



Roj: **STS 4670/2006** - ECLI: **ES:TS:2006:4670**

Id Cendoj: **28079130042006100281**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **18/07/2006**

Nº de Recurso: **752/2004**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANTONIO MARTI GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Julio de dos mil seis.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, compuesta por los Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación nº **752/2004**, interpuesto por D. Germán , que actúa representado por el Procurador D. Francisco de Paula Martín Fernández, contra la sentencia de 4 de diciembre de 2003 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Santa Cruz de Tenerife del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, recaída en el recurso contencioso administrativo 75/2002 , en el que se impugnaba el Decreto 258/97 de 16 de octubre , de la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno de Canarias, relativo a planificación y ordenación farmacéutica.

Siendo parte recurrida la Comunidad Autónoma de Canarias, que actúa representada por su Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de 23 de diciembre de 1997, D. Germán y otros interpusieron recuso contencioso administrativo contra el Decreto 258/97 , y tras los tramites pertinentes el citado recurso contencioso administrativo terminó por sentencia de 4 de diciembre de 2003 , cuyo fallo es del siguiente tenor: "Desestimar el recurso interpuesto por la representación de Don Adolfo , Don Fidel , Doña Esperanza , Doña Sandra , Don Germán y la entidad J. Mendoza Sociedad Civil contra el acto administrativo impugnado, al ajustarse el mismo a Derecho, sin hacer expresa imposición de costas".

SEGUNDO.- Una vez notificada la citada D. Germán , por escrito de 29 de diciembre de 2003, manifiesta su intención de preparar recurso de casación y por providencia de 14 de enero de 2004, se admite el recurso de casación, siendo las partes emplazadas ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- En su escrito de formalización del recurso de casación, la parte recurrente interesa se case y anule la sentencia recurrida y se declare no ajustado a derecho el Decreto 258/97 por vicio de nulidad del artículo 51,3 del mencionado Decreto , en base a los siguientes motivos de casación: "PRIMERO.- AL AMPARO DEL ARTÍCULO 88.1.D) DE LA LEY JURISDICCIONAL , INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO O DE LA JURISPRUDENCIA APLICABLES PARA RESOLVER LAS CUESTIONES OBJETO DE DEBATE: VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 6 Y DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA DE LA LEY ESTATAL 16/1997, DE 25 DE ABRIL , DE REGULACIÓN DE SERVICIOS DE LAS OFICINAS DE FARMACIA. SEGUNDO.- AL AMPARO DEL ARTÍCULO 88.1.D) DE LA LEY JURISDICCIONAL , INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO O DE LA JURISPRUDENCIA APLICABLES PARA RESOLVER LAS CUESTIONES OBJETO DE DEBATE: VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 9 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA DE LA LEY ESTATAL 16/1997, DE 25 DE ABRIL, DE REGULACIÓN DE SERVICIOS DE LAS OFICINAS DE FARMACIA ".

CUARTO.- La parte recurrida en su escrito de oposición al recurso de casación interesa su desestimación.

QUINTO.- Por providencia de 8 de mayo de 2006, se señaló para votación y fallo el día once de julio del año dos mil seis, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.



Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Martí García, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto del presente recurso de casación, desestimó el recuso contencioso administrativo, refiriendo en sus Fundamentos de Derecho, lo siguiente: "CUARTO.- Reconocido en la Ley 16/1997, de 25 de abril, reguladora de los Servicios de las Oficinas de Farmacia, la flexibilidad del régimen de jornada y horario de apertura de dichos establecimientos, dando el carácter de mínimos a los horarios oficiales que, en garantía de los usuarios, puedan fijar las Comunidades Autónomas, hay que significar que si bien las disposiciones que adopten las Comunidades Autónomas en la materia tendrán, acorde con el art. 6.2 y 3 de la citada Ley, el carácter de mínimos, autorizándose también el funcionamiento de las oficinas de farmacia en horarios por encima de los mínimos oficiales sin más requisitos que la comunicación previa de ello a la Comunidad Autónoma y el mantenimiento de la continuidad de tal régimen en los términos que indique la autoridad sanitaria, lo cierto es, sin embargo, que, contrariamente a lo sostenido por los recurrentes, la acomodación de la ampliación del horario mínimo a alguno de los cuatro módulos que se fijan en el apartado 3 del art. 51 del Decreto Territorial 258/1997, de 16 de octubre, que establece los criterios específicos de planificación y ordenación farmacéutica en la Comunidad Autónoma de Canarias, no infringe los principios de libertad y flexibilidad horaria proclamados en la Ley 16/1997, de 25 de abril, en cuanto la limitación o condicionamiento de los horarios de funcionamiento de las farmacias cuando éstas operen por encima de los mínimos oficiales no puede decirse que vulnere una Ley Estatal que de la misma forma que no impone limitaciones a los horarios de las oficinas de farmacia cuando éstas funcionen por encima de los mínimos oficiales, tampoco prohíbe el establecimiento de aquélla en tales casos, como así se colige del control que prevé al efecto el art. 6.3 de la Ley 16/1997, de ahí que a la vista de los cuatro módulos que pueden ser elegidos por los titulares de farmacias a efectos de la ampliación del horario mínimo de las oficinas (art. 51.3 del Decreto 258/1997), no sea de recibo afirmar, máxime cuando el módulo 4 autoriza incluso la apertura de 24 horas, que se quebrante el régimen de libertad y flexibilidad que consagra la Ley 16/1997, de 25 de abril, y ello porque si el horario mínimo de cuarenta horas semanales de las oficinas de farmacia se reparte en la forma establecida en el art. 1 de la Orden de 19 de junio de 1998, fijándose de lunes a viernes un módulo fijo y obligatoria (9'30 a 13'00 horas por la mañana y 17'00 a 19'00 horas por la tarde) y otro variable de dos horas (aplicable a las franjas comprendidas entre las 8'00 y las 9'30 horas y las 13'00 y 14'00 horas por la mañana y entre las 16'00 y las 17'00 horas y las 19'00 y las 21'00 horas por la tarde), no cabe entender que por virtud del ensamblaje entre los horarios mínimos oficiales establecidos en el art. 1 de Orden de 19 de junio de 1998 y la obligatoria elección de alguno de los módulos de ampliación del horario mínimo reseñados en el art. 51.3 del Decreto objeto de recurso, queden recortadas las ampliaciones del horario mínimo, al no poderse abrir las farmacias durante el tiempo que, a modo de ejemplo, señalan los actores en el final del hecho segundo de la demanda, indicando la imposibilidad de apertura de aquéllas antes de las 8'00 horas si se opta por los módulos 1 y 3 del art. 51.3 del Decreto impugnado, o bien entre las 14'00 y las 16'00 horas si es elegido el módulo 2 de igual precepto y normativa, pues esta argumentación, aparte de no perseguir otro fin que la prevalencia del criterio subjetivo de los accionantes sobre el de la Administración, incurre en el olvido de que lo que hace la normativa autonómica es establecer unos tramos horarios en los que necesariamente han de estar abiertos al público los establecimientos que deseen ampliar el horario mínimo, todo ello con el objeto de garantizar que queden suficientemente cubiertas las necesidades de los usuarios del mencionado servicio público, evitando que de forma arbitraria se fije un horario por la oficina de farmacia que no coincida con aquellas horas en las que habitualmente los usuarios se ven obligados a acudir a las mismas.

