



Roj: **STSJ ICAN 2239/2011 - ECLI:ES:Tsjican:2011:2239**

Id Cendoj: **35016330012011100298**

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

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

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2011**

Nº de Recurso: **405/2009**

Nº de Resolución: **220/2011**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **CESAR JOSE GARCIA OTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

Ilmos/as Sres/as:

Presidente:

D. César José García Otero.

Magistrados/as:

D. Jaime Borrás Moya.

D. Francisco José Gómez Cáceres.

Dna Inmaculada Rodríguez Falcón.-

En la ciudad de Las Palmas de Gran **Canaria** a 3 de junio de 2.011.

Visto, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de **Canarias**, con sede en Las Palmas de Gran **Canaria**, el presente recurso contencioso-administrativo seguido como procedimiento en primera o única instancia con el no 405/09; en el que fueron partes: como demandantes, Dna María Rosario, Dna Eloisa y D. Ernesto, representados por el Procurador D. Gerardo Pérez Almeida y defendidos por el Letrado D. Manuel Pérez Vera; y, como partes codemandadas: Administración demandada, la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de **Canarias**, representada y defendida por Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de **Canarias**, y Dna Mónica, representada por la Procuradora Dna Celina Padrón Estarriol y defendida por Letrado/a; versando sobre delimitación de zonas farmacéuticas, siendo la cuantía indeterminada.

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

PRIMERO. Por Orden de la Consejería de Sanidad del Gobierno de **Canarias**, de 29 de diciembre de 2.008, se delimitan las Zonas Farmacéuticas de **Canarias**, en el caso particular del municipio de Telde, y zonas farmacéuticas TF-7.TF-9 y H-2, y se precisa el contenido de la delimitación de las zonas farmacéuticas de los términos municipales de Santa Cruz de Tenerife, Las Palmas de Gran **Canaria**, San Cristobal de La Laguna y Santa Lucia de Tirajana, con indicación de los distritos y secciones que comprende cada una de ellas.

La Orden se publicó en el Boletín Oficial de **Canarias** no 8, de 14 de enero de 2.009.

SEGUNDO. Contra dicha Orden se interpuso recurso contencioso-administrativo por el Procurador D. Gerardo Pérez Almeida, en nombre y representación de Dna María Rosario, Dna Eloisa y D. Ernesto, y, en su momento, se formuló la correspondiente demanda en la que se pedía la estimación del recurso a los siguientes efectos:



"1) Decretar la nulidad de la Orden de 29 de diciembre de 2008, dictada por la Consejera de Sanidad del Gobierno de **Canarias**, por la que se delimitan las Zonas Farmacéuticas de **Canarias** en el caso particular del municipio de Telde.

2) Condenar a la Administración al pago de las costas del presente procedimiento".

TERCERO. Por su parte la Administración demandada se opuso al recurso y pidió su desestimación, mientras que la parte codemandada fue declarada caducada en su derecho a contestar.

CUARTO. Denegado el recibimiento a prueba, se dio traslado para conclusiones que evacuaron la parte actora y la Administración demandada, con ratificación en sus respectivas pretensiones.

Fue ponente el Ilmo Sr Presidente D. César José García Otero, que expresa el parecer unánime de la Sala.-

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS.

PRIMERO. El objeto del recurso contencioso-administrativo es la pretensión de declaración de nulidad de la Orden de la Consejera de Sanidad del Gobierno de **Canarias**, de 29 de diciembre de 2.008, por la que "se delimitan las Zonas Farmacéuticas de **Canarias**, en el caso particular del municipio de Telde y zonas farmacéuticas TF-7, TF-9 y H-2 y se precisa el contenido de la delimitación de las zonas farmacéuticas de los términos municipales de Santa Cruz de Tenerife, Las Palmas de Gran **Canaria**, San Cristobal de La Laguna y Santa Lucia de Tirajana, con indicación de los distritos y secciones que comprende cada una de ellas".

Al respecto, la pretensión se reconduce a la nueva delimitación que afecta al término municipal de Telde que las demandante consideran arbitraria, irracional y contraria a los criterios planificadores de la Dirección General de Farmacia y del Colegio de Arquitectos, apuntando también que se trata de una delimitación artificial en cuanto persigue, única y exclusivamente, en palabras de la propia parte " (...) un blindaje a ultranza del caso urbano y por ende de todo el municipio de Telde en orden a la creación de nuevas oficinas de farmacia, convirtiendo a Jinamar en un auténtico barrio farmacéutico, en una zona independiente en la que se pretende ubicar, con carácter exclusivo, el futuro crecimiento farmacéutico del municipio".

