el deber de trabajar, la libre elección de profesión y la libertad de empresa, así como la conculcación del artículo 49 del Tratado de Lisboa, la prohibición de las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Este precepto del TFUE añade que dicha prohibición se extenderá igualmente a

las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecido en el territorio de otro Estado miembro.

Se impugnaban asimismo los artículos 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 en cuanto instauraban un sistema de concurso público para el otorgamiento de autorizaciones para la apertura de Oficinas de Farmacia que se consideraba contrario al sistema de reparto competencial establecido en la Constitución, y que veda a las Comunidades Autónomas la regulación del ejercicio de profesiones.

También eran objeto de impugnación los artículos 8, 9.e y 9.2 del mencionado Decreto en la medida en la que establecía una regulación de la tasa para participar en los ya meritados concursos para la apertura de nuevas Oficinas de Farmacia de una forma excesiva y arbitraria, y contraria al artículo 26.1 de la Ley General Tributaria de 1963, entonces vigente, así como a lo prevenido en la Ley 8/89, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.

Se impugnaba también el anexo en el que se incorporaban los méritos a valorar, impugnación que se circunscribía a la experiencia profesional de aquellos titulares que hubieren cedido la Oficina de Farmacia de la que eran titulares, el diferente criterio de valoración del periodo de experiencia profesional según se hubiera regentado una oficina en un núcleo de población mayor o menor a 2.800 habitantes y el trabajo desarrollado por un farmacéutico titular de una oficina de Farmacia Veterinaria.

Por su parte, la Administración Pública demandada, en este caso representada a través del Sr. Letrado del Principado, así como la parte codemandada personada en autos, representada por el Procurador Sr. Sal del Río Ruiz, contestaron en tiempo y forma oponiéndose y solicitando que se dictase una sentencia desestimatoria de las pretensiones de la parte recurrente".

A partir de ahí la sentencia transcribía los fundamentos tercero a séptimo de la sentencia que citaba y así se refería al planteamiento por la Sala territorial de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión resuelta por sentencia de 1 de julio de 2010, y a las consecuencias de la misma a la hora de resolver por la Sala del Tribunal de Justicia en el Principado de Asturias las cuestiones pendientes en el proceso. Así ese fundamento tercero mantuvo lo que sigue: "Es necesario destacar cómo en la tramitación de este procedimiento esta Sala acordó, con fecha 22 de octubre de 2007, plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con el objeto de determinar la conformidad de los preceptos impugnados y contenidos en el Decreto 72/01, de 19 de julio, regulador de las Oficinas de Farmacia y Botiquines del Principado de Asturias con el ordenamiento comunitario, cuestión que fue planteada a instancia de la parte recurrente y que dio lugar a que el TJCE, reunido en Gran Sala, dictara sentencia con fecha 1 de julio de 2010, en donde el fallo señalaba que el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a una normativa nacional, como la controvertida en los asuntos principales, que impone límites a la concesión de autorizaciones de establecimiento de nuevas farmacias, al disponer que: - en principio, en cada zona farmacéutica, sólo se podrá crear una farmacia por módulo de 2.800 habitantes; -tan sólo podrá crearse una farmacia adicional si se sobrepasa dicha proporción, la cual se creará por la fracción superior a 2.000 habitantes, y -cada farmacia deberá respetar una distancia mínima respecto de las farmacias preexistentes, que es, por regla general, de 250 metros.

Sin embargo, y según el fallo de esa sentencia, el artículo 49 TFUE se opone a tal normativa en la medida en que las normas de base de 2.800 habitantes o de 250 metros impidan la creación de un número suficiente de farmacias capaces de garantizar una atención farmacéutica adecuada en las zonas geográficas con características demográficas particulares, lo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.

Asimismo el fallo de esta sentencia añade que el artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 1, apartados 1 y 2, de la Directiva 85/432/CEE del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativa a la coordinación de las disposiciones reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas, y el artículo 45, apartado 2, letras e ) y g), de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, debe interpretarse en el sentido de que se opone a criterios como los recogidos en los puntos 6 y 7, letra c), del anexo del Decreto 72/2001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias, en virtud de los cuales se selecciona a los titulares de nuevas farmacias. La decisión de la Gran Sala del TJCE condicionará la decisión que esta Sala de lo Contencioso Administrativo debe adoptar resolviendo el litigio planteado, pero sin duda también se debe dar respuesta al resto de las pretensiones articuladas en el escrito de demanda y referidas además a otros preceptos y a otras cuestiones distintas.

Efectivamente el Derecho de la Unión, tanto el originario como el derivado, genera derechos subjetivos para los ciudadanos de los Estados miembros al igual que obligaciones directas o de resultado para los propios Estados miembros. No es necesario que en este momento se recuerden los principios básicos sobre los que pivota el Derecho de la Unión, la primacía y el efecto directo, que desde la ya lejana sentencia SIMMENTHAL, de 9 de marzo de 1978, As 106/77, suponen el basamento fundamental para la eficacia del Derecho Comunitario, ahora Derecho de la Unión. Los Jueces nacionales deben actuar como Jueces comunitarios aplicando ese Derecho de la Unión, con el consiguiente efecto directo y con la primacía del mismo, y precisamente en aras de la tutela de esos derechos de raigambre comunitario que también le corresponde tutelar, debe de asumir el contenido de la jurisprudencia del TJCE como fuente de ese Derecho de la Unión sobre todo cuando trae causa en una cuestión prejudicial planteada

por esta Sala, precisamente por las dudas que en su momento se planteaban en orden a la aplicabilidad de unas normas de Derecho interno eventualmente contrarias al Derecho de la Unión.

Así las cosas procederemos a una resolución sistemática y ordenada de las cuestiones planteadas".

El fundamento cuarto de la sentencia se refiere a la impugnación de los artículos 2 y 4 del Decreto 72/2.001 y para resolver como hizo la nulidad de los mismos examina la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, y partiendo de ella decide su nulidad con las peculiaridades que examina, y para ello aduce lo que sigue: "En efecto, este Órgano Judicial tras valorar con detenimiento las alegaciones formuladas por las partes litigantes en este proceso, debe manifestar que en relación a los artículos 2 y 4 del Decreto impugnado, los mismos traen causa en un sistema de apertura de Oficinas de Farmacia que se basa en una adecuada garantía de prestación de la asistencia farmacéutica a la población, planificando y ordenando la apertura de nuevas oficinas de farmacia. Esta planificación se contiene tanto en el artículo 103 de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, como en el artículo 2 de la Ley 16/97, de 25 de abril, de regulación de servicios de oficinas de farmacia, normas éstas en las que se fundamenta la regulación del Decreto impugnado. De acuerdo con estas previsiones, a las que se unen especialmente los artículos 2 y 4 del Decreto litigioso, es la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias la competente para organizar y ordenar la adecuada prestación del servicio farmacéutico a la población, planificando la apertura de Oficinas de Farmacia. En el Derecho de la Unión, la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, regula el reconocimiento de cualificaciones profesionales, y en concreto el artículo 45, el ejercicio de las actividades profesionales del farmacéutico, relacionando la misma con el derecho a la salud y a una adecuada prestación del servicio asistencial farmacéutico a la población. La sentencia del TJCE de 1 de julio de 2010 señala ( apartados 93 y 94) que con arreglo al artículo 168 TFUE, apartado 7, precisado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el vigésimo sexto considerando de la Directiva 2005/36, el Derecho de la Unión no supone merma alguna de la competencia de los Estados miembros para ordenar sus sistemas de seguridad social ni, en particular, para dictar disposiciones encaminadas a organizar servicios sanitarios, tales como las oficinas de farmacia. No obstante, al ejercitar su competencia los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a las libertades fundamentales, puesto que estas disposiciones implican la prohibición de que los Estados miembros establezcan o mantengan en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de dichas libertades en el ámbito de la asistencia sanitaria (véanse, en este sentido, las sentencias Hartlauer, antes citada, apartado 29; de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia, C-531106, Rec. p. 1-0000, apartado 35, y Apothekerkammer des Saarlandes y otros, C-171/07 y C-172/07, Rec. p. 1-0000, apartado 18). No obstante, a la hora de apreciar el respeto de dicha obligación, hay que tener presente que la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado y que corresponde a los Estados miembros decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel. Dado que éste puede variar de un Estado miembro a otro, es preciso reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de septiembre de 2008, Comisión/Alemania, C-141/07, Rec. p. I-6935, apartado 51, y Apothekerkammer des Saarlandes y otros, antes citada, apartado 19).

