



Roj: **STSJ ICAN 3472/2009 - ECLI:ES:Tsjican:2009:3472**

Id Cendoj: **35016330012009100787**

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

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

Sección: **1**

Fecha: **09/10/2009**

Nº de Recurso: **208/2007**

Nº de Resolución: **506/2009**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JAIME BORRAS MOYA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Ref.- R. C.A. Nº 208/07

**SENTENCIA num 506/09**

Ilmos. Sres.

Presidente: Don Francisco José Gómez Cáceres.

Magistrados: Don Jaime Borrás Moya.

Don Javier Varona Gómez Acedo.

En la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, a nueve de octubre de 2.009.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, el presente recurso nº.208/07, en el que son partes, como recurrente, Agustín , representado por el Procurador Sr. Pérez Alemán, y como demandada, la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno de Canarias, representada por el Abogado de sus servicios jurídicos, versando la misma sobre impugnación de resolución de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias por la que se aprueba el mapa farmacéutico de Canarias en cuanto a la zona farmacéutica LP-11, municipio de Breña Baja, isla de La Palma, al conceder dos oficinas al núcleo de San José, y siendo su cuantía indeterminada.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO.**

PRIMERO. Mediante Orden de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias de fecha 16 de enero de 2.007 se aprobó el mapa farmacéutico de Canarias, estableciendo en el anexo de la isla de La Palma como núcleo de 1.500 habitantes a San José en el término municipal de Breña Baja, con posibilidad de instalación de dos oficinas de farmacia sobre las dos existentes con anterioridad.

SEGUNDO. Frente a tal resolución se interpuso recurso contencioso administrativo por el Procurador Sr. Pérez Alemán en representación de Agustín , formulándose en el momento procesal oportuno la demanda interesando la nulidad de la Orden impugnada en lo relativo al núcleo de San José en el término municipal de Breña Baja en la isla de La Palma.

TERCERO. Por su parte, la Administración demandada se opuso al recurso interesando su desestimación.

CUARTO. Finalizado el periodo probatorio se dio traslado a las partes para conclusiones, tras lo cual se trajeron los autos a la vista con citación de partes para sentencia, con señalamiento del día nueve de octubre del presente año para votación y fallo, habiendo sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Jaime Borrás Moya, que expresa el parecer unánime de la Sala.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

PRIMERO. La cuestión a discernir en el presente procedimiento consiste en determinar si la resolución antes indicada de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la pretensión del recurrente



asimismo reseñada es o no ajustada a derecho, alegando la actora que de la documentación aportada resulta que no se puede considerar a San José como núcleo de 1.500 habitantes al amparo del apartado 2,b, del art. 21 de la ley territorial 4/2.005 al no ser el certificado en que se apoya la administración un elemento acreditativo al respecto, existiendo certificación de la Secretaría del Ayuntamiento de Breña Baja, obrante a folio 447 del expediente, indicando que no existe ningún barrio o núcleo de población con más de 1.500 habitantes, careciendo de valor la certificación que habla de que quedan afectos por proximidad al casco urbano de San José la cantidad de 2.432 habitantes, siendo de tener en cuenta, por otra parte, que en mayo de 2.006 el núcleo de San José tenía 1.010 habitantes, mientras que, según la administración, en septiembre del mismo año tal número pasa a ser de 2.432, alegando asimismo que no se acredita que la farmacia del recurrente esté a más de mil metros del núcleo de población de San José. Igualmente, alegó que el decreto impugnado es nulo de pleno derecho al haberse omitido en la tramitación del expediente administrativo el trámite de audiencia al recurrente, en su condición de interesado como titular de una oficina de farmacia en la zona de que se trata, en relación con el proyecto definitivo que incorporaba trascendentales modificaciones al segundo proyecto.

SEGUNDO. Debe señalarse, en primer lugar, que el citado art. 21 de la ley territorial 4/2.005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Canarias, establece en su art. 2,b, que con carácter excepcional, en aquéllas zonas farmacéuticas en las que se haya sobrepasado la proporción indicada de oficinas de farmacia en relación con el número de habitantes en el apartado anterior, podrá autorizarse una nueva oficina de farmacia en núcleos residenciales aislados o de carácter turístico que carezcan de oficina de farmacia y 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. En consecuencia, se trata de determinar si, como afirma el recurrente, la concesión de una oficina de farmacia al barrio de San José vulnera los requisitos establecidos en el reseñado precepto, o, por el contrario, y como afirma la administración demandada en su escrito de contestación, no existe tal vulneración. Así, la Sala entiende que debe compartirse el punto de vista de la actora en el sentido de que a tenor del informe emitido por el Ayuntamiento de Breña Baja no queda acreditado que el barrio de San José tenga más de 1.500 habitantes, siendo igualmente apreciable la alegación de lo inverosímil que resulta el aumento de población pretendido por la administración en el escaso periodo de tiempo reseñado en la demanda, sobre lo que la citada administración no se pronunció en su escrito de contestación. Igualmente, debe compartirse el punto de vista de que la certificación aportada por el Ayuntamiento que sirvió de base para el cambio de criterio inicial no acredita que la población cumpla con el requisito de contar al menos con 1.500 habitantes. Finalmente, aunque no por ello de menor trascendencia, se alega por la demanda falta del preceptivo trámite de audiencia al recurrente en su condición de interesado en relación con el proyecto definitivo en función de las esenciales modificaciones que el mismo contiene respecto del primero, sin que por la administración demandada se efectúe refutación alguna de tal alegación, cuya importancia es palmaria, en su reseñado escrito de contestación.

TERCERO. En definitiva, a tenor de lo expuesto resulta que el acto administrativo impugnado incurre en la denunciada vulneración del trámite de audiencia al recurrente para alegaciones sobre el proyecto definitivo obrante a folio 2.176 del expediente administrativo, no quedando tampoco acreditado, a juicio de la Sala, el cumplimiento del requisito de población previsto en el art. 21,2,b, de la ley 4/2.005 de 13 de julio, de ordenación farmacéutica de Canarias, por lo que debe reputarse no ajustada a derecho la resolución impugnada en lo relativo a la zona LP-11, con estimación del presente recurso contencioso administrativo

CUARTO. A tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no procede en el presente caso efectuar condena en costas al no apreciarse temeridad o mala fe procesal en las partes litigantes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación:

#### **FALLAMOS.**

Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de Agustín contra la Orden de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias a que se refiere el antecedente primero del presente fallo, la cual declaramos no ajustada a derecho y anulamos en lo referente a la zona LP-11, municipio de Breña Baja. Ello sin imposición de costas.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.