



Roj: **STSJ ICAN 3210/2008 - ECLI:ES:Tsjican:2008:3210**

Id Cendoj: **35016330012008100442**

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

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

Sección: **1**

Fecha: **25/07/2008**

Nº de Recurso: **215/2007**

Nº de Resolución: **414/2008**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 414/08**

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. Francisco J. Gómez Cáceres

ILMO. SRES. MAGISTRADOS

D. Jaime Borrás Moya

D. Javier Varona Gómez Acedo

En Las Palmas de Gran Canaria , a 25 de julio 2008 .

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 0000215/2007 , interpuesto por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Tenerife , representado el Procurador de los Tribunales D. Francisco Bethencourt Manrique De Lara y dirigido por el abogado D. Jose Luis Sanchez-parodi Pascua , contra la Consejería De Sanidad Y Consumo , habiendo comparecido, en su representación y defensa el Letrado de la Comunidad Autónoma .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Objeto del recurso: La Orden de 16 de enero de 2007 del Consejero de Sanidad por la que se aprueba el Mapa Farmacéutico 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.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda, oponiéndose a ella e interesando una sentencia desestimatoria del recurso interpuesto.

CUARTO.- Practicada la prueba pertinente y formuladas conclusiones, 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 no se ha determinado.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Concreta la demanda que el recurso se dirige al particular de la Orden recurrida en lo que se refiere a las Zonas Farmacéuticas TF-13, LP-11, TF-9, TF-12 Y TF-18 Y H-2 y además a la exigencia de que, en la Zona TF-5, la ubicación sea en un Centro Comercial determinado ( Centro comercial Santa Cruz-Carrefour (Añaza).



Como luego veremos los motivos de impugnación que contiene la demanda se pueden separar en dos grupos: los que discrepan de la realidad geográfica, poblacional, de accesibilidad etc. , que sustenta la localización de las farmacias en cada una de las zonas enumeradas y los que suscita el imperativo de que una oficina de las farmacias previstas en la Orden se localice en un determinado centro comercial. Comenzaremos por este último.

SEGUNDO.- Ley 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Canarias ,Artículo 25 , dice respeto de la localización de las oficinas de farmacia que " Cuando, a través del Mapa Farmacéutico de Canarias, se constate que en una determinada zona farmacéutica puede autorizarse la apertura de una nueva oficina de farmacia, la autoridad sanitaria fijará su área de emplazamiento con el objeto de dar un mejor servicio farmacéutico a la población."

De acuerdo con tal precepto legal lo que la Administración puede y debe fijar a través del denominado mapa farmacéutico, es " el área" de emplazamiento, en ningún caso un edificio o inmueble determinado. En este sentido y como afirma el voto particular discrepante, resulta extravagante el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias en el que intenta hacer equivaler el concepto de Área y Centro comercial.

El área es un "espacio de tierra comprendido entre ciertos límites." ( DRAEL) y en términos jurídicos se entiendo por área el espacio en que se produce determinado fenómeno o que se distingue por ciertos caracteres geográficos, botánicos, zoológicos, económicos, etc.

Un centro comercial por grande que sea su extensión no puede identificarse con un área en el sentido empleado por la Ley.

Pero además tal previsión es contraria a la facultad de elección del local que los arts 38 y siguientes de la Ley configuran . En dichos preceptos se establecen con carácter general los requisitos que han de reunir los locales destinados a oficinas de farmacia, a fin de que dentro del núcleo o localización para el que sean autorizados, los titulares puedan libremente elegir los mas convenientes. Tal regulación se contraría si la localización se constriñe a un determinado centro comercial o edificio.