QUINTO.- La Disposición Transitoria Única de la Ley 16/1997, de 25 de abril, en cuanto establece que lo regulado en esta normativa sobre módulos de población y distancias no es exigible a las oficinas de farmacia autorizadas con anterioridad a su entrada en vigor, no puede decirse que esté contravenida por el contenido la Disposición Transitoria Primera del Decreto 258/1997, de 16 de octubre, que tratándose de las oficinas de farmacia que a la entrada en vigor de dicho Decreto no cumplan las distancias mínimas fijadas con respecto a otras oficinas de farmacia o centros asistenciales públicos, les permite, por una sola vez y dentro del plazo de tres años a la entrada en vigor del Decreto, el cambio de ubicación siempre que el mismo suponga un incremento en la distancia existente con respecto a las oficinas de farmacia y centros asistenciales públicos más próximos, pues en orden a esta excepción es de tener en cuenta que al establecer el repetido Decreto 258/1997 un doble sistema de Derecho intertemporal: la irretroactividad para las solicitudes de oficinas de farmacia anteriores a la entrada en vigor del Decreto que hubieran alcanzado resolución definitiva en vía administrativa, así como para las autorizaciones de oficinas de farmacia que resulten de la ejecución de sentencias dictadas con posterioridad a la entrada en vigor del Derecho y al amparo de la normativa anterior; y la retroactividad de grado mínimo para las solicitudes que con anterioridad al Decreto se encontrasen en tramitación y fueran inadmisibles por no ajustarse a las prescripciones del mismo (Disposiciones Transitorias



Segunda y Tercera del Decreto recurrido), lo que realmente late en el espíritu del legislador es la necesidad de materializar un cambio de planificación farmacéutica a nivel estatal con proyección autonómica y que ha de propiciarse mediante 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, conciliando a tales fines la aplicación simultánea o sucesiva del Derecho nuevo con el Derecho antiguo, sin atenerse rigurosamente a los principios de retroactividad e irretroactividad, expresión de lo cual es la meritada Disposición Transitoria Primera del Decreto 258/1997 , que al conceder con carácter excepcional a los titulares de oficinas de farmacia cuyas distancias mínimas, a la entrada en vigor del Decreto, no se correspondan con las fijadas en él con respecto a otras oficinas o centros asistenciales públicos, la posibilidad de cambiar de ubicación, en la ocasión y tiempo que la Disposición Transitoria contempla, siempre que dicho traslado suponga un incremento en la distancia existente con respecto a las oficinas de farmacia y centros asistenciales más próximos, lo que realmente persigue la norma en el caso concreto es un alargamiento de distancias que pese a no ajustarse plenamente a lo reglado al efecto en el art. 14 del Decreto , está encaminado a evitar en todo caso que se produzcan situaciones de arbitrariedad y a buscar, a la vez, un mayor acercamiento a la nueva planificación farmacéutica sin llegar a quebrar el régimen de irretroactividad que en materia de distancias para las oficinas de farmacia autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 16/1997, de 25 de abril , preserva la Disposición Transitoria única de dicha normativa estatal".

SEGUNDO.- En el motivo primero de casación, la parte recurrente, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley jurisdiccional , denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate: vulneración del artículo 6 y disposición final primera de la ley estatal 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia .

Alegando en síntesis; a), que el artículo 6 de la Ley 16/97 que tiene el carácter de norma básica dispone, que las oficinas de farmacia presten sus servicios en régimen de libertad y flexibilidad sin perjuicio del cumplimiento de los honorarios oficiales y normas sobre guardias, vacaciones urgencias y demás circunstancias derogadas de la naturaleza del servicio, fijadas por las Comunidades Autónomas y que las disposiciones que adopten las Comunidades Autónomas tendrán carácter de mínimo; b), que el Decreto impugnado, tras establecer un horario mínimo de cuarenta horas semanales en su artículo 50 en el artículo 51 establece hasta cuatro módulos para ampliar el horario mínimo, el último que permite la apertura durante las 24 horas, y en fin la Orden de 19 de junio de 1998, concreta que el horario mínimo es lunes a viernes de 9.30, a 13 horas y de 17 a 19 horas, siendo el módulo variable de dos horas, aplicable a las franjas comprendidas entre 8 y 9.30 y 13 y 14 horas por la mañana y entre 16 y 17 horas y 19 y 21 horas por la tarde; c), que estima que con ese régimen no se cumple la exigencia de libertad y flexibilidad, pues, entre otros, no se permite abrir la farmacia a las 7,45 horas ni cerrar a las 23,30 horas a no ser que se acepte el modulo de las 24 horas; y d), que por todo ello estima que el Decreto es nulo al menos en su artículo 51 por vulnerar la Ley 16/97 y por virtud de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 30/92 .

