



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CANTABRIA. SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

Avda Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942 35 71 24
Fax.: 942 35 71 35
Modelo: TX901

Proc.: **PROCEDIMIENTO
ORDINARIO**

Nº: **0000275/2015**
NIG: 3907533320150000267
Resolución: Sentencia 000089/2017

Ponente: Clara Penín Alegre

Intervención:	Interviniante:	Procurador:
Demandante		MANUELA REVUELTA CEBALLOS
Demandado	GOBIERNO DE CANTABRIA	

S E N T E N C I A n° 000089/2017

Ilma. Sra. Presidenta en funciones

Doña Clara Penín Alegre

Ilmas. Sras. Magistradas

Doña María Esther Castanedo García

Doña Paz Hidalgo Bermejò

En la ciudad de Santander, a veintisiete de marzo de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el recurso número **275/15**, interpuesto por Doña

, parte representada por la Procuradora Sra. Doña Manuela Revuelta Ceballos y defendida por el Letrado Sr. Don José Manuel Guillarón Fernández, contra el Gobierno de Cantabria, representado y defendido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

La cuantía del recurso quedó fijada como indeterminada.

Es Ponente la Ilma. Sra. Doña Clara Penín Alegre, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

PRIMERO: El recurso fechado el 15 de enero de 2016 se dirige contra la desestimación del recurso de alzada ante el Consejo de Gobierno de Cantabria interpuesto por la recurrente al considerar la Orden SAN/20/2015, de 9 de marzo de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria (BOC de 19 de marzo de 2015) por la que se convoca el concurso de méritos para la autorización de nuevas oficinas de farmacia en Cantabria, nula, o en su caso, anulable, al incluir el anexo I una nueva oficina de farmacia en la zona designada (Z.F.92 de Santillana del Mar, nº 28). Recurso dirigido primero frente al silencio y ampliado posteriormente a la resolución expresa de fecha 14 de enero de 2016 el Consejo de Gobierno de Cantabria.

SEGUNDO: En su escrito de demanda, la parte actora interesa de la Sala dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la actuación combatida, por ser contraria al ordenamiento jurídico.

TERCERO: En su escrito de contestación a la demanda la Administración demandada solicita de la Sala la desestimación del recurso, por ser conforme a Derecho el acto administrativo que se impugna.

CUARTO: Practicados los trámites requeridos, se señaló fecha para la deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 22 de marzo de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Es objeto del presente recurso la desestimación del recurso de alzada ante el Consejo de Gobierno de Cantabria interpuesto por la recurrente al considerar la Orden SAN/20/2015, de 9 de marzo de la Consejería de



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Sanidad y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria (BOC de 19 de marzo de 2015) por la que se convoca el concurso de méritos para la autorización de nuevas oficinas de farmacia en Cantabria, nula, o en su caso, anulable, al incluir el anexo I una nueva oficina de farmacia en la zona designada (Z.F.92 de Santillana del Mar, nº 28). Recurso dirigido primero frente al silencio y ampliado posteriormente a la resolución expresa de fecha 14 de enero de 2016 el Consejo de Gobierno de Cantabria.

la Orden SAN/20/2015, de 9 de marzo de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria (BOC de 19 de marzo de 2015) por la que se convoca el concurso de méritos para la autorización de nuevas oficinas de farmacia en Cantabria, Anexo I.

SEGUNDO: Por la parte actora se combate la Orden SAN/20/2015, de 9 de marzo al incluir una nueva oficina en la zona designada Z.F.92 de Santillana del Mar, nº 28, computando no solamente los habitantes del municipio (4.206), sino también el porcentaje correspondiente a plazas turísticas (915) y el porcentaje de viviendas de segunda residencia del municipio (39), ascendiendo el total de ellos a 5.160. Argumenta que, con base en el artículo 21.1 de la Ley autonómica 7/2001, superados los 2.800 primeros habitantes, es posible esta oficina pero delimitado el lugar donde deba ubicarse, lo que no se ha hecho a diferencia de la zona de Piélagos, en que sí se delimita en la localidad de Boo. Entiende, además, que en este municipio de Santillana del Mar debiera haberse delimitado en el núcleo de Viveda por el elevado número de plazas turísticas con que cuenta la zona y por ser el núcleo en el que se concentra gran parte de la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

población, máxime las previsiones de crecimiento de los diferentes planes de ordenación territorial y urbanística.