En tal sentido la doctrina jurisprudencial que se cita en el informe del Consejo Consultivo, es justamente contraria a la postura que defiende la mayoría. Así lo resume la STS de 28 de abril e 2003: "Pero, aun partiendo de tal interpretación progresiva que se acomoda a las exigencias constitucionales y a la realidad social a la que ha de ser aplicada la norma reglamentaria, el Tribunal a quo llega a la conclusión de que no procedía la apertura de la oficina de farmacia solicitada con base en unos criterios concretos que, como reconoce la propia parte recurrente, son en un todo conformes a los que esta Sala ha señalado en múltiples ocasiones: a los efectos de acreditar los dos mil habitantes a que se refiere el artículo 3.1.b) del Real Decreto 909/78 EDL 1978/3879 , no son computables las personas que acuden a los Centros Comerciales, ni los trabajadores de los mismos, ni los visitantes o transeúntes, pues siempre ha exigido este Tribunal Supremo para el cómputo de la población a los efectos del servicio farmacéutico, la nota del arraigo, que se pernocte o la permanencia en el núcleo ( SSTS de 16 de septiembre de 1.991 , 23 de enero de 1.992 , 21 de abril de 1.997 , 21 de abril de 1.999 , 19 de septiembre de 2.000 y 13 de noviembre de 2.001 , 1 de marzo , 30 de abril y 15 de julio de 2002 , por sólo citar algunas de las más recientes que, desde luego, contemplan una realidad sociológica muy próxima); y no se pueden tener en cuenta, como regla general, los habitantes de viviendas de nueva construcción posteriores a la petición de la oficina de farmacia, pues sólo manteniendo el requisito de la presencia de los requisitos precisos para la apertura en el momento de la solicitud puede mantenerse la seguridad jurídica, evitando solicitudes prematuras en detrimento de quienes esperan a la real concurrencia de los requisitos establecidos por la normativa aplicable (Cfr. SSTS de 3 de febrero 11 y 17 de marzo de 2003 , por sólo citar algunas de las más recientes).

...

Así pues, desde la perspectiva de la elaboración jurisprudencial y sin perjuicio de la oportunidad de un cambio normativo, esta Sala no considera suficientes las razones aducidas en el recurso para transmutar los habitantes a que se refiere el artículo 3.1.b) del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril , en personas presentes en un determinado Centro durante la jornada laboral por razones de trabajo o de adquisición de productos. A la condición de habitante corresponde la idea de residir y de pernoctar en el núcleo que se designa para la instalación de la oficina de farmacia (Cfr. SSTS 14 de mayo y 24 de septiembre de 2001 y 22 de enero de 2003 , por sólo citar algunas de las más recientes).

No puede siquiera ponerse en duda el derecho a la salud y la titularidad de tal derecho en quienes acuden al centro comercial, como trabajadores o como compradores, pero lo que no se entiende es que forme parte del contenido de tal derecho, reconocido por la Constitución entre los principios rectores de la política social y



económica, el tener una oficina de farmacia en el lugar donde se trabaja o donde se compra, si ello no resulta de lo que dispone la Ley o de la normativa ordinaria que lo desarrolle (Cfr. art. 53.3 CE).

Esto es, no existe obstáculo para que se prevea la existencia de una farmacia en un centro comercial, pero la afluencia de personal al mismo no puede sustituir ni identificarse con el criterio poblacional referido a residentes permanentes o con cierto grado de permanencia que la norma exige para crear nuevas farmacias y por ello ninguna razón ampara que la ubicación de una nueva farmacia necesariamente deba ubicarse en determinado centro.

Por último, la facultad de planificación que se concede a la Administración viene limitada a la consecuencia de un interés público sanitario y de dispensación de medicamentos, según recogen los arts 17 y concordantes de la repetida Ley y desde luego ningún interés general se adivina en que una farmacia haya de instalarse en un edificio o centro comercial y no en otro local situado en la acera de enfrente.

Lo que es mas grave, ningún interés general ampara la creación de un monopolio de oferta de locales aptos para la instalación de farmacia y la consiguiente generación de plusvalías injustificadas.

TERCERO.- El resto de las impugnaciones que contiene la demanda se refieren a previsiones contenidas en el Artículo 21.2 b) de la Ley 4/2005, cuyo tenor literal es el siguiente :

1. Las zonas farmacéuticas tendrán, con carácter general, un módulo de población de 2.800 habitantes por oficina de farmacia, pudiendo autorizarse otra, una vez superado el módulo anterior, por fracción superior a 2.000 habitantes.

2. No obstante lo previsto en el párrafo anterior, y con carácter excepcional, en aquellas zonas farmacéuticas en las que se haya sobrepasado la proporción indicada anteriormente, podrá autorizarse una nueva oficina de farmacia en los siguientes casos:

a) Cuando se haya producido el cierre de una oficina de farmacia por ejecución de un concurso de traslado o cualquier otra causa y que ésta fuera la única que existiera en el núcleo de población al que prestaba asistencia y la oficina de farmacia más próxima se encontrara a 500 metros o más de distancia, por el camino vial más corto.

b) En núcleos residenciales aislados o de carácter turístico que carezcan de oficina de farmacia, y que cuenten con al menos 1.500 habitantes o 2.500 plazas alojativas, respectivamente, cuando la distancia a la oficina de farmacia más cercana sea de, al menos, 1.000 metros por el camino vial más corto.

