

**Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2022
(rec.44/2020)**

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: CUARTA

Auto núm. /

Fecha del auto: 18/05/2022

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Nº : REC.ORDINARIO(c/d)-44/2020

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Procedencia: T. SUPREMO SALA 3A. SECCIÓN 4A.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina
López

Transcrito por:

Nota:

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Num.: REC.ORDINARIO(c/d) - 44/ 2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina
López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: CUARTA

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 18 de mayo de 2022.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

HECHOS

PRIMERO.- El procurador don Ramiro Reynolds Martínez, actuando en nombre y representación del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, solicitó a la Sala la suspensión cautelar de la *Disposición Adicional 6ª del Real Decreto 1345/2007*

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La representación procesal del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos solicita la suspensión cautelar de la *disposición adicional 6ª del Real Decreto 1345/2007*. Dicho precepto, junto a otros del propio texto reglamentario, ha sido objeto de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la misma parte que ahora solicita la adopción de la suspensión cautelar. Ese recurso contencioso-administrativo, una vez concluida su tramitación, fue señalado para deliberación y fallo. En ese momento, tras examinar el asunto, esta Sala apreció la existencia de dudas fundadas sobre la compatibilidad de varios de los preceptos recurridos con el Derecho de la Unión Europea. Por ello, oídas las partes, mediante auto de 12 de julio de 2021 acordó plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El juicio de esta Sala sobre la validez o la invalidez de la *disposición adicional 6ª del Real Decreto 1345/2007*, en pocas palabras, está sólo pendiente de la sentencia que dicte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Aún de manera preliminar, conviene recordar que la *disposición adicional 6ª del Real Decreto 1345/2007* prevé que, en caso de no alcanzarse un acuerdo para la integración del Nodo SNSFarma en el repositorio nacional, el Ministerio de Sanidad podrá establecer la puesta en marcha del citado Nodo SNSFarma mediante orden ministerial.

SEGUNDO.- El hecho determinante de la solicitud de suspensión cautelar es que el Ministerio de Sanidad tiene muy avanzado el procedimiento de elaboración de una orden ministerial que, si fuese definitivamente aprobada, comportaría la integración del Nodo SNSFarma en el repositorio nacional de manera unilateral y autoritativa. Según la recurrente, ello supondría un perjuicio económico para las oficinas de farmacia, que deberían afrontar el coste de las adaptaciones técnicas inherentes a dicha integración; y supondría, asimismo, que el Ministerio de Sanidad tendría acceso a información para la que no dispone de suficiente base normativa. A ello añade que la aprobación de la mencionada orden ministerial, en los términos previstos, pondría en riesgo la plena eficacia de una eventual sentencia que concluyese

que la creación de un segundo nodo de titularidad pública no es compatible con el Derecho de la Unión Europea.

Observa la recurrente que, según se desprende de las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento administrativo, la razón que el Ministerio de Sanidad aduce para justificar la aprobación de una orden ministerial como la proyectada es su necesidad de disponer de datos estadísticos sobre todos los medicamentos que se dispensan. Esta justificación, siempre según la recurrente, es distinta de la invocada en la contestación a la demanda, donde se insiste en la necesidad de que haya un segundo nodo de titularidad pública para la adecuada gestión de los pagos y devoluciones del gasto farmacéutico del Sistema Nacional de Salud. Y es diferente también de la finalidad buscada por la norma europea, que consiste en evitar que en los Estados miembros se dispensen medicamentos no homologados ni autorizados.

Con respecto a la previsión legal de que la suspensión cautelar de preceptos reglamentarios -como es, sin duda, la *disposición adicional 6ª del Real Decreto 1345/2007* - sólo puede solicitarse en los escritos de interposición del recurso contencioso-administrativo y de demanda (*art. 129.2 LJCA*), la recurrente argumenta que no lo hizo en su momento porque el supuesto de hecho de la citada disposición adicional 6ª es condicional; y, dado que entonces esa condición no se había cumplido, una solicitud de suspensión cautelar habría sido probablemente rechazada por prematura. A partir de aquí aduce algunos precedentes en que esta Sala, habida cuenta de circunstancias excepcionales, ha acordado la suspensión cautelar de un precepto reglamentario con posterioridad a la demanda. Y subraya que, en todo caso, el límite temporal del *art. 129.2 LJCA* no opera allí donde es aplicable el Derecho de la Unión Europea, pues en tal caso las condiciones para otorgar o denegar la tutela cautelar no son las previstas en la legislación nacional, sino las dimanantes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TERCERO.- En cuanto al escrito del Abogado del Estado oponiéndose a la suspensión cautelar solicitada, debe destacarse que no niega el hecho de que se está elaborando una orden ministerial en el sentido indicado por la recurrente, ni que la justificación dada para ello es la necesidad de disponer de datos estadísticos.

El Abogado del Estado tampoco niega que la admisibilidad en este momento procesal de la solicitud de suspensión cautelar podría no venir determinada por el *art. 129.2 LJCA* , sino por el Derecho de la Unión Europea. Pero a este respecto sostiene que, en realidad el requisito del *fumus boni iuris* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es más rígido de lo que dice la recurrente, limitándose a citar dos pasajes de sentencias de aquél.

