



Roj: **STSJ ICAN 1369/2000 - ECLI: ES:TSJICAN:2000:1369**

Id Cendoj: **38038330012000100490**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **14/04/2000**

Nº de Recurso: **1/1998**

Nº de Resolución: **442/2000**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANTONIO GIRALDA BRITO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

SANTA CRUZ DE TENERIFE.

SENTENCIA Nº 442.

RECURSO Nº 1/98.

ILMOS.SRES.

PRESIDENTE:

D.Antonio Giralda Brito.

MAGISTRADOS:

D.Helmuth Moya Meyer.

D.Francisco Clavijo Hernández.

=====

En Santa Cruz de Tenerife, a 14 de Abril de dos mil.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de esta Capital, integrada por los Sres. Magistrados antes expresados, el presente recurso nº 1/98, tramitado por el procedimiento ordinario, que regula la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, seguido a instancia de la demandante <<ASOCIACION DE FARMACÉUTICOS PRO LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESION>>, representada por la Procuradora Doña Montserrat Padrón García y defendida por la Letrada Doña Inés Rodríguez Frías, siendo Administración demandada <<CONSEJERIA DE SANIDAD Y CONSUMO>>, representada y defendida por el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, versando sobre Criterio de planificación y ordenación farmacéutica, de cuantía Indeterminada, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON Antonio Giralda Brito, ha dictado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno Autónomo por Decreto 258/97 de 16 de Octubre estableció los criterios específicos de planificación y ordenación farmacéutica.

SEGUNDO.- Por la representación de la parte demandante, antes mencionada, se interpuso recurso contencioso-administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dicte sentencia, declarando la nulidad del Decreto 258/97 de 16 de Octubre por el que se establecen los criterios específicos de planificación y ordenación farmacéutica.



TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella e interesando una sentencia, por la que se desestime, en todos sus términos, el recurso interpuesto, y con imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO.- Practicada la prueba propuesta, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO.- Señalado día y hora para la votación y fallo, tuvo lugar la reunión del Tribunal en el designado al efecto.

SEXTO.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación.

Vistos los preceptos legales citados por las partes y los que son de general aplicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Surge la presente controversia, como consecuencia de la impugnación que lleva a cabo la entidad recurrente, del Decreto 258/97 de 16 de Diciembre por el que se establecieron los criterios específicos de planificación y ordenación farmacéutica.

La pretensión contenida en la demanda se basa en los siguientes motivos: a) falta de cobertura legal del Decreto 258/97; b) vulneración con esa normativa del principio de seguridad jurídica y c) incumplimiento del procedimiento de elaboración de las normas de carácter general.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la nueva normativa en materia de farmacias y en concreto de la Ley 16/97 de 25 de Abril de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, que mantiene el mandato legal de que las Comunidades Autónomas regulen los principios básicos de garantía de la asistencia farmacéutica con actuación directa en el sector, como así sostiene el informe que da pie a una nueva normativa, surge el Decreto 258/97, bajo el enunciado de establecimiento de <<los criterios específicos de planificación y ordenación farmacéutica>> que es recurrido en estos autos por la <<Asociación de Farmacéuticos Pro Libre Ejercicio de la Profesión>>.

TERCERO.- Como ya hemos referido tres motivos sustentan el presente recurso en cuanto a impugnación de tal Decreto: a) Falta de Cobertura legal del Decreto 258/97; b) vulneración del principio de seguridad jurídica y c) incumplimiento del procedimiento de elaboración de una normativa general. En cuanto a la primera cuestión, el planteamiento que se hace por la parte recurrente se concreta en que por la incidencia que tiene el Decreto en una serie de derechos constitucionales tiene que tener un respaldo legal; y tal argumentación la diversifica a su vez en inexistencia de Ley que sirva de cobertura a la normativa recurrida, y la imposibilidad de que esa citada cobertura la pueda constituir una Ley estatal.

Es evidente que atendiendo a la normativa reguladora, esta incide de modo directo en derechos constitucionales, así artículos 38 y 35 de esa C.E. y a su vez por mor del artículo 53-1 de la C.E., esos derechos y libertades de los artículos antes dichos, deben de regularse por Ley. Pero si bien esto es punto pacífico en la presente litis, la controversia se centra en la existencia de esa Ley y si la misma debe de ser estatal o autonómica.