Junto a esto es evidente que el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, establece una libertad de establecimiento, de forma tal, que prima facie, han de evitarse restricciones a esta libertad de establecimiento. Así han de considerarse restricciones, una normativa nacional que supeditase el establecimiento de una empresa de otro Estado miembro a la expedición de una autorización previa, ya que puede entorpecer el ejercicio, por tal empresa, de la libertad de establecimiento, impidiéndole desarrollar libremente sus actividades a través de un establecimiento permanente. En efecto, dicha empresa podría verse obligada, por una parte, a soportar las cargas administrativas y financieras adicionales que implica cada expedición de tal autorización. Por otra, el sistema de autorización previa excluye del ejercicio de una actividad por cuenta propia a los operadores económicos que no respondan a exigencias predeterminadas cuya observancia condiciona la expedición de esa autorización (véase, en este sentido, la sentencia Hartlauer, apartados 34 y 35). El propio TJCE llega a la conclusión que una regulación como la impugnada, y contenida en los art. 2 y 4 del Decreto asturiano, en la medida que establece unos límites basados en núcleos de población y distancia para ejercer la actividad económica relacionada con la dispensación de fármacos, constituye una restricción de la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 49 TFUE y así lo establece el apartado 60 de la sentencia. También es cierto que el apartado 61 de esta misma sentencia señala que según reiterada jurisprudencia, las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo (sentencias, antes citadas, Hartlauer, apartado 44, y Apothekerkammer des Saarlandes y otros, apartado 25). El apartado 70 de la sentencia reitera que es preciso recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los establecimientos e infraestructuras sanitarios pueden ser objeto de una planificación. Ésta puede comprender una autorización previa para el establecimiento de nuevos prestadores de asistencia, cuando resulta indispensable para colmar posibles lagunas en el acceso a las prestaciones sanitarias y para evitar una duplicidad de estructuras, de forma que se garantice una asistencia sanitaria adaptada a las necesidades de la población, que cubra la totalidad del territorio y que tenga en cuenta las regiones geográficamente aisladas o que de alguna otra manera se hallan en una situación desventajosa (véanse, por analogía, las sentencias de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms, C- 157/99, Rec. p. I-5473, apartados 76 a 80; de 16 de mayo de 2006, Watts, C-372/04, Rec. p. I-4325, apartados 108 a 110, y Hartlauer, antes citada, apartados 51 y 52) para añadir en los apartados 72 y 73 que existen aglomeraciones que pueden ser percibidas por numerosos farmacéuticos como muy rentables y, en consecuencia, más atractivas, como las situadas en las zonas urbanas. En cambio, otras partes del territorio nacional pueden considerarse menos

atractivas, como las zonas rurales, geográficamente aisladas o que de alguna otra manera se hallan en una situación desventajosa.

En estas circunstancias, no puede excluirse que, a falta de toda regulación, los farmacéuticos se concentrasen en las localidades consideradas atractivas, de manera que algunas otras localidades menos atractivas no dispondrían de un número suficiente de farmacéuticos para garantizar una atención farmacéutica segura y de calidad.

En definitiva el TJCE no considera contrario al artículo 49 del Tratado de Funcionamiento una normativa de un Estado miembro que limite la apertura de Oficinas de Farmacia, siempre y cuando se garantice de esa manera una adecuada prestación asistencial farmacéutica de la población.

Así lo concluye en los apartados 80 y 81 y 82 de la sentencia, que señalan que en estas circunstancias, un Estado miembro puede establecer requisitos adicionales destinados a impedir tal concentración, adoptando, por ejemplo, un requisito, como el de los asuntos principales, que impone distancias mínimas entre las farmacias.

En efecto, este requisito permite, por su propia naturaleza, evitar tal concentración y, así, distribuir las farmacias de una manera más equilibrada en el interior de una zona geográfica determinada.

Asimismo, el requisito relativo a la distancia mínima aumenta la certidumbre de los pacientes de que dispondrán de una farmacia próxima y, por consiguiente, de un acceso fácil y rápido a una atención farmacéutica apropiada.

En todo caso se plantea el TJCE si una normativa como la cuestionada por esta Sala a través de la cuestión prejudicial es o no contraria al Derecho de la Unión, planteando si esa limitación por módulos poblacionales o por distancias persigue de forma congruente y sistemática el objetivo de garantizar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad. En este sentido la sentencia de 1 de julio de 2010 de la Gran Sala señala que esos dos requisitos, la población y la distancia, pueden garantizar un racional y adecuado servicio asistencial farmacéutico si valoran elementos geográficos ordinarios, pero ciertamente referidos a valores medios y a indicaciones de carácter global lo que no permitiría tener en consideración determinadas zonas con particularidades demográficas. La propia sentencia se refiere en su apartado 97 a determinadas zonas rurales cuya población esta normalmente dispersa y es menos numerosa, al señalar que esta particularidad puede llevar a que, si el requisito del número mínimo de 2.800 habitantes se aplicase de manera estricta, algunos habitantes interesados se encontrarían fuera del alcance local razonable de una farmacia y se verían así privados de un acceso adecuado a la atención farmacéutica. Lo mismo acontece en relación al criterio de la distancia mínima, ya que podría dar lugar a que no se garantizase un acceso apropiado a la atención farmacéutica en determinadas zonas geográficas de gran concentración demográfica. En efecto, en tales zonas, la densidad de la población alrededor de una farmacia puede sobrepasar claramente el número de habitantes determinado de modo global. En estas circunstancias específicas, la aplicación del requisito de la distancia mínima de 250 metros entre las farmacias podría dar lugar a una situación en la que el perímetro previsto para una única farmacia incluyera a más de 2.800 habitantes "o incluso a más de 4.000 habitantes en el supuesto contemplado en el artículo 2, apartado 3, de la Ley 16/1997. En consecuencia, no cabe excluir que los habitantes de las zonas de tales características puedan encontrar, debido a la aplicación estricta de la norma relativa a la distancia mínima, dificultades para acceder a una farmacia en condiciones tales que permitan garantizar una atención farmacéutica apropiada.

En estas circunstancias el TJCE señala en su sentencia, y además lo traslada a su fallo, que a fin de lograr de forma congruente y sistemática el objetivo de garantizar una atención farmacéutica apropiada en un caso como el descrito en el apartado 99 de la sentencia, las autoridades competentes podrían incluso verse obligadas a interpretar la norma general como una norma que no sólo permite conceder una autorización para la creación de una farmacia a una distancia inferior a los 250 metros en casos excepcionales, sino siempre que la aplicación estricta de la norma general de los 250 metros pueda impedir que se garantice un acceso apropiado a la atención farmacéutica en determinadas zonas geográficas de gran concentración demográfica.

De esta manera, considera el TJCE que corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si las autoridades competentes ejercitan, en el sentido descrito en los apartados 98, 100 y 101 de la sentencia, la facultad que atribuyen tales disposiciones en toda zona geográfica que posea características demográficas particulares y en la que la aplicación estricta de las normas de base de 2.800 habitantes y 250 metros pueda impedir la creación de un número suficiente de farmacias que garanticen una atención farmacéutica apropiada.