Como segundo argumento, esgrime la vulneración del artículo 22 de la citada Ley al considerar que no se cuenta con el número exigido por el precepto para permitir la apertura de segunda oficina por estar obsoletos los datos con los que cuenta la Administración. La población sería de 4.215 habitantes precisando 4.800 habitantes. Los datos considerados serían del año 2011 (folio 110 del expediente), 4 años antes de la Orden. Insistiendo que se tampoco se habría delimitado el lugar donde se haya de ubicar la nueva oficina de farmacia dentro de la zona acotada. A tales efectos invoca, 1º, la situación administrativa (actual nomenclator de núcleos urbanos recogidos por entidades como la Comunidad Autónoma de Cantabria y del Ayuntamiento de Santillana del Mar). 2º, la situación geográfica por la que el núcleo más poblado sería Viveda, junto con Queveda y Mijares, separados topográficamente de Santillana y del resto de núcleos de población por la montaña de Vispieres y el alto de Las Quintas. 3º, la ubicación de los equipamientos urbanos sanitarios. Los núcleos urbanos donde se encuentran ubicados los Consultorios Rurales serían Santillana del Mar, Viveda, Queveda, Mijares y Ubiarco (Centro de Salud de Reocín). La farmacia actual abierta alega encuentra en Santillana del Mar y los habitantes de Queveda, Viveda y Mijares sostiene suplen sus necesidades farmacéuticas desplazándose obligatoriamente a las farmacias de otras localidades.

Como tercer motivo, considera que en aplicación del artículo 23.2 de la Ley 7/2001, relativo a la ubicación, no se cumple el requisito de previa audiencia a los interesados, no ubicándose en la población que carece de oficina de farmacia. Todo ello



invocando el artículo 2.2. de la Ley de Sanidad, que apela a la densidad geográfica, características geográficas y la dispersión de la población, con vistas a garantizar la accesibilidad y calidad en el servicio. Parecer expresado por el propio Ayuntamiento de Santillana del Mar.

TERCERO: El Gobierno de Cantabria opuso que la parte actora partía de un error porque no había tenido en cuenta para el cómputo de la población los datos correspondientes a plazas turísticas y viviendas de segunda residencia (artículo 21.1. letras a), b) y c) de la Ley de Cantabria 7/2001). Alega que los datos tenidos en cuenta por la Administración eran datos oficiales y fueron además los últimos disponibles al momento de iniciarse la preparación de la Orden SAN/20/2015. En concreto y respecto de la vulneración del artículo 21.2 y necesidad de delimitación del lugar donde se haya de ubicar la nueva oficina de farmacia, considera se ha dado cumplimiento por referencia a la zona farmacéutica (en la mayoría de los casos), o bien a una localidad concreta dentro de ésta (como es el caso de Piélagos). Y ello por las características específicas que concurren en las distintas zonas farmacéuticas, y que motivan una mayor o menor concreción espacial, siempre dirigidas lograr la mejor atención farmacéutica de los particulares en cada una de dichas zonas. Explica cómo en Piélagos existe un hecho diferencial: apertura de 5 nuevas oficinas en la Z.F.68. de Piélagos y de ahí la concreción de una de ellas en la localidad de Boo de Piélagos en razón de su elevado número de plazas turísticas y porque la zona farmacéutica de Piélagos (Z.F.68) es la única en la que se ofertan cinco nuevas oficinas de farmacia (documento nº3 y folio 91 del expediente).



Por el contrario, en la zona farmacéutica de Santillana del Mar (Z.F. 92) solo se convoca 1 nueva oficina y la concentración de plazas turísticas se produce en Santillana del Mar. Cuando el artículo 21.2, impone la obligación de delimitar o acotar una zona o lugar donde haya de establecerse la nueva oficina de farmacia no concreta cómo o con arreglo a qué criterios deben apreciarse las referidas necesidades de atención farmacéutica, correspondiendo a la Administración Sanitaria su determinación en función de las necesidades farmacéuticas, obligación de delimitar que solo surge en el supuesto de que se hayan computado plazas turísticas y viviendas de segunda residencia, por lo que esta ubicación guarda relación con la circunstancia que la amerita.

