



Roj: **STSJ ICAN 1729/2007 - ECLI: ES:TSJICAN:2007:1729**

Id Cendoj: **35016330012007100226**

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

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

Sección: **1**

Fecha: **30/03/2007**

Nº de Recurso: **475/2006**

Nº de Resolución: **191/2007**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VARONA GOMEZ-ACEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº 191/07

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. Francisco J. Gómez Cáceres

ILMO. SRES. MAGISTRADOS

D. Jaime Borrás Moya

D. Javier Varona Gómez Acedo (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria , a 30 de marzo de 2007 .

Visto por esta Sección TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS. SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO. Sección Primera. , integrada por los Sres. Magistrados, anotados al margen, el recurso Contencioso - Administrativo nº 0000475/2006 , interpuesto por D. Íñigo , Dña. Victoria , Dña. Ángeles y D. Rodrigo , representado el Procurador de los Tribunales D. Francisco Bethencourt Manrique De Lara y dirigido por el abogado D. José Mateo Díaz , contra la Consejería De Sanidad Y Consumo, habiendo comparecido, en su representación y defensa; y comparecen como codemandados Dña. Irene , representada por el procurador D. Tomás Ramírez Hernández y asistido por el letrado D. Alvaro Campanario Hernández; el COLEGIO OFICIAL DE FARMACEUTICOS DE LA PROVINCIA DE LAS PALMAS , representado por el procurador Dña. M^a Dolores Apolinario Hidalgo y asistido por el letrado D. Pedro Torres Romero; y Dña. María Rosa , representada por el procurador D. Gerardo Pérez Almeida y asistido por el letrado D. Manuel Perez Vera .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto asunto: Orden de 15 de mayo de 2006, de la Consejería de Sanidad, del Gobierno de Canarias, por la que se aprueba la delimitación de las zonas farmacéuticas de canarias

SEGUNDO.- La representación de la demandante interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicho acto, formalizando demanda con la súplica de que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del acto administrativo impugnado, en el particular relativo a la creación de las Zonas farmacéuticas GC-23 y GC-24 en el municipio de Telde, según se incorpora en el anexo I de dicha orden .

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda, oponiéndose a ella e interesando una sentencia desestimatoria del recurso interpuesto. En el mismo sentido las representaciones de D^a María Rosa y D^a Irene . El Colegio Oficial de Farmaceuticos de la provincia de Las Palmas se allanó a la demanda.

CUARTO.- No se solicitó ni recibió el proceso a prueba, se señaló día para votación y fallo del presente recurso en cuyo acto tuvo lugar su realización.

Se han observado las prescripciones legales que regulan la tramitación del recurso cuya cuantía es indeterminada.

Es ponente el Ilmo. Sr. Don Javier Varona Gómez Acedo, que expresa el parecer de la Sala.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso la ORDEN DE 15 DE MAYO DE 2006, de la Consejería de Sanidad, Gobierno de Canarias, por la que se aprueba la DELIMITACIÓN DE LAS ZONAS FARMACÉUTICAS DE CANARIAS publicada en el Boletín Oficial de Canarias num. 102, correspondiente al 26 de mayo de 2006, en el particular relativo a la creación de las Zonas farmacéuticas GC-23 y GC-24 en el municipio de Telde, según se incorpora en el anexo I de dicha orden .

Según señala la Orden impugnada se dicta en aplicación de lo dispuesto en la Ley Territorial 4/2005 de 13 de julio de ordenación farmacéutica de Canarias y concretamente de sus arts 19 y 20 que determinan que " Las demarcaciones territoriales de referencia para la planificación farmacéutica se denominan zonas farmacéuticas, que serán las unidades que constituyan el soporte físico resultante de la aplicación de los principios planificadores" y en el art. 20 que precisa que "corresponde a la Consejería competente en materia de ordenación farmacéutica la delimitación de las zonas farmacéuticas, previa audiencia a los Ayuntamientos y Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Canarias, teniendo en cuenta las características geográficas, de población, socioeconómicas y los recursos sanitarios disponibles."