Así las cosas y a juicio de esta Sala, la decisión sobre la conformidad a Derecho de los artículos 2 y 4 del Decreto asturiano impugnado parece despejada. En efecto, el TJCE considera que solo sería conforme a Derecho, en este caso al Derecho de la Unión, esa regulación si se da una adecuada prestación asistencial a todas las zonas geográficas, incluso en las de circunstancias demográficas particulares, del servicio farmacéutico. Esta Sala analizando las alegaciones contenidas en el escrito de alegaciones presentado por los recurrentes con fecha 14 de julio de 2000, folio 780 de los autos principales, tiene dudas serias de que esto pueda ser así en el Decreto impugnado. Ya la propia sentencia del TJCE parece establecer con carácter general la necesidad de que la regulación de la apertura de Oficinas de Farmacias considere y valore esas circunstancias particulares. Ciertamente también, la sentencia de la Gran Sala considera que debe ser el Órgano Judicial nacional competente el que verifique si la regulación interna garantiza esa prestación. Esta Sala no rehuye su obligación, pero ciertamente también en el control de legalidad de las disposiciones de carácter general, como es el caso del objeto de este

proceso, le está vedado expresamente por el artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional, la determinación de la forma en la que ha de quedar redactados los preceptos de una disposición de carácter general dictados en sustitución de los que se anulen. La conclusión de lo anterior es que efectivamente, por razón del contenido de la sentencia del TJCE y del prolijo escrito de alegaciones de la parte recurrente ya referido, donde se analiza la estructura demográfica de todos los Concejos Asturianos, no es posible considerar conforme a Derecho los preceptos impugnados que deben ser anulados, siendo la Administración competente, la aquí demandada, la que deba establecer su contenido, en el ejercicio discrecional de su potestad reglamentaria, teniendo en cuenta las consideraciones de esta sentencia y las de la del TJCE. Efectivamente la estructura poblacional del territorio de esta Comunidad Autónoma, con evidente abundancia de núcleos rurales dispersos y que es concretado en el escrito de alegaciones de la parte recurrente Municipio a Municipio, exige ese análisis, y la concreción de las consecuencias que se extraigan le corresponde a la Administración competente en el legítimo ejercicio de sus competencias.

Lógicamente sería viable un control judicial ulterior, sobre exclusivos parámetros de legalidad entre los que estaría la sentencia del TJCE, momento en el que eventualmente se haría efectiva la verificación final de que está adecuadamente garantizada la prestación del servicio".

El fundamento quinto enfrenta la alegación dirigida contra los artículos 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 del Decreto en relación con el "sistema de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas que diseñan los artículos 148 y 149 de la Constitución, al establecer un sistema de concurso público para la asignación de nuevas Oficinas de Farmacia, esta Sala entiende que no se conculcan los preceptos invocados. En primer lugar hemos de señalar que el Decreto impugnado no regula el ejercicio de ninguna profesión, sino el régimen de apertura de Oficinas de Farmacia, sobre la base de un sistema que pretende garantizar adecuadamente la prestación del servicio a través de la ordenación y planificación de la apertura, precisamente desde la libre concurrencia e igualdad de todos los aspirantes, lo que se garantiza a través del sistema de concurso público. El propio Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de septiembre de 2009 ha señalado que aun tras la Ley 16/1997 el sistema de concurso como forma de regular la apertura de oficinas de farmacia es perfectamente viable al ser esta Ley una continuación de la normativa anterior fundamentalmente el Real Decreto Ley 11/96. En segundo lugar, porque el Decreto impugnado desarrolla las ya citadas previsiones de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, y la Ley 16/97, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia, ambas normas de ámbito estatal y sectorial en relación, no al ejercicio de una profesión, sino a la apertura de oficinas de farmacia. En este sentido también es conveniente recordar que los licenciados de (sic) farmacia no tienen limitada su actividad profesional con carácter exclusivo a la dispensa de fármacos en Oficinas de Farmacia y Botiquines. Así pues, este motivo debe decaer".

El fundamento sexto lo dedica la sentencia recurrida a resolver la alegación referida a la tasa que se exige abonar para la participación en los concursos y señala que "la misma esta regulada en el Decreto Legislativo 1/98, de 11 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Tasas y Precios Públicos de Principado de Asturias y cuyo artículo 60.2 se refiere a las Tarifas de las Tasas por tramitación de procedimientos de autorización de Oficinas de Farmacias, norma ésta de rango legal cuya legalidad no es viable denunciar ni controlar en este proceso contencioso administrativo, insistiéndose en que el contenido del Decreto impugnado, ciertamente de carácter reglamentario, reitera lo contenido en aquella norma de rango legal. En todo caso esta Sala ya se ha posicionado en distintas ocasiones en relación con esta cuestión, bastando citar por todas lo contenido en la sentencia de 12 de febrero de 2003, dictada en el P.O. 2591 - 2592/2002, en la que en relación a la necesidad de liquidar una tasa por cada oficina peticionada decíamos que con independencia de la legalidad de la tasa exigida para concursar a cada una de las plazas establecida por disposiciones anteriores en las que se apoya la convocatoria impugnada, y que puede llegar a alcanzar la suma de 2.752.756 pts. (16.544,4 €) en atención al número de plazas a las que concurre, se planteó si la exigencia de la indicada tasa constituye una vulneración al derecho de igualdad.

Sobre este punto, a parte de otras consideraciones de escasa entidad, como que la convocatoria se haga conjunta o separada, posibilidad amparada por el artículo 8 del Decreto 72/2001, en cuanto que las tasas a abonar serían las mismas si concurriese a todas ellas, así como las posibilidades de conocer los aspirantes a las mismas para saber las probabilidades de acceder a alguna de ellas, el verdadero argumento que se aduce lo constituye la posible desigualdad por razones económicas por no respetar la capacidad económica de las aspirantes, así como en relación a otras Comunidades Autónomas en las se exigen unas tasas sensiblemente inferiores que oscilan entre las 10.000 y 15.000 pesetas (60.1 y 90.15 €).

En principio no cabe apreciar trato discriminatorio alguno en cuanto que a todos los aspirantes al concurso se les da un mismo trato, imponiéndoles la misma exigencia de pago de la tasa, sean o no residente de esta Comunidad Autónoma, dándose un trato igual a todos ellos sin causar ninguna desigualdad, situación que los recurrentes entienden que concurre por no apreciarse la situación o capacidad económica de los aspirantes para hacer frente al pago de dicha tasa, lo que les impide concurrir a la convocatoria, alegación que tampoco puede prosperar toda vez que no se trata de ningún trato desigual ante la Ley por razón de la capacidad económica, pues como dice el Letrado del Principado, se trata de una alegación genérica que no acredita respecto a qué aspirantes pudiera afectar y cuando además la capacidad económica debe de considerarse para el pago de impuestos o para el sostenimiento de las cargas públicas, en tanto que ahora nos encontramos ante una tasa que trata de satisfacer el pago de los gastos ocasionados a la Administración, en la que no resulta discriminatoria, a efectos de igualdad ante la Ley, la disponibilidad de mayor o menor cantidad de dinero, ni afecta tampoco al derecho de igualdad la proporcionalidad de la tasa con el del coste del servicio que origina".

