

## EDJ 2015/84617

TSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 20-5-2015, nº 309/2015, rec. 61/2015  
Pte: Galindo Gil, Mª Dolores

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO  
FUNDAMENTOS DE DERECHO  
FALLO

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

Cita dad.15 de LO 1/2009 de 3 noviembre 2009. Complementaria de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se modifica LO 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial

Cita art.24.3 de RD 1345/2007 de 11 octubre 2007. Procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de medicamentos de uso humano fabricados industrialmente

Cita art.100, art.129, art.130.1, art.139.2 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00309/2015

PONENTE: DOÑA MARIA DOLORES GALINDO GIL.

RECURSO DE APELACION Nº. 61/15

APELANTE: SERVICIO GALEGO DE SAUDE

APELADA: MINISTERIO DEL INTERIOR

EN NOMBRE DEL REY

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la:

SENTENCIA

ILMOS/AS. SRS/AS.

FERNANDO SEOANE PESQUEIRA,PTE.

JULIO CESAR DIAZ CASALES

MARIA DOLORES GALINDO GIL

A Coruña, a veinte de mayo de dos mil quince.

En el RECURSO DE APELACION que con el número 61/15 pende de resolución de esta Sala, interpuesto por EL SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, representado y dirigido por el LETRADO DEL SERGAS, contra el AUTO de fecha 12 de noviembre de 2014 dictado en la PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 387/14 por el JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NUMERO UNO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA dimanante del Procedimiento Abreviado que con el mismo número se sigue en dicho Juzgado, sobre Tratamiento Hospitalario. Es parte apelada EL MINISTERIO DEL INTERIOR, representada y dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO.

Siendo Ponente la ILMA. SRA. DOÑA MARIA DOLORES GALINDO GIL.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- - Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Estimar la solicitud de adopción de medida cautelar presentada por la recurrente y sin necesidad de caución debo declarar y declaro haber lugar a la adopción de la medida consistente en la suspensión del acto administrativo impugnado por aquella; y procede imponer las costas a la demandada, con un máximo de 200 euros por los conceptos de representación y defensa".

SEGUNDO.- - Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN, los fundamentos jurídicos de la resolución impugnada y,

PRIMERO.- - Es objeto del presente recurso de apelación el Auto número 223/2014, de 12 de noviembre de 2014, dictado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de Santiago de Compostela, en pieza separada de medidas cautelares dimanante del procedimiento ordinario número 387/2014.

SEGUNDO.- - El auto objeto del presente recurso de apelación acuerda la medida cautelar instada por el Ministerio del Interior consistente en la suspensión de la resolución del Sergas desestimatoria por silencio administrativo relativa a la dispensación a los internos penitenciarios de la triple terapia para la Hepatitis C en régimen de tratamiento de uso hospitalario.

A juicio del órgano a quo, concurre el requisito de periculum in mora, toda vez que, en la ponderación de los intereses concurrentes, debe otorgarse prevalencia al derecho a la salud de que es titular cualquier interno, cediendo por mor del mismo, el interés económico que pueda mantener el SERGAS, que sería la cuestión subyacente, como aventura el letrado de la Administración Sanitaria.

Añade que, para el caso de que concurriera una sentencia desestimatoria en el recurso principal, cabría el resarcimiento de orden económico, lo que no podría concurrir en el caso de que se denegase la medida cautelar interesada, por asociar riesgos superiores que conciernen la salud del interno.

TERCERO.- - Se alza el Letrado del Sergas, alegando, en primer término, la infracción del artículo 130.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y, en segundo término, vicio de incongruencia omisiva por resultar improcedente, en este caso, una medida cautelar de índole positiva.

En cuanto al primero de los motivos de apelación, reitera el carácter exclusivamente económico de la cuestión litigiosa principal, al quedar constreñida a determinar quien debe dispensar el tratamiento de la triple terapia para la Hepatitis C, esto es, la Administración Penitenciaria o el Sergas en régimen de tratamiento de uso hospitalario, pues lo que estaría fuera de toda discusión es que los internos tienen derecho a recibirlo.

Así definido el juego de intereses concurrentes, aduce que el Reglamento General Penitenciario, dispone que la dispensación farmacéutica ha de hacerse por la Administración Penitenciaria, salvo en caso de medicamentos de uso hospitalario, siendo así que la cuestión litigiosa principal, estribaría en determinar si la triple terapia para la Hepatitis C es, como asegura el Abogado del Estado, tiene aquel carácter.