La representación procesal del Colegio recurrente dice a este respecto lo siguiente: " Las autorizaciones de apertura de nuevas farmacias contempladas en el Mapa Farmacéutico recurrido, se fundan en la existencia de situaciones o circunstancias de hecho que deberían haber quedado probadas en el expediente.

Tales circunstancias, verdaderos elementos reglados de dicha autorización, son los siguientes:

1º) Que se acredite la existencia de un "núcleo residencial aislado".

2º) Que dicho núcleo tenga, al menos, 1500 habitantes según el padrón.

3º) Que el local donde se pretenda instalar esa nueva oficina de farmacia

dentro del citado "núcleo residencial aislado" diste más de 1000 m a la oficina de farmacia más cercana.

Pues bien, no existe prueba en el expediente administrativo del primero ni del tercero. y en cuanto a la población de la zona Ip- 11 no cabe hablar del certificado como documento público, pues solo se certifica la existencia de un "informe", y este último se contradice abiertamente con los datos del padrón que obran en el expediente y fueron aportados por esta parte y la administración no ha propuesto ni practicado prueba alguna sobre los mismos.

No existe prueba alguna de que las entidades en las que pretende autorizarse una farmacia en las zonas indicadas sean un "núcleo residencial y aislado" no hay mediciones, ni fotos, sin que lógicamente baste la mera petición interesada políticamente (las peticiones se hicieron en pleno proceso electoral I local) de que se abra una farmacia, sin que el solicitante acredite plenamente el cumplimiento de los requisitos exigidos.

Es decir, que ni el solicitante lo acreditó, ni la Administración autonómica hizo las comprobaciones oportunas, por lo que en realidad la manifestación de que se trata de núcleos aislados es una mera manifestación interesada de los Ayuntamientos solicitantes."

Tales afirmaciones parten de un doble error . En el expediente administrativo constan prolijos datos referidos a cada una de las zonas del mapa farmacéutico aprobado y en concreto de las zonas objeto de impugnación. Luego los detallamos.

En cualquier caso la prueba de que en el expediente administrativo se consignan o contienen datos erróneos, corresponde al demandante y este a pesar de solicitar y obtener el recibimiento a prueba del proceso no ha propuesto ni practicado ninguna.

Aunque tal omisión nos excusa de otra valoración, es lo cierto que de acuerdo con el informe que se acompañó a la contestación de la demanda, los datos referidos a las áreas objeto de impugnación son sintéticamente los siguientes.

#### "1.- Zona Farmacéutica TF-13.

La localización de instalación de una oficina de farmacia en el barrio de Benijos, dentro de la Zona Farmacéutica TF-13, al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2.b) de la Ley de ordenación farmacéutica de Canarias, fue propuesta por el Ayuntamiento de La Orotava, en respuesta a escrito de la Dirección General de Farmacia mediante el que se le solicitaba informe sobre los barrios o núcleos de población con más de 1500 habitantes carentes de farmacia, señalando el citado Ayuntamiento, que a efectos de responder al citado escrito, teniendo en cuenta los datos de población, el citado barrio carece de farmacia y que la más cercana se encuentra en el camino de Chasna.

Es decir, cuando el Ayuntamiento de La Orotava remite escrito al objeto de contestar al de este centro mediante el que se le solicitaba se informara de los barrios o núcleos con más de 1500 habitantes carentes de farmacia, ya se estaba dando respuesta al contenido de lo dispuesto en el artículo 21.2.b) de la Ley con la matización resultante del criterio interpretativo utilizado, toda vez que se ha identificado Benijos como barrio, lo cual tal como se ha señalado se ha considerado lleva implícitos los matices de residencial y aislado. Es de señalar además, que el barrio de Benijos constituye un distrito y sección administrativo independiente tal como ha informado el Ayuntamiento de la Orotava, en concreto el distrito 6 sección 4.

2.- Zona Farmacéutica TF- 9. Los fundamentos de la demanda parecen tener como base el hecho de que el barrio de La Verdellada no tiene la población exigida para la autorización de la farmacia ni dista 1000 metros de la farmacia más cercana, respecto de lo que cabe señalar:

La aseveración de que dicho núcleo no cuenta con la población mínima exigida (1500 habitantes dado que la zona farmacéutica excede de la ratio 1 farmacia cada 2800 habitantes y la localización de la farmacia se realiza al amparo del artículo 21.2.b) resulta ser totalmente falsa, toda vez que dicho barrio comprende las secciones 2, 3 Y 12 del distrito 1 del término municipal de San Cristóbal de La Laguna, tal como se desprende de informe del citado Ayuntamiento que se acompaña, y que de acuerdo con lo establecido en el folio 392 del expediente acreditan la existencia en dicho barrio de 5697 habitantes, que carecen de farmacia.