Por último el fundamento séptimo se ocupa de la impugnación del anexo del Decreto que contiene el baremo de méritos. Y así en este fundamento afirma que "En este sentido también la sentencia del TJCE se refiere a los apartados 4, 6 y 7 letras a) y c) de mismo. La sentencia considera que los puntos 4 y 7 letras a) y b) no suponen ningún tipo de infracción del Derecho de la Unión. En efecto, por lo que se refiere a la alegación referida a la falta de equidad en el baremo de méritos para computar en el concurso público en relación, por un lado, a los farmacéuticos que hayan sido titulares de una oficina de farmacia en una población superior a 2800 habitantes, de aquellos que lo hayan sido en una localidad de una población inferior, considera esta Sala que se trata de un criterio no discriminatorio en la medida que parece atendible. El TJCE, en la ya varias veces referida sentencia de 1 de julio de 2010, se refiere a esta cuestión y así, tanto en los apartados 85 y 86, como en el 116, considera que uno de los motivos que permiten entender asumibles los criterios de módulo poblacional y de distancias en el otorgamiento de autorización para la apertura de Oficinas de Farmacia es precisamente el incentivo que supone para las zonas consideradas menos atractivas desde el punto de vista poblacional, es decir, de menos de 2800 habitantes, ser primadas con mayor puntuación, ante la perspectiva de poder ser recompensado ulteriormente con la concesión de otras licencias de instalación de nuevas Oficinas de Farmacia en poblaciones mayores. Este criterio aparece en el baremo en el apartado 7 b) como elemento para deshacer empates y en los apartados a) y b) del baremo que valora la experiencia profesional.

Sin duda, que las cosas sean de esta manera, hace que tampoco pueda considerarse disconforme a derecho el hecho de que se valoren de manera distinta los años o periodos de permanencia en uno u otro tipo de Oficina de Farmacia por razón del núcleo de población en el que radica. El argumento manejado por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en su sentencia de fecha 22 de mayo de 2001, que considera discriminatorio esa diferencia de trato, no puede ser compartida por esta Sala de acuerdo con la jurisprudencia de la sentencia del TJCE, a lo que debemos añadir que ese trato desigual se justifica precisamente en elementos racionales, cual es el incentivo en la adecuada cobertura de todos los territorios, para una óptima prestación del servicio, desigualdad que pretende fomentar esa circunstancia y que entra, en consecuencia, dentro de las exenciones que precisamente el Tribunal Constitucional ha declarado razonables o proporcionadas, citándose al efecto y por todas la sentencia 209/88, de 10 de noviembre".

Y añade que la sentencia del TJCE "sí que plantea algún problema en relación con los puntos 6 y 7 apartado c) del anexo, en tanto en cuanto otorgan una diferente puntuación a los aspirantes por razón del lugar de obtención de los méritos profesionales. Considera la Sala que estos criterios privilegian en el proceso de selección a los farmacéuticos que han ejercido su actividad en una parte del territorio nacional, y si bien es cierto que esta discriminación tiene mayores efectos frente a los nacionales del Estado miembro que implanta la normativa, no es menos cierto también que se extiende la desigualdad a farmacéuticos de otros Estados miembros, produciéndose una discriminación contraria al art. 49 del TFUE en relación con el artículo 1 apartados 1 y 2 de la Directiva 85/432/CEE del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativa a la coordinación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas, y el artículo 45 apartado 2 letras e) y g) de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales. Así lo ha señalado, como decimos, la sentencia del TJCE de 1 de julio de 2010. En consecuencia procede estimar el recurso en estos particulares, declarando disconformes a derecho estos apartados del baremo".

TERCERO.- Recurren la sentencia del Tribunal de instancia la Administración del Principado de Asturias, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia, el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España y la Federación Empresarial de Farmacéuticos de España.

Con carácter previo al examen si procede de los recursos planteados frente a la sentencia recurrida, hemos de referirnos a la causa de no admisión de los recursos que esgrimen las recurridas la Sra. Raimunda y la Plataforma para la libre apertura de Farmacias (PLAFARMA), y que fundan en el apartado d) del número 2 del artículo 93 de la Ley de la Jurisdicción, al carecer el recurso manifiestamente de fundamento. Y para ello argumentan que lo que se combate es un Decreto autonómico y, por tanto, esta Sala no debe entrar en el conocimiento del mismo.

Esta causa de no admisión debe rechazarse puesto que el apartado d) que se cita del artículo 93.2 de la Ley de la Jurisdicción, carencia manifiesta de fundamento, y que se vincula a que el objeto del proceso lo constituye la interpretación de una norma de derecho autonómico, en modo alguno se corresponde con esa causa de inadmisión.

La Jurisprudencia de esta Sala vincula la estimación de ese supuesto a los escritos de interposición de los recursos de casación en los que el recurrente se limita a transcribir frente a la sentencia que recurre los argumentos utilizados en la instancia sin efectuar la oportuna crítica de la sentencia, o aquellos otros en los que no existe correlación entre el motivo o motivos del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción que se invocan en el recurso y las infracciones que se denuncian frente a la sentencia que se recurre, o cuando se plantea una cuestión nueva que no se incluyó en la demanda en la instancia, o cuando lo que se pretende, planteado de un modo u otro en el escrito de interposición, es discrepar de la valoración de la prueba que efectuó la Sala de instancia, pero no cuando se alega, como ocurre en este supuesto, que la cuestión se concreta en la interpretación de una norma autonómica cuyo monopolio interpretativo corresponde al Tribunal Superior de Justicia competente para ello en la Comunidad Autónoma en la que se asienta.

En este supuesto no procedería el recurso de casación y la Sala debería dictar Auto de no admisión de haberse preparado el recurso, por no ser la sentencia susceptible de recurso de casación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa. Pero es obvio que no este el caso por que la Sala anula los artículos 2 y 4 y los apartados 6 y 7 c) del Anexo del Decreto 72/2.001, de 19 de julio, del Consejo de Gobierno de Asturias por que los mismos son contrarios a la Ley 14/1986 General de Sanidad, del Real Decreto Ley 11/1.996, la Ley 16/1.997 y la interpretación del artículo 49 del Tratado de la Unión, la Directiva 2.005/36 CE y la Sentencia del TJUE de 1 de julio de 2.010, normas todas ellas que fueron relevantes y determinantes del fallo.

CUARTO.- El Letrado del Principado de Asturias plantea un primer motivo de casación al amparo del apartado c) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción por "Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia" por vulneración del artículo 120.3 de la Constitución y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En síntesis sostiene que la sentencia que recurre no razona por qué concluye que los artículos 2 y 4 del Decreto impugnado establecen módulos poblacionales y distancias mínimas.

Así expresa el motivo que "Estima esta parte que la sentencia objeto del presente recurso de casación vulnera de forma clara los preceptos y la doctrina jurisprudencial citada en la medida en que no razona el porqué de las afirmaciones que le llevan a concluir en el fallo que los artículos 2 y 4 del Decreto 72/2001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias, que establecen unos módulos de población (2.800 ó 2.000 habitantes por oficina de farmacia, según los casos) y una distancia mínima entre farmacias (250 metros), respectivamente, deben ser anulados.

En el fundamento de derecho "Cuarto", penúltimo párrafo, de la sentencia, la Sala sentenciadora se limita a decir, como justificación de la anulación de los citados preceptos reglamentarios que "por razón del contenido de la sentencia del TJCE y del prolijo escrito de alegaciones de la parte recurrente ya referido, donde se analiza la estructura demográfica de todos los Concejos Asturianos, no es posible considerar conforme a Derecho los preceptos impugnados que deben ser anulados", lo cual, a nuestro entender, es no decir nada, ya que en el presente caso lo que procedía que dijera la sentencia era algo tan imprescindible como en qué concretos concejos asturianos el módulo de población o la distancia entre farmacias establecidos en el Decreto 72/2001 no garantiza una adecuada asistencia farmacéutica a la población, que es ciertamente lo que exige el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para justificar el actual sistema español de planificación farmacéutica mediante módulos poblacionales o distancias mínimas entre oficinas de farmacia, por lo que, al final, la Administración del Principado se ha quedado sin conocer la verdadera razón por la que su sistema de módulos de población y distancias establecido en los preceptos anulados no es conforme a Derecho, produciéndose con ello no solo la actual situación de indefensión (¿Cómo puede la Administración del Principado defenderse contra algo que desconoce?) sino, además, la más absoluta inseguridad jurídica de cara a dictar, "en el ejercicio discrecional de su potestad reglamentaria" "como se dice en el párrafo de la sentencia al que nos referimos- una nueva regulación de los elementos del sistema de planificación farmacéutica anulados".

