



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 0 / 2 0 0 3

(Pleno)

La Laguna, a 20 de junio del 2003.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *consulta gubernativa relativa a determinadas cuestiones sobre autorizaciones de farmacia (EXP. 94/2003 GC)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El Excmo. Sr. Presidente del Gobierno solicita Dictamen facultativo "acerca de la solución normativa que deba darse a los expedientes que iniciados al amparo del artículo 3.1.b) del Real Decreto 909/1978, y cuya tramitación ha sido admitida expresamente por la Administración competente, su resolución se produce al tiempo en que está en vigor la nueva normativa autonómica recogida en el Decreto 258/197 y Orden de 16 de abril de 1999, debiendo tenerse en cuenta a la hora de solventar la cuestión planteada, no sólo la repercusión que sobre dichos expedientes presenta la nueva normativa, sino la posibilidad de ampliar numéricamente el número de autorizaciones conforme al Mapa Farmacéutico, máxime teniendo en cuenta que dichos expedientes quedaron temporalmente paralizados por el Decreto Territorial 216/1996, de 1 de agosto, a la espera de la aprobación de la planificación farmacéutica.

Como complemento a la expresada consulta, y en el supuesto de aplicar de forma positiva a dichos expedientes administrativos el criterio de incrementar el número de autorizaciones de oficinas de farmacias según las previsiones recogidas en el Mapa Farmacéutico de Canarias en vigor, se solicita que se determinen los criterios para fijar la prioridad en el caso de concurrir un número de solicitantes superior al

* **PONENTE:** Sr. Millán Hernández.

de autorizaciones, señalándose los parámetros o instrumentos que puedan servir de criterio determinante de la resolución a adoptar."

La legitimación para la solicitud del Dictamen, su carácter facultativo y la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo resultan del art. 14 de la Ley del Consejo Consultivo, 5/2002, de 3 de junio.

II

El objeto de la consulta persigue que el Consejo Consultivo de Canarias exprese su parecer sobre el alcance e interpretación jurídica que deban atribuirse a los expedientes administrativos de autorizaciones de farmacia iniciados al amparo del art. 3.1.B) del RD 909/1978, teniendo en cuenta la incidencia que sobre éstos se haya producido por el "cambio normativo", Decreto 258/1997 y singularmente con la posibilidad de incrementar numéricamente el número de autorizaciones, para su adecuación con el denominado "Mapa farmacéutico" de Canarias (Orden de 15 de abril de 1999).

Con carácter previo, se hace necesario expresar:

1º. Que el RD 909/1978, de 14 de abril, por el que se regula el establecimiento, transmisión e integración de las Oficinas de Farmacia, sigue, en gran medida, a los Decretos de 1941 y 1957 (con habilitación legal en la base decimosexta de la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944), estableciendo una serie de límites a la libertad de establecimiento de nuevas Oficinas de Farmacia, RD de 1978 que ha constituido, hasta la reforma de los años 1996-1997, el eje y la normativa básica en la materia.

2º. La Sentencia del Tribunal Constitucional, de 24 de julio de 1984, dispone que la regulación y limitaciones al establecimiento de Oficinas de Farmacia no infringe la Constitución, salvo la habilitación al Gobierno para establecer, mediante Reglamento limitaciones que incidan en el ejercicio de una profesión titulada (farmacéutico) reservada a ley (art. 36 CE).

3º. La Comunidad Autónoma de Canarias ostenta competencia exclusiva en materia de "ordenación de establecimientos farmacéuticos" (art. 30.31, Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre).

4º. El RD-Ley 11/1996, de 17 de junio, de ampliación del Servicio farmacéutico a la población, constituyó la legislación básica sobre sanidad (art. 149.1.16 de la CE) atribuyendo a las CCAA competencia para establecer criterios de planificación para la autorización de Oficinas de farmacia con referencia a las unidades básicas de atención primaria y en base a módulos poblacionales y a distancias entre oficinas de farmacia para las zonas urbanas, dejando, en consecuencia, vigente el RD 909/1978, de 14 de abril, para las zonas no urbanas.