Y procede rechazar tal motivo de casación, de acuerdo con las propias valoraciones de la sentencia recurrida, que no han sido desvirtuadas, al menos a juicio de esta Sala.

Pues en efecto, y como bien señala la sentencia recurrida, y se desprende de la lectura del artículo 6 de la Ley 16/97 de 25 de abril , el precepto no solo refiere el régimen de libertad y flexibilidad, sino que por un lado, autoriza la intervención de las Comunidades Autónomas, en ese en principio régimen de libertad, por razones de guardias, vacaciones urgencias y demás circunstancias derivadas de la naturaleza de su servicio, y por otro, dispone que cuando se realicen jornadas u horarios fuera de los mínimos, se deberán comunicar a la Comunidad Autónoma, con carácter previo y deberán mantener con continuidad dicho régimen, en los términos en que la autoridad sanitaria les indique, y de ello, es obligado inferir, que esta justificada y autorizada la intervención de la Comunidad Autónoma, aun tratándose, cual se trata, de una norma básica, por razones de la naturaleza del servicio, y que no es dable aceptar sin mas, como se pretende, que la norma establece el régimen absoluto de libertad para los farmacéuticos en fijar cada uno su horario o el horario que tengan por conveniente, al margen de las necesidades del servicio y de lo que pretenda la Comunidad Autónoma, cuando además ésta, la Comunidad Autónoma, esta facultada para intervenir, según el propio artículo 6, como se ha visto, por necesidades del servicio y también para autorizar las peticiones de horario fuera del mínimo establecido.

Por otro lado, se ha significar, cual refiere también la sentencia recurrida, y, se advierte de la regulación establecida por la Comunidad Autónoma, que esta garantizado el régimen de flexibilidad que establece el artículo 6 citado, al permitirse hasta cuatro módulos a la plena disponibilidad de los farmacéuticos, que permiten los mas distintos y variados horarios de mañana y tarde, incluida la posibilidad apertura durante veinticuatro horas sin restricción alguna, y siendo ello así, no se puede aceptar como se pretende, que se afecte al régimen de libertad, con esos horarios establecidos, por la circunstancia de que esos módulos, a salvo el de apertura de veinticuatro horas, no permitan a un farmacéutico, el único que aquí recurre, abrir la farmacia



a las 7,30 horas, o abrirla de 8.00 hasta las 22.30 horas, ni menos cuando no se explícita la causa o razón por la que pretende abrir o cerrar en ese horario que menciona, lo que comporta, cual además refiere la sentencia recurrida, una confrontación entre el criterio subjetivo del recurrente con el de la Administración, y dado que la Administración, como valora la sentencia recurrida, lo que pretende con su sistema es el de tener cubiertas las necesidades de los usuarios del servicio publico farmacéutico, aun en el caso de confrontación de uno y otro criterio, habría que otorgar prevalencia al criterio de la Administración Autonómica.

Debiendo por otro lado señalar, que con la apertura de una oficina de farmacia, no se trata meramente de abrir o cerrar un local, sino el de prestar un servicio a los usuarios del servicio farmacéutico, y por tanto la libertad de que genéricamente habla la norma, aunque después matiza ese concepto de libertad, cual se ha señalado, se ha de valorar, respetando si los derechos del farmacéutico, pero siempre en conexión con los derechos de los usuarios y con las facultades de la Administración para cuidar y tutelar que el servicio se preste adecuadamente y se cubran las necesidades de los usuarios, y estas ciertamente se cubren mejor, cual refiere la sentencia recurrida, coordinando el horario de apertura y cierre con aquellas horas en las habitualmente los usuarios se ven obligados a acudir a las mismas.