Por lo demás, la delimitación del conjunto de la zona no excluye ninguna de las posibles ubicaciones, incluida la pretendida por la recurrente, más respetuosa con las libertades de empresa (art. 38 CE) y de establecimiento (art. 49 TFUE) y con el régimen jurídico vigente de ordenación farmacéutica.

En cuanto al a vulneración del artículo 23.2 de dar previa audiencia a los interesados, lo que regula es una posibilidad de la Administración que, en caso de activarse, requerirá esta audiencia. El supuesto específico es el de nuevas oficinas de farmacia que den cobertura a varios núcleos de población, ofreciendo la posibilidad de que se acuerde la referida "ubicación" en la población que carezca de farmacia y cuente con el mayor número de habitantes. El carácter opcional de la facultad reconocida impide acoger la alegación de la recurrente. Este trámite operará cuando la Administración opte por acordar la ubicación prevista en el mencionado precepto.

Finalmente se opone a la nulidad solicitada del conjunto de la Orden SAN/20/2015 cuando solo está



legitimada para hacerlo en relación con las determinaciones de la misma relativas a la Z.F.92 de Santillana del Mar, sin que se haya impedido la participación de ningún interesado. Además y en virtud del artículo 64.2 de la Ley 30/1992, la nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquella salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado. Todo ello cuando, de existir algún vicio, la consecuencia jurídica no sería la anulación sino la condena a la Administración para que procediera a delimitar dicha ubicación de forma distinta, pudiendo hacerse a posteriori con carácter previo al acto público de elección de oficinas de farmacia por parte de los concursantes.

CUARTO: Comenzando con el último motivo de carácter procesal, en cuanto esgrime no se le ha dado audiencia en aplicación del artículo 23.2 de la Ley de Cantabria 7/2001, de 19 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de Cantabria, en cuanto su estimación conllevaría la nulidad de toda la Orden de considerarse vicio sustancial, tal y como indica el Gobierno de Cantabria, dicho precepto regula un supuesto de hecho específico. Dispone el citado precepto:

«Cuando se autorice la apertura de una nueva oficina de farmacia para dar cobertura a un municipio o área que abarque a varios núcleos de población, la Administración, previa audiencia a los interesados, podrá acordar su ubicación en la población que carezca de oficina de farmacia y que cuente con el mayor número de habitantes».

Lo que contempla el precepto es la opción de la Administración de acordar la ubicación de la nueva oficina, partiendo de que de cobertura a varios núcleos de población, en una población de carezca de oficina de farmacia y cuente con el mayor número de habitantes.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Pero como indica la Administración, la delimitación en función de la zona farmacéutica en la Orden impide que nos encontremos en este supuesto concreto.

QUINTO: El segundo de los motivos de nulidad esgrimidos en la demanda y que apelan a obsolescencia de las cifras manejadas por la Administración, lo que conlleva la aplicación de uno u otro régimen y de ahí su abordaje con carácter previo al motivo principal, si bien en conclusiones la parte recurrente se centra en los otros motivos, no renuncia expresamente a éste. Pero cualquier duda al respecto, partiendo como se parte de la carga de la prueba de la parte actora acerca de la obsolescencia de los datos, se disipa con la prueba pericial al arrojar unas cifras que impiden acoger la vulneración del artículo 22.2 invocada de contrario y pese a la reforma operada por la Ley 7/2014, de 26 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, del citado precepto. Dispone el mismo:

«Con carácter general, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, el número de oficinas de farmacia será como máximo de una por cada dos mil ochocientos habitantes de la zona farmacéutica correspondiente, pudiendo establecerse, una vez cubierta esta proporción, otra nueva oficina de farmacia si se alcanza con el resto de la población una cifra igual o superior a dos mil habitantes».

