



Roj: **STSJ ICAN 1468/2001 - ECLI: ES:TSJICAN:2001:1468**

Id Cendoj: **38038330012001100826**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **19/04/2001**

Nº de Recurso: **10/1998**

Nº de Resolución: **376/2001**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANA TERESA AFONSO BARRERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE **CANARIAS**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SANTA CRUZ DE TENERIFE

SENTENCIA n° 376

Recurso n° 10/98

Ilmos. Sres:

Presidente

D. Antonio Giralda Brito

Magistrados

D. Ángel Acevedo y Campos

D^a Ana Teresa Afonso Barrera

En Santa Cruz de Tenerife, a diecinueve de Abril del año dos mil uno.

Visto, en nombre del Rey, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de esta capital, el presente recurso 10/98, tramitado por el procedimiento ordinario previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, interpuesto a nombre del demandante Jesús Manuel , representado y dirigido por el Letrado D. José María Castro Gila y como administración demandada, la Consejería de Sanidad y Consumo, representada y defendida por el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de **Canarias**, versando sobre impugnación del Decreto 258/97, de 16 de octubre por el que se establecen criterios específicos de planificación y ordenación farmacéutica, de cuantía indeterminada, siendo Ponente la Iltra. Sra. Magistrada D^a. Ana Teresa Afonso Barrera se ha dictado la presente sentencia en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno de **Canarias** por Decreto 258/97, de 16 de octubre, publicado en el Boletín Oficial de **Canarias** n° 142, del día 3 de noviembre, estableció los criterios específicos de planificación y ordenación farmacéutica.

SEGUNDO.- La parte actora interpuso recurso contencioso administrativo formalizando demanda en la que solicitaba que se dictara sentencia en la que estimando el recurso, declare nulo, por contrario a derecho, el apartado tercero del artículo 5 del Decreto 258/97, de la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno de **Canarias**, 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.

CUARTO.- Recibido el juicio a prueba se practicaron las pruebas propuestas y admitidas con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Practicada la prueba propuesta, se acorde señalar trámite para que las partes presentasen sus conclusiones, hecho lo cual, se señaló día para la votación y fallo de a sentencia, lo que tuvo lugar en con anticipación al plazo inicialmente previsto y con el resultado que seguidamente se expresa.

SEXTO.- Aparecen observadas las formalidades e tramitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en esta vía jurisdiccional, en concreto, el apartado 3º del artículo 5 del Decreto 258/1997, de 16 de octubre, por el que se establecen los criterios específicos de planificación y ordenación farmacéutica, que en relación con la presencia física del farmacéutico, establece "El ejercicio como farmacéutico titular, sustituto o regente de una oficina de farmacia es incompatible con el desempeño de otras actividades profesionales que se desarrollan 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".

Fundamenta el recurrente su recurso, fundamentalmente, en una vulneración del principio de igualdad entre los farmacéuticos estableciendo un régimen de incompatibilidades más severo que el de los funcionarios públicos coartando el libre ejercicio de actividades profesionales a los farmacéuticos.

SEGUNDO.- Los apartados 1º y 2º del artículo 5 del Decreto **1258/1997**, consagran como deber de todo farmacéutico, titular de una oficina de farmacia, el de permanencia física en dicho establecimiento durante el horario mínimo de atención al público, que con arreglo al artículo 50 del mismo Decreto, coincidirá con el de mayor demanda de servicios farmacéuticos por los usuarios, para la dispensación de medicamentos, desarrollando así lo establecido en la Ley 16/1997, de 25 de abril, reguladora de los servicios de las oficinas de farmacia.

Considera el recurrente que el precepto impugnado favorece, de manera arbitraria y vulnerando el principio de igualdad, a aquellos farmacéuticos, que poseyendo un amplio local desarrollen en el mismo varias actividades (farmacia, óptica, perfumería, ortopedia, análisis clínicos; en perjuicio de aquellos otros profesionales farmacéuticos que se dedican, en horas fuera de su horario de farmacia, y fuera de su oficina a otras actividades relacionadas con su profesión.

Sin embargo, debemos señalar que la incompatibilidad en el desempeño, durante el citado horario mínimo, de otra actividades profesionales que hayan de realizarse fuera del establecimiento farmacéutico, es simplemente una mera consecuencia, tanto fáctica como jurídica del citado deber de permanencia. Y no podemos apreciar ese supuesto trato discriminatorio en tanto en cuanto dicho precepto, artículo 5.3 del Decreto 258/97, de 16 de octubre, es de aplicación a todo titular de oficina de farmacia sin excepción alguna y habría discriminación si la norma prohibiera la compatibilidad en unos casos y en otros no.

El titular de una oficina de farmacia no podrá ejercer otra actividad fuera de la oficina de farmacia, y dentro del horario mínimo de apertura, porque vulneraría el deber legal de permanencia del titular durante dicho horario mínimo de apertura, y si que podrá desempeñar otras actividades dentro de la oficina de farmacia, siempre que ello no menoscabe su deber de permanencia y ejercicio profesional directo sin que pueda una norma autonómica introducir nuevas incompatibilidades ajenas a las que derivan estrictamente del deber de permanencia.

En cuanto a la alegación que realiza el recurrente relativa a que se le imponen a los titulares de oficinas de farmacia un régimen de incompatibilidades mas severo que a los propios funcionarios, debemos recordar que el ejercicio de la profesión farmacéutica al que se refiere este Decreto, es voluntario, al igual que lo es la dedicación del farmacéutico a otras actividades así como la opción del mismo de ubicar en la misma oficina de farmacia o en otro centro distinto, otras actividades autorizadas.

En consecuencia, no supone el precepto impugnado vulneración alguna del principio de igualdad como alega el recurrente, procediendo, por tanto, la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo

TERCERO.- - No se aprecian motivos para hacer una especial condena en costas a ninguna de las partes, de conformidad con el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.



FALLO

Que con desestimación del presente recurso debemos confirmar la disposición recurrida por ser conforme derecho. Sin costas.

Notifíquese a las partes observando lo dispuesto en el artículo 248.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