5º. En la Ley 16/1997, de 15 de abril, de Regulación de Servicios de Oficinas de Farmacia, que deroga el RD-L 11/1996, dejan de ser básicos los módulos mínimos establecidos por la normativa estatal, que no vinculan a las CCAA que ostenten regulación propia y específica en este extremo. No obstante, se atribuye carácter básico a los criterios que han de precisar la planificación farmacéutica y permite que las CCAA puedan, con amplia autonomía, a través de la planificación farmacéutica, establecer módulos de población inferiores, para determinadas zonas (rurales, turísticas, comunes, etc.) al desaparecer la distinción entre zonas urbanas y zonas no urbanas.

6º. La situación existente en la Comunidad Autónoma de Canarias al haber regulado a través de reglamento y no mediante ley, la planificación y la ordenación farmacéutica, determina que tal normativa reglamentaria se adecue al marco normativo estatal y acate los criterios establecidos en los párrafos 1, 2 y 5 del art. 1 de la Ley 16/1997.

7º. El art. 3.1.b) del Decreto 14 de abril de 1978, es una regla excepcional (al número 1 del mismo artículo) con el fin de eludir el criterio general cuya justificación se ampara si la autorización de la farmacia que se pretenda instalar "vaya a atender a un núcleo de población de, al menos, dos mil habitantes", de forma "que cualquier posible autorización o apertura con base en lo previsto en el citado apartado o por su concepto, anulará la posibilidad derivada del incremento de la cifra de habitantes" (art. 3.3).

El procedimiento para la autorización se inicia a petición de parte interesada y en el supuesto del apartado b) del número 1 del art. 3, en el caso de coincidencia de dos o más peticionarios sobre el mismo núcleo de población, se resuelve a favor del Farmacéutico a cuya instancia se haya iniciado el expediente (art. 4º.3.1º).

8º. En el Decreto 258/1997, de 16 de octubre, las zonas farmacéuticas se ajustarán, preferentemente, a las Zonas Básicas de Salud. En las zonas farmacéuticas que coincidan en su totalidad con núcleos continuados de población superior al módulo fijado, podrá autorizarse una nueva oficina de farmacia (art. 11). El procedimiento para la autorización de las oficinas de farmacias se iniciará de oficio (art. 20) y se otorgará mediante concurso público (art. 21).

9º. El contenido del Mapa Farmacéutico de Canarias, Orden de 15 de abril de 1999, tiene carácter vinculante y en él se consideran además del número de habitantes, la clasificación de la zona (Ordinaria o Especial), módulo de población aplicable, distancia, número de oficinas de farmacia, condicionamientos geográficos y Centros de Atención Primaria y Consultas Locales radicados en la zona.

10º. El RD 909/1978, de 14 de abril, se mantiene vigente, parcialmente, respecto a la autorización de apertura de oficinas de farmacia, al amparo del art. 3.1.b), para determinados expedientes incoados a su amparo, si bien desde el prisma del derecho sustantivo no deberá alterar los parámetros básicos del Decreto 258/1997.

La consulta formulada afecta a la exégesis de la Disposición Transitoria Segunda del Decreto Territorial 258/1997, de 16 de octubre, regulador de los "expedientes en tramitación".

"A la entrada en vigor del presente Decreto se resolverá la inadmisión de todas las solicitudes que se encuentren en tramitación y no se ajusten a sus prescripciones".

Este Consejo Consultivo tuvo ya ocasión de expresar, respecto del entonces "proyecto" de Decreto por el que se establecían los criterios específicos de planificación y Ordenación Farmacéutica" (Dictamen núm. 83/1997), la inadecuación de algunos términos utilizados en la redacción de dicha Disposición Transitoria Segunda, como "inadmisión", por "desestimación" o "se resolverá" por "se procederá", generando confusión en el alcance y finalidad de la citada norma reglamentaria.

Ello explica que al mantenerse la redacción inicial del Proyecto de Decreto, actualmente, la Disposición Transitoria Segunda impida la interpretación literal del mismo, ya que de aplicarse supondría, la inadmisión, sin más, de todas las solicitudes que se encuentren en tramitación, al no poder ajustarse ninguna de las reglas jurídicas que se contienen en el Decreto 258/1997, dado el cambio normativo sustancial que establece el citado Decreto.