De acuerdo con la tesis de la parte actora el Decreto impugnado carece de esa Ley; debiendo previamente a ello analizar la naturaleza de aquel Decreto. Es lo cierto que desde un punto de vista doctrinal y legal, podemos distinguir entre reglamentos ejecutivos y los independientes. Los primeros surgen en los casos en donde una Ley enuncia unos principios generales y básicos, necesitando de un reglamento para precisar todos los supuestos y casos que en el desarrollo normativo puede exigir la realidad fáctica administrativa que trata de regular. En definitiva estos reglamentos responden a la finalidad de completar y desarrollar la Ley en que se apoyen. Junto a ellos existen los Reglamentos independientes que surgen al margen de toda Ley y que tienen una vida que no se apoya en ninguna otra norma. Los ejecutivos tienen una absoluta dependencia de esa Ley que desarrollan sin que puedan ir más allá de su letra y espíritu. Y los independientes surgen como hemos dicho sin apoyo de clase alguna. No cabiendo duda de que si estos independientes regularan materias reservadas a la Ley serían nulos.

Pues bien este planteamiento teórico - doctrinal da luz para el análisis de esa norma reglamentaria recurrida que es el Decreto 258/97, y en este sentido por su contenido y finalidad debemos entender que se trata de un ejecutivo. Lo que a su vez conlleva al examen de la Ley en que se apoya. Y si bien la parte actora sostiene una doble negación, de no tener Ley que desarrolle y no ser Ley autonómica la que señala la administración, es lo cierto que tal tesis debe de rechazarse.

CUARTO.- En efecto, el Decreto 258/97 respeta el principio de reserva de Ley en cuanto que la existencia de la Ley 16/97 de 25 de Abril, es la que desarrolla tal normativa, para ello debemos aludir por un lado a que surge



como consecuencia de la necesidad de dar una nueva Ordenación a las Oficinas de Farmacias, en su calidad de establecimientos sanitarios, así como el superar una normativa absoluta y con esta finalidad se aprobó Primero el Real-Decreto Ley 11/96 y la Ley 16/97 que trae causa de aquel Real-Decreto. Por otro lado a lo que dispone el artículo 1 y 2 de esa Ley. El artículo 1 dice: <<En los términos recogidos en la Ley 14/98 General de Sanidad, y la Ley 25/90 del Medicamento, las Oficinas de Farmacias son establecimientos sanitarios que privados de interés público, sujetas a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas. . . >>.

El artículo 2 referente a la ordenación territorial establece expresamente <<. . . al objeto de ordenar la asistencia farmacéutica a la población, las Comunidades Autónomas a las que corresponde garantizar dicha asistencia establecerán criterios específicos de planificación para la autorización de Oficinas de Farmacia. . . >>. A continuación detalla tal artículo 2) la forma de la planificación sanitaria, demarcaciones, densidad demográfica, modo de ordenación territorial, módulo de población mínima, distancias y cómputo de habitantes en zona farmacéutica.

Pues bien en función de lo expuesto es evidente que el Decreto recurrido es ejecutivo y tiene su respaldo legal en la Ley 16/97, no escapando su ámbito regulador de la Ley de que trae causa. La segunda vertiente de este motivo es el de que una Ley estatal no puede respaldar un Decreto autonómico. Hay que partir de la base de que no existe una prohibición legal, teniendo en cuenta que de no ser así, la situación formal que se produciría sería la siguiente, Ley estatal, que al no poder desarrollarse por norma reglamentaria autonómica exigiría Ley autonómica reproductora de la Ley estatal para a su vez ser desarrollada por un reglamento autonómico.

Pero es más, hay que partir, como hace el informe previo al Decreto de que al configurarse las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios tienen el carácter de básico y para su configuración legal habrá de acudirse al artículo 149-1-16 de la C.E. donde dan el carácter de básico a la normativa sanitaria. Todo ello además corroborado por el informe o dictamen del Consejo de Estado que establece que la Ley 16/97 tiene por medio de los artículos 2.1. 2.2. 2.5, y 45 la condición de legislación básica- Y junto a lo expuesto la jurisprudencia constitucional, representada por la sentencia aludida por la administración recurrida, (STC 37/1981), de la que se desprende la existencia perfectamente viable y legal de que una Ley estatal básica se desarrolla por un reglamento autonómico. En este caso incluso en su enunciado el Decreto 258/97 reproduce literalmente el contenido del artículo 2 de la Ley 16/97 - Razones por las cuales procede rechazar el primer motivo de impugnación.

QUINTO.- El segundo de ellos alude a la vulneración del principio de seguridad jurídica y cuyo planteamiento en síntesis se basa en la Disposición Transitoria Segunda del Decreto 258/97, que alude a los expedientes en tramitación, y dice: << A la entrada en vigor del presente Decreto se resolverá la inadmisión de todas las solicitudes que se encuentren en tramitación y no se ajusten a sus prescripciones. Las solicitudes anteriores respecto a las que hubiera recaído resolución definitiva en vía administrativa, expresa o presunta - y en este último supuesto con plena eficacia- se regirán por la normativa vigente al tiempo de su formulación>>.

