



Roj: **STSJ ICAN 1477/2009 - ECLI:ES:Tsjican:2009:1477**

Id Cendoj: **35016330012009100336**

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

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

Sección: **1**

Fecha: **27/03/2009**

Nº de Recurso: **214/2007**

Nº de Resolución: **189/2009**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA N° 189/09

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 27 de marzo de 2009 .

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 0000214/2007 , interpuesto por Dña. Clara , representado el Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Pérez Almeida y dirigido por el abogado D. Manuel Pérez Vera , contra la Consejería De Sanidad Y Consumo , habiendo comparecido, en su representación y defensa el Letrado Comunidad Autónoma .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso: La Orden del 16 de enero de 2007 por la que se aprueba el mapa farmacéutico de Canarias dictada por la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, con publicación en el BOC el día 30 de enero de 2007

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.- No se 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.- La petición que se contiene en el suplico de la demanda es la nulidad de la totalidad de la Orden objeto de recurso, aun cuando el contenido de la misma se refiere a dos aspectos concretos: 1) la ambigüedad



en la delimitación de la ubicación de las oficinas de farmacia comprendidas en la Zona GC-2 y GC-3 y 2) la ubicación de una de tales oficinas en el centro comercial de " las Arenas".

SEGUNDO.- El artículo 25. de la Ley 4/2005 de ordenación farmacéutica de Canarias, expresamente dispone 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."

La orden recurrida dispone como ubicación de las farmacias en la Zona GC-2 y GC-3 con identificaciones tales como " Zona Arenales-Ciudad Jardin", "Escaleritas-La Minilla parte alta", " Feria del Atlantico y alrededores", " AVda Juan Carlos I: Zona Las Torres" . Tal forma de fijación del área de emplazamiento queda efectivamente indefinida y por ello no cumple el mandato legal.

De acuerdo con el precepto legal citado es exigible que el emplazamiento sea definido con mayor grado de certeza, utilizando cualquier delimitación que permita establecer la zona dentro de la cual habrá de ubicarse la farmacia de nueva instalación, bien sea acudiendo a la descripción por calles, barrios, distritos o cualquier otra que permita conocer los linderos del area de emplazamiento.

Con esa sola finalidad procede estimar parcialmente el recurso a fin de que el emplazamiento a que se refiere este fundamento sea definido con mayor precisión por la Administración.

TERCERO.- Ley 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Canarias ,Artículo 25 , que acabamos de citar, dice respeto de la localización de las oficinas de farmacia que " 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 , 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 más 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.

CUARTO. Lo antes expuesto determina la estimación parcial del recurso referido a los extremos recogido en los anteriores fundamentos.

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 D^a Clara frente al acto antes identificado en el particular recogido en los fundamentos segundo y tercero de esta sentencia, 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.