

**A LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE
AUDIENCIA NACIONAL
SECCION CUARTA**

Dña. PALOMA BRIONES TORRALBA, Procuradora de los Tribunales y de la Asociación de Afectados por la Hepatitis C (PLAFHC) y de (...), cuyas circunstancias y representación constan, ante la Sala comparezco y, como mejor proceda en derecho, **DIGO:**

Que por medio del presente escrito, habiendo sido notificada a esta parte en fecha efectos 15 de diciembre de 2015, Auto de 20 de noviembre de 2015, por el que se acuerda no aclarar el Auto de 24 de septiembre, por el que se declara la incompetencia de la Sala, al amparo de la legislación aplicable, en especial artículo 79 y concordantes de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa y dentro del plazo de cinco días conferido, formulo **RECURSO DE REPOSICIÓN** contra sendos Autos, por considerar tales Resoluciones gravosas y perjudiciales a los intereses de mis patrocinados, dicho sea con todos los respetos y en términos de estricta defensa, lesionándose con ellos el artículo 24 CE y otras normas, en especial artículos 1, 2 y 11 de la LJCA y artículo 9.4 LOPJ, fundamentando el mismo sin más preámbulos en las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el Plan Nacional Estratégico para el Abordaje de la hepatitis C, aprobado por el Pleno del Consejo Interterritorial del SNS y Resolución de 1 de noviembre de 2014 de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del SNS y de Farmacia, tras sus trámites, se dicta Auto de 24 de septiembre de 2015, ahora impugnado por el que *“se declara, en relación al acto recurrido Plan Nacional Estratégico para el abordaje de la hepatitis C, aprobado en el Pleno del Consejo Interterritorial del SNS el 26.03.15 (ESTRATEGIA TERAPEÚTICA PARA LA HEPATITIS*

CRÓNICA CAUSADA POR EL VIRUS DE LA HEPATITIS C EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD) la incompetencia de este orden jurisdiccional por razón de la materia, a favor del orden jurisdiccional social, a la que la parte recurrente deberá acudir si lo estima conveniente a su derecho, haciendo saber a la misma que si se personare ante dicho orden jurisdiccional en el plazo de un mes a partir de la fecha en que se le notifique esta resolución, se entenderá haberlo efectuado en la fecha en que se inició el plazo para interponer el recurso contencioso administrativo, si hubiere formulado éste siguiendo las indicaciones de la notificación del acto o ésta fuese defectuosa. Se declara la inhibición de la Sala, en relación al acto recurrido, resolución de 1 de noviembre de 2014, del Director General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, conforme a la cual se habría incluido el Medicamento con nombre comercial “Sovaldi” en el catálogo de medicamentos del Sistema Nacional de Salud, a favor de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid”.

Disentimos, con los máximos respetos, sobre tales decisiones, considerando que tanto en el caso del Plan Nacional como de la Resolución de 1 de noviembre de 2014, estamos ante actos o disposiciones generales sometidos al Derecho administrativo y de competencia del órgano jurisdiccional al que tenemos el honor de dirigirnos, siendo que por la Sala se produce un tratamiento diferenciado, como si de dos impugnaciones distintas se tratara, cuando en puridad se trata de la misma impugnación: como se avanzó en nuestro escrito de interposición, *“lo que se pretende con el presente recurso es, precisamente, impugnar las limitaciones que sufren los enfermos de VHC no incluidos inicialmente en el ámbito del Plan como consecuencia de la priorización económica, así como la revisión del Precio -desconocido- establecido para la inclusión de dichos medicamentos en el ámbito del Sistema Nacional de Salud; presupuesto económico que es precisamente causa de las limitaciones de los tratamientos farmacológicos establecidas en el Plan Estratégico para el abordaje de la hepatitis C, aprobado en el Pleno del Consejo Interterritorial del SNS el 26 de marzo de 2.015”*, del que luego la Resolución de 1 de noviembre supone la concreción de su inclusión en el Sistema. En definitiva, **la preocupación de la parte recurrente es precisamente el cómo se ha producido la determinación del precio de los medicamentos antivirales, lo que se impugna es la fijación del precio, por lo que ambas disposiciones han de ir intrínsecamente unidas, pues ambas son secuenciales en ese proceso de determinación del precio, máxime en este supuesto en el que el secretismo y la ocultación a la población de la información necesaria presiden toda la actuación Administrativa y de Gobierno, no publicándose las Resoluciones en Diario Oficial para su conocimiento general.**

.....

Aunque resulte una obviedad, hemos de hacer expresa mención del hecho de que en los presentes autos **no ha sido formulada Demanda**. Únicamente ha sido formulado Escrito de Interposición del Recurso Contencioso-Administrativo.

Conforme al Artículo 56, 1º de la LRJC-A, una vez admitido a trámite el Recurso, previa entrega al recurrente del Expediente Administrativo que deberá aportar a las actuaciones la Administración Demandada, **será en el Escrito de Demanda en que se habrán de consignar los Hechos, los Fundamentos de Derecho y las Pretensiones que se deduzcan**, *“en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración”*. Entre tales Fundamentos de Derecho, se encuentran los relativos a Jurisdicción y Competencia Judicial.

Por ello, conviene tener presente, ya desde este momento inicial, que el presente Recurso Contencioso-Administrativo se formula contra disposiciones de carácter general, inmersas en un proceso largo, complejo y sobre todo “desconocido”.

Como resulta obvio, en modo alguno en nuestro Escrito de Interposición se articula otra pretensión que la que es propia de tal trámite, esto es, que se tenga por interpuesto el Recurso, cumpliendo con el resto de requisitos procesales exigibles a este acto procesal, pero que en modo alguno supone concreción, siquiera mínima, de la pretensión a ejercitar.

Pretender que en este momento inicial, en el que esta representación ni tan siquiera dispone del Expediente Administrativo (en un supuesto como el que nos ocupa en que ni siquiera se están publicando las Resoluciones atinentes al precio de los medicamentos en Diario Oficial), sea decidida la cuestión relativa a la falta de Jurisdicción del órgano judicial, resulta de todo punto prematuro.

En definitiva, sería una vez presentada nuestra Demanda en estos autos, cuando podrá ser sustanciado el, en su caso, precedente Incidente de Inadmisibilidad. En este momento inicial, lo que ha de tenerse en cuenta es lo que se expone en nuestro Escrito de Interposición; esto es, el recurso versa sobre la fijación del precio de los medicamentos antivirales que da lugar al planteamiento de un sistema de priorización de pacientes en base a criterios de conveniencia económica.

De otra manera, se estaría favoreciendo, y a costa del derecho a la Tutela judicial Efectiva de mi mandante ex artículo 24.1 CE, a la Administración infractora, al derivarnos bien a una jurisdicción que no puede conocer de lo que verdaderamente se pretende por esta parte bien a un órgano que carece de competencia objetiva.

SEGUNDA.- Que en la propia Resolución impugnada se reconoce que el *“criterio central que parece derivar de tales previsiones normativas para la delimitación, cuando se trata de la impugnación de un acto de la Administración pública, consistente en que la regulación de éste sea por el Derecho administrativo o por la rama social del Derecho para atribuir la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo o al orden social de la jurisdicción, es insuficiente e inseguro”*. Y sin embargo, a pesar de estas dificultades y sin conocer cuál sea nuestra pretensión, se decide por el órgano jurisdiccional que estamos ante una cuestión de naturaleza prestacional, siendo competente para la impugnación del Plan Nacional el orden social, pues se trata de *“regular la forma de llevar a cabo el tratamiento sanitario de la hepatitis C, lo que entra dentro de las prestaciones asistenciales del sistema de la Seguridad Social”*, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 38.1 de la LGSS y 2 de la LRJS.

La cuestión esencial es que en el presente supuesto **NO ESTAMOS ANTE UNA PRETENSIÓN DE NATURALEZA PRESTACIONAL**. No hay prestación, asistencia, en juego, sino algo que le trasciende y le precede: las condiciones creadas para que en su momento la prestación, el derecho, tenga lugar.

La diversa terminología que nuestro ordenamiento jurídico utiliza para delimitar la competencia del orden social respecto de la Seguridad Social: "reclamaciones" en el artículo 9.5 de la LOPJ, "pretensiones" en el artículo 25 de la misma ley, "cuestiones litigiosas" en el artículo 3 LRJS, no supone tampoco ahora una realidad tan amplia como parece. Sólo ha de entenderse por tal, como ha declarado constantemente la Jurisprudencia de los dos órdenes implicados, la prestacional, es decir, la definida por la Sala de Conflictos de Jurisdicción como atinente al ***"reconocimiento o denegación de derechos por los organismos de la Seguridad social"***, o en la misma fecha y distinta sentencia, la referida a la ***"existencia, contenido y alcance de las prestaciones"*** (SSTS de 23-11-1987). En el mismo sentido se expresa también la jurisdicción social cuando encuadra en este concepto todo lo relacionado con ***"la existencia y declaración de derechos de contenido patrimonial relacionados con los fines propios de la Seguridad Social"*** (Auto de 28-9-1988 de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo). Permaneciendo en esta idea cuando, por ejemplo, se expresa que *“determinar la concurrencia de los requisitos de acceso a las prestaciones es cuestión de la competencia directa y exclusiva del orden social”*. (STS, Sala Cuarta, de 2-2-1999).

Por su parte, aunque no variando el sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo explica que la materia de Seguridad Social atribuida al orden social exige ***"de manera directa"*** que se trate de cuestión referida a la acción protectora y ***"pide la presencia de un beneficiario de la misma a la búsqueda de una prestación, de una afiliación, de una protección"*** (SAN, Sec. 8ª, de 26-2-

1998). Se trata de "pretensiones en materia de Seguridad Social", pero siempre que *"se promuevan dentro de la rama social del Derecho" ...atendido el predominio de los "rasgos" prestacionales o asistenciales para estimar la competencia ajena o de los "jurídico-administrativos" en el caso de justificar la propia"* (STS, Sala Tercera, Sección Primera, de 10-7- 1996).

Con tales criterios, si bien tanto la LOPJ como la LRJS hablan de "materia de Seguridad Social" y lo hacen de forma genérica, no todos los asuntos que en la misma pudieran encuadrarse pertenecerán al conocimiento del orden social. Lo será estrictamente el núcleo central del sistema, es decir, lo que constituye la esencia misma porque sin éste no tendría sentido. El derecho a las prestaciones constituye la esencia misma de la materia de Seguridad Social, siendo que incluso dentro de éste los aspectos recaudatorios (*aquellos que se refieren al ejercicio de la actividad administrativa conducente a la realización de los créditos y derechos de la Seguridad Social*) vienen reservados al orden contencioso-administrativo (artículo 3.f LRJS), manteniéndose una dualidad jurisdiccional.

Así, conceptualmente el ámbito propio del orden social se sitúa más allá de lo que viene a ser objeto del proceso iniciado mediante nuestro escrito de interposición.

En efecto, el Plan Nacional aprobado por el Acuerdo del Pleno del Consejo Interterritorial del SNS en fecha 26 de marzo de 2015 es un paso más, el último dado hasta el momento, en la cadena de normas y criterios implantados por las Administraciones públicas para el abordaje de la Hepatitis C crónica (HCC), superando a los preexistentes: Informes de Posicionamiento Terapéutico y Estrategia terapéutica de priorización para el uso de antivirales de acción directa para el tratamiento de la hepatitis crónica por virus C (VHC) en el ámbito del Sistema Nacional de Salud. El nuevo Plan tiene como objetivo disminuir la morbimortalidad causada por el virus de la hepatitis C (VHC) en la población española. El Plan se elabora por decisión del Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (integrado por el Ministro del ramo y los Consejeros de sanidad de cada una de las Comunidades Autónomas del territorio nacional), siendo que las últimas informaciones de las que se dispone es que existe una previsión presupuestaria inicial de 727 millones de euros para la sufragación del gasto, pendiente de aprobación definitiva incluso a día de hoy, pues supone la implicación y endeudamiento de las propias Comunidades Autónomas, con competencias en la materia (en la propia nota de prensa del Ministerio de Sanidad acompañada como Documento num. 5 de nuestro escrito de interposición se recoge la necesidad de un plan de financiación a diez años, pendiente de aprobación definitiva). El Plan Nacional establece como recomendación general la necesidad de que todos los pacientes con Hepatitis C crónica (HCC) deben "ser considerados candidatos a tratamiento antiviral", con independencia del estadio de su enfermedad, sin embargo, se reconoce que "debido a la magnitud de la infección en nuestro país, el tratamiento oral con

antivirales de acción directa (AAD) debe priorizarse”, por una cuestión de recursos económicos, para determinados grupos de pacientes más graves.

Así, desde la aprobación de la autorización sanitaria por parte de la Agencia Europea del Medicamentos de los diferentes antivirales de acción directa hasta la comercialización en España de esos fármacos pasan meses y meses, un tiempo de espera muy superior a la media en los países del resto de Europa. Ese incumplimiento por parte de la Administración de su obligación de fijar el precio de los medicamentos es excusado por la propia Administración en la necesidad de “negociar” el precio con los laboratorios, negociación que queda en el más absoluto oscurantismo como si de un secreto de estado se tratase, siendo que a día de hoy no se conoce todavía cuál sea el concreto precio fijado. Esto se trasluce en el hecho mismo de que las Resoluciones, como la impugnada en este proceso de 1 de noviembre de 2014, no aparecen publicadas en Diario Oficial alguno, siendo que se ha de tener conocimiento sobre su existencia ante alegaciones de parte en procesos judiciales individuales (como se aduce en nuestro escrito de interposición y se comprueba en el documento num. 6 de dicho escrito). A mayor abundamiento, y aunque de un hecho negativo se trata, se aporta a título ilustrativo con el presente recurso, por copia, **Certificación del Boletín Oficial del Estado en la que se recoge la no publicación de la REsolucion de 1 de noviembre de 2014, objeto de nuestra inicial impugnación, que como Documento num.1 se acompaña**, dejándose designados a sus efectos oportunos los archivos originales del organismo emisor.

