



**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: TX000

Proc.: **PROCEDIMIENTO
ORDINARIO**

Nº: **0000344/2015**
NIG: 3907533320150000326

Ponente: Rafael Losada Armada

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Demandante	COLEGIO OFICIAL DE FARMACEUTICOS DE CANTABRIA	ESTELA MORA GANDARILLAS
Demandado	GOBIERNO DE CANTABRIA	

**VOTO PARTICULAR A LA SENTENCIA DICTADA EN EL PO 344/15
QUE FORMULA EL ILMO. MAGISTRADO DON JOSE IGNACIO LÓPEZ
CÁRCAMO**

PRIMERO.-La discrepancia que mantengo con la mayoría en el presente asunto se limita a la interpretación del art. 21.2 de la Ley de Cantabria 7/2001, cuya infracción es uno de los motivos alegados en la demanda.

Dispone dicho precepto:

“ 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.”

Fin de la cita. El subrayado es mío.

SEGUNDO.- Antes de expresar los términos de mi discrepancia e intentar argumentar en fundamento de la misma, me parece procedente señalar lo siguiente:

La Sala ha dictado ya varias sentencias sobre la misma orden de convocatoria para la apertura de nuevas farmacias en Cantabria, en las

cuales se ha venido manteniendo el criterio interpretativo que la sentencia de la que discrepo sigue. Tal criterio fue modificado en una sentencia, de la que fui ponente, pero la Sala ha retomado el criterio precedente, por lo que, como ya he hecho en otra ocasión, debo emitir el presente voto particular.

Es perfectamente comprensible la incertidumbre que en las personas afectadas pueden provocar los cambios de criterio sobre la interpretación de una misma norma.

Pero, a renglón seguido hay que precisar:

1.- Que no estamos ante sentencias que ignoren o den por no probados hechos decisivos que en otras sentencias y en razón de los mismos medios de prueba se haya tenido por acreditados, que es lo que el TC considera incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva. Lo que ha sucedido es que el Tribunal ha cambiado (o, más precisamente, matizado) la interpretación de un determinado precepto.

2.- Que en nuestro Ordenamiento no existe la vinculación al precedente judicial (cosa distinta es la cosa juzgada, que aquí no se da, al haber disparidad de partes demandantes). Muy al contrario, la modificación en la interpretación judicial del Derecho es clave en la evolución de éste, evolución que expresa su naturaleza dinámica, que es esencial en su perfeccionamiento. Y esa modificación y evolución, en lo que hace a la interpretación y aplicación judicial del Derecho, se puede producir en consideración a muchos factores, por ejemplo, un cambio o evolución en la doctrina jurídica, la influencia de la jurisprudencia de los tribunales internacionales (por cierto, también cambiante y evolutiva) o, como es muy frecuente y sucedió en el PO 320/15 (Sentencia 245/17), porque las circunstancias del caso y la prueba practicada descubren en el tribunal una nueva dimensión regulativa de la norma .

3.- Finalmente conviene recordar que el cambio de criterio judicial en la interpretación del Derecho no es lo que provoca inseguridad jurídica (y en

algunos casos vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley o, si no hay alteridad, del derecho a la tutela judicial); lo que provoca inseguridad o vulneración del derecho a la igualdad o a la tutela judicial es el cambio inadvertido, el inmotivado o el motivado en razones ajenas al Derecho. Y, por eso, en el presente voto particular intentare motivar en Derecho mi discrepancia, siguiendo la línea seguida en la sentencia 245/17 de la que he sido ponente.

TERCERO.- La sentencia de la que discrepo, en interpretación del precepto de referencia llega, según he entendido, a una tesis que da libertad, discrecionalidad o, al menos, un margen muy amplio de apreciación a la Administración en lo tocante a la decisión misma de delimitar una ubicación concreta a la que se refiere el art. 21.2 citado.

No es una tesis irrazonable, pero no la comparto y entiendo que se puede sostener otra más acorde con el tenor literal y el fin de la norma. A saber:

En primer lugar y como paso previo lógico, hay que rechazar la interpretación según la cual el lugar que el precepto manda delimitar puede coincidir con la zona farmacéutica en su conjunto. Y hay que rechazarla porque no se compadece con la norma citada, pues está muy claro en su texto y su fin que la delimitación que contempla es una delimitación añadida y más concreta que la proporcionada por la zona farmacéutica; es la delimitación de un lugar o zona acotada dentro de la zona farmacéutica de que se trate. No sería necesario y resultaría notoriamente superfluo el art. 21.2, si lo que quisiera mandar es que las farmacias creadas en cada zona farmacéutica se ubiquen dentro de la misma.