Con esta base de partida, los motivos de impugnación de la Orden Departamental, referidos todos ellos a la delimitación de las nuevas zonas farmacéuticas del municipio de Telde, son los siguientes.

a) por vulneración del principio de reserva de ley y manifiesta contradicción de la delimitación con los principios de planificación farmacéutica contenidos en los artículos 18 y ss de la Ley 4/2005, de 13 de julio, en cuanto la Orden recurrida convierte a parte barrio de Jinamar, que constituye una franja territorial menor, en una zona independiente a la que se reserva el futuro crecimiento de la totalidad del municipio.

b) por falta de motivación sobre la nueva delimitación en lo relativo a la división del municipio en cuatro zonas con la finalidad última de incluir todo el crecimiento farmacéutico en el barrio de Jinamar, e incluso con contradicción en la motivación en relación al Preámbulo de la Orden de 15 de mayo de 2.006 que la aquí impugnada completa y que, a efectos de efectuar la delimitación de Zonas Farmacéuticas de **Canarias**, ha partido de que "(..) el término municipal es la agrupación territorial que ofrece una mayor homogeneidad de características socioeconómicas, de distribución de recursos sanitarios más racional en la que ya se han ponderado previamente las variables de distribución demográfica, y, en general, una dotación de sistemas de comunicación organizados en función de sus peculiaridades geográficas", y, sin embargo, en el municipio de Telde se crean cuatro zonas farmacéuticas, en contradicción con lo que ocurre en otros municipios de Gran **Canaria** donde, o bien cada zona abarca todo el término municipal (casos de Teror, Firgas, Galdar, Santa María de Guía, Agaete, Tejeda, Artenara, Arucas, Valleseco, Mogán, Agüimes, Valsequillo, San Nicolás de Tolentino, Moya, San Mateo). O bien se crea un máximo de dos zonas.

c) por constituir un ejercicio arbitrario de sus potestades por parte de la Administración con vulneración de los artículos 9.3 y 103 de la CE

d) por establecer una zonificación del municipio de Telde que, sin embargo, afecta y se superpone a la zonificación del municipio de Las Palmas de Gran **Canaria**, sin que sentencia de esta Sala dictada en el RCA no 457/07, que anuló la Orden de 15 de mayo de 200, en cuanto a la zonificación de Telde, pueda servir de justificación para crear, ahora, cuatro zonas farmacéuticas.

e) por desviación de poder y apartamiento de los criterios planificadores establecidos por la propia Administración en la creación de Zonas Farmacéuticas, con adopción de una solución integral inadmisibles desde el punto de vista jurídico, frente a la que propone, bien la creación de dos zonas, bien la creación de una sola zona que abarque todo el municipio.



Y f) por vulneración de la doctrina de los actos propios, y, en particular, por vulneración de los criterios de zonificación contenidos en la Orden de 15 de mayo de 2.006, a cuyos principios se tiene que atener la aquí recurrida.

A tal pretensión se opone la Administración demandada con diversos argumentos en relación con la motivación y correcto ejercicio de la discrecionalidad administrativa de tipo técnico.

SEGUNDO. Pues bien, hay que partir de que la intervención normativa y ejecutiva de la Comunidad Autónoma de **Canarias** se ampara en la atribución contenida en el art. 30.31 del Estatuto de Autonomía de **Canarias**, que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de **Canarias** con relación a la ordenación de establecimientos farmacéuticos.

Con dicha cobertura, la Ley de Ordenación Farmacéutica de **Canarias** aborda, como objetivo, establecer un marco global de la ordenación farmacéutica, con objeto de regular la atención de este tipo que deba prestarse a los ciudadanos en **Canarias**, partiendo de que la oficinas de farmacia y, por extensión, el resto de establecimientos farmacéuticos tienen la condición de establecimientos sanitarios, y en ellos los ciudadanos reciben una atención sanitaria específica que ha venido en denominarse atención sanitaria farmacéutica.

En esta línea, la propia Exposición de Motivos de la ley advierte que actual concepción del establecimiento farmacéutico y la creciente demanda de atención de este tipo por parte de la población, hizo necesario dotar a la sociedad **canaria** de un instrumento que permitiese ordenar la intervención administrativa con la finalidad última de garantizar que su actividad se preste de manera adecuada desde el punto de vista sanitario, que se desarrolle en condiciones de igualdad en todo el archipiélago y, en suma, se garanticen los derechos de los ciudadanos canarios en relación con la atención farmacéutica que reciben.