3.- Zona Farmacéutica TF-12. El fundamento del recurso se sustenta en el hecho de que en el folio nº 370 del expediente se señala que la población informada por el Ayuntamiento de La Matanza para la instalación de una farmacia es de 1014 habitantes, respecto de lo que cabe señalar lo siguiente:

En el folio nº 592 del expediente consta escrito del Alcalde del citado Ayuntamiento en el que se señala que si bien los datos enviados a efectos de determinar la población existente por barrios (entre los que figura el citado folio 592), los mismos deben ser complementados con información adicional con el objeto de que se conozca la realidad social y geográfica del municipio. A continuación se manifiesta que según solicitudes reiteradas por la citada corporación, resulta indispensable la creación de nuevas oficinas de farmacia en dicho término municipal, sobre todo en la parte alta donde está el Consultorio de Chimiana al que acuden vecinos de todos los barrios ubicados en dicha zona, y aunque todos los núcleos de modo individualizado no alcancen 1500 habitantes, la zona beneficiada sí superaría con creces dicha cifra.

Igualmente en dicho escrito se hace referencia a la considerable distancia existente entre la mayoría de los barrios de La Matanza y las farmacias existentes y a que las vías de comunicación en la zona se caracterizan por una gran pendiente, lo que dificulta el acceso a las farmacias por las personas que no tienen vehículo para desplazarse.

Igualmente consta en el expediente escritos del citado Ayuntamiento relativos a acuerdos del Pleno de fechas 29 de julio de 2005 (folios 1150 y 1151) Y 29 de septiembre de 2006, mediante los que se solicita la creación de puntos de atención sanitaria continuada y oficinas de farmacia para la zona. (folios 2096 a 2098).

"No obstante, hay que señalar que de especial relevancia en la instrucción del expediente resulta el contenido del folio nº 1172, consistente en escrito del Alcalde del Ayuntamiento de La Matanza en el que se señala que "desde este Ayuntamiento se aprecia la necesidad importante de instalar una farmacia en la zona de San Antonio. Dicha necesidad vendría dada por la población que se vería beneficiada por la misma y que por las condiciones geográficas de este ayuntamiento sería de 1540 habitantes, ya que entre la zona alta hay una distancia considerable y teniendo en cuenta que las vías de comunicación se caracterizan por su gran pendiente,



se dificulta en demasía el acceso a las oficinas de farmacia existentes por una gran parte de los vecinos afectados. "

De lo expuesto cabe inferir que si bien el barrio de San Antonio no alcanza los 1500 habitantes, el núcleo o área de población conformado por éste y los barrios aledaños alcanzan los 1540 habitantes, concurriendo circunstancias de especial aislamiento y dificultad de comunicación respecto a las farmacias instaladas en el municipio, motivo por el cual se entiende acreditada la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 21.2.b) de la Ley 4/2005 para localizar la instalación de una farmacia en dicho barrio, de acuerdo con los criterios de interpretación utilizados por este centro directivo tal como ya se ha señalado en este informe en relación con las cuestiones expuestas sobre la zona farmacéutica TF13.

4.- Zona Farmacéutica TF-18. El fundamento del recurso se sustenta en el hecho de que en el barrio de San José no es un núcleo residencial aislado al ser una prolongación del casco urbano de Los Silos, y que además la entidad San José, que comprende el distrito 1 sección 2, cuya población es de 1644 habitantes, es la suma de varios núcleos dispersos sin conexión directa, como el denominado Aregume, lo que disminuye en 456 habitantes el cómputo total y deja el resto en 1166 habitantes cifra inferior a los 1500 exigidos, respecto de lo que cabe señalar lo siguiente:

La petición de localización de la instalación de farmacia en dicho barrio la formuló el Ayuntamiento de Los Silos mediante escrito que constituye el número 394 del expediente, en el que se otorga a San José la calificación de barrio, con una población de 1644 habitantes.

Dicho criterio es compartido por el ISTAC (Instituto Canario de Estadística) que en el padrón a fecha 1 de enero de 2006, por entidades y núcleos diseminados, en relación al municipio de Los Silos, señala al barrio de San José como entidad que abarca a los de Aregume, El Puertita, San José y Sibora, con un total de 1655 habitantes.