A lo anterior oponen las recurridas toda la Jurisprudencia de este Tribunal acerca de la motivación de la sentencia citando la sentencia de 7 de julio de 2.004 y la Doctrina del Tribunal Constitucional de la que citan la sentencia 13/2.001 de 29 de enero.

A lo que añade que la sentencia se encuentra debidamente motivada expresando los motivos por los que anula los artículos 2 y 4 del Decreto. Y así dice que "son resultado del reconocimiento del efecto directo y la supremacía del derecho europeo y el claro sentido de la sentencia del TJUE de 1 de junio de 2010, que supedita la validez de la planificación a que con la misma se dé una adecuada prestación asistencial a todas las zonas geográficas, incluso en las de circunstancias demográficas particulares, habiendo contrastado que pese a existir tales zonas demográficas en Asturias, no se ha regulado ninguna excepción a la norma para su protección, por lo que la aplicación estricta de la norma general es lo que ha provocado que carezcan de una adecuada atención farmacéutica.

Sin que en ningún caso le sea exigido que determine los concretos municipios en los que entiende que tal correcta atención farmacéutica no se produce".

Este motivo no puede estimarse. Esta Sala ha hecho suya en su Jurisprudencia la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en relación con el deber de los Jueces y Tribunales de motivar sus sentencias, dando a sí cumplimiento al deber que impone el artículo 120.3 de la Constitución y que expresa que "las sentencias serán siempre motivadas". En definitiva esa motivación obedece a una doble finalidad exteriorizar el fundamento de la decisión, haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada aplicación de la Ley, y permitir su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio de los recursos. Cumplir con ese deber no impone al órgano judicial realizar un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que basta con que el Juzgador exprese las razones jurídicas en las que se apoya para tomar su decisión, de modo que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión, esto es, la "ratio decidendi" que determina aquélla.



Y sin duda en este supuesto la sentencia cumple suficientemente con esos dos parámetros que le son exigibles; ya que, por un lado, exterioriza el fundamento de la decisión, haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada aplicación de la norma, y, por otro, permite el control jurisdiccional mediante el ejercicio en este caso del recurso de casación. Cuestión distinta es que quien recurre no considere satisfactoria la motivación, pero eso no significa que la misma no exista, y no sea conforme al canon que resulta exigible de acuerdo con el mandato constitucional que reflejan los artículos 248.3 de la Ley Orgánica del Poder judicial y 218.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- Por obvias razones de método en la resolución de los recursos planteados frente a la sentencia recurrida, examinaremos ahora los motivos que acogidos al apartado c) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción mantiene, en número de tres, el recurso del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España. Uno de ellos se refiere a la defectuosa motivación de la sentencia lo que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 24 de la Constitución.

Según expresa el escrito de interposición es defectuosa la motivación porque la misma consiste en la convicción que obtiene el Tribunal acerca de la deficiente atención farmacéutica que por razones geográficas y demográficas reciben algunos ciudadanos del Principado de Asturias, y por que al impugnarse un Decreto el mismo como tal no precisa motivación, puesto que es fruto de la potestad que posee la Administración para dictar disposiciones generales.

Para rechazar este motivo bastaría con reiterar lo expuesto al rechazar el primer motivo aducido por la Administración recurrida, que planteó si bien no en términos idénticos pero si similares, la falta de motivación de la sentencia.

La sentencia en los términos allí expuestos está suficientemente motivada. Y en relación con lo alegado en este motivo la respuesta que ofreció la sentencia no expresa la simple convicción de la Sala en relación con la asistencia a determinados habitantes de Asturias y a las prestaciones farmacéuticas que reciben como consecuencia de los núcleos en que habitan y el número de personas que los componen, sino que la sentencia se remite a un documento que aportado por los recurrentes en la instancia aparecía en los folios 780 y siguientes de los autos y de los que extrajo, bien es cierto que sin explicarlo suficientemente, que no era posible considerar conforme a Derecho los artículos del Decreto que anuló, pretendiendo que fuera la Administración autonómica quien extrajera las consecuencias precisas para corregir la situación que propiciaban esos preceptos, en el sentir de la Sala, y ello en el ejercicio legítimo de sus competencias.

También en este recurso del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España se deduce como motivo primero el que se plantea al amparo del mismo apartado c) y ordinal primero del artículo 88 de la Ley 29/1.998, y en el que se denuncia el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia por la incongruencia en que incurre la misma vulnerando de ese modo los artículos 67.1 de la Ley citada y 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 67.1 de la Ley de la Jurisdicción dispone que "la sentencia (...) decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso" y el artículo 218. 1 y 3, aunque se cite el 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se refiere entre otros aspectos a la congruencia de la sentencia, expresa en el primero de sus números que la sentencia "decidirá todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate" y en el 3 dispone que en la misma "cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el Tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos". Y considera el motivo insistiendo en la idea que anticipó en el anterior, que la sentencia consideró que el Decreto se opone al Tratado de la Unión en la medida en que el número de habitantes que justifica la existencia de una farmacia y la distancia mínima que se debe respetar entre ellas no era suficiente para garantizar la asistencia farmacéutica en determinadas zonas, y partiendo de esa idea y sin practicar prueba alguna declaró nulos los preceptos 2 y 4 del Decreto.

En este supuesto si hemos de remitirnos sin más, a los argumentos expuestos para rechazar el motivo anterior, porque la sentencia no incurrió en la pretendida incongruencia, puesto que sí resolvió sobre la cuestión que se le planteó en relación con los preceptos impugnados y que anuló.

Por último el Consejo General recurrente en su recurso, y al amparo del apartado c) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción considera que la sentencia incurrió en un error patente, infringiendo de ese modo el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puesto que anuló los artículos 2 y 4 del Decreto, pero mantuvo otros de contenido equivalente, incurriendo en ese error que denuncia, y que vincula a que la sentencia no tomó en consideración lo dispuesto en el artículo 1 del mismo Decreto impugnado.

Tampoco este motivo puede estimarse. No es posible aceptar que la sentencia recurrida incurriera en un error patente, y que de existir, el mismo tuviera relevancia constitucional que afectase al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Esta Sala mantiene una Jurisprudencia consolidada acerca del error patente en que puede incurrir una sentencia, de la que son exponentes sentencias de esta Sección Cuarta como las de 28 de septiembre de 2.010, recurso de

casación 803/2.008 y 4 de mayo de 2.011, recurso de casación núm. 764/2.007 en las que hemos afirmado que "en lo relativo al deber de motivación con base en las reglas de la lógica y la razón incorporado al art. 218.2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que "para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente con relevancia constitucional ( STC 7/2005, de 17 de enero, 66/2005, de 14 de marzo ). Error patente que para tener relevancia constitucional nos recuerda la STC 6/2006, de 16 de enero, con cita de STC 245/2005, de 10 de octubre, no solo ha de ser verificable de forma incontrovertible sino que ha de constituir el soporte básico de la decisión y producir efectos negativos en la esfera jurídica del recurrente. Se trata pues de una institución relacionada con aspectos de carácter fáctico ( STC 42/2006, de 13 de febrero, 15/2006, de 16 de enero ). Pues, el derecho a la tutela judicial efectiva no llega siquiera a garantizar el acierto de la resolución adoptada en cada caso ( STC 7/2006, de 16 de enero )."