Precisamente, a los principios de la planificación farmacéutica se refiere el artículo 18 de la ley cuando advierte que " Los principios básicos que informan la planificación farmacéutica son lograr una atención farmacéutica adecuada para toda la población, promoviendo su desarrollo en condiciones de accesibilidad e igualdad, y con la dotación de los medios necesarios para mejorar su calidad, así como establecer las medidas necesarias para lograr el uso racional de los medicamentos en la Comunidad Autónoma de **Canarias**".

A la planificación territorial se refiere el artículo 19 cuando apunta que " La planificación territorial de las oficinas de farmacia tendrá en cuenta las necesidades de atención farmacéutica de la población", mientras que el apdo segundo anade que " Las demarcaciones territoriales de referencia para la planificación farmacéutica se denominan zonas farmacéuticas, que serán las unidades que constituyan el soporte físico resultante de la aplicación de los principios planificadores", y el apdo tercero que "Cada zona farmacéutica contará, al menos, con una oficina de farmacia".

A la delimitación de las zonas farmacéuticas se refiere el artículo 20 cuando senala que " Corresponde a la consejería competente en materia de ordenación farmacéutica la delimitación de las zonas farmacéuticas, previa audiencia a los Ayuntamientos y Colegios Oficiales de Farmacéuticos de **Canarias**, teniendo en cuenta las características geográficas, de población, socioeconómicas y los recursos sanitarios disponibles".

Y al módulo de población se refiere el artículo 21.1. cuando senala que "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".

TERCERO. Pues bien, con este marco normativo, y en relación al centro del debate, que no es otro que el control judicial de los hechos determinantes de la decisión jurídica, hay que estar, en primer lugar, a la justificación de la nueva decisión en lo que se refiere al municipio de Telde, y dicha justificación aparece en la propia Orden cuando senala lo siguiente:

" Mediante Orden de la Consejería de Sanidad, de fecha 15 de mayo de 2006, se aprobó la delimitación actual de las Zonas Farmacéuticas de **Canarias**, que fue publicada en el Boletín Oficial de **Canarias** no 102, de 26 de mayo de 2.006.

La delimitación efectuada por la Orden citada contemplaba dos zonas farmacéuticas (GC-23 y GC-23) en el término municipal de Telde, pero resultó anulada- en este particular- por sentencia de 30 de marzo de 2007, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de **Canarias**, recaída en el recurso no 475/200, por entender el órgano jurisdiccional que las zonas delimitadas no resultaban homogéneas y si radicalmente diversas desde las variables geográficas, poblacionales, de comunicación, etc. La ejecución de la sentencia anterior, obliga a modificar la Orden citada, estableciendo una nueva delimitación de las zonas farmacéuticas del municipio de Telde".

Es, pues, evidente que la nueva delimitación tiene una justificación, en lo que se refiere al ejercicio por la Administración de su potestad de intervención reconocida "ex lege", y que no es otra que la necesidad de



acometer una nueva delimitación en ejecución de sentencia de esta Sala que había anulado la delimitación inicial.

Y ya en cuanto a la justificación o motivación de la solución elegida, la Orden señala lo siguiente:

"A tales efectos, se realizó un estudio de las características geográficas, socioeconómicas, demográficas y de recursos sanitarios del citado municipio, cuyo resultado puso de manifiesto la existencia de cuatro zonas bien diferenciadas que sirven como base para desarrollar una nueva delimitación de zonas farmacéuticas. Así, desde el punto de vista geográfico, la autovía GC-1, que atraviesa el municipio de norte a sur, divide el territorio en dos zonas claramente diferenciadas: la de costa y la de interior. En esta última, a su vez, se aprecia la existencia de otras tres zonas: la correspondiente al núcleo central cabecera del municipio, en la que se agrupan los principales centros administrativos y culturales, con gran riqueza arquitectónica y con un importante sector comercial minorista; la zona de Jinamar, separada de la anterior por la depresión geográfica que constituye el Barranco Real de Telde, con alta densidad de población derivada de la existencia de grandes edificios y con gran actividad económica derivada de la existencia de los Polígonos industriales de Maipez y Jinamar; y una última zona de medianías y montaña, de baja densidad demográfica, que rodea a las dos anteriores y se extiende hasta la cumbre, en la que además se aprecia la existencia de zonas agrícolas. Además, como se pone de manifiesto en el estudio efectuado, cada una de las zonas señaladas corresponde a sistemas de organización sanitario homogéneos, ya que cada una se corresponde con una o varias zonas de salud. En este sentido, la zona de costa se corresponde con la zona de salud Telde I; la zona del casco se corresponde con las zonas de salud Telde II (El Calero), Telde IV (San Gregorio), Telde V (San Juan) y Telde VI (Las Remudas); la zona de Jinamar con las zonas de salud Telde VII (El Palmeral) y Telde VIII (Jinamar), y la de medianías con la zona de salud Telde II (EL Ejido).