El problema no es sólo que el precio permanezca oculto, lo es que, en su consecuencia, tampoco se conocen los parámetros reales sobre los que se ha producido la fijación del mismo; las bases se desconocen. Sin embargo, lo que llega a la opinión pública atisba precios desorbitados, sobrevalorados, con los que se incumplen los requisitos y criterios previstos legalmente.

Así, si, por ejemplo, observamos lo acontecido con el medicamento cuyo principio activo es sofosbuvir, comercializado como sovaldi, vemos que desde que fue autorizado por la Agencia Europea (enero de 2014) hasta que finalmente dispusieron del mismo los pacientes de forma efectiva –más allá del uso especial- trascurrió más de un año, tiempo en el que el Ministerio de Sanidad incumplió -entre otras- su esencial obligación de establecer el precio de dicho Medicamento (Ley 29/2006, Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, en adelante LGURMPS, arts 88 y ss), pero sí se dedicó a lanzar “sondas” a la opinión pública acerca del precio de dicho medicamento, que inicialmente se cifraba en 60.000 euros por cada tratamiento trimestral -es de destacar que conforme a la Ficha Técnica del propio fármaco, los tratamientos van de 6 a 9 meses-, es decir, entre 120.000 y 180.000 euros por paciente, luego en algo más de 40.000 euros por tratamiento trimestral, es decir, entre 80.000 y 120.000 euros por paciente, y más tarde en 25.000 euros por tratamiento trimestral, es decir, entre 50.000 y 75.000 euros por paciente, y dado el alcance de la epidemia en España (entre 500.000 y 900.000 afectados), al final, la

consecuencia -buscada o no- con todo ello sería **la quiebra del Sistema Nacional de Salud, y su consiguiente privatización**. Téngase en cuenta a los efectos que nos ocupan que el presupuesto anual de la partida sanitaria asciende, para todo el Estado, incluyendo CC.AA., a una cantidad en torno a los 52.000.000.000 de Euros anuales.

Por su parte, la regulación normativa de la materia (*en especial, artículos 88 y siguientes de la LGURMPS, que aunque derogada casi en su integridad por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, no modifica o suaviza los mismos, siendo aquella la normativa de aplicación al momento del dictado de las disposiciones o actos impugnados en esta sede*) establece que la fijación del precio de los medicamentos debe guiarse por criterios objetivos, respetuosos con el principio coste-beneficio, debiendo presidir la actuación pública el respeto a la transparencia y la independencia de todos los sujetos implicados en las distintas fases del proceso de autorización, fabricación y comercialización de un fármaco.

Así, Una vez autorizado un medicamento, el Art. 90, 1º – LGURMPS (“Fijación de precios”) establece que “*para la comercialización de un medicamento o producto sanitario en territorio español será imprescindible haber tramitado la oferta del mismo al Sistema Nacional de Salud*”. Y, conforme al Art. 90, 3º y 4º – LGURMPS (“Fijación de precios”): “3.- *En todo caso, los titulares de autorizaciones de comercialización de los mismos podrán comercializar los medicamentos que se dispensen en territorio español en régimen de precios notificados, entendiéndose por tal la comunicación del precio al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de modo que el departamento pueda objetar el mismo por razones de interés público; 4.- Corresponde a la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos, adscrita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, fijar, de modo motivado y conforme a criterios objetivos, los precios de financiación del Sistema Nacional de Salud de medicamentos y productos sanitarios para los que sea necesario prescripción médica, que se dispensen en territorio español. Cuando estos mismos productos no resulten financiados, si son dispensados en territorio nacional operará lo establecido en el apartado 3*”.

“*Para la financiación pública de los medicamentos y productos sanitarios será necesaria su inclusión en la prestación farmacéutica mediante la correspondiente resolución expresa de la unidad responsable del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, estableciendo las condiciones de financiación y PRECIO en el ámbito del Sistema Nacional de Salud. La inclusión de medicamentos en la financiación del Sistema Nacional de Salud se posibilita mediante la financiación selectiva y no indiscriminada teniendo en cuenta criterios generales, objetivos y publicados y, concretamente, los siguientes:*

- a) Gravedad, duración y secuelas de las distintas patologías para las que resulten indicados.

b) Necesidades específicas de ciertos colectivos.

c) Valor terapéutico y social del medicamento y beneficio clínico incremental del mismo teniendo en cuenta su relación coste-efectividad.

d) Racionalización del gasto público destinado a prestación farmacéutica e impacto presupuestario en el Sistema Nacional de Salud.

e) Existencia de medicamentos u otras alternativas terapéuticas para las mismas afecciones a menor precio o inferior coste de tratamiento.

f) Grado de innovación del medicamento” (Art. 89, 1º).

Y sin embargo, en contraste con los altísimos precios que se barruntan, existen otros elementos que nos permiten afirmar que **efectivamente no se cumplen ni los tiempos ni los criterios legales exigibles para la fijación de los precios de los antivirales de acción directa que son objeto del Plan Nacional**. Así, sin ánimo de exhaustividad en este momento procesal, señalaremos los siguientes ítems:

--- por la propia Comisión Interministerial en nota de prensa publicada, en la página web del Ministerio de Sanidad, en relación con su Resolución de 1 de octubre de 2014, pro la que se aprueba la financiación del medicamento sofosbuvir para el tratamiento de la hepatitis C, se dice literalmente que “...**los datos actuales sobre la eficacia clínica de Sovaldi son limitados**. El medicamento produce la supresión de la carga viral, y la mantiene varios meses, pero esta respuesta varía mucho en función del estadio y del genotipo de la enfermedad, por lo que no se puede afirmar que se obtengan beneficios indiscutibles en los pacientes más graves (por ejemplo, pacientes con hígado trasplantado que se han reinfectado), si bien Sovaldi se viene utilizando desde hace varios meses en estos pacientes al carecer de otra alternativa terapéutica. **Los clínicos siguen estos tratamientos para evaluar la eficacia**, y la utilización de sofosbuvir será monitorizada por las autoridades responsables...”. **Se acompaña para su comprobación y efectos como Documento num. 2, la nota de prensa mencionada, dejándose designados los archivos originales.**

--- Resulta curioso que existan tantos problemas de financiación cuando prestigiosos estudios económicos, realizados, ad exemplum, por la Universidad de Liverpool (Reino Unido) y Grupo Génesis de la Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria (SEFH), dan valores bajos a los costes de producción y comercialización, respectivamente.

Así, el Informe de la Universidad de Liverpool sobre coste de producción de los antivirales de acción directa para el tratamiento de la hepatitis C, establece el mismo en relación con el medicamento sofosbuvir para un tratamiento de doce semanas de hasta 136 dólares máximo, y en combinación con otros antivirales de un máximo no superior a los mil dólares en las combinaciones más caras (véanse páginas 25 y siguientes del documento).

Por su parte, el estudio técnico sobre sofosbuvir por parte del “Grupo Génesis” de la SEFH (Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria) analiza de forma pormenorizada los estudios clínicos realizados de cara a la autorización sanitaria del medicamento en cuestión, así como propone un precio de comercialización muy inferior al supuestamente notificado por el laboratorio. **En este punto, y en cuanto afecta, según la normativa de aplicación, a los criterios a adoptar de cara a la fijación del precio de un medicamento, en especial de los de características como los tratamientos antivirales que nos ocupan, señalaremos que resulta alarmante el muy bajo número de integrantes (“n”) en los grupos sometidos a estudio en los diferentes programas (“n=167”), lo que hace necesario revisar la efectividad clínica del fármaco de cara a la fijación del precio del mismo y enlaza con lo manifestado por la Administración cuando en el Acuerdo de 1 de octubre de 2014, anteriormente citado, se dice que “los datos actuales sobre la eficacia clínica del sovaldi son limitados”, aunque esto extrañamente luego no parece haberse tenido en cuenta por la Administración, que, en perjuicio de la ciudadanía, del interés público, aparece subordinada a los intereses de las multinacionales, hasta el punto de presuntamente suplir y sufragar las deficiencias de los Estudios Clínicos sobre la efectividad del medicamento en cuestión.**

Estos dos documentos, de conocimiento público y notorio en todo caso, no son aportados en este momento por su gran extensión, reservándonos tal aportación, entre otros muchos, para el momento de formulación de demanda.

--- Es público y notorio que la **patente PSI-7977 (sofosbuvir)**, que sustenta la comercialización por la multinacional Gelead, de uno de los fármacos que nos ocupan que más polémica ha suscitado, que más extensamente se está prescribiendo por los especialistas y que más alto precio presenta, ha sido impugnada por organizaciones no gubernamentales y empresas en la India, entendiéndose que no es realmente una innovación, y que ya existen patentes similares anteriores, lo que ha dado lugar a la reciente **decisión de la Oficina de Patentes de Delhi (India), de denegar la solicitud número 6087/DELNP/2005 archivada en India el 27-12-2005 para concesión de patente referida al**

compuesto “Sovaldi”; correspondiente a la solicitud internacional de patente numero CCCT/US2004/012472 con fecha 21-04-2004, y fecha de reivindicación de prioridad 03-05-2003, USA (Solicitantes: M/S GILEAD PHARMASSET, INC, USA). Se puede comprobar en http://elpais.com/elpais/2015/01/15/ciencia/1421340220_413035.html.

Decisión denegatoria, confirmada recientemente, que se fundamenta en el hecho de estar ante una **molécula DE DOMINIO PÚBLICO**. Señala dicha decisión que, dado que se trata de *“una molécula con cambios menores además de la novedad debe mostrar una eficacia terapéutica significativamente mayor comparada con la molécula anteriormente descrita más parecida desde el punto de vista estructural y funcional. La molécula descrita y reivindicada en la presente solicitud es estructural y funcionalmente similar a la molécula del documento D-1 (compuesto numero XI puede ser novedoso debido a la diferente orientación (isomería espacial) del grupo fluoro en la parte azúcar del nucleósido, pero para autorizar el requerimiento de la sección 3(d) esta novedad debería resultar en un aumento significativo de la eficacia terapéutica comparado con la molécula D1 propiedades terapéuticas del compuesto XI. Los datos de la tabla 1 no se pueden considerar suficientes y apropiados para mostrar el aumento de la eficacia terapéutica. El juicio de la honorable corte de Delhi en el caso Roche contra Cipla no se puede aplicar en este caso ya que erlotinib y Gefitinib eran grupos diferentes donde se sustituye un grupo metilo por un etinilo en la tercera posición meta, mientras que en este caso la diferencia es solo la orientación del grupo fluoro en el compuesto XI de D1”*.

En la web de la Organización Estadounidense **“Initiative for Medicines, Access & Knowledge (I-MAK), Inc”**, una organización pública sin fines de lucro, compuesta por abogados y científicos que trabajan para proteger el dominio público contra las patentes inmerecidas para asegurarse de que no actúan como barrera a la investigación y restringir el acceso del público a medicamentos asequibles, que tiene su domicilio social en 16192 Coastal Highway, Lewes, Delaware, 19958-9776, EE.UU. (<http://www.i-mak.org/sofosbuvir/>) se encuentra (en Inglés) la Información relativa a este litigio, resuelto por la Oficina de Patentes de Delhi al denegar la patente solicitada para el Sofosbuvir (Sovaldi).

Como expone en la referida web, *“I- MAK presentó oposición contra las solicitudes de patentes Gilead / de Pharmasset, porque creemos que las tecnologías que comprenden estas solicitudes de patentes se conocen y por lo tanto no resultan merecedoras de una concesión de la patente. También creemos que ha llegado el momento para que las personas que viven con el VHC puedan obtener un acceso asequible a los medicamentos que necesitan”*.

Si bien se ha publicado en el Boletín Europeo de Patentes -mayo de 2014- la Patente del Sofosbuvir, como “Profármacos de nucleósido fosforamidato”, la Prioridad corresponde a la Patente solicitada en 2004 (Modified fluorinated nucleoside analogues) -Prioridad USA de 2003-, que

es la modificación de la inicial Molécula de Dominio Público, y que no ha sido otorgada (continúa en tramitación). Es a partir de esta primera patente que se produciría la apropiación que se intenta ocultar por medio de la segunda solicitud, cuya concesión se publicó en mayo de 2014, por lo que el plazo para formular oposición finalizará a finales de febrero de 2015. El Estado español no ha formulado oposición a la patente, pese a la evidencia mostrada por la Oficina de Patentes de Delhi. Esta Patente Europea ha sido muy recientemente impugnada por la ONG Médicos del Mundo Francia, conforme a noticia fechada el 12 de febrero de 2015, aparecida en diferentes medios de comunicación, encontrándose en trámite.

.....

Desde luego, parece que mal se compadecen los altísimos precios fijados (tanto para el fármaco comercializado como sovaldi como para los otros antivirales de acción directa de última generación, como el comercialmente denominado harvoni, etc) con patentes en entredicho, en el mejor de los casos; estudios clínicos de los fármacos, previos y precisos a su autorización sanitaria, de muy bajo espectro; la necesidad de que tales estudios tengan que ser completados mediante los datos que se arrojen tras la administración –previo pago- de los medicamentos, una vez ya comercializados, a los pacientes; la eficacia limitada reconocida por el propio Ministerio de Sanidad o el coste de producción mismo de los fármacos, coste que en sus posibilidades más altas rondan los mil euros por frasco (hasta los miles y miles de euros que se barajan se ha fijado por tratamiento para cuatro semanas, que es lo que contiene cada frasco, el beneficio comercial se está elevando a unas cotas insostenibles para los Sistemas públicos de Salud, intolerables en un Estado social y de Derecho como es el nuestro).