Partiendo de esas premisas, amén de que el motivo no precisa suficientemente en qué pudo consistir el error que denuncia, es lo cierto que de la sentencia no se puede deducir que existiera ese error por que como se afirma ignorase el contenido del artículo 1 del Decreto 72/2.001. No hay en ese hecho relevancia fáctica que produzca ese error que se imputa a la sentencia, sino que lo existe es una ausencia de relación entre el contenido de unos preceptos y el que se dice ignorar; pero de la no vinculación por la sentencia de unos con otros no se deduce el error patente que se dice existe, sino una falta de consideración de esa relación de la cual no puede deducirse el error sin que tampoco pueda considerarse que incurriera en una decisión arbitraria o carente de lógica, sin perjuicio de que en hipótesis pudiera resultar errónea.

Siguiendo con los motivos que las recurrentes oponen a la sentencia objeto de recurso al amparo del apartado c) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la jurisdicción el recurso que plantea la Federación Empresarial de Farmacéuticos de España otros dos a los que es preciso dar respuesta. El primero de ellos considera que la sentencia incurrió en el vicio de falta de motivación invocando, igualmente, los artículos 120.3 de la Constitución y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Según el motivo la sentencia no explica porque anula los artículos 2 y 4 del Decreto y no es suficiente con que exprese que tiene dudas serias que los mismos permitan mantener la debida atención farmacéutica la población asturiana en la que existen numerosos núcleos de población dispersos.

Y añade que de ahí resulta un efecto perverso de la sentencia porque se anula un concurso destinado a que se abrieran más farmacias y se consigue que se anulen las abiertas.

Este motivo obliga para su desestimación a trasladar aquí lo que expusimos para rechazar el primero de los motivos del recurso del Principado de Asturias puesto que como allí declaramos la sentencia estaba motivada y sus razones bastaban para cumplir con esa obligación constitucional y legal en tanto que ya que, por un lado, exteriorizó el fundamento de la decisión, haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada aplicación de la norma, y, por otro, permitía el control jurisdiccional mediante el ejercicio en este caso del recurso de casación. Cuestión distinta es que quien recurre no considere satisfactoria la motivación, pero eso no significa que la misma no exista, y no sea conforme al canon que resulta exigible de acuerdo con el mandato constitucional que reflejan los artículos 248.3 de la Ley Orgánica del Poder judicial y 218.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y el segundo de esos motivos debe igualmente rechazarse en tanto que plantea la falta de legitimación de la demandante en cuanto a la anulación del concurso y la infracción de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo sobre legitimación activa. Son dos las razones para ello; la primera que esa cuestión no se planteó en la instancia y por lo tanto no puede traerse a un motivo de casación, y la segunda por que el motivo se plantea utilizando indistintamente el apartado c ) y d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, vulnerando de ese modo la especificidad de los motivos que se exige en este recurso extraordinario.

SEXTO.- De igual modo que en los fundamentos cuarto y quinto de esta sentencia hemos resuelto los motivos que las partes recurrentes plantearon al amparo del apartado c) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, procederemos ahora a resolver, también, conjuntamente, los motivos que las partes recurrentes formulan acogiéndose al apartado d) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate".

Así el segundo de los motivos que plantea la Administración del Principado frente a la sentencia recurrida considera que la misma infringe por aplicación indebida el artículo 49 del Tratado de la Unión Europea por que entiende que los módulos poblacionales y distancias que establece el Decreto que constituyó el objeto del proceso en la instancia suponen una restricción al libre establecimiento, de modo que la sentencia no ha aplicado correctamente el derecho de la Unión, ya que el mismo según declara la sentencia del TJUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa que establezca límites a las autorizaciones de farmacias consistentes en que en cada zona solo puede crearse una farmacia por cada 2.800 habitantes y una más por cada fracción superior a 2.000 habitantes, o la obligación de respetar una distancia mínima de 250 metros entre farmacias.

Y añade que, sin embargo, la sentencia concluye sin explicación alguna que el sistema de módulos de población y distancias mínimas establecidos en los artículos 2 y 4 del Decreto deja fuera de la asistencia farmacéutica a los

habitantes de poblaciones inferiores a esa cifra o la distancia mínima de 250 metros conlleva una atención inapropiada en zonas densamente pobladas de modo que el Tribunal no ha aplicado correctamente el Derecho comunitario en el que pretende fundamentar su fallo.

Y también por la Administración del Principado de Asturias se introduce un tercer motivo con el mismo amparo que el precedente, que considera infringida la Ley 16/1.997 (que desarrolló el Decreto 72/2.001 recurrido) que en el artículo 2 fija los 2.800 habitantes para la apertura de una nueva oficina de farmacia y en el apartado 4 la distancia de 250 metros entre las oficinas existentes y las de nueva instalación, mientras que anula esos preceptos del Decreto sin referirse a ningún tipo de reparo en relación con la Ley.

Por su parte el recurso del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia plantea también un segundo motivo en iguales términos del apartado d) en tanto que considera que la sentencia infringe el artículo 49 del Tratado y la jurisprudencia que lo interpreta.

Según el motivo el Decreto no impide la creación por la Administración de un número suficiente de farmacias capaces de garantizar una atención farmacéutica adecuada, puesto que de acuerdo con lo establecido por los artículos 1, 2 y 4 de esa disposición es posible tomar en consideración las circunstancias demográficas con esas normas básicas que contiene el Decreto.

Añade que es en el momento de aplicación concreta del Decreto cuando se ha de verificar si la Administración garantiza a la población la asistencia farmacéutica precisa y adecuada, sin que se pueda afirmar sin más que con el Decreto no es posible prestar esa asistencia.

E idéntico es el motivo tercero del recurso del Colegio valenciano de farmacéuticos que también invoca el artículo 2 de la Ley 16/1.997 que habilita al Decreto para hacer lo que estableció.

Por su parte el recurso del Consejo General de Colegios de Farmacéuticos de España en el tercero de sus motivos se refiere a la infracción de la Jurisprudencia de esta Sala por incurrir el Decreto en ilegalidad omisiva al no ocuparse de situaciones que sí podrían ser contrarias al artículo 49 del Tratado si como consecuencia de la distancia entre farmacias y los módulos de población establecidos, en zonas demográficas particulares no hubiera suficiente número de farmacias que garantizaran la asistencia suficiente a los residentes en las mismas.

En definitiva la sentencia anula esos preceptos no por lo que dicen sino por lo que omiten.

Un último motivo de ese recurso sostiene que la sentencia recurrida infringe la dictada por el TJUE. La sentencia se ha limitado a compartir la opinión de los recurrentes que se plasmó en el escrito de alegaciones a que se refiere la misma sin haber verificado las circunstancias concurrentes.

Y por último el recurso de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE) contiene un primer motivo al amparo del apartado d) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción el que achaca a la sentencia la infracción de los artículos 2.1 2.2 de la Ley 16/1.997 y la STJU de 1 de julio de 2.010, en los apartados 96, 98, 100 y 101.

SÉPTIMO.- Estos motivos deben prosperar. La sentencia de instancia examina con el debido detenimiento las alegaciones de las partes, así lo expresa al iniciar la reflexión que efectúa a lo largo del muy amplio fundamento cuarto de la misma, y, de igual modo, se detiene en el contenido de los fundamentos y en el Fallo de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, Gran Sala, de 1 de julio de 2.010.

De ese fundamento extraemos las razones que la sentencia de instancia consideró esenciales para interpretando la sentencia del TJU y el Fallo de la misma, y poniéndola en relación con el Decreto asturiano 72/2.001 impugnado, le llevaron a anular los artículos 2 y 4 de aquél.