Sobre ella la parte recurrente entiende que sobre el procedimiento a seguir en las solicitudes presentadas existe un derecho subjetivo pleno a que se acabe el procedimiento conforme a la regulación que se estableció en un momento inicial. Tal tesis debe de rechazarse por dos motivos por el texto de la D.T. y por la inexistencia de un derecho subjetivo sobre un procedimiento.

En efecto la D.T. distingue entre solicitudes en tramitación y las que hubieran sido resueltas con resolución definitiva. Con respecto a las segundas, es decir las que hayan sido planteadas con anterioridad y hubieran sido resueltas en vía administrativa, expresa o tácitamente se seguirán rigiendo por la norma anterior. En cambio las que estén en tramitación, o lo que es lo mismo que no se hayan resuelto deberán atemperarse a la nueva normativa.

Pero es que en segundo lugar no es de recibo el que se hable de un derecho subjetivo sobre un procedimiento; y es que la propia parte actora ya reconoce que la presentación de una solicitud sólo genera una expectativa de derecho, que se puede ver o no confirmada. Si ello es así, no puede hablarse de afectación a la seguridad jurídica, puesto que al no existir resolución definitiva esa seguridad habría que reconducirla al procedimiento cosa que incluso va en contra de los principios generales procesales de que el tiempo rige la forma. Caso distinto sería si no se regulara de la manera que se hizo el segundo aspecto de la D.T. es decir de aquellos sobre las que hubiera recaído resolución definitiva.

Por último hay que aludir dentro de este motivo del recurso, a que por esta Sala con fecha 7 de Junio de 1999 se dictó sentencia en relación con el Decreto Territorial 216/1996 de 1 de Agosto que suspendió la tramitación de instancias y solicitudes de autorización de oficinas de farmacia cualquiera que hubiera sido la fecha de su presentación, hasta tanto entrara en vigor la nueva planificación Farmacéutica reglamentada por normativa autonómica, Y en esa resolución se desestimó la impugnación efectuada haciendo referencia de que no cabe hablar en cuanto a las solicitudes presentadas con anterioridad y suspendidas de una retroactividad.



SEXTO.- Por último resta por examinar el último de los motivos de impugnación, uno de carácter formal cual es la no adecuación al procedimiento para elaboración de disposiciones generales. Concretamente la falta de audiencia a la entidad actora en el procedimiento de elaboración.

El examen del expediente administrativo acredita los siguientes extremos, audiencia y formulación de alegaciones por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Tenerife y el de Las Palmas; audiencia del Consejo Canario de Salud. Consejo este donde se integran entre otros representantes de los Colegios Oficiales de Farmacia.

Con tales trámites es evidente que se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 130.4 de la Ley Procedimental aplicable, no sólo porque no existe ni se exige tal trámite con carácter preceptivo, sino facultativo, sino porque además habrá que estar a la motivación finalista de esa audiencia. Y ella no es otra que la de la participación mediante formularios y alegaciones de los Colegios Oficiales a los cuales les puedan afectar las normas en proyecto. En el presente caso la entidad actora es una asociación de carácter voluntario, con la peculiaridad de que todos sus miembros por ser la inscripción obligatoria, pertenecen a esos Colegios Profesionales a los que se le ha oído. En consecuencia no podrá hablarse ni de desconocimiento ni de indefensión, siendo la mejor prueba la existencia de este recurso. Pero es que en este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siendo de destacar por ejemplo, la mencionada en las actuaciones, la de 31 de Enero de 1997, donde en síntesis se viene a sentar la siguiente doctrina. . . <<la audiencia ciudadana - arts. 130.4 L.P.A. y 105 a) C.E.- es exigible so pena de nulidad cuando se trate de asociaciones o colegios profesionales que no sean de carácter voluntario y que representen intereses de carácter general o corporativo. . . >>. Por lo tanto, no sólo porque la asociación recurrente como hemos dicho, no es obligatoria, sino porque además sus miembros con integrantes de un Colegio Profesional que fue oído, es evidente que no procede acogerse tal impugnación. Por el contrario, carecería de todo sentido el que se anulara el acto con el objeto de que la asociación actora después de toda la tramitación de estas actuaciones, fuera oída.

SEPTIMO.- Al no darse los presupuestos de la Ley Jurisdiccional, no se hace pronunciamiento sobre costas, artículo 131 de la Ley aplicable.

FALLAMOS

Que con desestimación del presente recurso debemos confirmar el acto recurrido por ser conforme a derecho. Sin costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.