En el expediente administrativo relativo a tramitación del expediente relativo a Orden de la Consejería de Sanidad mediante la que se aprueba el Mapa Farmacéutico de Canarias, consta en relación con la localización de la vacante de una oficina de farmacia en el núcleo de "La Frontera", del término municipal de La Frontera, zona farmacéutica H-2, escrito del Alcalde del citado Ayuntamiento, de fecha 2 de febrero de 2006, en el que se informa:

"en relación con petición del citado Ayuntamiento de que se dotara al Valle de Frontera o El Golfo, de una nueva oficina de farmacia, adoptada por el Pleno de la Corporación en sesión de 20 de diciembre de 2002, y que ha sido una constante demanda desde entonces, manifestando que la necesidad sigue latente".

Con fecha 4 de agosto de 2006 tiene entrada en esta Dirección General escrito del Alcalde de la Frontera mediante el que se ratifica todo lo expuesto, remitiendo además certificado del Sr. Secretario del Ayuntamiento acreditativo de las cuestiones planteadas en la solicitud de apertura de nueva oficina de farmacia en el municipio de la Frontera, (folios 2073 a 2075) por la modalidad contemplada en el artículo 21.2.b) de la Ley 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Canarias .

En el citado certificado se manifiesta entre otras cosas, lo siguiente:

"En cuanto a la justificación de los datos contenidos en el escrito de esta Alcaldía de justificación de la instalación de una nueva oficina de farmacia de cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 4/2005, de ordenación farmacéutica de Canarias, resulta:

El municipio de la Frontera tiene dos zonas geográficas muy diferenciadas con una farmacia en cada zona: ZONA VALLE DEL GOLFO: farmacia DIRECCION000 C.B. en Tigaday. ZONA SUR: farmacia Doña María del Carmen Fernández en Taibique.

Entre ambas zonas y entre los núcleos donde están las farmacias hay una distancia de 30 kilómetros.

En la zona sur hay un botiquín de farmacia que regenta Don Domingo , farmacéutico de Valverde, que dista 15 kilómetros de taibique y 45 Kilómetros de Tigaday.

Según el padrón municipal de habitantes referido a junio de 2005 que sirve de información al alcalde, y cuya copia de acompaña para explicar los nombres de los núcleos a que se refiere, es el siguiente:

Zona de Valle del Golfo, con los siguientes núcleos y población:

Tigaday y Los L/anitos 1615 habitantes con oficina de farmacia. Frontera y diseminados 1803 habitantes.

Sabinosa 353 habitantes.

Las Puntas 260 habitantes

Zona Sur, con los siguientes núcleos y población:





El Pinar (Taibique y Las Casas) 1326 habitantes con oficina de farmacia. La Restinga 536 habitantes con botiquín de farmacia.

Total habitantes del municipio de la Frontera 5893.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto y de acuerdo con los datos obrantes en el expediente se concluye que la localización de una vacante de farmacia en el núcleo de la Frontera cumple con los requisitos establecidos en el artículo 21.2.b) de la Ley 4/2005, de 13 de julio .

7.- Zona Farmacéutica LP-11.

La localización de una vacante para la instalación de una farmacia en el barrio de San José en el Mapa Farmacéutico viene determinada por el contenido de los folios números 2085 y 2087 del expediente, consistentes en certificados emitidos por el Secretario del Ayuntamiento de Breña Baja, en los que se señala que según se desprende del padrón municipal, quedan afectados por proximidad al casco urbano de San José 2432 habitantes, además de tres complejos turísticos, incluido el Parador Nacional de Turismo de La Palma, respecto de lo que cabe señalar lo siguiente:

Si bien en el expediente constan escritos anteriores del citado Ayuntamiento en los que queda constancia de que el barrio de San José no dispone de 1500 habitantes, el informe emitido se pronuncia sobre habitantes afectados en global, no sólo, los que quedan contenidos en dicho barrio, lo cual resulta susceptible de ser catalogado como núcleo a efectos de autorización de una nueva farmacia según el concepto finalista de núcleo jurisprudencialmente aceptado.

Pues bien como hemos dicho no se ha practicado prueba alguna que desvirtue tale datos y aseveraciones, por lo que en este particular el recurso debe ser desestimado.

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 parcialmente el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la representación procesal de COLEGIO OFICIAL DE FARMACEUTICOS DE TENERIFE frente al acto antes identificado, en el particular a que se refiere el fundamento segundo de esta sentencia que anulamos, ( en la Zona TF-5, la ubicación sea en un Centro Comercial determinado : Centro comercial Santa Cruz-Carrefour ,Añaza), desestimándolo en el resto, 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.

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.