Así la sentencia recurrida afirma lo que sigue: "En este sentido la sentencia de 1 de julio de 2010 de la Gran Sala señala que esos dos requisitos, la población y la distancia, pueden garantizar un racional y adecuado servicio asistencial farmacéutico si valoran elementos geográficos ordinarios, pero ciertamente referidos a valores medios y a indicaciones de carácter global lo que no permitiría tener en consideración determinadas zonas con particularidades demográficas. La propia sentencia se refiere en su apartado 97 a determinadas zonas rurales cuya población esta normalmente dispersa y es menos numerosa, al señalar que esta particularidad puede llevar a que, si el requisito del número mínimo de 2.800 habitantes se aplicase de manera estricta, algunos habitantes interesados se encontrarían fuera del alcance local razonable de una farmacia y se verán así privados de un acceso adecuado a la atención farmacéutica. Lo mismo acontece en relación al criterio de la distancia mínima, ya que podría dar lugar a que no se garantizase un acceso apropiado a la atención farmacéutica en determinadas zonas geográficas de gran concentración demográfica. En efecto, en tales zonas, la densidad de la población alrededor de una farmacia puede sobrepasar claramente el número de habitantes determinado de modo global. En estas circunstancias específicas, la aplicación del requisito de la distancia mínima de 250 metros entre las farmacias podría dar lugar a una situación en la que el perímetro previsto para una única farmacia incluyera a más de 2.800

habitantes "o incluso a más de 4.000 habitantes en el supuesto contemplado en el artículo 2, apartado 3, de la Ley 16/1997. En consecuencia, no cabe excluir que los habitantes de las zonas de tales características puedan encontrar, debido a la aplicación estricta de la norma relativa a la distancia mínima, dificultades para acceder a una farmacia en condiciones tales que permitan garantizar una atención farmacéutica apropiada.

En estas circunstancias el TJCE señala en su sentencia, y además lo traslada a su fallo, que a fin de lograr de forma congruente y sistemática el objetivo de garantizar una atención farmacéutica apropiada en un caso como el descrito en el apartado 99 de la sentencia, las autoridades competentes podrían incluso verse obligadas a interpretar la norma general como una norma que no sólo permite conceder una autorización para la creación de una farmacia a una distancia inferior a los 250 metros en casos excepcionales, sino siempre que la aplicación estricta de la norma general de los 250 metros pueda impedir que se garantice un acceso apropiado a la atención farmacéutica en determinadas zonas geográficas de gran concentración demográfica.

De esta manera, considera el TJCE que corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si las autoridades competentes ejercitan, en el sentido descrito en los apartados 98, 100 y 101 de la sentencia, la facultad que atribuyen tales disposiciones en toda zona geográfica que posea características demográficas particulares y en la que la aplicación estricta de las normas de base de 2.800 habitantes y 250 metros pueda impedir la creación de un número suficiente de farmacias que garanticen una atención farmacéutica apropiada.

Así las cosas y ajuicio de esta Sala, la decisión sobre la conformidad a Derecho de los artículos 2 y 4 del Decreto asturiano impugnado parece despejada. En efecto, el TJCE considera que solo sería conforme a Derecho, en este caso al Derecho de la Unión, esa regulación si se da una adecuada prestación asistencial a todas las zonas geográficas, incluso en las de circunstancias demográficas particulares, del servicio farmacéutico. Esta Sala analizando las alegaciones contenidas en el escrito de alegaciones presentado por los recurrentes con fecha 14 de julio de 2000, folio 780 de los autos principales, tiene dudas serias de que esto pueda ser así en el Decreto impugnado. Ya la propia sentencia del TJCE parece establecer con carácter general la necesidad de que la regulación de la apertura de Oficinas de Farmacias considere y valore esas circunstancias particulares. Ciertamente también, la sentencia de la Gran Sala considera que debe ser el Órgano Judicial nacional competente el que verifique si la regulación interna garantiza esa prestación. Esta Sala no rehuye su obligación, pero ciertamente también en el control de legalidad de las disposiciones de carácter general, como es el caso del objeto de este proceso, le está vedado expresamente por el artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional, la determinación de la forma en la que ha de quedar redactados los preceptos de una disposición de carácter general dictados en sustitución de los que se anulen. La conclusión de lo anterior es que efectivamente, por razón del contenido de la sentencia del TJCE y del prolijo escrito de alegaciones de la parte recurrente ya referido, donde se analiza la estructura demográfica de todos los Concejos Asturianos, no es posible considerar conforme a Derecho los preceptos impugnados que deben ser anulados, siendo la Administración competente, la aquí demandada, la que deba establecer su contenido, en el ejercicio discrecional de su potestad reglamentaria, teniendo en cuenta las consideraciones de esta sentencia y las de la del TJCE. Efectivamente la estructura poblacional del territorio de esta Comunidad Autónoma, con evidente abundancia de núcleos rurales dispersos y que es concretado en el escrito de alegaciones de la parte recurrente Municipio a Municipio, exige ese análisis, y la concreción de las consecuencias que se extraigan le corresponde a la Administración competente en el legítimo ejercicio de sus competencias.

Lógicamente sería viable un control judicial ulterior, sobre exclusivos parámetros de legalidad entre los que estaría la sentencia del TJCE, momento en el que eventualmente se haría efectiva la verificación final de que está adecuadamente garantizada la prestación del servicio".

Y tras realizar esas afirmaciones lleva al Fallo, como hemos anticipado, la declaración de nulidad de pleno derecho de los artículos 2 y 4 del Decreto.

Pues bien la sentencia objeto de recurso parte de que el TJUE no considera contrario al artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión una normativa de un Estado miembro que limite la apertura de Oficinas de Farmacia, siempre y cuando se garantice de esa manera una adecuada prestación asistencial farmacéutica de la población. Y así resulta de los apartados 80, 81 y 82 de la sentencia en la que se apoya, que se refieren a la existencia del establecimiento de distancias mínimas entre oficinas de farmacia, lo que permite la concentración de éstas en una zona geográfica distribuyendo de una manera más equilibrada las que se establecen en la zona, y aumenta la certeza de los enfermos de que dispondrán de una farmacia próxima, y, por ello, de un acceso fácil y rápido a la atención farmacéutica apropiada.

Y lo mismo ocurre con el otro límite que el Decreto establece y que es el relativo al número mínimo de habitantes para autorizar la instalación de una oficina de farmacia que se fija en un módulo de 2.800, y permite la instalación de una nueva oficina de farmacia por fracción superior a 2.000 habitantes.

De ahí la sentencia del TJUE, como recoge la recurrida, deduce que una normativa como la del Decreto controvertido, es adecuada, en principio, para alcanzar el objetivo de garantizar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad, pero añade que es necesario que la manera en que dicha normativa persigue el referido fin no sea incongruente. Y para cerciorarse de esa congruencia, y tras señalar que se supone que los dos requisitos que establece el Decreto, población y distancia, garantizan un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad sobre la base de indicaciones de carácter global que tienen en

cuenta necesariamente elementos demográficos ordinarios, considerados como una media, deduce que si el requisito del número mínimo de 2.800 habitantes se aplicase de manera estricta, algunos habitantes se encontrarían fuera del alcance razonable de una farmacia y se verían así privados de un acceso adecuado a la atención farmacéutica.

Por ello la sentencia de la Gran Sala del TJUE se remite a la norma nacional española constituida por la Ley 16/1.997, de 25 de abril, de regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia cuyo artículo 2, apartado 3, párrafo segundo, dispone que "las Comunidades Autónomas podrán establecer módulos de población inferiores para las zonas rurales, turísticas, de montaña, o aquéllas en las que, en función de sus características geográficas, demográficas o sanitarias, no fuese posible la atención farmacéutica aplicando los criterios generales" y ello para que las farmacias que se sitúen en esas zonas particulares sean más accesibles para el segmento de la población que la rodea.