Sin olvidar en fin, que un horario genérico y preestablecido de apertura y cierre de oficinas de farmacia, es mas conveniente a los usuarios y satisface adecuadamente sus necesidades, y por tanto, si además de ello, como se ha visto, el sistema o régimen establecido ,aparte de otorgar la evidente flexibilidad en horario de apertura y cierre de las oficinas de farmacias, respeta la libertad de los farmacéuticos, permitiéndoles la apertura a su criterio, bien durante las veinticuatro horas, bien acogándose, a cualquiera de los otros módulos, que fuera del horario mínimo ha estimado mas conveniente la Comunidad Autónoma, en razón del servicio y en beneficio de los usuarios del servicio farmacéutico, no se puede aceptar, que esa regulación vulnere el artículo 6 mas atrás citado.

TERCERO.- En el segundo motivo de casación la parte recurrente, al amparo del artículo 88.1.d) de la ley jurisdiccional , infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate: vulneración del artículo 9 de la constitución española y disposición final primera de la ley estatal 16/1997, de 25 de abril , de regulación de servicios de las oficinas de farmacia.

En base a las siguientes alegaciones: A su vez, ya hemos visto en el motivo anterior que la Disposición final primera de la Ley 16/1997 , da el carácter de legislación básica del Estado sobre sanidad, dictada al amparo del art. 149.1.16ª de la Constitución a, entre otros, del art. 6 de la meritada Ley 16/1997 .

Pues bien, si resulta indubitado que el Decreto autonómico desarrolla Ley Estatal, y que en el presente caso no estamos ante un supuesto de "reserva de Ley autonómica" -tal y como la sentencia afirma-, siendo dicha Ley estatal, en su articulado infringido, legislación básica del Estado, no puede dicho Decreto, sin violar el principio de jerarquía normativa instaurado en el art. 9.3 de nuestra Constitución , contrariar lo dispuesto en la Ley que desarrolla.

Hemos visto con profusión, como el artículo 51, en su apartado 3, del Decreto 258/1997 , vulnera lo dispuesto en la Ley 16/1997 , en particular, lo dispuesto en el art. 6 de la referida Ley al imponer limitaciones a los horarios de apertura y cierre de las oficinas de farmacia por encima de los mínimos oficiales, violando asimismo los principios de libertad y flexibilidad que la propia Ley 16/1997 consagra.

La consecuencia, por tanto, no puede ser otra que la nulidad del Decreto, al menos en su art. 51.3, por vulnerar la Constitución y la Ley, por virtud de lo dispuesto en el art. 62 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

Y procede rechazar tal motivo de casación.

Pues de una parte, no cita el recurrente que jurisprudencia se haya podido vulnerar, y por otra , no cabe apreciar la vulneración del principio de jerarquía normativa, cual se alega, ya que mas atrás se ha visto, la plena compatibilidad entre lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 16/97 y el régimen de apertura y cierre de oficinas de farmacia establecido en el artículo 51 del Decreto 258/97 de la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno de Canarias, pues como mas atrás se ha expuesto, la libertad y flexibilidad que refiere el artículo 6, se ha de entender, como de la propia norma se advierte, en función y para el servicio a que se destina, respetando obviamente los derechos del farmacéutico y también los de los usuarios a que el servicio esta destinado, y, teniendo la Administración Autonómica las potestades, que el propio artículo 6 le reconoce, para la adecuada prestación del servicio, que son los que, en el caso de autos, ha ejercitado, en la forma mas atrás referida.

CUARTO.- Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción , a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por el Letrado de la parte recurrida la de 2.100 euros y ello en atención ;a), a que las costas se imponen por



imperativo legal, y en tales casos esta Sala de acuerdo además con las normas del Colegio de Abogados de Madrid, exige una especial moderación; y b), a que la actividad de la parte se ha referido a dos motivos de casación de no especial complejidad.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por D. Germán , que actúa representado por el Procurador D. Francisco de Paula Martín Fernández, contra la sentencia de 4 de diciembre de 2003 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Santa Cruz de Tenerife del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, recaída en el recurso contencioso administrativo 75/2002 , que queda firme. Con expresa condena en costas a la parte recurrente, señalándose como cantidad máxima a reclamar por el Letrado de la parte recurrida la de 2.100 euros.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa , lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Antonio Martí García, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.