Y a pesar de todo el tiempo transcurrido, el precio del medicamento a día de hoy parece seguir siendo un secreto de Estado. Las arcas de la Sanidad pública pueden terminar esquilgadas y son objeto de constantes recortes en los últimos ejercicios, pero el precio de los medicamentos como los antivirales que nos ocupan no resulta de acceso público. A pesar de toda la polémica suscitada alrededor del precio del “Sovaldi”, no ha existido ninguna notificación o declaración oficial al respecto. La cantidad que parece ser la “pactada” es un precio de alrededor de veinticinco mil euros por el tratamiento de doce semanas (tres frascos) en combinación con otros fármacos. Teniéndose en cuenta que en la mayoría de los casos resulta aconsejable por los expertos que los tratamientos se prolonguen hasta veinticuatro semanas o más –según los casos-, las cifras de las que hablamos, considerando que según fuentes oficiales los infectados pueden llegar al millón, el gasto farmacéutico nada más que en este tipo de medicamentos puede significar más que todo el presupuesto anual de la Sanidad

pública de todo el territorio nacional para todo un año (sobre cincuenta y dos mil millones de euros).

En este orden de cosas, se añadirá que lo que parece, tanto de declaraciones públicas aparecidas en medios de comunicación tanto de responsables políticos como de directivos de los laboratorios, es que uno de los criterios empleados para la fijación del precio de los fármacos que nos ocupan es “la capacidad económica del Estado en cuestión”, asociándose el precio de una manera proporcional al Producto Interior Bruto de cada país. Así, en concreto, revisando los precios del medicamento comercializado como Sovaldi en los distintos Estados, se comprueba que, efectivamente, estos están en función de su PIB. O lo que es lo mismo, **en función de su Renta Nacional** (PIB=RN+Importaciones). El problema es que este criterio imperante no viene recogido en la Ley. Nos situamos en la realidad del precio del Sovaldi (y de los otros medicamentos, antivirales de acción directa de última generación): **SE TRATA DE UN TRIBUTO; de una suerte de Impuesto sobre la Renta (Nacional) que el Poder Financiero Global impone a los Estados; que reconocen, más bien directa que indirectamente, una especie de PODER TRIBUTARIO DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES SOBRE LOS ESTADOS.Y, por supuesto, un “sistema” absolutamente ajeno -y contradictorio- a las disposiciones legales relativas a la determinación de los precios de los Medicamentos**, esos medicamentos que se incluyen en el plan de acción que articula el Acuerdo de 26 de marzo de 2015, del Pleno del Consejo Interterritorial del SNS, objeto de nuestra pretensión impugnatoria.

Y la pregunta también es, ¿por qué ese empeñamiento estatal en mantener tan altos los precios de los medicamentos, cuando no existen razones objetivas ni favorecedoras del interés público para ello y cuando, además, los Estados –nuestro Estado- disponen de mecanismos legales que impedirían este tipo de disfunciones, tales como la expropiación forzosa de patentes, las licencias obligatorias sobre medicamentos, la producción de medicamentos genéricos, medidas protectoras y ablatorias , etc?

Y estos precios desorbitados son los que provocan las limitaciones de recursos que determinan que el Plan Nacional prevea una priorización de los pacientes más allá del criterio médico, por puras razones mercantilistas: es imposible administrar los tratamientos a todos los que lo necesitan por escasez de recursos, no porque no sea aconsejado medicamento –o al margen del criterio médico-. Esta es la razón y causa de la impugnación operada por mis mandantes. De hecho, uno de los objetivos máximos a alcanzar con la política sanitaria es la erradicación del virus de la hepatitis C, lo que deviene imposible precisamente por el altísimo precio que se paga por los fármacos que sirven para tratar la enfermedad. Si los precios fueran “razonables”, sostenibles para el Sistema y acordes con criterios objetivos que cumplan con el principio coste/beneficio, el Plan Nacional no tendría que haber establecido ninguna clase de priorización. **Pero la cuestión es que, a nuestro juicio y como venimos exponiendo, ese**

precio no es conforme a derecho y, además y en todo caso, ha de conocerse, no puede permanecer oculto, debiendo producirse el control jurisdiccional sobre si se cumplen o no los requisitos legales establecidos y cuáles sean los utilizados por la Administración. Precisamente la cuestión económica, la fijación del precio de los medicamentos al margen de los criterios legales, el secretismo en contra de cualquier mínimo concepto de transparencia que se tuviera y la ausencia de publicación de un precio fijado -que sustentan meras razones de estrategia comercial-, son las que convierten en necesaria e inevitable la fiscalización de la actuación administrativa. Y eso es lo que se pretende investigar. Y eso es lo que es objeto del proceso. Y por eso es competente la jurisdicción contencioso-administrativa y no otra.

Como vemos, **no nos encontramos ante una “Reclamación enmarcada dentro de la acción protectora de la Seguridad Social”; no nos encontramos ante una pretensión promovida dentro de la “rama social” del derecho, ni ante una Reclamación en materia de Seguridad Social.** Nos quedamos antes. Cierto es que el medicamento integra la prestación sanitaria de la Seguridad Social, pero no queremos en este caso discutir ese derecho, ni la elección de un tratamiento u otro, ni la decisión médica, ni la adecuación de la prestación sanitaria. Nos interesa la ausencia de decisión pública relativa al Precio y a la Financiación de los medicamentos, la fijación del precio en contra del interés público y de los requisitos y criterios exigidos por la Ley, la necesidad del establecimiento de un sistema de priorización económica ante la limitación de los recursos que es evitable, que se plasman en el Plan Nacional y por ende, en una Resolución, la de 1 de noviembre, cuyo contenido se desconoce, pero que debería expresar el precio del medicamento sobre la que recae, sovaldi, y determina su inclusión en el Nomenclátor de la Seguridad Social. Todos estos son hechos precisos de enjuiciamiento y **que se quedan en el momento anterior al nacimiento del derecho a la prestación.** No queremos discutir ningún criterio médico, ni demandar ninguna prestación medica o sanitaria concreta, ni individual ni colectiva. Impugnamos las condiciones previas, el proceso previo, el procedimiento que precede al acto o disposición impugnada, pero que culmina en la misma. Es a partir del Plan Nacional que se producirán los actos concretos –o ausencia de ellos- de prescripción de los tratamientos a pacientes concretos, pero ello es después, y excede de nuestro objeto procesal. Porque lo que es objeto de nuestra pretensión es materia competencia de la jurisdicción en que nos encontramos, no del orden social, siendo que nuestra pretensión carece de esa naturaleza prestacional que, en nuestro leal entender erróneamente, se nos está atribuyendo. Es más, en el orden social a donde se nos deriva sería imposible discutir todos los aspectos señalados como objeto de nuestro recurso contencioso-administrativo.

En este punto, señalaremos que la impugnación del Plan Nacional y de la Resolución de 1 de noviembre de 2014 es necesario que se vea conjuntamente, aun en el caso de que la competencia objetiva se residenciara en la Sala de lo

contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que, respetuosamente, también disentimos, siendo que en todo caso la competencia la debería asumir la propia Sala a la que tengo el honor de dirigirme. Y ello por cuanto se ha de considerar que una interpretación integradora de las reglas sobre competencia objetiva previstas en la LJCA permite deducir que la competencia en casos en que haya que fiscalizarse decisiones adoptadas por diferentes órganos o Administraciones pero que se puedan reconducir a una igual causa de pedir, entendida como el dato fáctico determinante de la reclamación efectuada por el administrado, ha de corresponder al órgano jurisdiccional competente para fiscalizar el acto dictado por el órgano de mayor entidad o de mayor ámbito territorial. Este criterio, aplicado en ocasiones por la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo, determina que en todo caso, establecido el carácter no prestacional de nuestra pretensión, corresponde el conocimiento y enjuiciamiento de la causa a la Sala de lo contencioso-administrativo de Audiencia Nacional, pues la Resolución de 1 de noviembre, con independencia de su no publicación en Diario Oficial, es uno más de los hitos acaecidos en ese proceso de fijación de precio de los antivirales que se impugna, en cuanto determina una priorización innecesaria y que se refleja en el Plan Nacional.

Por otro lado, como se desprende de lo que venimos exponiendo, a pesar de lo que se ha dicho de adverso, no es coincidente, o al menos, no lo es plenamente, lo que es objeto de la presente reclamación contencioso-administrativa, de la planteada a título individual y en Defensa de sus Derechos Fundamentales, ante la ausencia de administración del tratamiento prescrito, que varios integrantes de la Asociación aquí recurrente han formulado ante los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, de la que el Auto que se acompañó como documento num 5 de nuestro escrito de interposición es muestra. Sin embargo, en el seno de ese procedimiento tramitado ante el Juzgado de lo contencioso en nombre de uno de los aquí recurrentes, don J.T.L, se ha empleado el argumento, tanto por la Abogacía del Estado como por los órganos jurisdiccionales, que para que existiera la competencia del orden contencioso lo que se tenía que atacar por el administrado era la norma general, la Estrategia de priorización (antecedente del Plan Nacional, que aquí se impugna) y no el acto – o la ausencia de acto- de administración del medicamento. En este sentido, con posterioridad a nuestro escrito de interposición, se ha dictado la Sentencia de apelación por la Sala de lo Contencioso-administrativo de Madrid en la que expresamente se recoge como Fundamento del rechazo de la pretensión allí ejercitada por don J. lo siguiente: *“En todo caso hay que señalar que la disconformidad con los criterios fijados por el Gobierno de la Nación para la inclusión del medicamento de constante cita, así como con la estrategia para el tratamiento de esta enfermedad no puede articularse por la peculiar vía impugnatoria elegida en el presente recurso. A este respecto es preciso señalar que el cauce para atacar la definición de las subpoblaciones que han de ser tratadas con Sovaldi supone, entre otros recursos, la impugnación del Acuerdo de fecha 5 de diciembre de 2.014, del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, por el que se aprueba la Estrategia terapéutica de priorización para el*

uso de antivirales de acción directa para el tratamiento de la hepatitis crónica por virus C (VHC) en el ámbito del Sistema Nacional de Salud (Procedimiento Ordinario N° 14/2015 de la Sección 4a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional)”. ¿Por qué la impugnación de la Estrategia de priorización sí es competencia del orden contencioso-administrativo y la impugnación del Plan Nacional presenta carácter prestacional, impidiéndose su conocimiento por el orden contencioso, cuando ambas regulan lo mismo, pero en distinto momento?

A estos efectos, **se acompaña como Documento num. 3 de este escrito, la precitada Sentencia de apelación, 629/2015, de 14 de octubre, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dejándose designados los archivos originales para en su caso.**

Por último, ha de destacarse a los efectos que nos ocupan que nos resulta curioso que se rechace el conocimiento de nuestro recurso-contencioso-administrativo, derivándonos hacia la jurisdicción social, cuando el cuestionamiento del sistema de fijación de precios, en los términos que se vienen exponiendo y teniéndose en cuenta que todavía no se ha formulado demanda, se efectúa por los ciudadanos, pero no existe óbice alguno para tramitar ante la jurisdicción contencioso-administrativa una reclamación efectuada por Farmaindustria (Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica) contra ese mismo sistema de fijación de precios –en otro aspecto-. En este sentido, nos hacemos eco de la noticia aparecida en prensa, publicada el pasado día 17 de noviembre, por la que se afirma que la Sala Tercera del Tribunal Supremo “*ha anulado la norma que preveía alinear los precios de los medicamentos a un sistema basado en el precio de venta inferior en otro estado de la Unión Europea cuando la medicina se venda fuera de España*”, dando la razón a Farmaindustria. Además de que esto supone una merma todavía mayor del maltrecho presupuesto público para Sanidad, evidencia de que los laboratorios parece que sí pueden disfrutar del acceso a la jurisdicción contenciosa, pudiendo producirse la fiscalización plena de la actuación administrativa que a mis mandantes se les niega. **Esta noticia ha sido publicada por el medio digital “Diario Público” e incorporada a este escrito como Documento num. 4**, al que nos remitimos expresamente. La Sentencia a la que se refiere la noticia comentada es la dictada en la instancia por la Sala Tercera, Sección 4ª, del Tribunal Supremo en fecha 28 de octubre de 2015, rec. 389/2014 Pte: Cudero Blas, Jesús. El TS afirma que el sistema automático de revisión de precios de referencia y agrupaciones homogéneas de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, basado exclusivamente en el precio menor de comercialización en otros países de la UE, está fuera de los supuestos previstos legalmente, por lo que infringe la reserva de Ley, en la que la Sala estima la demanda de Farmaindustria por no recogerse en la normativa nacional el criterio de fijación de precio de referencia europea, esto es por infringirse el principio de reserva de ley.

También es de destacar a los efectos que nos ocupan la STS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de fecha 11 de noviembre de 2015, rec. 387/2014. También otras Resoluciones, más antiguas, han mantenido el conocimiento del asunto por la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, entre otras muchas, SSTS, Sala Tercera, de 8 de febrero y 18 de mayo de 2001, o 22 de junio de 2010; o, también entre otras tantas, SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 4ª, S 31-1-2007 y la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 4ª, S 7-2-2007.

En definitiva, sea cual sea la perspectiva, la situación no es nada halagüeña para el Sistema Nacional de Salud, resultando que todo lo que venimos manteniendo es constatado por los hechos posteriores a la formulación del Plan Nacional. Así, en fechas muy recientes, 7 de noviembre de 2015, se ha publicado la existencia de un Acuerdo entre el Gobierno español y “Farmaindustria” (Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica) que asegura a los laboratorios un aumento anual del gasto farmacéutico igual al PIB, esto significa un incremento insostenible para el Sistema público de Salud. **La noticia fue publicada en el medio digital “nuevatribuna.es” (<http://www.nuevatribuna.es/articulo/sanidad/gobierno-estrangula-gasto-sanitario-publico-y-firma-pacto-farmaindustria/20151107145530122096.html>), siendo aportada a este escrito**

como documento num.5, dejándose designados los archivos originales a sus efectos. Literalmente se recoge en dicha noticia que “*El Pacto en esencia garantiza un crecimiento del gasto farmacéutico igual que el del PIB, asegurando así un crecimiento insostenible del gasto farmacéutico.*”

Conviene recordar que nuestro país tiene un elevado gasto farmacéutico (una 3.000 millones de euros anuales mayor que lo que nos correspondería si tuviéramos el promedio de gasto farmacéutico de los países de la OCDE, pero además que este gasto farmacéutico no ha parado de crecer en los últimos tiempos (en los 8 primeros meses de 2015 el 9,2%).

Además las previsiones del Gobierno son que la financiación sanitaria disminuya en relación al PIB (hemos pasado de un gasto sanitario público del 6,7 % del PIB al 5,9% en 2014 con una previsión del 5,6% en 2016), de esta manera "el aumento mantenido del gasto farmacéutico acabará estrangulando el gasto sanitario público".

Otra cuestión llamativa es el momento en que se realiza el acuerdo, con unas elecciones a la vista en las que el PP previsiblemente perderá su mayoría absoluta y con un Parlamento disuelto momento en el que se establece un compromiso por un año. "Es realmente vergonzoso este interés del Gobierno en garantizar los negocios de sus amigos mientras mantiene los recortes en la Sanidad Pública e intenta impedir que algunas CCAA garanticen el acceso a la atención sanitaria de todas las personas", denuncia la FADSP”.

En conclusión, es imprescindible para la continuidad del Sistema público que se proceda a fiscalizar todo lo relativo a la fijación de los precios de los

medicamentos para el tratamiento de la hepatitis C, que determinan el contenido del Plan Nacional, que aquí se impugna, estableciendo una priorización por criterios económicos innecesaria. Por ello, de conformidad con los artículos 1, 2 y 11 LJCA, artículo 3 LRJS y artículo 9.4 LOPJ, y concordantes a todos ellos, corresponde la competencia para el conocimiento del asunto que se plantea al orden contencioso, y dentro de éste, a la Sala a la que tenemos el honor de dirigirnos.

TERCERA.- Que en apoyo de lo anterior, teniendo en cuenta los preceptos antes citados, en especial artículos 1, 2 y 11 LJCA, se ha de afirmar la competencia en todo caso de la Sala a la que nos dirigimos en cuanto en ambos casos, Plan Nacional y Resolución de 1 de noviembre, estamos hablando de que lo que se impugna por nuestra parte son disposiciones de carácter general, lo que determina en todo caso la competencia de jurisdicción de este orden y la competencia objetiva de la Sala de lo contencioso-administrativo de Audiencia Nacional, dentro de aquél, al no emanar de un acto del Consejo de Ministros.

Así, actos y disposiciones son instrumentos jurídicos empleados por la Administración, pero entre uno y otro existen diferencias sustanciales. La disposición no es un mero acto administrativo general, sino que forma parte del ordenamiento jurídico, en tanto que el acto es algo “ordenado”, producido en el seno del ordenamiento y por éste previsto como simple aplicación del mismo. La disposición innova el ordenamiento, el acto se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado por dicho ordenamiento previsto, agotándose en si mismo. El acto suele presentarse con un destinatario concreto, aunque se trate de un gran número de personas, mientras que la disposición va dirigida a un conjunto indeterminado de sujetos o a toda una colectividad. Teniendo en cuenta tales nociones, no podemos sino afirmar la cualidad de disposición general tanto del Plan Nacional aprobado por el Pleno de la Comisión Interterritorial del SNS como de la Resolución de 1 de noviembre de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del SNS y de Farmacia. A partir de ambos pueden producirse los actos concretos de prescripción de los fármacos, generadores del nacimiento del derecho subjetivo a la prestación sanitaria. En cuanto originarios, queda su control sometido a la jurisdicción contenciosa, que es lo que aquí repetidamente se solicita.

CUARTA.- DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y REVISIÓN JURISDICCIONAL.

En relación a la revisión jurisdiccional de la denominada “*Discrecionalidad Técnica*” de la actuación administrativa, comenzaremos citando la reciente **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del**

Tribunal Supremo, de 31 de Julio de 2014 (rec.2001/2013), que cuenta con otra sentencia idéntica de la misma fecha y distinto ponente (rec.3779/2013):

*“En efecto, una cosa es que en sede judicial no se pueda sustituir el criterio técnico del tribunal calificador o valorar su mayor o menor acierto siempre que no sea absurdo su juicio y otra que no quepa revisar la forma en que ha sido aplicado. No tienen razón, en este sentido, ni el informe de la presidenta del tribunal calificador, ni las manifestaciones expresadas en las actas de éste ni, tampoco, la sentencia sobre la irrevisabilidad de los ejercicios o, si se prefiere, de las calificaciones que se les otorgaron. **Cabe, perfectamente, en aquellos casos en que se alegue error o arbitrariedad,** por ejemplo, por no seguir el mismo criterio respecto de todos los aspirantes, lo cual, si se produce, supone, además, apartarse de las bases e introducir un trato desigual a los aspirantes”.*

En similar sentido, por ejemplo, la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del 16 de abril de 2014** (rec. 315/2013) que antes de la Sentencia del Tribunal Supremo que hemos citado, manejó similar criterio con la siguiente argumentación:

“TERCERO .- Sin embargo la discrecionalidad técnica no supone una autorización “en blanco” para asignar libérrimamente la puntuación sino que la misma ha de tener engarce en la convocatoria y en todo caso, bajo el imperio del principio de mérito y capacidad (arts.103 y 23.2 CE, así como 55 del EBEP), ha de asegurar a los participantes interesados el conocimiento de las razones de una u otra calificación (art.54.2 de la Ley 30/1992 : “debiendo en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”, en relación con el art.27.1 de la misma Ley 30/1992 : ” Acta que especificará necesariamente...los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados”). Una cosa es que las bases no impongan desglose de puntuación por cada criterio (ejercicios primero y segundo) o de la calificación numérica (ejercicios tercero y cuarto) ni tampoco voto motivado de cada vocal, y otra muy distinta que ello autorice a que el Tribunal niegue a los aspirantes el derecho a una respuesta motivada sobre las circunstancias que explican la calificación. Si el Tribunal calificador pudiera escudarse en los dígitos que expresan su voluntad de calificación serían inútiles las pautas generales de valoración de cada prueba e incluso serían superfluos temarios y cuestionarios.

De ahí que nuestro Tribunal Supremo ha precisado que aunque las bases no impongan una motivación específica, detallada y pormenorizada, si existe una reclamación por parte de un aspirante, el Tribunal calificador (y la Administración en que se integra) deben

ofrecer una explicación, y con mayor razón cuando en casos como el de autos en vía administrativa se formuló reclamación expresa y detallada, que recibió la callada por toda respuesta, con el artificio de remitirse a unas Actas vacías de explicación y refugiarse en la discrecionalidad técnica . En efecto, basta examinar las Actas para comprobar que las calificaciones se expresan en términos numéricos pero no se acompaña explicación o informe alguno, como tampoco se detectan observaciones o anotaciones en los ejercicios que demuestren el error, acierto o matiz de uno u otro. El laconismo de las Actas, sin plantillas ni informes es elocuente (1º ejercicio, folio 334 expte; 2º ejercicio, folio 356 expte; 3º ejercicio, folio 376 expte.; 4º ejercicio, folio 384 expte.)

En esas condiciones probatorias, en que tampoco los demandados se han esforzado en espigar el expediente en busca de una motivación amplia, ni en proponer o traer en la instancia el informe del Presidente del Tribunal calificador para aclarar o completar su criterio de valoración y puntuaciones (la única prueba traída en la vista oral por Administración y codemandada es el expediente), es patente que se ha generado indefensión en el apelante puesto que ni en vía administrativa ni en la instancia ha podido conocer una motivación mínima y con engarce en la convocatoria de las puntuaciones que le han sido asignadas a él y a la aspirante propuesta. Y eso pese al dato relevante y decisivo de que el ahora apelante, formuló expresa y directamente reclamación frente a la valoración de los tres primeros ejercicios (un escrito por cada uno, folios 385 a 390) así como frente al cuarto (folios 394 a 396 expte.) y en que solicitaba la motivación de las mismas, lo que mereció una lacónica respuesta del Tribunal calificador confirmando las calificaciones.”

Siguiendo el trabajo de don Valentín Thury Cornejo, “Control de la actividad administrativa: discrecionalidad técnica y motivación: apuntes a partir de la reciente jurisprudencia española”, publicado en el nº 3 de la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid (mayo de 1999), señalaremos que “*El de "discrecionalidad técnica" es un concepto multívoco que hace referencia a la creciente influencia que la técnica adquiere en las decisiones administrativas. Las relaciones entre técnica y decisión discrecional pueden asumir dos formas distintas: una externa, o sea, la discrecionalidad que se ejerce sobre la base de datos técnicos y que como tal no difiere de los otros tipos de discrecionalidad; y una interna, que hace referencia a la propia relatividad de las reglas técnicas. Esta última ha querido ser desestimada por parte de algunos autores como una "contradictio in terminis", con el argumento de que la misma aplicación de reglas técnicas dejaba fuera de campo la posible discrecionalidad decisoria. Hoy en día, sin embargo, pareciera ser la fuente más grande de opiniones variadas, sobre todo en el campo de las ciencias sociales. Por ello, si bien las decisiones económicas pueden tomarse sobre una base técnica y ser desvirtuadas sobre esos mismos supuestos, conservan un alto margen de*

opinabilidad que dista mucho de aproximarse al de una solución única. Por otra parte, la complejidad creciente de la realidad hace que la aplicación de las teorías a lo concreto admita una variedad de enfoques”.

Como señala el autor antes citado (recordemos que la publicación citada es del año 1999), *“La primera aclaración que el Tribunal Supremo se ocupa de realizar es que **la discrecionalidad técnica no implica arbitrariedad**, sino que es un supuesto especial de discrecionalidad caracterizado por la presencia de un criterio económico o social”.*

Así, afirmaba la STS del 16 de abril de 1997, Sala 3ª, Sección 3ª al respecto, que *“nos encontramos en supuestos en que «la Administración tiene un cierto margen de «discrecionalidad técnica» que no es lo mismo que la arbitrariedad que denuncia el recurrente, puesto que el legislador atribuye al órgano administrativo la facultad de apreciar en cada supuesto lo mejor para el interés público con libertad de elección entre alternativas justas, decidiendo por criterios de oportunidad, económicos o sociales, y que es susceptible de control jurisdiccional mediante técnicas de los elementos reglados de todo acto, los hechos determinantes o los principios generales del Derecho, muy frecuente cuando se trata de una actividad de fomento de la Administración al conceder o no determinadas ayudas a fondo perdido, necesariamente limitadas por necesidades presupuestarias infranqueables, acudiendo a criterios razonables que justifiquen su decisión»”.*

En similar sentido, la **Sentencia del 19 de septiembre de 1997**, en la que el Tribunal Supremo analizó la regularidad del Plan General de Transformación de la Comunidad Autónoma de Extremadura en el marco de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (LRDA), que establece un procedimiento complejo que se rige por el Plan General de Transformación que *“(…) incluye un cierto contenido de carácter normativo, sin que para ello sea obstáculo que su vigencia sea definida en el tiempo, pues aquél no es incompatible con una duración temporalmente limitada. Pero también es cierto que, por el referido contenido, no tiene una naturaleza unitaria y que ni tan siquiera resulta predominante el mencionado carácter normativo, sino que destaca su significado de programación de actuaciones a realizar, que se agota con su cumplimiento, como una segunda fase del referido procedimiento complejo o plural que tiende a la ordenación de la propiedad y «puesta de riego» de la correspondiente zona”.*

Como expone el autor, es esa misma complejidad la que hace que la decisión administrativa pueda ser impugnada sólo por razones de legalidad y no de oportunidad y conveniencia, y a raíz de ello, el Tribunal reconoce un núcleo propio de actividad administrativa que el juez no puede suplantar: Así, la Sentencia ahora comentada (cuyo Ponente fue el Excmo Sr. Fernández Montalvo) continúa afirmando: *“Es cierto que, como antes se ha dicho, una de las orientaciones esenciales de la actuación administrativa en la transformación*

*de las zonas regables es el cumplimiento de la función social de la propiedad agraria, pero tampoco es posible acoger la argumentación actora que viene a sostener el incumplimiento de dicha función como consecuencia de la limitada superficie de las tierras de reserva a los propietarios que hará inviable la aplicación de tecnologías avanzadas, pues, desde el punto de vista estrictamente jurídico, la determinación en el Plan General de dicha superficie comporta un núcleo de discrecionalidad que no puede ser objeto de revisión en sede jurisdiccional con base en consideraciones o motivos de la mayor o menor conveniencia u oportunidad, desde perspectivas económicas o sociales, como la mayor o menor productividad que subyace en la argumentación actora. Como ha tenido ocasión de señalar esta Sala en relación con los Reales Decretos de declaración de interés general de las zonas regables, **el control judicial de la actuación administrativa es de legalidad plena, como resulta de los arts. 24.1 y 106 CE, extendiéndose respecto de la discrecionalidad hasta donde permite el contraste con la norma jurídica a través de las plurales técnicas admitidas por la jurisprudencia -fundamentalmente, elementos reglados, desviación de poder, hechos determinantes y principios generales del Derecho-** ninguna de las cuales permite en el presente caso apreciar la denunciada violación de la función social de la propiedad por el Real Decreto impugnado como consecuencia del señalamiento de las 35 ha de superficie para las reservas para los propietarios. **El control en sede judicial no puede fundamentarse en valoraciones de otro orden distinto del jurídico. Como resulta de la propia concepción constitucional del Gobierno que reflejan los artículos 97 y 103.1 CE, es a éste a quien corresponde, en este caso, valorar, teniendo en cuenta las circunstancias técnicas relativas a las circunstancias sociales, económicas y agrícolas de las tierras, las dimensiones de dicha reserva, utilizando criterios de oportunidad admisibles en Derecho y, por tanto ajenos a un control de legalidad. Precisamente, una de las características de la planificación es la necesidad de conjugar una pluralidad de intereses y factores de diversa naturaleza para lo que es forzoso reconocer un núcleo de discrecionalidad administrativa**”.*

La misma doctrina se encuentra en las **Sentencias del TS del 4 de abril de 1997 y del 11 de diciembre de 1995**, de la misma sección y del mismo ponente.

Así, se pregunta el citado autor en su conclusión: “¿Qué significaría, pues, en esta línea jurisprudencial, la noción de “discrecionalidad técnica”? Bajo este concepto el Tribunal Supremo engloba toda una realidad decisoria que hace que, por un lado, las técnicas comunes de control de la discrecionalidad no alcancen para fiscalizar la actuación administrativa y, por otro lado, la complejidad de la decisión hace que los instrumentos de planificación, al conjugar una pluralidad de intereses y factores de diversa naturaleza, conformen un núcleo de discrecionalidad administrativa exenta del control judicial. La multiplicidad de factores en juego determina así una regulación particular que, justamente por esa naturaleza propia, no puede ser controlada por los jueces. La

Administración es, de acuerdo con estas sentencias, la más capacitada para tomar decisiones en este campo, se halla habilitada por la ley para hacerlo y los jueces no pueden introducirse en el núcleo de esa decisión, porque comporta el uso de la discrecionalidad técnica”.

Sobre esta superada Doctrina Jurisprudencial se inserta la innovadora Jurisprudencia del Tribunal Supremo referida al principio de la presente Alegación, encarnada en las citadas **Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 31 de Julio de 2014** (recursos nº 2001/2013 y 3779/2013, de la misma Sección).

.....

Por otra parte, respecto a la Doctrina Constitucional sobre esta materia, la **STC 353 del 29 de noviembre de 1993, Sala Segunda**, señala: *“aunque los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones o concursos, en modo alguno pueden sustituir a éstos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica, pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada Tribunal o Comisión calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la concerniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores o concursantes, y tal supuesto es absurdo no sólo porque implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque éstos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más. Lo que no supone desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 de la CE, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2 CE), ni la exigencia del control judicial sobre la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1 CE), así como tampoco ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. **Supone simplemente señalar que ese control judicial, del que no pueden excluirse las Resoluciones administrativas que resuelven oposiciones o concursos, tiene, por su propia naturaleza, ciertos límites o modulaciones [SSTC 39/1983 (fundamento jurídico 4.º); 97/1993 (fundamento jurídico 2.º)]. Así ocurre, decíamos en las citadas sentencias, en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en cuanto tal escapa al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que dicho juicio técnico afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico”**.*

Por lo tanto, el control jurisdiccional asume, en palabras del propio Tribunal, "*determinadas modulaciones o limitaciones*" que encuentran su fundamento en una presunción de razonabilidad o certeza de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la IMPARCIALIDAD de los órganos establecidos para realizar la calificación. Basándose en estas razones, el TC entiende que esta política de revisión jurisdiccional de las decisiones de los tribunales examinadores no afecta la garantía de tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24.2 de la Constitución Española”.

Esta sentencia modifica la línea jurisprudencial que venía siguiendo el órgano constitucional al pasar de considerar el ámbito de la discrecionalidad técnica como exento del control a estimar que sólo existe una modalidad en cuanto al mismo. En las sentencias posteriores ha reafirmado dicha tendencia. Así, en la STC 34/95 del 6 de febrero, el tribunal diseñó el marco general en el que la discrecionalidad técnica se inserta:

“Antes de pasar a conocer de la cuestión así planteada, sería conveniente realizar una breve síntesis del marco normativo y de la doctrina de este Tribunal en puntos cruciales para su adecuada resolución. La primera observación que hay que hacer es que el reconocimiento de la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho, que la Constitución eleva a núcleo central que preside el obrar administrativo (art. 103.1 CE), equivale a una prohibición generalizada de áreas de inmunidad en esta parcela del ordenamiento jurídico, conectándose de este modo la garantía de sumisión a la norma con la interdicción de arbitrariedad en el obrar de los poderes públicos (art. 9) y la primacía de la Ley, como postulado básico de un Estado de Derecho (art. 1 CE). Corolario inevitable de este marco normativo en que la Constitución encaja la actuación administrativa es, a su vez, la sujeción de los actos de ésta al control de los Tribunales de Justicia (art. 106.1 CE).

Siendo los anteriores preceptos los presupuestos de la declaración contenida en el art. 106.1 CE, es claro que, del conjunto que se acaba de describir, se desprende un diseño constitucional de control máximo de la actividad administrativa, en la que, salvo exclusión legal expresa y fundada en motivos suficientes -que en todo caso corresponde valorar a este Tribunal- no se produzcan exenciones en la regla general de sujeción de aquélla al control y fiscalización de los Tribunales de Justicia. Que esto es así se desprende de una jurisprudencia reiterada de este Tribunal, que se ha ocupado de mantener que si bien la Constitución no ha definido cuáles han de ser «los instrumentos procesales que hagan posible ese control jurisdiccional», sí ha afirmado, en cambio, la necesidad de que dichos mecanismos «han de articularse de tal modo que aseguren, sin inmunidades de poder, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas» (STC 238/1992).

En este marco general, la doctrina de este Tribunal ha tenido ocasión, sin embargo, de introducir matices. Entre ellos se encuentra, por lo que ahora nos interesa, la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado «discrecionalidad técnica» de los órganos de la Administración, en cuanto promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada por el órgano administrativo. Con referencia a ella, se ha afirmado que, aún en estos supuestos, las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en «una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación». Una presunción iuris tantum, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla «si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado», entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (STC 353/1993, fundamento jurídico 3.º). Esto es, el recurso interpretativo de que se habla, en cuanto recorta las facultades de control del Juez, sólo puede considerarse compatible con el diseño constitucional antes descrito en la medida en que contribuya a salvaguardar el ámbito de competencia legalmente atribuido a la Administración, **eliminando posibles controles alternativos, no fundados en la estricta aplicación de la Ley, de parte de los órganos judiciales**”.

En este punto debemos destacar el particular juicio de constitucionalidad que realiza el TC, que no se introduce en cuestiones de mera legalidad, salvo cuando éstas afecten cuestiones constitucionales. En concreto, en este caso, el TC no analiza la razonabilidad de la decisión del tribunal calificador: “*En las sentencias recurridas, los órganos judiciales, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial sobre el control por los Tribunales de Justicia de las actuaciones y decisiones de los Tribunales y Comisiones que han de resolver los concursos y oposiciones, proceden a fiscalizar desde el plano de la legalidad la actuación del órgano calificador (...) No compete a este Tribunal emitir juicio alguno sobre la corrección de los referidos criterios de calificación, pues dicho juicio se sitúa en el plano de la legalidad ordinaria ajeno al amparo constitucional, y constando que el motivo por el que los órganos judiciales desestimaron la pretensión del recurrente es el de que no podía considerarse como manifiestamente errónea o arbitraria la actuación del Tribunal calificador, no puede estimarse vulnerado el derecho reconocido en el art. 24.1 de la CE*”.

Como se desprende claramente de las dos sentencias transcritas, **la doctrina del TC reconoce que no hay áreas de inmunidad del poder**, pero inmediatamente aclara que el control no es pleno en el caso de la actividad de los jurados y tribunales de oposición. Las modulaciones de ese control se deben, en su parecer, a varias razones que van desde la presumible imparcialidad de los componentes del tribunal, su especialización, la participación directa en las pruebas desarrolladas, hasta la presencia de "diversas interpretaciones a las que son propensos los exámenes de tipo test, el carácter esencialmente discutible de toda materia jurídica y la falta absoluta de precisión del lenguaje jurídico". Ello ha llevado, en la práctica, a que esa apertura de control no se ejerza en los casos concretos, o sea, que el Tribunal Constitucional no haya revocado la decisión de un tribunal técnico por arbitrariedad y haya restringido su fiscalización a la existencia de "desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado".

Un caso paradigmático de esta actitud lo tenemos en la **STC 73/98 del 31 de marzo**, donde se analizaba la provisión de un cargo en el Ayuntamiento de Honrubia (Cuenca) sujeto a tres pruebas, la segunda de las cuales consistía en la realización de un ejercicio de teipo mecanográfico a una velocidad mínima de 250 pulsaciones por minuto. La recurrente fue la única que cumplió con dicho requisito, pese a lo cual el concurso fue ganado por la otra concursante que sólo alcanzó una velocidad de 248.1 pulsaciones, ello es, una cantidad por debajo del límite mínimo requerido. Si bien es verdad que el Tribunal no analizó en concreto el proceso de selección como agravio al derecho fundamental de igualdad (fundamento jurídico 6º), sí lo hizo respecto a la actuación anterior del Tribunal Supremo como agravio a la garantía de tutela judicial efectiva y consideró que la interpretación del a quo, fundada en la noción de discrecionalidad técnica, no es arbitraria.

“Analizando los términos en que planteó el demandante el debate en las dos instancias judiciales, puede comprobarse cómo se ha obtenido respuesta a la única cuestión formalmente suscitada (el carácter de la exigencia de las 250 pulsaciones por minuto). Bien es cierto que existe una contradicción entre las respuestas obtenidas en una y otra instancia pero esto no implica necesariamente que alguna de ellas haya de ser, por sí misma, irrazonable o arbitraria. En concreto, la del Tribunal Supremo hace una interpretación de índole sistemática de la base en cuestión que le lleva a afirmar que la valoración de la velocidad exigida es un elemento a tener en cuenta junto con otros (la limpieza y exactitud de lo copiado y la corrección que presente el escrito), de lo que, en una inferencia que no cabe tachar de arbitraria, concluye que no se ha establecido «un mínimo de velocidad que expulsara automáticamente sin siquiera apreciar ninguna otra compensación, ni interpretación en cuanto la calificación de los miembros del Tribunal» (fundamento jurídico 2.º)”

“Esta reconstrucción del proceso argumental seguido por el Tribunal Supremo permite afirmar que no estamos ante la «tacha extrema de

arbitrariedad (que) supone que la resolución judicial impugnada no es expresión de la Administración de Justicia, sino mera apariencia de la misma (STC 148/1994), lo que implica la "negación radical de la tutela judicial" (STC 54/1997, fundamento jurídico 3.º), sin que nada de ello pueda confundirse con el error en la interpretación y aplicación del Derecho» (STC 160/1997, fundamento jurídico 7.º), y sin que tampoco pueda apreciarse, por las razones antes expuestas, que, «aun constatada la existencia formal de una argumentación, la resolución resulta fruto del mero voluntarismo judicial o expresa un proceso deductivo "irracional o absurdo" (STC 244/1994 » (STC 160/1997, fundamento jurídico 7.º))”.

“En todo caso y por otra parte tampoco puede admitirse que exista la denegación de justicia que, igualmente, se achaca a la sentencia impugnada. Partiendo de la inteligencia de las bases que se ha realizado, es obvio que la concreta puntuación que haya de otorgarse a los distintos opositores es algo, en principio, de la competencia de la Comisión calificadora. Debe recordarse que frente a la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de ese «prudente y razonable» arbitrio, nunca «excesivo» [STC 48/1998 fundamento jurídico 7.º a)], «las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una "presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la IMPARCIALIDAD de los órganos establecidos para realizar la calificación". UNA PRESUNCIÓN IURIS TANTUM, POR CIERTO, DE AHÍ QUE SIEMPRE QUEPA DESVIRTUARLA "si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado", entre otros motivos por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (STC 353/1993)» (STC 34/1995, fundamento jurídico 3.º). Por su parte, la STC 353/1993, se había referido al «error grave o manifiesto, fundado en la malicia de la Comisión evaluadora o en desconocimiento inexcusable de la materia juzgada y, en consecuencia fuera apreciable en su actuación arbitrariedad o desviación de poder»”.

La otra cara de esta resolución, más acorde con la continuación de la línea abierta con la sentencia de 1993, está dada por el **voto en disidencia de dos jueces del tribunal**, que hace especial referencia a la discrecionalidad técnica desde el punto de vista de la motivación de la sentencia recurrida. En él expresan:

“También desde la perspectiva del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE) podría haber llegado la mayoría de la Sala a la misma conclusión estimatoria del recurso. La motivación expresada por la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, impugnada en amparo, pudiera acaso cumplir formalmente con los cánones comúnmente asociados a tal derecho en nuestra doctrina. Sin embargo, hay que tener en

cuenta que el Tribunal Supremo, en este caso justifica su negativa a considerar las alegaciones de la recurrente mediante una forzada invocación a la discrecionalidad técnica de los órganos calificadores de los concursos (la cual, supuestamente, impediría a los Tribunales el poder constatar simples datos objetivos, como lo es en este supuesto el de si una de las concursantes superó o no la velocidad de pulsaciones exigida para una de las pruebas). **Esto no satisface materialmente las exigencias de aplicación razonada y racional del Derecho, vulnerando, en consecuencia, el art. 24.1 de la Constitución Española.** La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en la Sentencia de 28 de mayo de 1991, había efectuado una aplicación del Derecho conforme a la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional. «Procede la estimación del recurso -se afirma en el fundamento jurídico 2.º- por cuanto el relato fáctico realizado por la actora se ajusta en todo a la realidad, además de la circunstancia de que la Comisión calificadora no actuó con arreglo a las bases de convocatoria, verdadera ley de la oposición según tiene reconocida muy reiterada jurisprudencia. En efecto, la mera lectura del expediente administrativo revela que en el citado segundo ejercicio, la opositora doña Consuelo Checa García, tras la oportuna corrección cumplimentó un total de 248 pulsaciones por minuto con lo que, pese al amplio margen de discrecionalidad que ofrecían las bases de la oposición para la valoración de los ejercicios que superaran el mínimo de 250 pulsaciones por minuto, al no superar dicho mínimo, la Comisión debió excluirla de la realización de posteriores ejercicios. Dicha afirmación en ningún momento aparece desvirtuada por las alegaciones de la demandada quien, no pudiendo combatir adecuadamente la misma, alude a criterios que no son de recibo tales como, en un primer momento, el tamaño de la máquina de escribir de la opositora indebidamente aprobada, o los nervios que pudieran atenazarla en la realización de la prueba y, en un momento posterior, circunstancias cuya valoración no resulta conforme a las Bases como el hecho ilógico de computar pulsaciones de letras repetidas, circunstancias, además, que el propio Secretario del Tribunal acredita que no se tomaron en consideración para la corrección de los ejercicios, según consta en el informe emitido por el mismo y obrante en autos». Voto particular de los Excmos Sres don Manuel Jiménez de Parga y don Vicente Gimeno Sendra, fundamento jurídico 2º.