Y en relación con el requisito de la distancia al que se refiere el artículo 4 del Decreto y que se determina con carácter general en 250 metros con independencia de la zona farmacéutica a la que pertenezcan, también la sentencia del TJU, párrafo 99, alerta que en zonas de gran concentración de población el estricto cumplimiento de ese límite de distancia puede constituir una dificultad para acceder a una farmacia en condiciones que permitan garantizar una atención farmacéutica apropiada, por lo que en el párrafo siguiente, y con remisión de nuevo a la Ley 16/1.997, afirma que esa dificultad puede atenuarse mediante la flexibilización que ofrece el artículo 2, apartado 4 de la Ley citada que permite que "las Comunidades Autónomas, en función de la concentración de la población, podrán autorizar distancias menores entre las mismas".

Dicho cuanto antecede es a partir de ahí, cuando la sentencia de la Sala de instancia yerra al obtener las consecuencias que extrae de la sentencia del TJU cuando concluye en el fundamento de Derecho cuarto, afirmando que tiene serias dudas de que el Decreto recurrido a través de lo que dispone en los artículos 2 y 4 pueda favorecer una adecuada prestación asistencial a todas las zonas geográficas, incluso en las de circunstancias demográficas particulares, del servicio farmacéutico.

Y por ello, y tras examinar el documento aportado por los recurrentes donde se analiza la estructura demográfica de todos los Concejos Asturianos que aparece a los folios 780 y siguientes del expediente, concluye que los artículos 2 y 4 del Decreto deben ser anulados. E interpreta la expresión que el párrafo 102 de la sentencia del TJU contiene de que corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si las autoridades competentes ejercitan, en el sentido descrito en los apartados 98, 100 y 101 de la sentencia, la facultad que atribuyen tales disposiciones en toda zona geográfica que posea características demográficas particulares y en las que la aplicación estricta de las normas de base de 2.800 habitantes y 250 metros pueda impedir la creación de un número suficiente de farmacias que garanticen una atención farmacéutica apropiada, afirmando que es la Administración demandada la que debe establecer su contenido, en el ejercicio discrecional de su potestad reglamentaria, sin perjuicio de un ulterior control judicial que verificaría si está adecuadamente garantizada la prestación del servicio.

OCTAVO.- Por el contrario de la adecuada interpretación de la sentencia del TJUE y del Decreto 72/2.001 del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias que como expone en su preámbulo desarrolló la Ley 16/1.997, de 23 de abril, "que es de referencia en aquellos ámbitos territoriales en los que, como Asturias, no han promulgado norma de rango legal en la materia", los artículos 2 y 4 del citado Decreto son conformes a Derecho. Y lo son porque se ajustan a la Ley 16/1.997, plenamente constitucional, Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de junio de 2.003, y por que respetan tanto los módulos de población previstos en la Ley que autorizan que en cada zona farmacéutica exista una oficina de farmacia de acuerdo con el módulo de 2.800 habitantes y que una vez superada esta proporción permiten una nueva farmacia por fracción superior a 2.000 habitantes. Mandato que completa ese artículo 2 en su párrafo segundo, cuando afirma que en todas las zonas básicas de salud y en todos los concejos podrá existir al menos una oficina de farmacia. Ello sin olvidar que el artículo 1 del Decreto que se refiere a la zonificación en su número 1 segundo párrafo, afirma que cuando se trate de zonas especiales de salud la zona farmacéutica coincidirá con el concejo, mandato que se integra con el artículo 2.2 cuando manifiesta que en todas las zonas básicas de salud y en todos los concejos podrá existir al menos una oficina de farmacia.

Y todo ello atendiendo, igualmente, al artículo 1 número 2 del Decreto, que autoriza al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma a propuesta del titular de la Consejería competente en materia de farmacia a agrupar o disgregar las zonas básicas de salud para la creación de zonas farmacéuticas teniendo en cuenta criterios de densidad o dispersión de la población, así como las necesidades de atención farmacéutica. Precepto que también debe tenerse en cuenta para llevar a cabo una interpretación integradora de la norma concernida.

Y por lo que hace al requisito de distancia mínima del que se ocupa el artículo 4 del Decreto 72/2.001 el mismo señala en su número 1 como distancia mínima, con carácter general, entre los locales de oficina de farmacia el de 250 metros, independientemente de la zona farmacéutica a la que pertenezcan.

Todo ello sin perjuicio de la habilitación que la Ley 16/1.997, en la que se inspira el Decreto cuestionado, otorga a las Comunidades Autónomas en el artículo 2 para reducir los módulos de población a cifras inferiores para las zonas rurales, turísticas, de montaña, o aquéllas en las que, en función de sus características geográficas, demográficas o sanitarias, no fuese posible la atención farmacéutica aplicando los criterios generales y de reducir la distancia de 250 metros entre farmacias en función de la concentración de la población.

En consecuencia procede estimar los motivos de casación alegados por las recurrentes al amparo del apartado d) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción enunciados en el inicio del fundamento de Derecho sexto de esta sentencia, casando la sentencia recurrida que se declara sin ningún valor ni efecto en cuanto declaró nulos los artículos 2 y 4 del Decreto 72/2.001 del Principado de Asturias.

NOVENO.- Casada la sentencia recurrida procede que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2.d) esta Sala ahora en funciones de Tribunal de instancia, resuelva "lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate". Y de este modo y trasladando a este lugar lo expuesto en el fundamento de Derecho octavo, declaramos la conformidad a Derecho de los artículos 2 y 4 del Decreto 72/2.001, del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en esa Comunidad Autónoma.

DÉCIMO.- Al estimarse los recursos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la jurisdicción no procede hacer expresa condena en costas.

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD

EL REY

Y POR LA POTESTAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN

### **FALLAMOS**

Ha lugar a los recursos de casación interpuestos bajo el **núm. 828/2.011**, por las representaciones procesales de la Administración del Principado de Asturias, del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España, del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia y de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles, (FERE) frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, de treinta de noviembre de dos mil diez, pronunciada en el recurso contencioso administrativo n.º 1.316/2.002, interpuesto por la representación procesal de D. Higinio y D.ª Raimunda, contra la Resolución del Consejero de Salud y Servicios Sanitarios del Gobierno del Principado de Asturias, de fecha 14 de junio de 2002, por la que convocó concurso para la autorización de oficinas de farmacia, así como contra el Decreto 72/2.001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias que **casamos**, y declaramos nula y sin ningún valor ni efecto en cuanto declaró nulos de pleno derechos los artículos 2 y 4 del Decreto 72/2.001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias.

Desestimamos el recurso contencioso administrativo núm. 1316/2.002 interpuesto por el Procurador de los Tribunales D.ª Margarita Roza Mier en nombre y representación de D. Higinio y D.ª Raimunda interpuesto contra el Decreto 72/2.001 de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias en cuanto solicitó la nulidad de los artículos 2 y 4 del citado Decreto que declaramos conformes a Derecho. Y lo estimamos en parte y declaramos la nulidad de los apartados 6 y 7 c) del Anexo del mismo que establece el baremo de méritos para el acceso a la titularidad de oficinas de farmacia, así como la nulidad de la resolución del Ilmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales del Gobierno del Principado de Asturias de 14 de junio de 2.002, en la medida que infringe los preceptos y apartados del baremo de méritos declarados nulos por la sentencia de la Sala recaída en el PO n.º 771/2002. Y todo ello sin hacer expresa condena en costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Don Santiago Martínez-Vares García, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.