



Roj: **STSJ ICAN 3342/2001 - ECLI: ES:TSJICAN:2001:3342**

Id Cendoj: **35016330012001101269**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **18/09/2001**

Nº de Recurso: **3089/1997**

Nº de Resolución: **1034/2001**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JAIME BORRAS MOYA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (LAS PALMAS)

Ref- R.C.A. **nnnn**º 1.089/97

SENTENCIA núm. 1034/2001

Ilmos. Sres.

Presidente: Don Jaime Borrás Moya.

Magistrados: Don Francisco José Gómez Cáceres.

Don Manuel López Miguel.

En la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, a dieciocho de septiembre de 2.001.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, el presente recurso **nnnn**º.3.089/97, en el que son partes, como recurrentes, Pilar y Rosario, representadas por la Procuradora Sra. Gutiérrez Cabrera, si bien posteriormente asumió la representación de la primera el Procurador Sr. Olarte Cullen, y como demandada, la Comunidad Autónoma de Canarias, representada por la letrada de sus servicios jurídicos, versando la misma sobre impugnación de decreto del Gobierno de Canarias por el que se establecen los **criterios** específicos de planificación y ordenación farmacéutica, y siendo su cuantía indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO. Mediante decreto del Gobierno de Canarias de fecha 16 de octubre de 1.997 se establecieron los **criterios** específicos de planificación y ordenación farmacéutica.

SEGUNDO. Frente a tal resolución se interpuso recurso contencioso administrativo por la Procuradora Sr. Gutiérrez Cabrera en representación de Rosario y Pilar si bien posteriormente asumió la representación de ésta última el Procurador Sr. Olarte Cullen, formulándose en el momento correspondiente la demanda interesando la anulación del acto administrativo impugnado en el particular contemplado en el art. 5,3 del repetido decreto.

TERCERO. Por su parte, la Administración demandada se opuso al recurso interesando su desestimación.

CUARTO. Finalizado el periodo probatorio se dio traslado a las partes para conclusiones, tras lo cual se trajeron los autos a la vista con citación de partes para sentencia, con señalamiento del día catorce de septiembre del presente año para votación y Fallo, habiendo sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Jaime Borrás Moya, que expresa el parecer unánime de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO. La cuestión a discernir en el presente procedimiento consiste en determinar si el decreto de Gobierno de Canarias antes indicado, en concreto el art. 5,3 cuya anulación específicamente pretenden las recurrentes, es o no ajustada a derecho, alegando la actora que el repetido decreto es nulo en el aspecto impugnado al prescindirse de trámites esenciales en el procedimiento de elaboración, en concreto el informe acreditativo de la legalidad, conveniencia y oportunidad del proyecto, y el trámite de audiencia, alegando igualmente que el decreto no respeta en dicho art. 5,3 el principio de jerarquía normativa al establecer determinaciones que corresponden a una ley, excediendo por tanto de su rango reglamentario, señalando finalmente la vulneración de situaciones consolidadas.

SEGUNDO. Debe señalarse, en primer lugar, y por lo que respecta a los denunciados defectos formales al prescindirse del informe de legalidad, conveniencia y oportunidad del proyecto, así como del trámite de audiencia, que no cabe su apreciación ya que tanto uno como otro trámite fueron cubiertos, sin que la simple afirmación de la actora en orden a que los mismos se cumplen formalmente pero no materialmente constituya otra cosa que una opinión de parte. En cuanto a la afectación de situaciones consolidadas al imponer una incompatibilidad al farmacéutico titular que no existía anteriormente en el sentido de que el mismo no puede ejercer durante el horario de apertura al público otra ocupación, debe señalarse que la Sala no aprecia tal incompatibilidad en la norma impugnada como se indicará a continuación.

Así, la principal imputación que sin duda contiene la demanda respecto del precepto concretamente impugnado, a saber, el art. 5,3 del decreto 258/97 de 16 de octubre, que establece que el ejercicio como farmacéutico titular, sustituto o regente de una oficina de farmacia es incompatible con el desempeño de otras actividades profesionales que se desarrollen fuera de la misma y cuyo horario sea coincidente en su totalidad o en parte con el mínimo de apertura al público de esa oficina de farmacia, consiste en que dicha norma carece de respaldo legal, infringiendo de tal suerte el principio de jerarquía normativa. Sin embargo, lo cierto es que el art. 5,1 de la ley 16/97 de regulación de servicios de las oficinas de farmacia, establece que la presencia y actuación profesional de un farmacéutico es condición y requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos. La colaboración de ayudantes o auxiliares no excusa la actuación de farmacéuticos en la oficina de farmacia, mientras permanezca abierta al público, ni excluye su responsabilidad profesional. La coincidencia entre ambos preceptos es evidente, por lo que no cabe apreciar que el decreto objeto del presente recurso vulnere disposición de rango superior alguna. Ello no obstante, debe indicarse, en cuanto a lo que parece ser la preocupación fundamental de las actoras, que la normativa transcrita no impone la prohibición de que un farmacéutico titular ejercite otra actividad en horario de oficina, a condición de que su farmacia se encuentre atendida por farmacéutico titulado, ya que la reseñada ley 16/97 habla de la "actuación profesional de un farmacéutico", pero no dice que el mismo tenga que ser el titular de la oficina de farmacia de que se trate, por lo que cuando el art. 5,3 del decreto impugnado establece la incompatibilidad de otras actividades con el ejercicio como farmacéutico titular, sustituto o regente debe entenderse que se refiere al farmacéutico titular que no cuente con otro farmacéutico sino con meros ayudantes o auxiliares.

TERCERO. En definitiva, a tenor de lo expuesto resulta que el acto administrativo impugnado no establece incompatibilidad alguna contraria a la ley, de manera que nada impide al titular de una farmacia que quiera ejercer otra actividad durante el horario de oficina de la misma hacerlo siempre y cuando que quede al frente de la farmacia otro farmacéutico titulado, no un mero auxiliar o ayudante, ya que claramente lo que pretende la ley es asegurar que en horario de apertura al público habrá un profesional farmacéutico en cada oficina, pero sin que de la normativa antes indicada resulte en modo alguno que dicho farmacéutico tenga que ser el titular de la misma, por lo que debe reputarse ajustada a derecho la resolución impugnada, con desestimación del presente recurso contencioso administrativo.

CUARTO. A tenor de lo dispuesto en el artículo 131.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no procede en el presente caso efectuar condena en costas al no apreciarse temeridad o mala fe procesal en las partes litigantes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de Rosario y Pilar contra el decreto del Gobierno de Canarias a que se refiere el antecedente primero del presente fallo, el cual declaramos ajustado a derecho según la interpretación indicada en los fundamentos segundo y tercero. Ello sin imposición de costas.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de la Sala lo pronunciamos, mandamos y firmamos.