.....

Señala -en el meritado trabajo- don Valentín Thury Cornejo que “Si bien es verdad que la categorización de los supuestos analizados como discrecionalidad técnica obedece a la presencia de elementos técnicos, no deja de ser cierto que bajo el manto de ese concepto se encuentra un fenómeno difuso y de difícil encasillamiento. De acuerdo con **Desdentado Daroca**, los supuestos de discrecionalidad técnica podrían ser clasificados en tres: a) aquéllos en los que la norma atribuye a la Administración la potestad de elegir el modo de actuar para la consecución de un fin de interés público, de tal forma que la Administración debe determinar y escoger una de la vías posibles de actuación,

acudiendo a la técnica para tomar esa decisión; b) aquellas elecciones que la Administración lleva a cabo sobre la base de hipótesis científicas que no han podido ser objeto de corroboración; y c) la actividad de aplicación de conceptos jurídicos que remiten a criterios técnicos, tales como "edificio en ruina", "jardín de interés histórico" y otros. Estos tres supuestos configurarían otros tantos casos de "discrecionalidad técnica", siendo los dos primeros objeto de una discrecionalidad fuerte y el último de una discrecionalidad débil y como tal, controlable jurídicamente por los jueces. El tercer supuesto no sería más que un caso de conceptos jurídicos indeterminados y como tal obedecería a los principios que los rigen, más que a la problemática de la discrecionalidad técnica”.

“En efecto, la jurisprudencia citada no nos ofrece elementos para penetrar en las relaciones entre técnica y discrecionalidad. **El concepto de discrecionalidad técnica, tal como es utilizado en las sentencias reseñadas del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, engloba, sin distinguirlos suficientemente, tanto los supuestos en los que la utilización de elementos técnicos es previo a la decisión discrecional como si ésta última resulta tal por basarse en conocimientos técnicos opinables.** En el primer supuesto la utilización de la técnica sería un medio para tomar una decisión discrecional en sí, mientras que en el segundo, la discrecionalidad procede de que la técnica no ofrece una respuesta unívoca. En efecto, no queda claro si la falta de control judicial resulta de la imposibilidad de evaluar una proposición técnica opinable, o de la falta de medios técnicos para realizar un control adecuado -carencia que jugaría un papel determinante en favor del reconocimiento de una prerrogativa exclusivamente otorgada por la ley al órgano administrativo. Dicho esto, resulta necesario aclarar que los dos supuestos de "discrecionalidad técnica" examinados merecen un juicio diferente. En efecto, en el caso del Tribunal Supremo, la discrecionalidad se basa en la falta de una normativa específica que rija el accionar administrativo y, por lo tanto, en la adjudicación a la Administración del poder de decidir con amplio margen el rumbo de su acción. Sería lo que Parejo denomina "vinculación estratégica" de la Administración a la Ley" y configura un supuesto clásico de discrecionalidad. En el segundo supuesto, en cambio, las condiciones en que las comisiones realizan su tarea evaluadora se hallan regladas por los normas de convocatoria y por los principios constitucionales de mérito y capacidad (art.103 CE), con lo que el uso de los conocimientos técnicos no implica un margen amplio de discrecionalidad, sino limitado por los elementos citados. De este modo, mientras en el caso de la planificación de un proceso de reorganización del suelo agrario las posibilidades técnicas de acción son múltiples, en la comparación concreta entre dos opositores respecto de unas normas concretas la solución se simplifica”. Ello resulta patente en la STC 73/98, antes citada.

“En concreto, pareciera que bajo el concepto de discrecionalidad técnica se ha disfrazado la antigua discrecionalidad, y pese a la fórmula un poco rimbombante de la falta de espacios exentos del control judicial, éstos siguen

existiendo por la propia política judicial en la práctica de esa función. Los tribunales declaran el control jurídico sobre las decisiones y con ello acrecientan su ámbito de competencia, pero luego, llegado el momento de ejercerlo, hacen abandono del oficio recientemente declarado como propio y adoptan la teoría de la deferencia. Así, los jueces que han ideado un control eficaz para tener sometidas jurídicamente a las comisiones calificadoras, no usufructúan tales mecanismos de control sino que se autolimitan. En la práctica, la postura resulta coincidente con la asumida por el Consejo de Estado Francés, al declarar directamente exento de control el accionar administrativo. Como afirmara su Presidente, Raymond Odent, "muchas resoluciones administrativas son tomadas por motivos en los que el peso de lo técnico es tal que el juez debería remitirse, de pretender su control, a los criterios de la administración o de los especialistas. Resulta más honesto para el juez reconocer que, siendo incapaz de llevar a cabo un control efectivo, renuncia a ejercerlo en vez de provocar la ilusión de que lo ejerce".

“Sea ésta la razón o sea otra, la cuestión es que el control judicial de la actividad administrativa se encuentra proclamado pero no ejercido. Así, tanto la fundamentación y justificación de las decisiones administrativas como el control ejercido en los hechos no llegan al núcleo central de los actos examinados y se quedan en la superficie y en construcciones jurídicas que perdieron su razón de ser hace tiempo. **El control debe extenderse a todos los supuestos examinados, sin zonas de inmunidad,** con lo que no queremos expresar que todas las actuaciones puedan ser revocadas ni sustituidas por el juez, pero sí que tanto las que lo sean como las que no, lo deben ser por razones fundadas y luego de un análisis que en los supuestos jurisprudenciales citados no se aprecia. **Si bien, el propio accionar de la administración requiere de una mayor discrecionalidad, ello no significa que la misma no deba ser controlada, sino que debe serlo respetando además las funciones constitucionales propias de los órganos implicados. Por este motivo, controlar no significa sustituir los juicios de la administración sino exigirle que dé razones y justifique sus actos, y enjuiciar esas justificaciones. LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ADOQUIERE ASÍ UN PAPEL CENTRAL**”.

Entrando, pues, en la **distinción entre decisión y justificación**, continúa exponiendo el tan citado autor: “La necesidad de fijar reglas y controlar las decisiones jurídicas como un paso más en la racionalización del poder, ha hecho que la filosofía del Derecho preste en las dos últimas décadas especial atención a las teorías de la argumentación jurídica. Uno de los pilares básicos sobre los que las mismas se asientan está dado por la división epistemológica, formulada por H. Reichenbach, entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, según la cual una cosa es la génesis y el proceso por el cual obtenemos decisiones (o teorías científicas, en un contexto más amplio) y otra, ciertamente diferente de la primera, es la validación de ese descubrimiento. Aplicado al campo jurídico, "el primero se refiere a la manera en que la solución se alcanza. El problema puede ser expresado así: ¿cómo el juez o el

investigador deciden y por qué toman esa decisión? En el contexto de justificación se responde a la pregunta: ¿bajo qué argumentos la decisión es legítima?". Esta distinción, llevada al campo que nos ocupa, nos conduce a distinguir, como dos estadios separados, la decisión discrecional de su justificación.

Sin embargo, como un excursus previo, debemos resaltar que a menudo en los escritos referentes a la argumentación se realiza una distinción neta entre los dos contextos, situando luego el punto de análisis en el plano de la justificación. Ello produce a veces el efecto de que los autores, una vez que han optado por situar su trabajo en esa perspectiva, se desentienden del contexto de descubrimiento como si la esquizofrenia se hubiera apoderado del decisor y soportara éste un ataque agudo de múltiple personalidad, pensando y decidiendo de un modo que nada tiene que ver con el que después justifica. Esta posición implica dejar fuera del análisis una parte fundamental de la decisión, al menos si pensamos que la justificación es la racionalización y exposición de algo que es racionalizable y no de algo que es absolutamente arbitrario. En este mismo sentido, entendemos que la justificación necesariamente depurará (a efectos de ser sometida a la crítica de la comunidad jurídica) la decisión tomada en "tiempo real", pero siempre sobre la base del germen de racionalidad presente en aquélla.

En este último sentido, nos parecen adecuadas dos observaciones de las que parte la teoría del realismo jurídico: primero, la de que las argumentaciones se efectúan, en general, de atrás hacia adelante, y segundo, que las mismas se realizan a partir de conclusiones tentativamente formuladas".

En palabras de doña Julia Barragán (Doxa N° 8 - 1990, pág. 67): "Esto cobra un sentido más claro si se considera que toda decisión bajo incertidumbre se inicia con una creencia inicial (probabilidad a priori) apoyada en la información que el decisor tiene acerca de un problema".

"Ahora bien, ello no quiere decir que esas conclusiones tengan que deberse a impulsos irracionales del decisor que luego intentaremos moldear mediante una argumentación persuasiva, sino más bien que esa conclusión tentativamente formulada se realiza a partir de lo que se denomina vulgarmente como "sentido común jurídico". Este se encuentra configurado por determinados hábitos de pensamiento adquiridos a través de la formación jurídica y de la experiencia desarrollada en la práctica decisional, que hacen que ante un determinado caso, cualquier aplicador del Derecho efectúe un encuadre jurídico de la situación sometida a su decisión o consejo. Esta primera aproximación al problema va a ser decisiva para la solución a la que arribará el decidente, ya que será a partir de ella cómo comenzará a elaborar el discurso jurídico. Un procedimiento análogo se da en los procesos penales orales en donde acabado el proceso, el jurado o los jueces -depende del sistema- dan el veredicto acerca de la culpabilidad del acusado, dejándose para una etapa ulterior la

fundamentación y justificación jurídica de la misma, ya sea a cargo del mismo órgano (tribunal, en Argentina) o de otro distinto (el jurado condena y el juez fundamenta jurídicamente, en Estados Unidos)”.

A partir de ese momento, la teoría normativa de la argumentación actuará como un filtro de racionalidad de esa intuición jurídica, asumiendo aquélla el papel de un mito y ésta el de la crítica de mitos, según la terminología de Popper (Karl R. Popper: *Conjeturas y refutaciones - el descubrimiento del conocimiento científico-*, Ed. Paidós, Madrid, 1989, pág. 77) : “ ... *el papel de la argumentación lógica, del razonamiento lógico deductivo, sigue teniendo una importancia fundamental para el enfoque crítico; no porque nos permita demostrar nuestras teorías o inferirlas de enunciados de observación sino porque sólo el razonamiento puramente deductivo nos permite descubrir las implicaciones de nuestras teorías y, de este modo, criticarlas de manera efectiva. La crítica, como dije, es un intento por hallar los puntos débiles de una teoría, y éstos, por lo general, sólo pueden ser hallados en las más remotas consecuencias lógicas derivables de una teoría. Es en esto en lo que el razonamiento puramente lógico desempeña un papel importante en la ciencia”.*

“El sujeto aplicador del Derecho se encontrará con una conjetura y tendrá que someterla a todo un proceso de refutaciones y falsaciones en los que la teoría argumentativa que se adopte desarrollará un papel fundamental. Esta actuará como un baremo de confrontación de la intuición, que se verá obligada a pasar a ser discurso controlable, siendo en esta transformación donde se opera la crítica. No es por tanto un proceso de "check list" al estilo de la técnica legislativa donde se van tildando los distintos requisitos, sino que la propia dinámica de mutación de una formulación conjetural a otra de carácter más discursivo hace que este proceso se efectúe. Resumiendo, la teoría argumentativa asume una doble función en este ámbito: en primer lugar, como formadora de ese sentido común jurídico que hará que se produzca el hábito, como una segunda piel, en la persona del aplicador del Derecho y quien cuanta mayor formación en este sentido tenga, mayor certeza dará al juicio inicial; en segundo lugar, como técnica de formulación del discurso, asumiendo así el papel de un tamiz de racionalidad y especificación de las decisiones. En este último sentido, debe tenerse en cuenta que el proceso discursivo no sólo cumple la función de falsación, sino también la del tallado de esa decisión, que se halla en bruto en la primera aproximación. Entendemos que tanto la primera función como la segunda son fundamentales, y que ambas se retroalimentan”.

En palabras de Gunnar Bergholtz (*"Ratio et Autorictas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas"*, Doxa N° 8, 1990, pág. 81), *“Tanto el "Rule of law" como la objetividad de la decisión judicial se benefician de la práctica de dar razones. La obligación de un juez de justificar su fallo usando sólo argumentos legítimos afectará en cierta medida al resultado del caso. Los jueces sostienen que ciertos resultados de casos son injustificables y que por lo tanto tienen que buscar resultados que los sean. Esto puede*

interpretarse como una interacción entre las razones justificatorias de una decisión y su resultado”.

Lo que hemos descrito hasta ahora entraría dentro de lo que se ha denominado como contexto de descubrimiento, ello es, la descripción real del proceso de decisión. En este sentido, la teoría de la argumentación asume un papel "interno" a la actividad decisional. En este sentido, Roberto Romboli en su artículo "La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental", Revista Española de Derecho Constitucional N° 48, pág. 46, relaciona el requisito de motivación de las sentencias con la coherencia de las decisiones, es decir, con un efecto interno y no meramente de legitimación frente a la comunidad jurídico-política: *“Una amplia y completa motivación parece destinada a desarrollar efectos positivos tanto al interior como al exterior del juicio constitucional. Bajo el primer aspecto ésta debería llevar a una autolimitación de la discrecionalidad de la Corte, imponiendo una mayor coherencia a su actividad. Esto sobre todo con respecto a ciertas técnicas de decisión y al recurso a principios generales empleados por la Corte en sus resoluciones, como la razonabilidad de la ley, sobre todo para el proceso incidental; el poder de orientación y coordinación, en el caso del proceso en vía de acción; el principio de colaboración para el conflicto entre entes, y el requisito de claridad, univocidad y homogeneidad de la pregunta para la admisibilidad del referéndum abrogativo. Se trata de principios tan generales, y de rasgos tan imprecisos, que el recurso al mismo acaba por ser para la Corte una especie de passe partout, a través del cual logra hacer aparecer en su actividad una continuidad de juicio que en realidad no existe, llenando de cosas diversas el mismo gran contenedor que mantiene en cada caso el mismo nombre y que se presta, por tanto, a ser empleado ora en un sentido, ora en otro exactamente opuesto”.*

En un sistema democrático, ello no es suficiente sino que la motivación de la sentencia en términos correctos resulta de fundamental importancia ante la comunidad jurídica, tanto en lo que hace a la legitimación del órgano decidente como en la recurribilidad de la sentencia. *“De este modo, entraña violación de lo establecido en el artículo 24.1 de la Constitución una sentencia carente de motivación o cuya motivación no fuera reconocible como aplicación del sistema jurídico”*, conforme señala la STC 13/1987.