Sin embargo, ello entraría en colisión con la finalidad pretendida por la citada Disposición Transitoria Segunda, cuando ésta admite la posibilidad de que determinadas solicitudes puedan ajustarse a sus prescripciones.

La Disposición Transitoria Segunda debe interpretarse, en consecuencia, en el sentido de que a las solicitudes que se encuentren en tramitación les sea aplicable la normativa anterior, como cauce de obtención de la autorización para instalar la oficina de farmacia, siempre que con la autorización, por la citada vía, no se contradigan las delimitaciones de las zonas farmacéuticas, módulos de poblaciones, localizaciones, distancias, etc. que establece el Decreto 258/1997.

Con todo, la consulta referida a la citada Disposición Transitoria Segunda del Decreto 258/1997, se reduce a la interpretación y sentido que debe atribuirse a los expedientes iniciados al amparo del art. 3.1.b) del RD 909/1978, que han de resolverse, sin embargo, bajo la vigencia de la nueva normativa autonómica contenida en el Decreto 258/1997 y la Orden de 15 de abril de 1999.

El carácter excepcional y temporal (referido a determinados expedientes en tramitación, 4 de noviembre de 1997, fecha de entrada en vigor del Decreto 258/1997) del art. 3.1.b) del RD 909/1978, se tendrá en consideración para obtener la autorización de una Oficina de Farmacia, siempre que no exista desajuste con el Decreto 258/1997.

En una hermenéutica rigurosa tampoco procedería la ampliación de su objeto, con base en la Orden de 15 de abril de 1999, por la que se aprueba el Mapa Farmacéutico, en los casos en los que pudiera autorizarse más de una Farmacia, dada la diversa naturaleza y alcance de la nueva regulación autonómica de la anterior RD 909/1978, sin que proceda identificar plenamente el criterio del núcleo de población al que se refiere el art. 3.1.b) del RD 909/1978, con los criterios, necesidades poblacionales y recursos que encierra en sí el Mapa Farmacéutico, donde el criterio poblacional no es el único en orden a su valoración y decisión. En cualquier caso, el concepto de núcleo de población es un concepto jurídico indeterminado acerca del cual el TS (11-4-2000 R-4438) en orden a su integración y con referencia al art. 3.1.b) del RD 909/1978, de 14 de abril, viene señalando "que el mismo está dado en función de una sustantividad real y cierta fundada en circunstancias objetivas, no necesariamente iguales, del más amplio contenido".

En consecuencia, el alcance del RD 909/1978, en su art. 3.1.b), sobre la base de lo anteriormente expuesto no podría alterarse ni combinarse por el "giro normativo" producido en estos últimos años ya que su trayectoria debería quedar reducida a la naturaleza transitoria del precepto, la de autorizar -vía excepcional- una única Oficina de Farmacia. Lo contrario supondría, la inaplicación de las previsiones generales del Decreto 258/1997, de 16 de octubre.

Tal solución no impediría el cumplimiento de las previsiones del Mapa Farmacéutico en aquellas zonas en las que se prevea más de una Farmacia, pues las autorizaciones de éstas (nuevas oficinas) deberían acomodarse al procedimiento previsto en la normativa actual, Decreto 258/1997 y Orden de 15 de abril de 1999.

III

Pero, también, sería plenamente adecuada la interpretación de considerar aplicable, a las solicitudes admitidas y en fase de tramitación, el derecho vigente al tiempo de su resolución, como cualquier otra disposición de desarrollo de la nueva normativa de planificación general de las oficinas de farmacia, en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica, máxime teniendo en cuenta que las normas del RD 909/1978, resultan aplicables hasta que el Estado y la Comunidad Autónoma de Canarias, en el marco de las competencias que les correspondan, desarrollen la citada planificación.

En consecuencia, si en el Mapa Farmacéutico de Canarias, en la zona correspondiente, que motivó las solicitudes, pendientes de resolución, se contemplan más oficinas de farmacia, singularmente, por razones de incremento demográfico, éstas podrían autorizarse siempre que reúnan los requisitos exigidos, de acuerdo con los principios de igualdad, respeto al principio de prioridad y de "favor libertatis" y no se perjudiquen derechos de terceros.