Afirma el Abogado del Estado que, cualquiera que sea el Derecho -nacional o europeo- que se aplique, en este caso no concurren los requisitos de un perjuicio grave e irreparable y de una ponderación favorable de los intereses en juego. En este orden de consideraciones, insiste en que el planteamiento por esta Sala de una cuestión prejudicial acerca del precepto reglamentario recurrido no implica que la vigencia y eficacia del mismo haya sido suspendida, por lo que el Ministerio de Sanidad puede legítimamente hacer uso de la habilitación recogida en la disposición 6ª del Real Decreto 1345/2007 y crear unilateralmente un segundo nodo de titularidad pública. Ello, además, se haría para la consecución de una necesidad de interés público.

CUARTO.- Antes de abordar si procede el otorgamiento de la suspensión cautelar solicitada, es preciso referirse a otro **extremo del debate trabado** a este

respecto entre la recurrente y el Abogado del Estado. Ambas partes son conscientes de que la orden ministerial controvertida aún no ha sido aprobada y que, si lo fuera, la competencia para conocer de su impugnación correspondería a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional a tenor del *art. 11.1.a) LJCA* .

Ello conduce a la recurrente a solicitar ahora la suspensión cautelar, por entender que esperar a la aprobación de la orden ministerial implica el riesgo de que la controversia quede escindida en dos procesos seguidos ante dos órganos jurisdiccionales distintos, con la posibilidad de soluciones no armónicas entre ellos. Añade que la mera entrada en vigor de la orden ministerial ocasionaría los perjuicios arriba señalados y, además, podría ser un obstáculo para la plena eficacia de una eventual sentencia estimatoria de la impugnación de la *disposición adicional 6ª del Real Decreto 1345/2007* .

El Abogado del Estado observa que no es evidente, a la vista de los casos en que esta Sala ha debido afrontar el problema, que quepa la ampliación del recurso contencioso-administrativo regulada en el *art. 36.1 LJCA* cuando el nuevo acto que guarda conexión directa con el que es objeto de aquél cae dentro de la competencia de otro órgano jurisdiccional. Así, dado que además entiende que no concurren los requisitos de la suspensión cautelar solicitada, concluye que ésta debe ser denegada.

QUINTO.- A la vista de cuanto queda expuesto, esta Sala estima pertinente hacer las siguientes consideraciones:

1ª. Es incuestionable que en el presente caso no opera el límite temporal previsto en el *art. 129.2 LJCA* . Las partes, en realidad, no disienten sobre este extremo. Deben darse, más bien, las condiciones exigidas por la jurisprudencia del *Tribunal de Justicia de la Unión Europea a partir de la conocida sentencia Factortame (C-213/89)* de 19 de junio de 1990 . Lo determinante es, así, si la denegación de la suspensión cautelar podría suponer un riesgo para el efecto útil de las normas de la Unión Europea aplicables al caso y, en particular, de una eventual sentencia favorable a lo sostenido por la parte que solicita la tutela cautelar. E igualmente crucial es que, en el momento de resolver sobre la solicitud de suspensión cautelar, el órgano jurisdiccional nacional entienda que la pretensión de la parte interesada tiene posibilidades de prosperar.

2ª. Aunque esta Sala no excluye de raíz que quepa otorgar tutela cautelar en relación con un acto o una disposición que aún se encuentren en fase de proyecto, es reticente a tomar una resolución en ese sentido; y ello fundamentalmente porque se trata de una eventualidad que podría -por muchas razones- no llegar a producirse. Pronunciarse sobre hipótesis futuras es arriesgado en sede jurisdiccional. De aquí que, en este momento, esta Sala no acoja la solicitud de suspensión cautelar de la recurrente.

3ª. No obstante, es de suma importancia señalar que -si bien el planteamiento de una cuestión prejudicial relativa a un precepto reglamentario nacional no implica que la vigencia o eficacia del mismo queden en suspenso- lo correcto es que las partes en el proceso *a quo* se abstengan escrupulosamente de realizar ninguna actuación que pueda alterar los términos del debate procesal y de la propia cuestión prejudicial, máxime cuando ésta ha sido suscitada por el supremo órgano judicial de nuestro país. Cualquier intento de forzar la situación mientras se espera el juicio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no podría dejar de ser visto como algo que afecta negativamente al efecto útil de su futura -y seguramente próxima- sentencia.

4ª. Esta Sala no acaba de comprender la preocupación de las partes sobre si sería posible solicitar la tutela cautelar en el supuesto de que la orden ministerial fuese aprobada. Carece ahora de sentido analizar si el órgano jurisdiccional que conoce de la impugnación de un acto puede ampliar el recurso contencioso-administrativo a un acto conexo cuya impugnación debe residenciarse ante otro órgano jurisdiccional, inferior en la estructura judicial. Cualquiera que sea la respuesta a ese interrogante, lo que está fuera de toda duda es que esta Sala podría en cualquier momento acordar la suspensión cautelar de la *disposición adicional 6ª del Real Decreto 1345/2007*, precepto reglamentario habilitante de la proyectada orden ministerial.

SEXTO.- La solicitud de suspensión cautelar que ha sido objeto de esta pieza separada presentaba suficientes aspectos problemáticos para justificar, con arreglo al *art. 139 LJCA*, la no imposición de costas.

LA SALA ACUERDA:

No otorgar, en este momento, la suspensión cautelar de la *disposición adicional 6ª del Real Decreto 1345/2007* solicitada por representación procesal del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, sin costas.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.