Este sería el papel "externo" de la decisión. Lo que nosotros sostenemos es que al actuar la teoría de la argumentación como transformadora de la intuición jurídica en discurso jurídico, el proceso real de decisión se funde con el proceso de justificación, ya que el último paso de aquél es el primero de éste. Con ello no pretendemos decir que la justificación interna será igual que la justificación externa, pero sí que habrá un proceso continuado en el que aquélla será la base de ésta. En síntesis, ambos son caras de una misma moneda o, mejor dicho, momentos de un mismo procedimiento, por lo que no se puede entender uno sin el otro, ni explicarlos de forma absolutamente independiente. *“El hecho de que la*

*decisión jurídica sea interactiva, transformadora del mundo, y de base poliargumental, hace que la justificación de la misma esté internamente ligada con el proceso de construcción de la decisión; esto equivale a decir que **no es posible producir una justificación aceptable de una decisión que ya ha sido construida con anterioridad, si en ella no se han respetado los procedimientos que la legitiman**” (J. Barragán, op. Cit).*

Sintetizando, el tan citado autor afirma que, la justificación de la decisión tomada asume así una importancia fundamental, en tres ámbitos diferentes: a) en el interno del propio decisor, la necesidad de justificación funciona como un autocontrol, como un necesario reexamen de lo ya resuelto; b) hacia los organismos de control, que exigen un plus justificativo como propiamente característico de un control exhaustivo, lo cual resulta obvio ya que los requisitos de justificación que hacen a la crítica del propio razonamiento tienden a ser mucho más escuetos y menos exhaustivos que los destinados a ser confrontados por un tercero (*se podría argumentar, siguiendo esta línea, que justamente ese parece ser el problema de la argumentación desarrollada en muchas sentencias: que justifica "para adentro", con excesivos pasos implícitos y etapas que se dan por presupuestas, resultando esto insuficiente a los efectos de una justificación de frente a la comunidad jurídica*); y c) la justificación como legitimación del propio accionar frente a la comunidad, derivada de las exigencias del régimen democrático y de responsabilidad política. Entendemos que si bien esta finalidad es de carácter político-constitucional su exigibilidad es jurídica, o sea que el control efectivo de la decisión se hará por vía política, pero para que éste pueda realizarse es necesaria la existencia de la justificación.

En cuanto a la **motivación como actividad de justificación de la decisión discrecional**, siempre conforme al tan referido trabajo de don Valentín Thury Cornejo, “*podemos afirmar que existe una dependencia recíproca entre la decisión discrecional y su motivación y que, de acuerdo con lo expresado supra, si bien ambas poseen un núcleo común que no se puede desgajar tajantemente, la distinción entre decisión y justificación resulta adecuada. La justificación muestra algo de la decisión, pero al mismo tiempo es algo distinto de ella y, por lo tanto, controlable de modo separado. En el plano de la justificación es donde se mueve la motivación, que ha sido definida por la jurisprudencia reciente de la siguiente manera:*

*"Ciertamente el art. 54.1 de la Ley 30/1992 exige que sean motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho los actos a que alude, **consistiendo la motivación, como bien es sabido, en un razonamiento o en una explicación, o en una expresión racional del juicio, tras la fijación de los hechos de que se parte y tras la inclusión de éstos en una norma jurídica, y no sólo es una «elemental cortesía»**, como expresaba ya una **Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 julio 1981**, ni un simple requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, cuando se exige, **porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que***

«justifican» el acto, porque son necesarios para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la actividad de la Administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la indefensión prohibida por el art. 24.1 de la Constitución, mas la motivación ha de ser suficientemente indicativa, lo que significa que su extensión estará en función de la mayor o menor complejidad de lo que se cuestione o de la mayor o menor dificultad del razonamiento que se requiera, lo que implica que pueda ser sucinta o escueta, sin necesidad de amplias consideraciones, cuando no son precisas ante la simplicidad de la cuestión que se plantea y que se resuelve. (STS del 20 de enero de 1998, Sala 3ª, Sección 7ª).

Esta sentencia expresa la noción de motivación como "justificación" del acto lo cual implica, de por sí, algo más que la simple exposición de los motivos que llevan a la decisión. Se produce así una diferenciación que está muchas veces latente en la jurisprudencia y que se refiere a la dicotomía que antes analizamos. En efecto, a veces las sentencias hacen referencia a la motivación como expresión de los motivos reales, ello es, considerando en un mismo plano la decisión y la justificación, mientras que en otros apuntan la diferencia señalada. Un buen ejemplo del uso indistinto de ambos conceptos está dado por la **Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de febrero de 1997:**

*“... Dentro de los elementos objetivos del acto administrativo, debemos consignar, por ser ello indispensable para resolver el presente recurso de casación, el motivo. La exigencia de que el acto administrativo en el que se concreta la adjudicación de una Administración de Lotería se deba explicitar los motivos que movieron a la Administración a dictar el acto, es un requisito indispensable, porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones justificadoras del acto. Expresar los motivos es necesario para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la actividad de la Administración. El Abogado del Estado expresa que la sentencia de instancia no tuvo en cuenta la discrecionalidad técnica que orienta, de forma preferente (casi exclusiva, añade), hacia el interés comercial de la Organización de Loterías y Apuestas del Estado. Pues bien, **siempre que la Administración dicte actos administrativos usando la potestad discrecional, es requisito indispensable que motive su decisión;** en los actos de adjudicación de Administraciones de Lotería no basta con la adjudicación sin más; **es necesario que la Administración valore íntegramente el contenido del expediente administrativo y que exteriorice justificadamente su decisión.** El control de la discrecionalidad debe hacerse en vía jurisdiccional, para saber si la Administración hizo un correcto uso de sus potestades; la discrecionalidad se ha de ejercer ponderada y racionalmente; y es que -y nos situamos en el centro de los argumentos que utilizan las partes recurrentes en casación- **siempre es necesario que la Administración***

decida sin sobrepasar el ámbito de la legalidad” (STS del 10 de febrero de 1997, Sala 3ª, Sección 3ª. PONENTE: Excmo. Sr. D. ELADIO ESCUSOL BARRA. En el mismo sentido, vid. STS del 11 de febrero de 1998 de la misma sala y ponente)”.

“Campea en el párrafo transcrito una asimilación entre el motivo del acto, o sea las razones que efectivamente llevaron a que la Administración actuara de una determinada manera, y la justificación, o sea las razones que expresó la Administración para actuar de esa manera. La distinción entre ambos contextos tiene una importancia fundamental para la concepción de la motivación y, por consiguiente, de la función jurisdiccional de revisión de la discrecionalidad administrativa. Si la motivación es simplemente la expresión de los motivos reales que llevaron a la decisión, su ausencia tendrá un carácter meramente formal y podrá ser deducida de las constancias del expediente. En cambio, si la motivación actúa como justificación de la decisión, su alcance excede de las razones efectivamente existentes y su ausencia dejaría al acto sin la base argumental que viene exigida por este requisito. Las consecuencias jurídicas de una u otra postura son de una gran relevancia, como analizaremos a continuación al repasar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión”.

La primera de las posturas se expresa en la consideración de la motivación como un mero requisito de forma, y como tal susceptible de ser subsanado por actos posteriores o, al menos deducido por el juez del mismo acto impugnado. Las sentencias de este tipo son numerosísimas y asumen diversas formulaciones, una de las cuales es **la remisión de la motivación a las constancias del expediente administrativo**:

*“En relación con los vicios formales o de procedimiento que se denuncia -ausencia de prueba en vía administrativa, falta de audiencia antes de dictarse la propuesta de resolución, y **ausencia de motivación**-, ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial de esta Sala. (...) Por último, en cuanto a la motivación exigible a los actos administrativos que limitan derechos subjetivos debe indicarse en la misma línea que se pronuncia la Sala del Tribunal Superior de Justicia, que se entiende cumplido tal requisito cuando se aceptan informes, dictámenes o memorias, como ocurre en el caso de autos, al considerarse que los mismos forman parte del texto de la resolución (SSTS 24 febrero 1978, 15 noviembre 1984 y 18 noviembre 1996)”.* (STS del 4 de abril de 1997, Sala 3ª, Sección 4ª. PONENTE: Excmo. Sr. D. RAFAEL FERNÁNDEZ MONTALVO. En el mismo sentido, STS del 9 de abril de 1997, del 20 de marzo de 1997 y del 13 de marzo de 1997, Sala 3ª, Sección 3ª. PONENTE: Excmo. Sr. D. FERNANDO CID FONTAN).

En esta postura, el juez se coloca en sustitución de la Administración, ello es, motiva lo que ella no ha hecho en la solución recurrida. Si bien se trata de una sustitución positiva -avala la legalidad de la actuación administrativa- no por ello

deja de configurarse como una intervención en el área de acción de otro órgano estatal. **La motivación implícita, por lo tanto, es contraria a la diferenciación de funciones entre administración y jurisdicción e implica una deferencia inaceptable del juez hacia el decisor administrativo.** Por ello, ante la expresión de que "la ausencia o insuficiencia de motivación formal, no quiere decir que el acto carezca de razones, incluso plenamente conformes a derecho", cabe expresar que ello es verdad, pero lo que al derecho le interesa es que el acto tenga razones y que las mismas estén expresadas. A este último extremo hace referencia el requisito de la **motivación**, mientras que al primero se refiere el instituto de la **desviación de poder**. Si la Administración actúa de acuerdo a fines distintos a los previstos por la norma que le otorga la potestad discrecional, habrá que examinar las razones de fondo que la llevaron a actuar e impugnar, en su caso, el acto por desviación de poder. Si la Administración no expresa las razones que justifican su actuar, aún cuando el mismo esté dentro de los fines legales, el acto carecerá de motivación.

“No hay que confundir la motivación, como requisito puramente formal que es, con los motivos de la decisión. Lo decisivo, según se viene manteniendo, son las razones sustantivas de la decisión discrecional, que la motivación cumple el papel de explicitar resumidamente. Por el incumplimiento de este requisito del acto discrecional, es decir, la ausencia o insuficiencia de motivación formal, no quiere decir que el acto carezca de razones, incluso plenamente conformes a derecho”. Este autor no deja de notar la paradoja que su postura supone respecto la sustitución de la Administración por el juez (Sánchez Morón).

La motivación no presupone necesariamente un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos sus aspectos y perspectivas sino simplemente **una fundamentación que permita conocer los criterios esenciales fundadores de la toma de decisión** (STS del 31 de octubre de 1995, Sala 3ª, Sección 5ª.PONENTE: Excmo. Sr. D. JUAN MANUEL SANZ BAYON En igual sentido, STS del 3 de mayo de 1995, Sala 3ª, Sección 4ª.PONENTE: Excmo. Sr. D. ANTONIO MARTI GARCIA). En el caso de una potestad discrecional es necesario que "la Administración examine caso por caso las distintas circunstancias concurrentes"(STS del 14 de mayo de 1997, Sala 3ª, Sección 3ª. PONENTE: Excmo Sr: ELADIO ESCUSOL BARRA) y **que la motivación sea congruente y coherente:**

*“Todo acto administrativo que limite derechos o imponga cargas que deban soportar las personas físicas o jurídicas ha de estar motivado, con indicación de hechos y fundamentos de derecho (arts. 43.1 LPA y 54.1 Ley 30/1992). Se trata de una motivación congruente, esto es que establezca coherentemente la relación existente entre los fundamentos de la resolución y la limitación o carga que ésta imponga. En el caso enjuiciado, se han fijado como importe de la fianza dos cifras absolutamente distintas (24.657.000 ptas. y 13.540.000 ptas.) que no es posible deducir cómo se han obtenido. Así lo alega con razón ASA, **cuyas***

*argumentaciones no han sido desvirtuadas ni en sede del Tribunal Superior de Justicia (la sentencia de instancia guarda un casi completo silencio sobre tal extremo, pese a haber sido presentado por el demandante como el más esencial de todos los debatidos) ni ante esta Sala, pues las contraargumentaciones expuestas por la Generalidad de Cataluña (en la segunda de sus alegaciones) sobre la forma en que se ha calculado el importe de la fianza, aludiendo a «unos cuadros de precios fijados por el Instituto de Tecnología de la Construcción de Cataluña, conocidos sobradamente por todos los profesionales que se dedican a la restauración de terrenos sometidos a actividades extractivas», **carecen de todo respaldo en el expediente administrativo, en el que no se encuentra el más mínimo vestigio de tales cuadros de precios.** La sentencia impugnada tan sólo declara la procedencia «de la reducción al 50% de la fianza definida en el art. 8», mas **a tal conclusión llega sin razonamiento alguno, sin haber examinado ni resuelto previamente cuál es (y por qué) el importe de la fianza que debe ser objeto de tal reducción. No se trata de que no sea legalmente procedente fijar una fianza y reducirla en un 50%. Lo es de modo claro. Pero tales determinaciones deben estar apoyadas en unos datos técnicos y económicos, además de argumentos jurídicos, que la Administración no ha ofrecido, incurriendo así en una falta de motivación determinante de anulación, en este extremo, de los actos impugnados.** Lo que procede no es liberar a ASA de la fianza sino imponer a la Administración el cumplimiento del deber de establecerla de conformidad con los criterios que han quedado expuestos, entre ellos el recogido en el citado fundamento jurídico noveno de la STC 64/1982” (STS del 30 de mayo de 1997, Sala 3ª, Sección 3ª. PONENTE: Excmo. Sr. D. FERNANDO LEDESMA BARTRET).*

La motivación asume así el carácter de requisito imprescindible para el control judicial, por lo que su ausencia acarrea la nulidad de las actuaciones:

***“Cuando la Administración hace uso de potestades discrecionales viene especialmente obligada a razonar y motivar suficientemente su decisión,** según doctrina jurisprudencial, recogida, entre otras, en Sentencias de 15 octubre 1981, 15 junio y 13 julio 1984, 10 octubre 1985, 9 diciembre 1986, 26 enero 1987, 7 febrero 1987, 5 abril 1994 (Recurso de apelación 10773/1990, fundamento jurídico segundo) y 7 noviembre 1994 (Recurso de apelación 5842/1991, fundamento jurídico segundo), lo que, en este caso, no ha cumplido al denegar la licencia de armas solicitada, pues, aunque una norma atribuya tales potestades discrecionales a la Administración, no queda ésta exonerada de valorar correctamente los hechos determinantes o presupuestos que condicionan su actuación, como reiteramos en estas dos últimas sentencias. La Sala de primera instancia, sin embargo, al declarar el derecho del demandante a obtener la licencia de armas, ha efectuado una valoración correcta de los hechos que justifican la concesión de dicha licencia, cual es la obligación*

profesional de aquél de transportar frecuentemente joyas, cometido este que trasciende de la mera defensa personal a que se refiere el artículo 93.2 del Real Decreto 2179/1981, de 24 julio, como se expresa en la sentencia recurrida, si bien no es conforme con la jurisprudencia de esta Sala la declaración contenida en dicha sentencia acerca de que la ausencia de motivación no es causa determinante de la revocación de los actos impugnados, ya que, por el contrario, la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo es la recogida en las sentencias anteriormente citadas”. (STS del 20 de enero de 1996, Sala 3ª, Sección 6ª..PONENTE: Excmo. Sr. D. JESUS ERNESTO PECES MORATE. En el mismo sentido, STS 5 de abril de 1994, misma sala y ponente).