Precisado este punto, continúo con el análisis del precepto:

El art. 21.2 incluye un término (“delimitara”) que remite, en principio, a algo imperativo y que liga al hecho mismo de tener en cuenta, para el cálculo de la población que permite la abertura de nuevas farmacias, los criterios establecido en los apartados b) y c) del art. 21.1. En la estructura gramatical del precepto, el concepto jurídico indeterminado “necesidades

de atención farmacéutica”, que implica un cierto ámbito de apreciación en la decisión administrativa (en todo caso, plenamente controlable por los tribunales por ser un concepto jurídico, esto es, perfectamente aprehensible en Derecho), parece referido, no tanto a la obligación de delimitar un lugar de ubicación, como a la elección de ese lugar.

Esa interpretación literal es coherente con el fin del precepto: Cubrir las necesidades farmacéuticas que surgen de un aumento de la población de temporada (la que no está empadronada pero reside en el municipio o municipios que abarcan la zona farmacéutica durante determinados periodos de tiempo, paradigmáticamente los vacacionales, aunque también pueden considerarse los visitantes más esporádicos de corta permanencia). Y para alcanzar dicho fin no solo ha de contemplarse la creación de más farmacias sino, igualmente, la ubicación de las mismas, a fin de que la prestación farmacéutica se aproxime a esa población de temporada lo necesario para ser una prestación accesible, efectiva y eficaz. Estamos ante un criterio de ubicación específico respecto a los generales previstos en el art. 23 de la Ley 7/2001, que contempla la creación de farmacias con fundamento en el incremento de la población de temporada. Un criterio que entronca con los fines de la planificación farmacéutica (accesibilidad y suficiencia, art.19 de la Ley 7/01 y 2.2 de la Ley estatal 16/1997) y que, por ello, debe ser objeto de una interpretación estrictamente respetuosa con esos fines.

Ciertamente, podría darse el caso de que la prestación del servicio farmacéutico, aun considerando el aumento de población de temporada, no precisase, a los efectos de la accesibilidad y efectividad de la prestación farmacéutica, que las nuevas farmacias se ubiquen en lugares predeterminados por la Administración dentro de la zona farmacéutica de que se trate, por ejemplo, porque la residencia de la población de temporada (viviendas de segunda residencia y plazas turísticas -hoteles, campings, etc) esté diseminada por la zona farmacéutica, sin concentraciones significativas en determinadas zonas. Pero las leyes suelen atender a los casos normales obviando los casos aislados más infrecuentes. Y en esta línea, cabe entender que el art. 21.2 atiende a un

supuesto general de normalidad: Que la población vacacional se concentre, en mayor o menor medida, en zonas delimitadas (hoteles, urbanizaciones de segundas residencias, campings, etc), próximas a ciertos elementos naturales de atracción turística (playas, estaciones de esquí o centros de montaña), y, por eso, parte de que la efectividad del servicio farmacéutico de la población de temporada precisa no solo de la creación de nuevas farmacias sino de su aproximación a las zonas en el que reside esa población, para asegurar la máxima accesibilidad de los usuarios.

Desde este punto de vista, que cohonesta el tenor literal del precepto con su objetivo regulador, el que la Administración no delimite un lugar o zona concreta para la ubicación de las nuevas farmacias se presenta, más que como un decisión enmarcada en un margen de apreciación que el precepto le atribuya, como una excepción a la regla general de la delimitación de un lugar concreto de ubicación de las farmacias creadas en función del aumento de población de temporada.

Siendo así, aun pudiendo admitir que la decisión de no delimitar un lugar concreto de ubicación podría considerarse no vulneradora del art. 21.2, nunca podría entenderse fruto de un facultad administrativa libre, ni discrecional, sino como algo excepcional sometido a un parámetro de Derecho plenamente controlable por los tribunales, cual es las necesidades de efectividad y accesibilidad de atención farmacéutica, parámetro (es muy importante precisar esto), cuya fuerza vinculante de sujeción de la decisión administrativa se incrementa en virtud de que la decisión de no delimitar un lugar concreto de ubicación de las nuevas farmacias se presenta, según tenemos dicho, no como el ejercicio, digamos normal, de una facultad de apreciación que a la Administración le da la ley, sino como una excepción a la regla de la delimitación.