Tres cuestiones complementarias, en relación con la flexibilidad que se ha venido aplicando, en ocasiones, en materia de apertura de oficinas de farmacia:

1) No siempre las solicitudes de autorizaciones de oficinas de farmacia, formuladas por varios peticionarios, con base en el artículo 3.1.b) del RD 909/1978, sobre un mismo núcleo de población, se han resuelto con la autorización de una sola oficina de farmacia, por cuanto existen supuestos en los que por la duración de los expedientes administrativos, su acumulación,

impugnación judicial, el retraso en resolver los recursos contencioso-administrativos, etc., pueden dar lugar a duplicidad de autorizaciones para el mismo núcleo y donde el criterio preferencial no ha podido aplicarse, por razones de seguridad jurídica, como ocurre cuando existe una resolución firme que estima las solicitudes que debe ceder la preferencia. Entonces, puede resultar necesario señala el TS "si la autorización no preferente no se ha otorgado bajo reserva, admitir como mal menor la duplicidad de autorizaciones" (STS 24-6-2002 (R-8213)).

2) La jurisprudencia en base a un criterio dúctil de aplicación del RD 909/1978, de tal modo que resulte informado por los principios constitucionales y aplicando el principio "pro apertura" que respetando el régimen establecido por el RD 909/1978, trata de resolver los supuestos límites o dudosos, de tal modo que ha venido admitiendo que debe otorgarse la autorización de apertura de farmacia, incluso cuando la cifra de habitantes del núcleo, no llegue exactamente a 2000, pero sea próximo a esa cantidad (SSTS 17-5-1991, R-4358; 25-10-93, R-8042).

3) La vía del art. 3.1.b) del RD 909/1978, pretende adecuar el número de oficinas de farmacia a las cifras de población, por lo que sería razonable, que tal adecuación se ajustase a las necesidades reales actuales derivadas del Mapa Farmacéutico, teniendo en cuenta, las necesidades de farmacia, en el momento de resolverlas, compatibilizándolas con las situaciones jurídicas de los anteriores peticionarios, paralizadas durante años, que por ello no deberían equipararse con las surgidas tras la nueva normativa.

Esta solución permitiría la adecuada distribución de las oficinas de farmacia, que prestan una actividad que, aunque privada, es también de interés público, y evitaría la ausencia de farmacias, conforme con el Mapa Farmacéutico de Canarias, en aras a un mejor servicio público.

En cuanto a la segunda cuestión planteada (criterios de prioridad) (en el caso de concurrir un número de solicitantes superior al de autorizaciones), no corresponde a este Consejo pronunciarse sobre criterios de oportunidad política o técnica, si bien tendrá que resolverse con arreglo a los criterios del art. 4.3 del RD 909/1978, integrada por la nueva normativa de aplicación, singularmente, por el Decreto 258/1997.

IV

La problemática interpretativa que suscita la Disposición Transitoria Segunda, "Expedientes en tramitación", como se ha expresado anteriormente, se puso de relieve por este Consejo en el Dictamen 83/1997, emitido sobre el entonces "Proyecto de Decreto por el que se establecen los criterios específicos de Planificación y Ordenación Farmacéutica" (EXP. 89/1997), al señalarse que "la ordenación de la Disposición Transitoria Segunda no era correcta", la "inadmisión de una solicitud no puede confundirse con su desestimación, máxime cuando aquélla está efectivamente en tramitación". En sentido análogo, se había pronunciado antes el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Provincia de Las Palmas, solicitando la supresión de la citada Disposición Transitoria, al considerarla ilegal y estimar "que las solicitudes sólo pueden ser inadmitidas por causas preexistentes".