Dicho esto, esgrime la ausencia de acreditación de tal condición a cargo del Abogado del Estado y ello frente a la información aportada, en trámite de oposición a la pretensión cautelar, según la cual la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios

considera que son medicamentos de dispensación hospitalaria que no de uso hospitalario, estribando la diferencia en lo dispuesto en el artículo 24.3 del Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, en lo que convergería la opinión del Ministerio de Sanidad cuando considera aquel tratamiento como no de uso hospitalario. Alude, en concreto, a la resolución de 10/09/2013 de la Dirección General de Cartera Básica del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, que en su Anexo, excluye expresamente como medicamentos de uso hospitalario el Incivo y el Victrelis, además de la Ribavirina y el Peginterferón.

Pues bien, hemos de recordar en este punto que el presente incidente cautelar tiene se caracteriza por ser de cognición limitada, en cuanto le es ajena toda cuestión concomitante o directamente relacionada con el fondo litigioso, a salvo supuestos claros en que el *fumus boni iuris* evidencia una nulidad de pleno derecho.

No es este el caso, siendo la cuestión objeto de debate, necesitada de interpretación, con plena contradicción y capacidad de proposición y practica de prueba, máxime cuando el Abogado del Estado aduce que la Administración Penitenciaria no está en condiciones de ofrecer la dispensación, ante la falta de medios técnicos adecuados.

Por ello y no negado por el Letrado autonómico que, a su juicio, el interés concurrente es de índole económica, exclusivamente, entendemos, con el juez a quo, que debemos dar preferencia al derecho a la salud, pues la diatriba sobre quien (Administración estatal o autonómica) debe dispensar el medicamento y, por ende, correr con los gastos asociados, tiene un carácter secundario y, desde luego, plenamente resarcible en caso de sentencia desestimatoria en el pleito principal, a diferencia del riesgo mediato o inmediato que, en caso de no acceder a la medida cautelar, con certeza sufriría el interno en su integridad física. Abunda en este razonamiento el principio de presunción de solvencia de las Administraciones Públicas ( STS 30/10/2007; RC 602/2006), por lo que en la ponderación de los intereses concurrentes, queda desplazado el de índole económica y, en definitiva, robustecido el referido al derecho a la salud.

El segundo motivo de apelación no puede correr distinta suerte. Y ello porque, con la nueva regulación introducida en materia de justicia cautelar en los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, en la actualidad, las medidas cautelares pueden ser de índole positiva, lo que supera la antigua jurisprudencia que cita el Letrado del Sergas, sobre la anticipación del fondo litigioso que la concesión de la suspensión cautelar entraña respecto de actos desestimatorios, expresos o presuntos.

De otro lado, no existe incongruencia omisiva, pues tal vicio se asocia al silencio sobre alguna de las pretensiones ejercitadas mas no respecto de los motivos o argumentos aducidos en fundamento de aquellas, como sucede en el caso de autos.

En definitiva, procede la desestimación del presente recurso de apelación.

CUARTO.- - De conformidad con lo establecido en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, en la segunda instancia se impondrán al recurrente las costas procesales cuando se desestime totalmente su recurso, por lo que deberán ser abonadas por el Sergas, si bien limitadas a la cifra máxima de 800 euros, en concepto de honorarios y representación de la Abogacía del Estado, atendido el esfuerzo argumental empleado en la formulación de la oposición al recurso de apelación.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto contra el auto número 223/2014, de 12 de noviembre de 2014, dictado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de Santiago de Compostela, en pieza separada de medidas cautelares dimanante del procedimiento ordinario número 387/2014 debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS el mismo; con expresa imposición de costas al Sergas en cuantía máxima de 800 euros en concepto de honorarios y representación de la Abogacía del Estado.

Notifíquese a las partes y, entréguese copia al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma es firme, y que contra ella las personas y entidades a que se refiere el art. 100 de la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, podrán interponer el recurso de casación en interés de Ley del artículo citado, dentro del plazo de los tres meses siguientes a su notificación. Asimismo, podrán interponer contra ella cualquier otro recurso que estimen adecuado a la defensa de sus intereses. Para admitir a trámite el recurso, al interponerse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal SANTANDER-(1570-0000-85-0061/15-24), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su

procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### PUBLICACION

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente DOÑA MARIA DOLORES GALINDO GIL, al estar celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Primera de este Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el día de su fecha, de lo que yo, Secretario certifico.- Doy fe.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 15030330012015100315**