Por tanto, la motivación, entendida como justificación de la decisión y exteriorización de los criterios por los que la Administración llega a una determinada conclusión, también existe. Otra cosa será que dicha motivación sea arbitraria, ilógica, desviada o contraria a los criterios legales de planificación territorial, o, por el contrario, entre de lleno en la discrecionalidad técnica obligada cuando se manejan conceptos indeterminados de origen legal, tales como principio de planificación territorial en base a las necesidades de atención farmacéutica de toda la población, o de delimitación en base a las características geográficas, de población, socioeconómicas o de recursos sanitarios.

CUARTO. En el caso del municipio de Telde, la Administración, en ejecución de la ley, y conforme a las potestades conferidas por esta, opta por la delimitación de cuatro zonas farmacéuticas:

La zona GC-23, que comprende los Distritos y Secciones del término municipal de Telde correspondientes a los barrios de Jinamar caso, El Cascajo, Hoya Aguedita, Los Eucaliptos, Lomo Banco, Hornos del Rey, Valle de Jinamar.

La zona GC-24, que comprende los barrios de Los Caserones, Centro, Montana Las Palmas, Tecen, Higuera **Canaria**, La Gavia, Valle Casares, Solana, Las Goteras, García Ruiz, El Palmital, San José de Las Longueras bajo y alto, Tara, Lomo Herradura, Valle de los Nueve, Lomo Bristol, Lomo Magullo, La Brena, Arenales, Cazadores, Las Medianías, Lomo Salas y Lomo Cementerio.

La Zona GC-30, correspondiente a los barrios de Marpequena, La Garita sector Lomo de los Melones, Hoya Pozuelo, La Garita núcleo, La Garita sectores, La Estrella y San Borondón, Bocabarranco, Playa Melenara, Taliarte, Casas Nuevas, Ojos de Garza sector norte y Playa, Playa del Hombre, Las Rubieras, Clavelillas y Salineta.

Y la Zona GC-31, correspondiente a los Distritos y Secciones correspondientes a los barrios de San Juan, San Francisco, San Gregorio, Ejido Bajo, El Boyón, Santo Domingo, Picachos, Urbanización Mayor. Ejido Alto, La Data, Nuevos Picachos, La Majadilla, La Primera, San Antonio, La Pardilla, San Isidro, Las Remudas, El Caracol, Urbanización Jerez, Callejón del Castillo, Marpequena Alta, Calero Norte, El Goro, Cuatro Puertas, Piletillas, Las Huesas, Montana Las Huesas, Jerez, Calero Bajo, Montaneta, Calero Alto, Las Huesas Norte, Lomo Los Frailes, Calero Bajo, La Vina, Ojos de Garza Sur, y La Montaneta.

Pues bien, toda la argumentación de las demandantes va unida a delimitación de la Zona GC-23, a tal fin apunta que se trata de una franja territorial ínfima, que abarca exclusivamente una parte del barrio de Jinamar, donde se prevé la implantación de todas las farmacias a abrir en el futuro, y a su superposición con las zonas GC-5 y de la GC-6

Sin embargo, como antes vimos, existe motivación de la elección, o mejor dicho, nueva delimitación, fundada en una sentencia de esta misma Sala, que hacía obligada la intervención administrativa, y existe también justificación de la solución que podrá ser criticada, pero en la que no se atisba indicio alguno de desviación de poder, ni de arbitrariedad o falta de coherencia o lógica fáctica o jurídica, sino que se trata de una de las posibles



soluciones a la vista del pronunciamiento de este Tribunal y de la situación fáctica derivada de la firmeza de dicha sentencia cuya razón de anulación de la delimitación del municipio de Telde en dos zonas farmacéuticas vino presidida por la consideración de que no resultaban homogéneas y eran radicalmente diversas desde todas las variables geográficas, poblaciones y de comunicación.