Habida cuenta del contenido material de las alegaciones efectuadas por las partes en el proceso, en primer lugar ha de comenzar por analizarse la naturaleza jurídica de la Orden recurrida, en cuanto que la defensora de la Administración demandada considera que se trata de una disposición general, por lo que de esta cuestión inherente a su naturaleza jurídica deduce diversas consecuencias en relación con las facultades de revisión jurisdiccional que ejerce la Sala .

Al respecto ha de decirse que como expresa la Exposición de Motivos o preámbulo expositivo de la Orden impugnada, se trata de un acto aplicativo de la Ley canaria de Ordenación Farmacéutica, Ley 4/2005 y particularmente de los dos artículos que literalmente transcribe en su exposición.

Por ello la Orden impugnada carece de la calidad de norma reglamentaria, pues en base a lo establecido en la misma no se establece innovación alguna del ordenamiento jurídico, siendo un acto ordenado y no ordinamental, aplicando la Ley territorial en los concretos supuestos expresados en la misma.

No es una disposición general en cuanto no pretende ordenar o regular ningún aspecto no regulado en la norma legal o en la que exista una remisión normativa, sino que aun siendo un acto de destinatarios generales, no tienen el carácter de abstracción y generalidad que es predicable de las normas reglamentaria, y, por ende, carece de carácter innovativo del ordenamiento jurídico.

En su consecuencia si se recurre la Orden que se dicta en ejecución de las previsiones contenidas la Ley canaria 4/2005 el juicio de valoración que debe realizar la Sala para determinar la validez de dicha Orden es en primer lugar la comparación entre tal Orden y el articulado de la Ley, pero sin duda también su adecuación al Ordenamiento jurídico en su conjunto y especialmente a la interdicción de la arbitrariedad que la Constitución consagra.

SEGUNDO.- Los motivos de la impugnación que sostienen los demandantes son de índole esencialmente material cifrados en la disociación entre los criterios legales que deben presidir la delimitación de las zonas farmacéuticas y los contenidos en la orden impugnada, la falta de motivación o, por mejor precisar, contener una motivación contraria a la ley , lo que constituye un ejercicio arbitrario de las potestades de la administración , en la exposición que hacen los demandantes.

La Ley 4/2005 parte de la necesidad de una planificación farmacéutica regida por los principios básicos de lograr una atención farmacéutica adecuada para toda la población, promoviendo su desarrollo en condiciones de accesibilidad e igualdad (artº 18) a cuyo efecto considera como demarcaciones territoriales de referencia las denominadas zonas farmacéuticas, que son "las unidades que constituyan el soporte físico resultante de la aplicación de los principios planificadores." (artº 19) .

La Ley explicita algunas previsiones que han de regir la delimitación de las zonas farmacéuticas empezando por que cada una contará, al menos, con una oficina de farmacia.(artº 19.3) y luego de precisar la competencia para su delimitación y la participación administrativa y corporativa , determina los criterios esenciales que han de tenerse en cuenta para tal delimitación atendiendo a "las características geográficas, de población, socioeconómicas y los recursos sanitarios disponibles". (artº 20) .

La Orden examinada en el inciso tercero de su preámbulo trasladando tales criterios a la delimitación que aprueba, afirma " que se ha tenido en cuenta que el término municipal es la agrupación territorial que ofrece una mayor homogeneidad de características socioeconómicas, de distribución de recursos sanitarios más racional en la que ya se han ponderado previamente las variables de distribución demográfica, y en general, una dotación de sistemas de comunicación organizados en función de sus peculiaridades



geográficas. Cuando la extensión territorial del municipio era considerable, y la densidad de población elevada, se ha recurrido a la subdivisión del municipio por zonas farmacéuticas que abarcan distritos y secciones administrativos homogéneos teniendo en cuenta las premisas antes señaladas respecto a variables geográficas, poblacionales, socioeconómicas y de recursos sanitarios disponibles."

En las dos zonas creadas en el municipio de Telde objeto de recurso resulta manifiesto por notoriedad que la zona GC-23 comprende todos los barrios de tal municipio que se encuentran a la izquierda de la autopista GC- 1 dirección Sur , con excepción del Jinamar casco y valle de Jinamar. De igual forma la otra zona de tal municipio GC-24 se ubican todos los barrios que quedan a la derecha de tal autopista con excepción de Jinamar.