Al tenor literal de la Disposición Transitoria Segunda del PD, Expedientes de tramitación, "*A la entrada en vigor del presente Decreto quedarán inadmitidas todas las solicitudes que se encuentren en tramitación*", se le adicionó en el texto finalmente aprobado, para mayor complicación, la frase "*y no se ajusten a sus prescripciones*", desnaturalizando el fin de una Disposición Transitoria, prescripción dirigida o bien a facilitar el tránsito de una norma a otra mediante la fijación del régimen jurídico aplicable a las situaciones jurídicas pendientes o a establecer una regulación sustantiva propia para algunas situaciones pendientes, para suspender la aplicación de la norma derogada. Pero, al mismo tiempo, se considera inoportuna o contraproducente la aplicación mediata de la nueva norma (normas de transición o de derecho transitorio material), por cuanto se "inadmiten" las solicitudes que se encuentren en tramitación si no se ajustan, a la entrada en vigor del Decreto, a sus prescripciones, lo que claramente "*in claris non fit interpretatio*" supondría desestimar, sin más, todas las solicitudes pendientes, al no poder ajustarse ninguna, plenamente, a la nueva normativa, tal como se expuso en el Fundamento II.

Sin embargo esta interpretación contradice el objeto de una norma transitoria, que es, en principio, el de no perjudicar derechos o estados anteriores, singularmente los ejercitados (solicitudes admitidas y en tramitación), situaciones que normalmente se resuelven según la teoría de los hechos consumados "*tempus regit actum*" por la norma vigente en el tiempo en que el hecho fue jurídicamente realizado, salvo que la nueva norma excluya expresamente la eficacia de la anterior regulación, o bien, conceda la facultad de poder optar entre los dos regímenes jurídicos.

De la redacción literal de la Disposición Transitoria Segunda, se deriva la aplicación integral de los dos regímenes jurídicos, tanto la anterior norma, RD 909/1978, como la nueva, Decreto 258/1997. Con una Disposición Transitoria, en sentido estricto, lo que se pretende es resolver el problema del alcance temporal de la nueva regulación y el de la antigua, ya que al amparo de la anterior se han podido crear situaciones o nacer derechos, que la seguridad jurídica exige garantizar.

Por otro lado, la aplicación simultánea de dos regímenes jurídicos contrapuestos supone un contrasentido y por mucho que se pretenda interpretar y desentrañar un sentido equilibrado en una u otra dirección, siempre quedará abierta la posibilidad a cualquier otro alcance o entendimiento. A ello se refiere, expresamente, el Consejo de Estado cuando, respecto de la Disposición Transitoria Segunda analizada, admite la multiplicidad de interpretaciones "aún reconociendo las distintas posibles interpretaciones de la citada Disposición Transitoria" (DCC 2.121/99). Por ello este Consejo, primero reitera las observaciones expresadas en el DCC 83/1997, que de haberse asumido oportunamente, hubiese evitado, en parte, la actual incertidumbre. Segundo, se podría solucionar definitivamente la problemática interpretativa, mediante la modificación del Decreto 258/1997, Disposición Transitoria Segunda, expresándose claramente el propósito del autor de la norma, sin que exista obstáculo jurídico alguno para armonizar la situación anterior, respecto de las solicitudes de autorización de farmacias, ejercitada al amparo del art. 3.1.b) Decreto 909/1978, y posteriormente suspendida y pendiente de resolución tras años de espera, con el Mapa Farmacéutico de Canarias, posibilitando la concesión, en su caso, de más de una farmacia.

O más adecuadamente mediante la vía de una norma jurídica con rango de ley formal, como se expresó en el DCC 83/1997, respecto a la problemática de desarrollar bases estatales a través de un reglamento en lugar de utilizar el instrumento de una ley específica, máxime estando pendiente en la actualidad el anteproyecto de ley de Ordenación Farmacéutica de Canarias.

C O N C L U S I O N E S

1.- La Disposición Transitoria Segunda "Expedientes de tramitación" del Decreto 258/1997, de 16 de octubre, en relación con las solicitudes pendientes de resolución de autorización de oficinas de farmacia para núcleos aislados, formuladas al amparo

del art. 3.1.b) del Decreto 909/1978, permite otorgar una o varias oficinas de farmacia, tal como se razona en los Fundamentos II y III.

2.- La citada Disposición Transitoria Segunda debería, no obstante, completarse a efectos de eludir cualquier problemática interpretativa de la misma (Fundamento IV).