El Informe emitido por el Perito Judicial, Don Pedro Reques Velasco, Catedrático de Geografía Humana de la Universidad de Cantabria, confirma que los datos de población manejados por la Administración superan estas cifras. Para éste y sin necesidad de entrar en los datos manejados por la Administración al abrir el expediente, el número de habitantes arrojaría un resultado final 5.121 cuando la Administración consideraba una población total de 5.160 habitantes. La rotundidad de la prueba utilizada por la propia actora convierte en ocioso cualquier comentario al respecto.

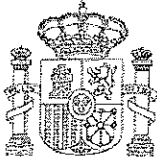


SEXTO: El primer motivo esgrimido pero último abordado por la Sala parece ser el principal objeto de recurso. Establece el artículo 21.2 de la Ley 7/2001 que:

«En el supuesto de que para autorizarse una nueva oficina de farmacia se computen plazas turísticas y viviendas de segunda residencia, en la forma establecida en los párrafos b) y c) anteriores, la Consejería de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales, teniendo en cuenta las necesidades de atención farmacéutica, delimitará el lugar donde se haya de ubicar la nueva oficina de farmacia, la cual deberá establecerse dentro de la zona acotada».

No establece el precepto criterio de delimitación. La primera cuestión que surge es la falta de igualdad con el parámetro de comparación invocado, la zona de Piélagos. Efectivamente, en esta zona se autoriza la apertura de 5 farmacias y una de ellas amerita, por las razones expuesta en la contestación del Gobierno de Cantabria, que se ubique en la zona estacionalmente más poblada. La propia pericial desarrollada por la actora echa por tierra esta argumentación para el caso de autos pues, tal y como confirma el perito, la concentración significativa de plazas turísticas se produce precisamente en la localidad de Santillana del Mar (folio 14 del informe del perito), lo que confirma los datos obrantes al folio 91 del expediente.

El resto de consideraciones llevadas a cabo por el perito son ajenas a su ciencia. No es al perito quien corresponde evaluar la idoneidad, según su opinión, de la nueva oficina y menos aún sobre criterios ajenos a la normativa farmacéutica sino con base en previsiones de futuro urbanísticas. Las razones alegadas en la contestación se adecúan más a las necesidades de atención farmacéutica, que son las que recoge el artículo 19 de la Ley por referencia a la accesibilidad, equidad y suficiencia de la prestación de los servicios farmacéuticos para la población,



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

máxime las circunstancias concretas que concurren en esta localidad, donde la población turística se concentra precisamente en Santilla, cuando la exigencia del artículo 21.2 de delimitación entronca con este tipo de población.

La Sala, a la vista de las circunstancias expuestas, considera no se vulnera el citado precepto al delimitar la nueva oficina en poblaciones pequeñas como la contemplada y donde sólo existe una oficina de farmacia, por la zona farmacéutica, lo que a su vez permite una lectura de la Ley autonómica compatible con los principios comunitarios de libertad de establecimiento y de empresa.

Por todo ello, procede la desestimación íntegra de la demanda.

SÉPTIMO: De conformidad con el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al resolver en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

F A L L A M O S

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido por la Procuradora Sra. Doña Manuela Revuelta Ceballos en nombre y representación de Doña [redacted], contra la desestimación del recurso de alzada ante el Consejo de Gobierno de Cantabria interpuesto por la recurrente al considerar la Orden SAN/20/2015, de 9 de marzo de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria (BOC de 19 de marzo de 2015) por la que se convoca el concurso de méritos para la autorización de nuevas



oficinas de farmacia en Cantabria, nula, o en su caso, anulable, al incluir el anexo I una nueva oficina de farmacia en la zona designada (Z.F.92 de Santillana del Mar, nº 28), recurso dirigido primero frente al silencio y ampliado posteriormente a la resolución expresa de fecha 14 de enero de 2016 el Consejo de Gobierno de Cantabria, imponiendo las costas a la parte que ha visto desestimadas todas sus pretensiones.

Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su caso procedan frente a ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégrese esta Resolución en el Libro correspondiente. Una vez firme la sentencia, remítase testimonio de la misma, junto con el expediente administrativo, al lugar de origen de éste.