Consiguientemente, la decisión administrativa de no hacer esa delimitación debe justificarse cumplidamente en que la misma no es en absoluto necesaria por no servir en nada al objetivo subyacente a la norma, cual es



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Index.htm Fecha y hora: 01/12/2017 13:44

Código Seguro de Verificación 3907533000-964528cab152b8c1a9eca8ec69707e85aHIGAA== Firmado por: José Ignacio López

el acercamiento del servicio farmacéutico a la población en razón de la cual se crean las farmacias.

Hay que señalar que la profundización en el principio de proporcionalidad, más allá de ese criterio de necesidad, debe hacerse, más que en la fase de toma de decisión sobre si se delimita o no un lugar concreto de ubicación, en la fase de elección de ese lugar, fase en la que puede coonestarse proporcionalmente la necesidad de atención farmacéutica con los intereses de los titulares de las farmacias, (que, bueno es recordarlo, no puede sobreponerse a la protección de la salud a que coadyuva la efectividad del servicio farmacéutico).

En la justificación de la omisión de la delimitación, la Administración debe considerar las circunstancias que sean relevantes para lograr el fin del mandato del art. 21.2; y la que aparece como obvia es la plasmación del aumento de la población de temporada en el territorio que comprende la zona farmacéutica de que se trate, es decir, su concentración o no en determinados lugares, para cuya determinación es preciso un estudio de ubicación de las viviendas de segunda residencia, de las plazas hoteleras, de los campings o de otras formas o lugares de normal residencia de la población de temporada, así como un estudio de la ubicación de las farmacias existentes, y un razonamiento que ponga en conexión los resultados de dichos estudios con la dificultad o facilidad de acceso a las farmacias existentes.

La interpretación que precede no se ve desvirtuada por el principio "favor libertatis", aplicado a la libertad de empresa.

En efecto, las limitaciones a la apertura de nuevas farmacias son compatibles con la constitucional libertad de empresa, en la medida que respondan a la plena y efectiva atención farmacéutica, la cual, en cuanto factor indispensable para la protección de la salud (obligación constitucional ineludible de los poderes públicos), se constituye en un servicio de claro interés público, lo que justifica su regulación normativa y su intervención por la Administración. Y, en ese marco, las restricciones a

la libre ubicación de las farmacias aparece como un imperativo normativo en aras del acercamiento de las mismas a la población destinataria del servicio farmacéutico, criterio de proximidad que es obvio corolario de la efectividad y accesibilidad de dicho servicio, valor este último que debe imponerse al aspecto de la libertad de empresa consistente en la opción por el establecimiento de la actividad, con la salvedad de que la concreta limitación de que se trate sea notoriamente desproporcionada, atendiendo a las circunstancias relevantes del caso.

Y tampoco es una limitación la analizada que se oponga a la libertad de establecimiento proclamada en el art. 4 del Tratado Fundacional de la Unión Europea, pues el mismo se refiere al establecimiento de los ciudadanos europeos en cualquier lugar de la UE, sin discriminaciones ni restricciones u obstáculos injustificados o desproporcionados. Y es claro que la limitación que nos ocupa ni impide “ad radice” el establecimiento de ciudadanos de la UE en España, ni implica una dificultad de establecimiento que discrimine a algún grupo de ciudadanos de la UE o que resulte desproporcionada, pues, como ya hemos dicho, se justifica en la efectividad de la prestación farmacéutica, corolario de la protección del derecho a la salud, bien jurídico de primerísimo orden común a la cultura jurídica europea.

CUARTO.- Hemos querido dejar clara la discrepancia con la interpretación del precepto que es el punto de partida del análisis de los casos concretos.

Otra cosa es la aplicación a cada caso concreto de dicha interpretación, lo que depende del grado de incidencia de la población de temporada en la decisión de creación de nuevas farmacias y su número, de la localización de esa población en el territorio y, por supuesto, de los medios de prueba practicados en el proceso.

El caso enjuiciado en el presente proceso, la Administración solo ha delimitado una ubicación concreta en una de las zonas farmacéuticas y la omisión respecto de la demás no ha quedado suficiente justificada, con esa aportación de datos que, hemos dicho, han de denotar con claridad que

para la efectividad y accesibilidad de las nuevas farmacias a la población de temporada, en razón de cuyo aumento se pueden instalar, no es necesaria en modo alguno la delimitación de un lugar de ubicación concreto dentro de la zona farmacéutica de que se trate.

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://portalprofesional.juscantabria.es/scdd_web/Index.htm	Fecha y hora: 01/12/2017 13:44
Código Seguro de Verificación 3907533000-964528cab152b8c1a9eca8ec69707e85aHIGAA==	Firmado por: José Ignacio López