Además de la motivación de la Orden recurrida, a la justificación de la opción elegida, en detrimento de otras, se refiere el informe unido al expediente emitido por la Jefe de Servicio de Apoyo y Régimen Jurídico de la Dirección General de Farmacia.

En dicho informe se explica que la propia sentencia de la Sala ya apuntaba a la creación de una zona farmacéutica en Jinamar y explica que existen tres oficinas de farmacia cuando conforme a los criterios de Ordenación establecidos en la ley caben siete.

También explica, y es posible constatar que ello es cierto, que el municipio como unidad territorial a efectos de delimitación no constituye una constante o variable única de la opción elegida. Así, vemos que no es excepcional, la creación de varias zonas en el mismo municipio, como ocurre en los casos de San Bartolomé de Tirajana o Santa Lucía de Tirajana donde se delimitan dos zonas, mientras que en los cuatro municipios con mas población de la Comunidad, entre ellos Telde, se delimitan cuatro zonas, y, por otra parte, en municipios de menor extensión y población se delimita una sola zona farmacéutica.

Por último alude el informe al número de vacantes como resultado de una operación aritmética conforme a lo dispuesto en el artículo 21.1 de la Ley de Ordenación Farmacéutica de **Canarias**, advierte de las consecuencias, desde el punto de vista de la atención a toda la población, que supondría la opción por la delimitación de una sola farmacéutica en Telde, que, por lo demás, sería contraria a lo fundamentación que la sentencia de la Sala utilizó para anular la anterior delimitación, niega categóricamente la organización de las guardias como si se tratase de una sola zona farmacéutica, y, por último, se aborda la supuesta superposición de farmacias en el mismo territorio de distintas zonas, si bien sobre esta cuestión hay que añadir que la parte tampoco llevó a cabo un verdadero contraste comparativo de cobertura de zonas limítrofes a efectos de poder concluir que exista, o puede existir, una excesiva concentración.

QUINTO. La solución elegida, desde luego, podrá no ser compartida, a cuyo fin esta Sala es consciente del esfuerzo argumental que despliega la parte, pero en modo alguno cabe concluir que sea una solución contraria a los principios que inspiran la ordenación farmacéutica, ni que sea ilógica o irracional, ni que exista desviación de poder, es decir, que haya sido adoptada con una finalidad oculta de favorecer los intereses de las farmacias instaladas en el casco urbano.

Es una solución que modifica el panorama anterior, y lo hace a la vista de la firmeza de una sentencia de la Sala, de 30 de marzo de 2007, cuya lectura nos lleva a concluir que anula la delimitación elegida por no constituirse zonas homogéneas en el territorio municipal y por falta de justificación, a efectos de delimitación, de la unión de Jinamar a la zona de Telde Costa, incluso apuntado, como argumento "obiter dicta", la necesidad de utilizar criterios de accesibilidad en relación al núcleo de Jinamar como criterio de delimitación, es decir, apuntando a su delimitación como zona con individualidad propia.

Por tanto, la opción propuesta por la parte actora, de delimitación de una o dos zonas en el término municipal, supondría repetir una solución que ha rechazado la Sala por no responder a criterios que garantice una atención sanitaria específica en el ámbito farmacéutico, y supondría sustituir la discrecionalidad técnica de la Administración por su propia concepción en la que, lógicamente, tienen que pesar los intereses de los titulares de oficinas de farmacia recurrentes.

SEXTO. Procede, por lo expuesto, la desestimación del recurso contencioso-administrativo, si bien sin hacer pronunciamiento sobre las costas del proceso al no apreciarse temeridad o mala fe procesal en la parte actora ( art 139.1 LJCA).-

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación:

### III.- FALLO .

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. Gerardo Pérez Almeida, en nombre y representación de Dna María Rosario , Dna Eloisa y D. Ernesto , contra la Orden mencionada en el Antecedente Primero, que declaramos ajustada a derecho.

Sin hacer pronunciamiento sobre las costas del proceso.



Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de la Sala, y contra la que podrá interponerse recurso de casación que deberá prepararse por escrito dirigido a esta Sala en el plazo de días a contar desde el siguiente al de su notificación.

PUBLICACION: Leída y publicada lo fue la anterior sentencia por el Ilmo.Sr. Presidente en audiencia pública, de lo que , como Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