Es asimismo notorio que la autopista mencionada constituye por sus dimensiones, intensidad de tráfico y carácter supramunicipal una marcada división entre los núcleos de población situados a uno y otro lado de la misma de forma que el crecimiento poblacional y urbano ha ido uniendo los núcleos situados entre la costa y la autovía y entre esta y el interior. De igual notoriedad es que los sistemas de comunicaciones internos y en general todos los equipamientos comunitarios se han generado tomando como eje de división la mencionada autopista.

En definitiva sin necesidad de mas descripciones pueden afirmarse con rotundidad que las zonas examinadas lejos de ser homogéneas, resultan radicalmente diversas desde todas las variables geográficas, poblacionales, de comunicación etc.

Ni en la contestación a la demanda ni en desde luego en el expediente administrativo se contiene explicación alguna que justifique la unión de Jinamar a la zona de Telde -Costa, y la única que se ofrece consistente en que Jinamar precisa por si sola la creación de nuevas farmacias, lejos de avalar su artificial unión a los núcleos de la costa, avalaría la contraria para favorecer que las nuevas oficinas que se instalen sean realmente accesibles en términos de racional comodidad, para los habitantes de tan denso núcleo de población.

TERCERO.- Cuando la Ley habilitante otorga la competencia a la Consejería competente en materia de ordenación farmacéutica para la delimitación de las zonas farmacéuticas de acuerdo con los principios básicos de lograr una "atención farmacéutica adecuada para toda la población, promoviendo su desarrollo en condiciones de accesibilidad e igualdad" y "teniendo en cuenta las características geográficas, de población, socioeconómicas y los recursos sanitarios disponibles", no esta concediendo unas facultades discrecionales a la administración autonómica como afirma su defensora judicial , sino que la esta sometiendo a un conjunto de los denominados "conceptos jurídicos indeterminados " y estos por su propia naturaleza precisan de la concreción adecuada a las circunstancias concurrentes en cada caso, cuya valoración lleva a una única solución justa, jurisdiccionalmente revisable (art. 103 de la Constitución), sin que quepan soluciones alternativas propias de la discrecionalidad administrativa.

Así ha declarado la sentencia de 24 de abril de 1999 , citando otras muchas como las de 22-6-82 13-7-84 , 9-12-86 , 19-12-95 , 2-1-96 , 21-12- de 1998 y 24-4-99 , que en la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, resulta excluida la discrecionalidad de la Administración, porque la inclusión de un concepto jurídico indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados.

Como hemos examinado antes la Orden objeto de recurso interpretó correctamente la Ley 4/2005 en su preámbulo al afirmar que la delimitación de las zonas debía atender a una mayor homogeneidad de características socioeconómicas, de distribución de recursos sanitarios más racional en la que ya se han ponderen las variables de distribución demográfica, y en general, una dotación de sistemas de comunicación organizados en función de sus peculiaridades geográficas y que abarcan distritos y secciones administrativos homogéneos teniendo en cuenta las premisas antes señaladas respecto a variables geográficas, poblacionales, socioeconómicas y de recursos sanitarios disponibles, pero sin embargo en la delimitación de las zonas del municipio de Telde se olvidó de tales propósitos infringiendo la ley que habilita tal potestad, lo que determina la estimación del recurso.

CUARTO.- No se aprecian motivos para hacer especial pronunciamiento sobre las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Por ello, vistos los artículos citados y demás de general aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución decidimos

FALLO



Que debemos estimar y estimamos el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la representación procesal de D. Íñigo , Victoria , Ángeles Y Rodrigo frente al acto antes identificado que anulamos en el particular a que se refiere el antecedente segundo de esta sentencia , sin imposición de costas.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, art 86.4 LJ .

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada ha sido la Sentencia anterior en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente don Javier Varona Gómez Acedo en audiencia pública de lo que yo, el Secretario de la Sala, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS