



Roj: **STSJ ICAN 3437/2001 - ECLI: ES:TSJICAN:2001:3437**

Id Cendoj: **38038330012001100440**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **26/09/2001**

Nº de Recurso: **1296/1998**

Nº de Resolución: **832/2001**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANGEL ACEVEDO CAMPOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

SANTA CRUZ DE TENERIFE.

**SENTENCIA Nº 832**

RECURSO Nº 1296/98

ILMOS.SRES.

PRESIDENTE:

D. Antonio Giralda Brito.

MAGISTRADOS:

D. Angel Acevedo y Campos.

D. Ana Afonso Barrera.

=====

En Santa Cruz de Tenerife, a veintiséis de septiembre de dos mil uno.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de esta Capital, integrada por los Sres. Magistrados antes expresados, el presente recurso nº 1296/98, tramitado por el procedimiento ordinario, que regula la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, seguido a instancia del demandante Don Javier , representado y dirigido por el Letrado Don Julio Febles Febles, siendo Administración demandada, la General del Estado, dirigida por el Abogado del Estado, versando sobre inadmisión de solicitud de apertura de farmacia, de cuantía indeterminada, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON Angel Acevedo y Campos, se ha dictado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia con base en los siguientes

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La Dirección de Salud Pública del Servicio Canario de Salud, en resolución de 4 de febrero de 1998, inadmitió la solicitud de autorización de instalación de oficina de farmacia formulada por el actor para el núcleo "Los Angeles" (Arona); interpuesto recurso ordinario ante el Consejero de Sanidad y Consumo, fue presuntamente desestimado por silencio administrativo.

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, estimando el presente recurso y anulando el acto impugnado, por ser contrario a Derecho.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella e interesando una sentencia por la que se desestime el recurso, por ser ajustado a Derecho el acto recurrido.



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.- Impugnado por el recurrente el acto de inadmisión de la solicitud que instara para obtener la autorización a efectos de instalar una oficina de farmacia en el núcleo denominado "Los Angeles", término municipal de Arona, resolución que tuvo su fundamento en lo prevenido en la Disposición Transitoria Segunda del Decreto 258/1997, de 16 de octubre, de la Consejería de Sanidad y Consumo, regulador de los criterios específicos de planificación y ordenación farmacéutica, en cuanto consideró la Administración que tal solicitud, al basarse en un sistema de instalación de farmacias en que la concesión de la autorización se subordinaba al cumplimiento de unos requisitos de manera simultánea a favor de cada farmacéutico, contravenía lo establecido en el expresado Decreto 258/1997, cuyo sistema es el de concurso público de méritos, es de significar que la vía que se utiliza en la demanda para combatir el referido acto administrativo es la de la impugnación indirecta prevista en el art. 39.2 de la Ley Jurisdiccional, invocándose al efecto la disconformidad a Derecho de la disposición de carácter general que constituida por el meritado Decreto 258/1997, de 16 de octubre, sirve de apoyo al acto dictado por la Administración y respecto del cual se denuncia la nulidad por abordar materias sujetas a reserva de ley, cuestión que requiere poner de manifiesto que producido un giro normativo con la promulgación del Real Decreto-Ley 11/1996, de 17 de junio, de ampliación del servicio farmacéutico a la población, en cuanto supuso la regulación, con carácter básico, de aspectos generales en la materia cuya concreción normativa debía ser realizada por las Comunidades Autónomas, originando la necesidad de adoptar medidas preventivas que garantizaran la plasmación jurídica de los principios generales de planificación farmacéutica por las Comunidades Autónomas, tuvo ello continuación en la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, donde se mantuvo la necesidad de regulación por las Comunidades Autónomas de los principios básicos que garantizaran la asistencia farmacéutica, por lo que teniendo por finalidad el Decreto 258/1997, de 16 de octubre, según expresa su preámbulo, "desarrollar el mandato comprendido en el art. 2.1 de la Ley 16/1997, acomodándose a su espíritu y estableciendo los principios generales de la planificación y ordenación farmacéutica en nuestra Comunidad, sin perjuicio de que deba abordarse una regulación general de ordenación farmacéutica en una futura ley especial", obvio es que el repetido Decreto 258/1997 alberga un contenido que siendo propio del desarrollo de una Ley estatal en la que tiene cobertura, no está afectado por la "reserva de ley" ni conculca el principio de jerarquía normativa plasmado en el art. 9.3 de la Constitución, siendo susceptible de tratamiento por disposición reglamentaria, máxime cuando además el Estatuto de Autonomía de Canarias, en virtud de modificación operada por Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, atribuye a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva en materia de ordenación de establecimientos farmacéuticos, pudiendo dicha Administración dictar al respecto tanto disposiciones legales como reglamentarias.

SEGUNDO.- Siendo doctrina del Tribunal Supremo, reflejada en las sentencias de 11 de marzo de 1989 y 17 de noviembre de 1993, que en la impugnación indirecta de disposiciones de carácter general con ocasión de combatir los actos de aplicación individual de las mismas, no cabe aducir las supuestas irregularidades del procedimiento seguido al dictarlas, al no tratarse de vicios que produzcan la nulidad de pleno derecho del art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, siendo tan solo posible su anulación con base en tales irregularidades a través del recurso de impugnación directa, ya que, como afirma la sentencia el Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1993, en los supuestos de impugnación indirecta del art. 39.2 de la Ley Jurisdiccional no juegan las omisiones que pudieran observarse en el procedimiento de elaboración de la disposición general, de modo que sólo el contenido sustantivo de la norma reglamentaria es susceptible de producir efectos invalidantes del acto de aplicación individual, cuando se acredita que aquélla no responde a las exigencias del ordenamiento jurídico, deviene fácilmente de lo expuesto la inidoneidad de plantear en el presente recurso, ceñido a una impugnación indirecta del Decreto 258/1997, de 16 de octubre, la falta de audiencia en la elaboración de dicha normativa de la Asociación de Consumidores y Usuarios y otras, al tratarse de una cuestión que solamente podría debatirse a través de una impugnación directa de la mencionada disposición general, como ya tuvo ocasión de conocer esta Sala en sentencia de 16 de enero de 2001, cuyos efectos no son extrapolables al acto administrativo aquí impugnado en función del uso de la impugnación indirecta.

TERCERO.- Incorporados por el Real Decreto-Ley 11/1996, de 17 de junio, como criterios generales de la planificación farmacéutica, de una parte, la división del territorio en zonas farmacéuticas referidas a las



unidades básicas de Atención primaria, no coincidentes con los Municipios que, en la normativa anterior, venían sirviendo de unidad territorial de referencia y, de otra, la fijación de módulos de población para aquellas zonas de salud que sean clasificadas como urbanas, diferentes de los establecidos por el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, unido todo ello a la carencia de los llamados por el Real Decreto-Ley 11/1996 criterios específicos, comprensivos, al menos, de las determinaciones relativas a clases de zonas farmacéuticas, módulos de población y fijación de las distancias mínimas entre oficinas de farmacia para cada clase de zona, vino a dibujarse de esta forma una especial panorámica que por motivos de oportunidad o conveniencia y en tanto se fijaran los nuevos criterios específicos de planificación farmacéutica, se determinase el carácter de urbanas de las zonas de salud y se regulara el procedimiento de otorgamiento de las autorizaciones, permitía a la Administración de la Comunidad Autónoma en su labor de garantizar la plasmación jurídica de los principios generales de planificación farmacéutica fijados en el Real Decreto-Ley 11/1996, adoptar medidas provisionales encaminadas a impedir la vulneración de los principios inspiradores de dicha normativa y a garantizar, a la vez, la aplicación efectiva y generalizada de la misma, por lo que de la misma forma que en el derogado Decreto Territorial 218/1996, de 1 de agosto, se adoptó, con el objeto de cumplir aquellos fines, la medida de suspender la tramitación de instancias y solicitudes de autorización de oficinas de farmacia, cualquiera que hubiese sido la fecha de su presentación, hasta tanto entrara en vigor la planificación y normativa procedimental que decidiera la Comunidad Autónoma, con sujeción de las solicitudes al régimen nuevo, medida de paralización que incluso fue sancionada por sentencia firme de esta Sala de 7 de junio de 1999, no se apartó tampoco de estas directrices la Disposición Transitoria segunda del Decreto Territorial 258/1997, de 16 de octubre, pues cuando la misma establece un doble sistema de Derecho intertemporal: la irretroactividad para las solicitudes anteriores a la entrada en vigor del Decreto que hubieran alcanzado resolución definitiva en vía administrativa, expresa o presunta, al ordenarse que se rijan por la normativa vigente al tiempo de su formulación; y la retroactividad para las solicitudes que con anterioridad al Decreto se encontrasen en tramitación y fueran inadmisibles por no ajustarse a las prescripciones del mismo, lo que realmente late en el espíritu de la citada Disposición Transitoria segunda, sobre todo en lo concerniente a la inadmisión de las solicitudes en trámite que no se acomoden a las prescripciones del Decreto 258/1997, de 16 de octubre, es la necesidad de materializar un cambio de planificación farmacéutica a nivel estatal con proyección autonómica que el legislador tenía que posibilitar en la mayor medida y con toda rapidez a fin de que tal innovación adquiriera efectividad y generalización con carácter de inmediatez, objetivo del que la doctrina jurídica se hace también eco dotando de un tácito efecto retroactivo a aquellas disposiciones que persigan establecer un régimen general y uniforme, en cuanto sólo concediéndoles efectos retroactivos se puede conseguir la uniformidad propuesta, caso éste que siendo el del Decreto 258/1997 con motivo de extender su eficacia a la inadmisión de aquellas solicitudes de apertura de oficinas de farmacia que presentadas antes de su entrada en vigor y encontrándose en trámite, se muestren disconformes con el contenido del meritado Decreto, no tiene otra finalidad que propiciar la urgente entrada en vigor de las reformas tendentes a flexibilizar la apertura de oficinas de farmacia y garantizar la asistencia farmacéutica en todos los núcleos de población, objetivos que destacados con primordial carácter en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 11/1996, de 17 de junio, se tratan de conseguir con una norma particular (la disposición transitoria) encaminada a conciliar la aplicación simultánea o sucesiva del Derecho nuevo con el Derecho antiguo, sin atenerse rigurosamente a los principios de retroactividad o irretroactividad, lo cual no es contrario al principio de seguridad jurídica proclamado en el art. 9.3 de la Constitución, sino que, antes bien, tiende a evitar que por la continuidad de la tramitación de los expedientes de apertura de oficinas de farmacia bajo las pautas del Real Decreto 909/1978, perviva un régimen jurídico que siendo contrapuesto, por su naturaleza y características, al nuevo proyecto de distribución territorial de las oficinas de farmacia, interfiera y dificulte la creación del nuevo programa farmacéutico, introduciendo una grave incompatibilidad y confusión y dilatando en grado sumo la nueva ordenación de asistencia farmacéutica a la población que se recoge en el Real Decreto-Ley 11/1996, de 17 de junio.

CUARTO.- Inadmitida la solicitud de apertura de farmacia que presentó el actor por no ajustarse a las prescripciones del Decreto 258/1997, de 16 de octubre, normativa que entró en vigor cuando el expediente estaba en tramitación, regulando en sus arts. 18 y siguientes un nuevo procedimiento de autorización mediante concursos públicos de traslado o de nueva adjudicación, es evidente que al no acomodarse tal solicitud a la nueva reglamentación para la apertura de oficinas de farmacia, hay que centrar en este punto la inadmisión decretada en el acto impugnado y huelga hablar, por ser marginal a ello, de quebranto de los derechos a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y de protección a la salud proclamados respectivamente en los arts. 38 y 43 de la Constitución, así como de los principios "pro apertura" y "pro libertatis", cuestiones que referidas al aspecto sustantivo y no formal de la reglamentación para las autorizaciones de oficinas de farmacia, no tienen aquí cabida, sin olvidar tampoco que, tratándose de los expresados arts. 38 y 43 de la Carta Magna, la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 1984 y las del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1992, 2 de mayo de 1993 y 22 de junio de 1994, con ocasión de declarar la vigencia y aplicación del régimen sobre apertura de farmacias establecido en el Real Decreto



909/1978, de 14 de abril, ordenan estar a sus previsiones, sin perjuicio, en los casos límites y dudosos, de poder aplicar los principios "pro apertura" y "pro libertatis" sólo para integrar la norma, pero no para alterarla o dejarla sin efecto - sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril y 8 de junio de 1999 y de 15 de febrero de 2000.

QUINTO.- Al no advertirse temeridad o mala fe determinante de la imposición de costas procesales ( art. 131.1 de la Ley Jurisdiccional), no procede hacer expresa condena de las mismas.

#### **FALLAMOS**

Desestimar el recurso contencioso interpuesto por la representación de Don Javier contra el acto administrativo impugnado, al ajustarse el mismo a Derecho, sin hacer expresa imposición de costas.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