Así, en relación con la consideración de la motivación como requisito abstracto del acto administrativo, la jurisprudencia reseñada muestra, pues, una **tendencia hacia la exigencia de una motivación exhaustiva, que dé cuenta y justifique el acto discrecional**. Si bien el arco examinado nos muestra una variedad de formas que va desde la aceptación de la motivación implícita al examen de cada uno de los supuestos a decidir, hay un punto en el que todas las sentencias anteriores coinciden. Nos referimos al fundamento de la motivación, que es considerado como el prerequisite necesario de la defensa del administrado y de la recurribilidad del acto. En su variante más extrema, la jurisprudencia liga la nulidad del acto con la indefensión que ha sufrido el ciudadano, y si éste ha podido defenderse e impugnar la decisión administrativa, los jueces consideran que el agravio de falta de motivación deviene abstracto. Así, el Tribunal Supremo ha expresado en un caso concreto que **“la omisión no afecta de modo trascendente y relevante al contenido motivacional del acto, toda vez que en absoluto ha producido indefensión en el recurrente”**. (STS del 31 de octubre de 1995, Sala 3ª, Sección 5ª. PONENTE: Excmo. Sr. D. JUAN MANUEL SANZ BAYÓN. En el mismo sentido, STS del 3 de mayo de 1995, Sala 3ª, Sección 4ª. PONENTE: Excmo. Sr. D. ANTONIO MARTÍ GARCIA).

Siempre conforme al tan referido trabajo de don Valentín Thury Cornejo, es en este punto en donde se produce, a nuestro entender, el mayor error jurisprudencial. **La motivación, el que la Administración justifique sus actos discrecionales, no entra en relación con una efectiva situación concreta de indefensión, sino que es un requisito abstracto del acto, que no necesita su actualización concreta**. En efecto, ello es así porque **la motivación tiene tres caras: una de ellas mira al propio decisor, otra al recurrente o principal afectado por el acto, y la otra mira a la comunidad entera y deriva de la necesidad de justificación de la actuación de los poderes democráticos. La obligación de dar razones no juega sólo en el plano Administración-Jueces sino que involucra a la Administración en sus relaciones con la comunidad en general**.

Como ha expresado con claridad J. Igartúa Salaverría, además de la función garantista de la motivación **“la obligatoriedad de motivar apunta también a un principio jurídico-político (dentro de la estructura del Estado de**

Derecho que la Constitución prefigura) y que en la profundidad de su sentido expresa la exigencia de controlabilidad a cargo del pueblo mismo, depositario de la soberanía y en cuyo nombre se ejercen los poderes públicos. Hémos, pues, en el centro de la función extraprocesal de la motivación”.

La motivación como requisito justificatorio no propende solamente a su control judicial posterior, sino que encuentra su razón de ser en la necesaria legitimación de los poderes públicos. Esta función no sólo no se aminora sino que se acentúa en los casos de decisiones discrecionales, ya sea porque la norma lo dispone o porque la opinabilidad de los supuestos la tornan así, donde la obligación de dar razones para la acción resulta más exigible que en los supuestos reglados -donde las razones ya se encuentran prefiguradas en la norma. En otras palabras, **a mayor discrecionalidad mayor motivación, y a mayor opinabilidad técnica mayor obligación de expresar las razones de la elección.** En este sentido, resulta una sentencia modélica la del Tribunal Supremo del 21 de junio de 1996:

“El art. 10 de la Ley 16/1985, de 25 junio, del Patrimonio Histórico Español, establece que cualquier persona podrá solicitar la incoación de expediente para la declaración de un Bien de Interés Cultural y que el organismo competente decidirá si procede o no la incoación. No ofrece la menor duda a la Sala que nos encontramos ante una facultad discrecional de la Conselleria de Cultura a la que le corresponde decidir sobre la incoación o no del expediente de declaración de Bien de Interés Cultural, pero la jurisdicción contencioso-administrativa tiene dentro de sus facultades revisoras del actuar administrativo, la posibilidad de examinar y revisar tales facultades y en definitiva pronunciarse sobre si la Administración ha hecho uso de tales facultades o si se ha excedido de las mismas y en el caso presente, la sentencia apelada, sin desconocer el carácter discrecional de tal facultad, entiende, que en el caso presente en el que cuando menos existen serios indicios del Interés Cultural de la Plaza de Toros de las Arenas, dado que todos los organismos culturales que han intervenido reconocen que estiman necesaria la supervivencia de su imagen en el contexto urbano de la ciudad, circunstancia, que expresamente reconoce la propia Generalitat apelante en su recurso de apelación cuando dice «tampoco se niega que la Plaza tenga ciertos valores sociológicos o de imagen ciudadana, que merecen el respeto del recinto perimetral» que el propio Ministerio de Cultura es de opinión contraria a su demolición, que el Ayuntamiento de Barcelona es asimismo partidario de la conservación del perímetro de la plaza, es evidente que del conjunto de los informes de todas las Instituciones actuantes, se desprenden serios y fundamentales motivos para estimar que debe incoarse el expediente tendente a la posible declaración de Bien de Interés Cultural, en el cual, después de oír el informe consultivo de alguna de las Instituciones señaladas en el art. 3.º2 de la Ley, tal como establece el art. 9 de la misma, podrá la Generalitat decidir

motivadamente si procede o no hacer la declaración de Bien de Interés Cultural de la Plaza de Toros de Las Arenas, lo que llevará consigo la necesidad de ser conservado o en caso contrario se decida de forma razonada y fundamentada que no procede declarar a la Plaza de Toros de Las Arenas Bien de Interés Cultural podrá acordarse la demolición de la mismas. Por todo lo expuesto en cuanto que la sentencia apelada ordena que se incoe expediente para la determinación de si procede la declaración de Bien de Interés Cultural, es totalmente conforme a derecho, sin perjuicio de que después de incoado y tramitado tal expediente, la Conselleria de Cultura de la Generalitat pueda decidir lo que estime más conveniente acerca de la declaración o no de dicho Bien como de Interés Cultural, y procede en consecuencia la desestimación del presente recurso de apelación” (STS del 21 de junio de 1996, Sala 3ª, Sección 3ª. PONENTE: Excmo. Sr. D. FERNANDO CID FONTAN).

Como expresa claramente esta sentencia, la motivación juega en un plano diferente a la decisión discrecional y su ausencia no presupone la arbitrariedad de la decisión tomada, sino la ausencia de su justificación. En igual sentido, *“rechazar una justificación por irracional no implica necesariamente descalificar la decisión por incorrecta. Un tribunal de casación no debe entrar a censurar la corrección de lo que ha decidido el tribunal de instancia porque, a diferencia de éste, no dispone de una información total y de primera mano (inmediación) sobre el caso. Pero, sin embargo, nada le impide (como cuando leemos un trabajo de historia) examinar si el razonamiento probatorio es lógico y suficiente o, por el contrario, no lo es”* (Igartúa Salaverría). **El examen de la justificación no implica, por lo tanto, una intromisión en la decisión discrecional.**

Concluye don Valentín Thury Cornejo, en el tan referido trabajo, que: *“Recapitulando, la necesidad de discrecionalidad administrativa es una realidad incontrastable del gobierno moderno que requiere de formas de evaluación que lo tornen controlable jurídica y políticamente. La motivación, en su triple funcionalidad, se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad administrativa, que opera en un contexto diferente al de la propia decisión. Esta será atacable en su materialidad a través de la **desviación de poder** o la **falta de causa del acto administrativo**, pero en el caso de los actos discrecionales encontrará su principal instrumento de control en la **justificación**, precisamente por la atenuación de la posible fiscalización sobre los anteriores elementos. Motivación y acto discrecional son, pues, elementos inescindibles, en la medida que ella explica y justifica una decisión sometida a parámetros mucho más laxos que en el caso de las potestades regladas. Consecuentemente, **el control a realizar deberá ser ejercido a través del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, que incluye el más genérico de razonabilidad**, y que por su propia ductilidad y carácter negativo son los que se presentan como más idóneos para la tarea a realizar.*

*Los límites de la actuación judicial han quedado claramente expresados en la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuando en su artículo 71.2 establece: "Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados". Con ello queda delimitado de forma positiva el alcance de una y otra función, lo cual no quiere decir, como hemos sostenido en este trabajo, que **existan ámbitos exentos de control judicial, sino que éste debe limitarse al plano de la justificación y en ese punto realizar un examen de racionalidad negativo, ello es, excluir las decisiones que carezcan de un mínimo de sustento argumentativo. Precisar este concepto, como todos los puntos que componen el complejo tema de las relaciones Administración -Jueces, requeriría de por sí otro artículo como el presente. Dejamos pues para mejor ocasión la delimitación del alcance del juicio de racionalidad, apuntando simplemente que es en este apartado donde se juega un efectivo control judicial de la discrecionalidad administrativa que no implique una sustitución de las funciones propias de la Administración"**.*

.....

Evidentemente, conforme a la doctrina que viene expuesta en este apartado, además de resultar manifiesta la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para resolver pretensiones como es la que nos proponemos sustanciar en nuestra demanda, una vez nos sea entregado el expediente administrativo en estos autos, referidas a la determinación del precio de los medicamentos, que necesariamente ha de ser fijado con carácter previo a su inclusión en el Nomenclátor de la Cartera de servicios, decíamos, la anterior doctrina, acredita la necesidad de someter a revisión jurisdiccional las determinaciones de los precios de los medicamentos, en el que, en el último límite de lo posible –recordamos que en el caso que nos ocupa no tenemos ningún tipo de información sobre el contenido del expediente administrativo de determinación del precio del medicamento al que se refiere estas actuaciones-, supondría el sometimiento del enjuiciamiento de esta Digna Sala de los elementos reglados, legalmente determinados para la fijación del precio de los medicamentos, a lo que ya nos hemos referido; en segundo lugar, la eventual desviación o exceso de poder en que hubiere podido incurrir la Administración al determinar el precio de los medicamentos, que ilícitamente y en aberrante de la obligación legal de transparencia, ha sustraído por completo del conocimiento público. Y en tercer lugar, ha de someterse a enjuiciamiento la motivación de las disposiciones que fijan el precio del fármaco, al efecto de poder comprobar que no se encuentra incurso en vicio causante de nulidad radical, de motivación errónea, arbitraria y/o ilógica.

En definitiva, como ha quedado expuesto, se nos ha negado el acceso al expediente administrativo y con ello se nos ha impedido formular demanda o adquirir conocimiento acerca de dicho expediente, constituyendo el presente recurso la última oportunidad para poder someter a impugnación el precio de unos medicamentos, y en concreto el sovaldi, que de no ser permitido, podría ocasionar la quiebra del SNS, sin que los ciudadanos hayamos podido obtener la tutela judicial de las pretensiones impugnatorias de tan aberrante, inmotivado y arbitrario precio. Pretender derivar el conocimiento de una impugnación de precio a la jurisdicción social supone de hecho la negación del enjuiciamiento de dicha pretensión, lo que implica, a nuestro juicio y con todos los respetos, la vulneración del Derecho a la tutela judicial efectiva, con y sin indefensión, y proceso con todas las garantías del artículo 24.1 y 2CE, al denegarse indebidamente el acceso a la jurisdicción, precepto que expresamente y a sus efectos se invoca. Igualmente invocamos a sus efectos el artículo 6 CEDH (Convenio de Roma de 1950).

Y por lo expuesto,

SUPLICO A LA SALA, Que teniendo por presentado este escrito junto con sus documentos y copias, se sirva admitirlo y, en su virtud, teniendo por formulado recurso de reposición en tiempo y forma, tras los trámites legales oportunos, se dicte en su día Resolución por la que con estimación del mismo por la Sala se acuerde se reponga el Auto de 24 de septiembre de 2015, completado con el Auto de 20 de noviembre, dejando los mismos sin efecto y declarando la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo y concreto, su propia competencia, para conocer del recurso contencioso-administrativo planteado por esta parte, ordenándose su admisión a trámite y dándose a los autos la tramitación que corresponda, con cuanto más proceda y sea menester en Derecho y en justicia.

Es Justicia que pido en Madrid, a 15 de diciembre de 2015.-

Fdo. Ldo. Belén Luján Sáez

Pcdr. Paloma Briones Torralba